

ПРИ ПОДДЕРЖКЕ ГУБЕРНАТОРА ПЕРМСКОГО КРАЯ

Пермский государственный национальный исследовательский университет
Юридический факультет

Общероссийская общественная организация
«Ассоциация юристов России»

Издательство «Статут»

Региональная общественная организация
«Пермское землячество»

Семнадцатый арбитражный апелляционный суд

Пермский краевой суд

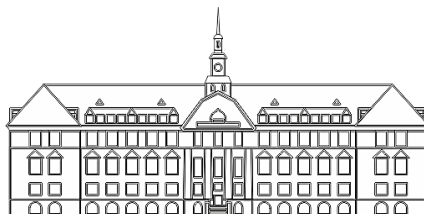
Арбитражный суд Пермского края

Уполномоченный по правам человека в Пермском крае

Нотариальная палата Пермского края

**VI ПЕРМСКИЙ
КОНГРЕСС
У Ч Е Н Ы Х - Ю Р И С Т О В**

**РОССИЙСКАЯ НАЦИОНАЛЬНАЯ ПРАВОВАЯ СИСТЕМА:
СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ, ТЕНДЕНЦИИ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ**



permcongress.com

Пермь, 16–17 октября 2015 г.

УДК 34:061.3
ББК 67
Ш 87

Шестой пермский конгресс ученых-юристов: материалы
Ш 87 междунар. науч.-практ. конф. (г. Пермь, ПГНИУ, 16–17 октября
2015 г.) / отв. ред. О.А. Кузнецова; Перм. гос. нац. иссл. ун-т. –
Пермь, 2015. – 304 с.

ISBN 978-5-7944-1951-1

В сборнике публикуются тезисы докладов ежегодной 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
ОАО «Сбербанк России», санаторий «Демидково», ООО «ЛУКОЙЛ-Пермнефтеоргсинтез»,
ООО «ЛУКОЙЛ-ПЕРМЬ», ЗАО «ЭР-Телеком Холдинг», ООО «Управляющая компания
«Кастом Кэпитал», группу компаний «Финансовый Дом», ОАО «МЕТАФРАКС»,
ОАО «Уралкалий», ЗАО «Юкей», группу компаний «Налоги и право»,
ОАО «Соликамскбумпром», ЗАО «Телеком Плюс», ООО «Информационные решения»,
ООО «Перспект-С», саморегулируемую организацию арбитражных
управляющих «ПАРИТЕТ», ООО «НПП «ГАРАНТ-СЕРВИС»,
Попечительский Фонд Пермского университета

Редакционная коллегия:

*Г.Я. Борисевич, Л.В. Боровых, Ю.В. Васильева, 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, 2015

Содержание

I. ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА.....	7
<i>Барсукова В.Н.</i> Особенности структуры института чести и достоинства человека	7
<i>Батюшкина М.В.</i> К вопросу о значении лингвистической экспертизы проектов законодательных актов для развития русского языка как государственного языка Российской Федерации	9
<i>Бондарев А.С.</i> Правосознание – важная часть правовой культуры	11
<i>Воронин М.В.</i> Правовые системы Китайской Народной Республики и Российской Федерации: основы историко-теоретического правового анализа	14
<i>Замалетдинов А.А.</i> Юридическая ответственность: анализ системы категорий	16
<i>Курбатов С.О.</i> Сравнительный анализ правососпитательного процесса органов Прокуратуры РФ и СССР	18
<i>Логинова Т.Е.</i> Правовые аспекты Великой Хартии вольностей 1215 г.	20
<i>Мусаелян Л.А.</i> Мировоззренческий плюрализм и неартикулируемые проблемы российского права	22
<i>Мхитарян Л.Ю.</i> Институт судебных следователей: история и перспективы развития	24
<i>Поляков С.Б.</i> Аргументация неюридических приемов толкования права	27
<i>Реутов В.П.</i> Конкретизация правовых норм – понятие и виды	29
<i>Самылов И.В.</i> Правовой статус органа юридического лица	32
<i>Титов Н.С.</i> Экспертиза нормативных правовых актов в аспекте современной экспертологии	35
II. КОНСТИТУЦИОННОЕ, МУНИЦИПАЛЬНОЕ, АДМИНИСТРАТИВНОЕ И ФИНАНСОВОЕ ПРАВО	38
<i>Звягина О.В.</i> Торговый сбор – новелла налогового законодательства Российской Федерации	38
<i>Иванова О.А.</i> К вопросу о сроке контракта о прохождении службы в правоохранительных органах	40
<i>Кириченко А.А.</i> Новая доктрина механизма передачи народной власти субъектам властных полномочий	42
<i>Телегин А.С.</i> Административное принуждение в системе государственного управления	44
<i>Худoley Д.М.</i> Предмет избирательного права Российской Федерации	46
<i>Худoley К.М.</i> Право собственности как конституционное право в зарубежных странах СНГ и Балтии	47
III. ГРАЖДАНСКОЕ, СЕМЕЙНОЕ И ЖИЛИЩНОЕ ПРАВО	49
<i>Ананьева А.А.</i> О нормативных юридических конструкциях гражданско-правовых договоров	49
<i>Анисимов В.А.</i> К вопросу о проблеме феномена потребительских правоотношений	50
<i>Анчишина Е.А.</i> Фактические договорные отношения в российском гражданском праве	52
<i>Арсланов К.М.</i> Договор возмездного оказания услуг: на пути формирования механизма защиты заказчика как слабой стороны	54
<i>Астафуров А.Е.</i> Общие положения договора об оказании услуг доступа в Интернет	56
<i>Вабичевич С.С.</i> Проблема взаимосвязи субъективных прав и юридических обязанностей в современной науке гражданского права	58
<i>Вавилин Е.В.</i> Принцип гарантированного осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей	60
<i>Вайнер Е.С.</i> К вопросу о понятии юридических препятствий в семейном праве	62
<i>Васева Ю.Н.</i> К вопросу о предстоящем реформировании наследственного законодательства	63
<i>Виниченко Ю.В.</i> Об отраслевой принадлежности категории «гражданский оборот» и «бремени» ее концептуальной разработки	66
<i>Волос А.А.</i> Принцип экономичности исполнения обязательств: проблемы теории и правоприменения	69
<i>Гаврилов Е.В.</i> Гражданско-правовая защита чести, достоинства и деловой репутации от непорочной лжи	70
<i>Геворгян М.А.</i> Понятие способа защиты в семейном праве	72
<i>Голубева О.В.</i> Медиация в нотариальной практике	74
<i>Ельникова Е.В.</i> Порядок проведения общего собрания собственников помещений в многоквартирном доме: новеллы жилищного законодательства	75
<i>Закалина И.С., Реутов С.И., Спиридонова Е.И.</i> Медиация как способ защиты семьи и детства по законодательству зарубежных государств	77
<i>Захаркина А.В.</i> Родовой признак факультативного обязательства	79
<i>Зинковский М.А.</i> Элемент доверия в аферах, основанных на нормах гражданского права	82
<i>Ибрагимова С.В.</i> Некоторые аспекты экономической функции гражданского права	84
<i>Иванова Е.А., Муравьев Д.Н.</i> О концепции развития до 2017 г. сети служб медиации в целях реализации восстановительного правосудия в отношении детей, в том числе совершивших общественно опасные деяния, но не достигших возраста, с которого наступает уголовная ответственность в Российской Федерации, и некоторые вопросы работы с учениками старших классов – участниками школьных служб примирения в г. Перми и Пермском крае	85
<i>Карпенко Н.В.</i> Множественность лиц на стороне нанимателя жилого помещения в общежитии	87
<i>Князева Е.В.</i> К вопросу о понятии и значении диспозитивности в гражданском праве	90
<i>Колодуб Г.В.</i> К вопросу системности категорий гражданского права	92

<i>Коробко К.И.</i> Рекламный слоган как объект авторского права: российский и зарубежный опыт	94
<i>Ксенофонтова Д.С.</i> Взаимодействие семейно-правовых и гражданско-процессуальных гарантий в обеспечении прав и интересов сторон алиментного правоотношения	96
<i>Кузнецова Н.В.</i> Некоторые проблемы реализации принципа свободы договора в части определения договорных условий	99
<i>Кузнецова О.А.</i> Понимание добросовестности в российском гражданском праве	100
<i>Маньковский И.А.</i> Тенденции развития гражданского права как базовой отрасли частного права	102
<i>Микрюков В.А.</i> Об аналогии в механизме исключения гражданина из крестьянского (фермерского) хозяйства	105
<i>Микрюкова Г.А.</i> Природа юридической личности крестьянских (фермерских) хозяйств	106
<i>Мироских И.Ю., Мингалев Ж.А.</i> Правовое регулирование интеллектуальных прав в условиях глобализации	107
<i>Михайлов С.Г., Михайлова Н.С.</i> Наследование исключительного права на товарный знак	109
<i>Михайлова Н.С.</i> Выселение из специализированных жилых помещений в связи со сменой правообладателя жилого помещения	110
<i>Муравьев Д.Н.</i> Использование трансграничной медиации при разрешении семейно-правовых споров о детях	111
<i>Нессонов К.С., Реутов С.И.</i> Причины возникновения спортивных конфликтов и способы их разрешения в России и за рубежом	112
<i>Отраднава О.А.</i> «Деликтные обязательства» и «Репарации как следствие нарушения прав человека»: соотношение понятий	116
<i>Писарев Г.А.</i> Водные биологические ресурсы как объект гражданских прав: особенности правового режима	117
<i>Пушкарева А.Н.</i> Сведения, составляющие семейную тайну, и право семьи на ее сохранение	119
<i>Пьянова А.Ф.</i> О праве собственности бывших супругов	121
<i>Реутов С.И.</i> Актуальные вопросы развития семейной медиации в Российской Федерации	123
<i>Реутов С.И., Шершень Т.В.</i> К вопросу о законности беби-боксов	127
<i>Сабитова Э.Н.</i> Понятие и система способов защиты семейных прав	129
<i>Серова О.А.</i> Социализация права как основа развития российского законодательства	131
<i>Султонова Т.И.</i> Социальная обусловленность гражданско-правового регулирования азартных игр	133
<i>Суслова С.И.</i> Пользование жилым помещением: доктринальные подходы и правоприменительная практика	135
<i>Татаринцева Е.А.</i> Договор суррогатного материнства как основание возникновения, изменения и прекращения правоотношений по воспитанию ребенка в семье	137
<i>Тужилова-Орданская Е.М.</i> Императивность в содержании вещных прав	141
<i>Файзрахманов К.М.</i> Исковая давность при признании вещного права отсутствующим	144
<i>Федорова Е.В.</i> Факт причинения вреда как основание привлечения к гражданско-правовой ответственности: соотношение общих и особенных норм (на примере ответственности за вред, причиненный актами судебной власти при осуществлении правосудия)	146
<i>Хавкина А.Л.</i> Становление и развитие сообщества медиаторов в Пермском крае	148
<i>Хазиева Е.М.</i> Организационные предпосылочные правоотношения грузоперевозки железнодорожным транспортом	150
<i>Химатов Х.Н.</i> О некоторых вопросах презумпции согласия на распоряжение совместной собственностью	153
<i>Ходырева Е.А.</i> Неприятие наследства как способ опровержения презумпции фактического принятия наследства	156
<i>Ходырев П.М.</i> Основания одностороннего расторжения договора об оказании платных образовательных услуг	158
<i>Чепурная К.А.</i> Сущность и содержание соглашения об уплате алиментов	160
<i>Чиркаев С.А.</i> О подходах к определению периода ответственности по договору международной смешанной перевозки грузов	162
<i>Шершень Т.В.</i> О необходимости перехода к открытому усыновлению в Российской Федерации	164
IV. ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО, ГРАЖДАНСКИЙ И АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕСС	166
<i>Акинфиева В.В.</i> Медиативное соглашение или решение третейского суда применительно к достижению результата спора	166
<i>Гапанович А.В.</i> Эффективность способов обеспечения исполнения контракта в достижении целей законодательства о контрактной системе	167
<i>Голубцов В.Г.</i> Критерии добросовестности в новой парадигме обязательственного права Российской Федерации	169
<i>Жукова Т.М.</i> Особенности несостоятельности (банкротства) кредитных организаций	172

<i>Загоруйко И.Ю., Эстерлейн Ж.В.</i> Современные подходы к проблемам дуализма в частном праве.....	174
<i>Згонников А.П.</i> Взаимное страхование в России: пути развития и совершенствования правового регулирования	175
<i>Исаенкова О.В.</i> Унификация цивилистического процесса в России.....	178
<i>Казakov А.О.</i> Понятие «партнер» в законодательстве Российской Федерации о государственно-частном партнерстве	181
<i>Кицай Ю.А.</i> Хозяйственное партнерство как новая форма взаимодействия учредителей организации.....	183
<i>Клячин А.А.</i> Решение собрания как юридический факт в корпоративном праве	184
<i>Коротков Д.Б.</i> Применение статей 10 и 168 ГК РФ при оспаривании сделок должника в процедуре банкротства	187
<i>Луц Д.А.</i> Особенности расторжения контрактов на выполнение работ для государственных нужд по законодательству Российской Федерации	189
<i>Любимова Е.В.</i> Проблемы инстанционной подсудности гражданских дел.....	191
<i>Матвеев А.Г.</i> Институт государственной аккредитации организаций по коллективному управлению авторскими правами и вступление России в ВТО.....	193
<i>Матишова Е.С.</i> К вопросу о многообразии методов научного исследования института технического регулирования качества и безопасности пищевой продукции.....	195
<i>Носова Е.С.</i> Личность медиатора	198
<i>Пахомова Л.М.</i> К вопросу о правовой природе государственных и муниципальных контрактов в современной контрактной системе.....	199
<i>Сидоренко А.И.</i> Принцип правовой определенности в практике арбитражных судов и судов общей юрисдикции	201
<i>Соловьева Т.В.</i> Отдельные способы преодоления обязательной силы актов высших судебных органов РФ	204
<i>Сыропятова Н.В.</i> К вопросу о понятии «банковский счет»	206
<i>Сятчихин А.В.</i> Английская правовая конструкция заранее оцененных убытков	208
<i>Тюлькин А.А.</i> Способы правового регулирования, обеспечивающие общественные интересы в сфере средств индивидуализации	211
<i>Тюриков М.С.</i> Сделки государственных и муниципальных учреждений, совершаемые вне контрактной системы	213
<i>Фролович Э.М.</i> Принцип состязательности в гражданском процессе.....	214
<i>Чегоряева П.А., Нестолый В.Г.</i> Модели исполнительного производства (судебные и административные)	216
<i>Щукин А.И.</i> Об эффективности судебного контроля по делам о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов.....	218
V. ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ.....	221
<i>Ануфриева А.В.</i> Реализация инвалидами права на санаторно-курортное лечение в системе государственной социальной помощи	221
<i>Браун Е.А.</i> Особенности дистанционного труда отдельных категорий работников в системе государственного управления.....	223
<i>Гонцов Н.И.</i> Запреты в трудовом праве и способы их нормативного закрепления	226
<i>Кириллова Л.С.</i> Роль индивидуально-договорного регулирования в обеспечении достойного труда.....	229
<i>Кудрин А.С., Варнакова А.А.</i> О субъектах управления трудовыми отношениями в СССР и России.....	231
<i>Кудрин А.С.</i> О социальной власти в общественных отношениях, входящих в предмет трудового права	232
<i>Кудрин С.М.</i> К вопросу о принципах социального партнерства и правовых формах воздействия работников на работодателей.....	234
<i>Кузнецова К.Н.</i> К вопросу о включении частного сектора в систему социального обслуживания в России	236
<i>Рубцова Н.В.</i> Особенности договорных форм и моделей социального партнерства.....	238
<i>Чудинов О.Р.</i> Оговорка о неконкуренции в трудовом договоре.....	240
VI. УГОЛОВНОЕ ПРАВО, ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР И КРИМИНОЛОГИЯ.....	242
<i>Виноградов А.К., Коросташова Т.А.</i> Новая доктрина видового деления макроправонарушений и микроправонарушений.....	242
<i>Галеева К.М.</i> О сущности кредита в рамках уголовно-правовой охраны кредитных отношений	244
<i>Гордеев Н.С.</i> Проблемы дифференциации уголовной ответственности за преступления экстремистской направленности	246
<i>Дорогин Д.А.</i> К вопросу о наказуемости как ключевом признаке преступления для целей исключения уголовной ответственности.....	248

<i>Кирова Т.А.</i> Правосудие как объект уголовно-правовой охраны в советской юридической науке второй половины XX века.....	251
<i>Корепанова Е.А.</i> К вопросу об общественной опасности хищений, совершаемых с использованием платежных карт	253
<i>Рожков С.А.</i> К вопросу об условно-досрочном освобождении осужденных к пожизненному лишению свободы	256
VII. УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА	259
<i>Афанасьева С.И.</i> Институт следственных судей: перспектива правового регулирования	259
<i>Борисевич Г.Я.</i> Уголовно-процессуальное законодательство СССР, РСФСР, РФ о предмете рассмотрения уголовных дел судом кассационной инстанции	261
<i>Брылева Е.А.</i> Современные тенденции развития правового регулирования правового статуса несовершеннолетних на постсоветском пространстве	263
<i>Долгинов С.Д.</i> Следы электронных устройств в криминалистике	266
<i>Ланцедова Ю.А.</i> Новая доктрина сущности, функций и процедуры антиделиктной (криминалистической, ординативной) деятельности	267
<i>Моисеенко И.Я.</i> Использование инсценировки в следственной и оперативно-розыскной деятельности	269
<i>Тунтула А.С.</i> Новая доктрина сущности и видового деления объективных источников антикриминальных сведений	271
<i>Якубина Ю.П.</i> Право пользоваться помощью адвоката (защитника) в уголовном судопроизводстве на стадии исполнения приговора – одно из необходимых условий справедливого правосудия.....	274
VIII. МЕЖДУНАРОДНОЕ И ЗАРУБЕЖНОЕ ПРАВО	277
<i>Мохова Е.В.</i> Коллизионное регулирование банкротств с иностранным элементом: необходимость системного подхода	277
<i>Новикова Н.А.</i> О возможности применения <i>Lex mercatoria</i> при регулировании трансграничного оборота интеллектуальных прав	279
<i>Тагаева С.Н.</i> Юридическая биотехнология в международном контрактном праве Республики Таджикистан	281
<i>Третьякова Е.С.</i> Становление государственного права Российской империи в контексте международного права	283
<i>Чернядьева Н.А.</i> К вопросу о разграничении «гуманистической» концепции самоопределения и терроризма в международных актах и судебных решениях	285
IX. АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ЮРИДИЧЕСКОГО ОБРАЗОВАНИЯ	289
<i>Бакулина Л.Т.</i> Историко-правовые дисциплины в системе юридического образования.....	289
<i>Замараева З.П.</i> Особенности подготовки специалистов по конфликтологии в рамках вузовской образовательной системы	290
<i>Стародубцев Г.С.</i> Русское юридическое образование на Северо-Востоке Китая	292
<i>Строгонова Т.П.</i> Обеспечение качества юридической помощи, оказываемой юридической клиникой.....	294
<i>Ткач Ю.Д., Петриченко Ю.Д.</i> Новая доктрина семиуровневого юридического образования	295
<i>Шмыков В.И.</i> Профессиональные качества юриста в концепции психологии жизнедеятельности	298
X. АНГЛОЯЗЫЧНАЯ СЕКЦИЯ	301
<i>Zarubin A.S.</i> To the problem of providing banking secrecy: an analysis of judicial and arbitration practice.....	301
<i>Mirskikh I.Yu.</i> Intellectual Property Rights and Selection Results	302

I. ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

В.Н. Барсукова

Саратовская государственная юридическая академия, г. Саратов

ОСОБЕННОСТИ СТРУКТУРЫ ИНСТИТУТА ЧЕСТИ И ДОСТОИНСТВА ЧЕЛОВЕКА

Институт чести и достоинства человека является комплексным межотраслевым институтом и представляет собой совокупность норм различной отраслевой принадлежности, обладающую специфической полиструктурной многоплоскостной конструкцией, общими принципами, понятиями, приемами воздействия, призванную регулировать своеобразный вид общественных отношений, выражающих высшую ценность человека.

На сегодняшний день можно говорить о том, что институт чести и достоинства состоит из двух укрупненных субинститутов: регулятивного и охранительного. Рассмотрим особенности структуры и содержания каждого из них.

Регулятивный субинститут чести и достоинства человека объединяет обязывающие и управомочивающие нормы, включает запреты и общие предписания, которые содержатся в нормах отраслей, как публичного, так и частного права, как процессуального, так и материального права. Указанный субинститут неоднороден, дробится на более мелкие структурные элементы. На наш взгляд, внутри рассматриваемого субинститута можно выделить два относительно обособленных комплекса норм: 1) нормы, регулирующие обеспечение неприкосновенности чести и достоинства человека; 2) нормы, регулирующие обеспечение достойного существования человека. Рассмотрим каждый из них.

Право на личную неприкосновенность провозглашается Конституцией РФ, как важнейшее право человека, которое он получает с момента рождения. Неприкосновенность может быть как физической (жизнь, здоровье человека), так и моральной, духовной (честь, достоинство личности, тайна частной жизни). Неприкосновенность чести и достоинства человека, на наш взгляд, обеспечивается посредством: 1) установления обязанности воздержаться от распространения ложных сведений порочащего характера; 2) установления обязанности воздержаться от совершения иных действий, способных причинить ущерб чести и достоинству человека.

Последнее реализуется применением норм, устанавливающих: а) обязанность государства не совершать действий, причиняющих ущерб чести и достоинству человека; б) обязанность частных лиц (физических лиц и организаций) не совершать действий, причиняющих ущерб чести и достоинству человека. Основной смысл обязанности государства не допускать действий, унижающих честь и достоинство человека, сводится к запрету, адресованному сотрудникам государственного аппарата (в том числе, правоохранительных органов, органов исполнительной власти и т.п.) допускать в отношении граждан обращение, унижающее их человеческое достоинство и честь, в том числе, посредством применения насилия, пыток, грубости, некорректного поведения, нарушения прав и свобод и т.п. (ст. 9, 202 УПК РФ, ст. 3, 12 УИК РФ ст. 5 Федерального закона «О полиции», п. 2 ст. 5 Федерального закона «О статусе военнослужащих», ст. 3 Закона РФ «О статусе судей в Российской Федерации» и т.д.). В частной жизни граждан также нередко возникают случаи унижения чести и достоинства человека посредством совершения тех либо иных действий. Действия оскорбительного характера могут носить самый разнообразный характер. К ним относятся жестокое обращение, насильственные действия сексуального характера, пинки, пощечины, плевки, различного рода унижительные жесты и т.п. Современное законодательство содержит немало норм, обеспечивающих неприкосновенность чести и достоинства человека в данном смысле (ГК РФ, раздел IV СК РФ, ТК РФ и др.)

Содержание *норм, регулирующих право человека на достойное существование*, выражается в обеспечении государством своим гражданам социальной защиты и пенсионного обеспечения, права на труд; защиты семьи, материнства и детства; права на жилище; охраны здоровья и медицинской помощи; благоприятной окружающей среды и достоверной информации о ее состоянии; образования; участия в культурной жизни и пользования учреждениями культуры, права на доступ к культурным ценностям.

Охранительный субинститут включает в себя комплекс норм, направленных на реализацию защиты чести и достоинства в случае причинения ущерба данным благам, в том числе, привлечение к ответственности. Основой данного субинститута, безусловно, выступают положения Конституции РФ. Особого внимания в этом смысле заслуживает ч. 1 ст. 23 Конституции РФ, в которой провозглашается право человека на защиту своей чести и доброго имени. Защита данного права может быть реализована различными способами, предусмотренными законом. Вместе с тем, важнейшим способом, безусловно, является судебная защита (ст. 46 Конституции РФ), которая реализуется на основе равенства перед законом и судом (ст. 19 Конституции РФ).

Охранительный субинститут включает в себя, на наш взгляд, два крупных структурных элемента: 1) комплекс норм, регулирующих ответственность физических и юридических лиц за причинение ущерба чести и достоинству; 2) Комплекс норм, регулирующих ответственность государства за причинение ущерба чести и достоинству.

В регулировании вопросов защиты чести и достоинства в случае причинения им ущерба частными лицами важнейшую роль играет комплекс норм, содержащихся в гражданском законодательстве. Классическая формула диффамационного деликта, изложенная в п. 1 ст. 152 ГК РФ, выглядит следующим образом: 1) имеется факт распространения ответчиком сведений об истце; 2) сведения носят порочащий характер; 3) информация не соответствует действительности. При отсутствии хотя бы одного из указанных обстоятельств гражданский иск не может быть удовлетворен судом. Однако в 2013 году была введена норма, позволяющая гражданам требовать опровержения любой информации, не соответствующей действительности, даже если она не носит порочащего характера (п. 10 ст. 152 ГК РФ). Данная новелла заслуживает поддержки, поскольку даже при отсутствии порочности распространенные ложные сведения могут затрагивать честь и достоинство человека. Статьи 12, 152 ГК РФ содержат общие и специальные способы защиты чести и достоинства человека.

Важнейшая роль в деле защиты чести и достоинства принадлежит нормам публичного права. В настоящее время ст. 128.1 УК РФ предусматривает ответственность за клевету (распространение заведомо ложных сведений, порочащих честь и достоинство другого лица или подрывающих его репутацию), ст. 297 УК РФ – за неуважение к суду, ст. 298.1. УК РФ – за клевету в отношении судьи, присяжного заседателя, прокурора, следователя, лица, производящего дознание, судебного пристава. К числу норм, обеспечивающих защиту чести и достоинства, относятся также нормы раздела 7 УК РФ (преступления против личности), ряд составов гл. 25 «Преступления против здоровья населения и общественной нравственности» и некоторые другие, которые в качестве косвенного объекта посягательства подразумевают честь и достоинство человека. Административное право содержит немало норм, обеспечивающих защиту человеческого достоинства. Так, КоАП РФ устанавливает ответственность за непредоставление возможности обнародовать опровержение или иное разъяснение в защиту чести, достоинства или деловой репутации (ст. 5.13 КоАП РФ); за появление лица в общественных местах в состоянии опьянения, оскорбляющем человеческое достоинство и общественную нравственность (ст. 20.21 КоАП РФ); за оскорбление (ст. 5.61 КоАП РФ).

Ответственность государства за причинение ущерба чести и достоинству человека отличается от ответственности частных лиц. Полагаем, что комплекс норм, ее регулирующих, делится на подгруппы в зависимости от характера вреда, причиненного органами государственной власти: 1) ответственность за вред, причиненный незаконными действиями правоохранительных органов (дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда) (ст. 1070 ГК РФ), в том числе, за незаконное осуждение; причинение вреда жизни и здоровью; нарушение разумных сроков предварительного следствия, судопроизводства, исполнительного производства (гл. 22.1. ГПК РФ; 27.1 АПК РФ) и другие правонарушения в сфере защиты прав граждан; 2) ответственность органов государственной власти за невыполнение обязанности создать условия для достойного существования своих граждан. Следует отметить, что ответственность государства носит в основном финансовый характер, в некоторых случаях она также сопряжена с необходимостью совершить определенные действия в пользу лица, чья честь и достоинство были ущемлены.

Учитывая данные, полученные в результате проведенного отраслевого анализа, представляется возможным сформулировать следующие **выводы относительно структуры комплексного межотраслевого института чести и достоинства человека**:

– структуре данного института присущ сложный, системный характер. С этой точки зрения институт чести и достоинства подразделяется на разноплоскостные отраслевые правовые институты,

субинституты, разросшиеся ассоциации предписаний, группы норм, которые в составе единого механизма, в системе прочно взаимосвязанных в единое целое правовых норм обеспечивают ценность и значимость человеческой личности и уважение к ее правам¹;

– структуре данного института свойственна юридическая разнородность предписаний. Данный институт включает в себя предписания как регулятивного, так и охранительного характера.

– структура института чести и достоинства характеризуется, с одной стороны, дифференцированностью нормативного материала, а с другой, интегрированностью.

¹ См.: Придворов Н.А. Институт достоинства личности в советском праве: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Харьков, 1986.

М.В. Батюшкина

Законодательное Собрание Омской области, г. Омск

К ВОПРОСУ О ЗНАЧЕНИИ ЛИНГВИСТИЧЕСКОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ ПРОЕКТОВ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ АКТОВ ДЛЯ РАЗВИТИЯ РУССКОГО ЯЗЫКА КАК ГОСУДАРСТВЕННОГО ЯЗЫКА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Русский язык и языки народов России на общегосударственном уровне и уровне субъектов Федерации определяются в качестве национального достояния, основы культуры, духовности и самосознания народа, признака (символа) нации и государственности.

Поддержка и развитие русского языка как государственного языка России является приоритетным направлением национальной политики¹. Согласно Федеральному закону «О государственном языке Российской Федерации»², русский язык в качестве государственного подлежит обязательному использованию при официальном опубликовании федеральных и региональных нормативных правовых актов. При использовании русского языка как государственного не допускается использование слов и выражений, не соответствующих нормам современного русского литературного языка³.

Указанные правовые установки обуславливают особое внимание к языку законов, принимаемых на территории Российской Федерации. На современном этапе развития законодательства выдвигаются повышенные требования к тексту законопроекта, как на этапе его разработки, так и на этапе экспертизы. Для оценки лингвистического качества законов специалистами в области русского языка проводится лингвистическая экспертиза законопроектов⁴.

Понятие лингвистической экспертизы законопроектов на федеральном уровне закреплено в Регламенте Государственной Думы, на уровне субъектов Российской Федерации – в региональных законах о нормотворчестве и нормативных правовых актах, а также в регламентах законодательных (представительных) органов государственной власти субъектов Федерации. Приведем два примера: «лингвистическая экспертиза законопроекта 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 терминов»⁵; «лингвистическая экспертиза – оценка на основе анализа языка и стиля текстов нормативных правовых актов их стилистического качества, соответствия нормам современного русского литературного языка с учетом функционально-стилистических особенностей юридических текстов, их типологической специфики, редакционно-технических правил и нормативов; редакционно-техническая доработка текстов нормативных правовых актов»⁶. На региональном уровне наряду с понятием «лингвистическая экспертиза» используются понятия «редакционно-лингвистическая экспертиза», «редакционная экспертиза» и «лингвистический анализ».

Федеральным и региональным законодателем в общем смысле под лингвистической экспертизой законопроекта понимается корректура (редактура) текста, поскольку основное внимание при экспертно-лингвистическом анализе уделяется оценке языковых единиц (слов, словосочетаний и предложений) на соответствие нормам правописания (орфографии и пунктуации), грамматики и особенностям стилистики. В качестве особых частных задач лингвистической экспертизы называются: подготовка рекомендаций по устранению лингвистических и не лингвистических ошибок (грамматических, синтаксических, стилистических, орфографических, пунктуационных, ошибок в использовании терминов, логических, редакционно-технических, опечаток); проверка законопроекта на соответствие

требованиям к оформлению документов и редакционно-техническим правилам; унификация терминологии и шрифтового единообразия; выработка предложений по улучшению качества законопроектов; языковая, стилистическая и редакционно-техническая доработка законопроекта.

В связи с особым значением предмета лингвистической экспертизы для совершенствования системы российского законодательства исследовательские установки лингвистической экспертизы законопроектов, на наш взгляд, нуждаются в уточнении и дополнении по следующим основаниям.

1. Предметная сторона лингвистической экспертизы как специальной формы исследования законопроекта связана с процедурами оценки и анализа единиц языка и речи, которые свойственны фундаментальной (теоретической) лингвистике и прикладной лингвистике, изучающей специфику речевой деятельности в правотворчестве. В связи с этим лингвистическая экспертиза законопроекта, в том числе ее предмет, цель и методология, должны основываться на парадигмах теоретической и прикладной лингвистики⁷.

2. В законотворческом процессе при проведении лингвистической экспертизы законопроекта лингвистические знания выступают связующим звеном между правовым текстом, его лингвистическим анализом и интерпретацией. С помощью интеграции знаний лингвистики и права можно проследить, с одной стороны, влияние лингвистических знаний на процесс создания текста закона, с другой стороны, влияние правовых знаний на формирование представлений о законодательном стиле как подвиде делового стиля речи. На основе корреляции правовых и лингвистических знаний формируются и экспертно-лингвистические установки. В частности, лингвистические и правовые аспекты определения понятия русского языка как государственного языка России, являясь взаимосвязанными и взаимодополняющими теоретическими построениями, обуславливают междисциплинарный подход к определению предмета лингвистической экспертизы, направленной не только на совершенствование лингвистического качества текста закона, но и на развитие русского языка как государственного языка России.

3. Текст закона является сложной семантической структурой, и его грамматические, локальные связи слов и предложений, а также стилевые характеристики обусловлены логикой построения текста, отвечающей за передачу многоплановой семантики (правовой идеи). Поэтому объектом лингвистической экспертизы законопроекта являются не только языковые единицы (слова, словосочетания и предложения), но и текст законопроекта в целом как речевая единица, продукт речемыслительной деятельности.

4. Предмет лингвистической экспертизы – это система теоретических моделей, устанавливающих соотношение между логическим, языковым и речевым аспектами лингвистического анализа текста законопроекта. Данные аспекты могут быть рассмотрены с позиции трех базовых лингвистических критериев анализа и оценки текста законопроекта: «логичность изложения», «грамотность» и «соответствие стилю».

Критерий «логичность изложения» позволяет анализировать и оценивать языковые единицы и текст законопроекта, с одной стороны, с точки зрения ясности, четкости и точности передачи семантики, возможных толкований и интерпретаций; с другой стороны, с точки зрения формы представления содержания, последовательности и логико-композиционной структуры его изложения.

Критерий «грамотность» позволяет проверить текст законопроекта на наличие грамматических, орфографических, пунктуационных, речевых, фактических, технических ошибок. Важность данного критерия обусловлена нерешенностью ряда вопросов, касающихся соотношения лингвистических норм и вариантов, получивших закрепление и распространение в правовых текстах, что напрямую зависит от развития русского языка.

Критерий «соответствие стилю» позволяет анализировать и оценивать текст законопроекта с учетом стилистических особенностей оформления законодательных текстов. Исходя из данного критерия законодательный текст – это форма представления правового знания. Поэтому возникновение и развитие законодательного стиля как подвида делового стиля речи находится во взаимосвязи с процессами развития правовой науки и практики. Если логичность изложения обусловлена логикой построения текста, а языковое нормирование, лежащее в основе критерия «грамотность», кодифицировано в словарях и грамматиках, то представление о стилистических особенностях оформления законодательных текстов складывается на основе анализа текстов законов, теории и практики правотворчества.

5. В связи с рассмотрением критериев анализа и оценки текста законопроекта нельзя не обратить внимание на сопряженность и частичное дублирование предметов и задач лингвистической и юридико-технической экспертиз законопроекта. Одни и те же особенности законодательного текста в силу предметного обобщения, а также различной методологии лингвистического и юридического ви-

дов знаний воспринимаются по-разному. Поэтому, например, при проведении лингвистической экспертизы особенности законодательной техники рассматриваются в качестве логико-языковых и стилистических, а при проведении правовой экспертизы язык закона рассматривается в качестве части юридической техники.

Наличие указных установок, хотя и рассмотренных нами в постановочном плане, имеет принципиальное значение для проведения лингвистической экспертизы проектов законодательных актов в междисциплинарном юридико-лингвистическом аспекте и в целом для развития русского языка как государственного языка Российской Федерации.

¹ См., напр.: Конституция Российской Федерации [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «ГАРАНТ»; Русский язык: Федер. целевая программа на 2016–2020 годы: утв. постановлением Правительства РФ от 20 мая 2015 г. № 481.

² О государственном языке Российской Федерации: Федер. закон от 1 июня 2005 г. № 53-ФЗ: в (ред. от 05.05.2014).

³ О порядке утверждения норм современного русского литературного языка при его использовании в качестве государственного языка Российской Федерации, правил русской орфографии и пунктуации: постановление Правительства РФ от 23 нояб. 2006 г. № 714.

⁴ Батюшкина М.В. К вопросу о соотношении предметной стороны правовой и лингвистической экспертиз законопроекта // Пятый перм. междунар. конгресс ученых-юристов: материалы междунар. науч.-практ. конф. / отв. ред. О.А. Кузнецова; Перм. гос. нац. иссл. ун-т. Пермь, 2014, С. 8–9.

⁵ Регламент Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации: утв. постановлением Гос. Думы от 22 янв. 1998 г. № 2134-II ГД (в ред. от 25.02.2015 г. № 6185-6 ГД).

⁶ О нормативных правовых актах Нижегородской области: закон Нижегород. обл. от 10 февр. 2005 г. № 8-3 (в ред. от 05.08.2014 г. № 95-3).

⁷ Бельдиян В.М., Батюшкина М.В. Введение в языковедение: учеб. пособие. Омск: ОТИИ, 2007. С. 218.

А.С. Бондарев

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРАВОСОЗНАНИЕ – ВАЖНАЯ ЧАСТЬ ПРАВОВОЙ КУЛЬТУРЫ

Установление соотношения правосознания и правовой культуры имеет не только теоретическое, но и большое практическое значение. Так как без этого невозможно создать и реализовать научную программу формирования и развития правовой культуры россиян – этого фактора жизни российского права. Однако, наша наука данной проблемой стала заниматься сравнительно недавно. Так как, отмечает З.Н. Каландаришвили, до 90-х годов XX в. отсутствовало понятие «правовая культура», которое отвечало ее сущностному содержанию. Она чаще всего представлялась как «определенное отношение людей к праву, выражающее знание и понимание права, а также сознание необходимости выполнять его требования. Правовая культура напрямую отождествлялась с правовым сознанием»¹. И В.П. Сальников пишет, что «долгое время в нашей стране правовая культура, по существу, и чаще всего сводилась лишь к правовому сознанию»².

Вместе с тем, по мнению того же З.Н. Каландаришвили, и само правосознание, которое в науке исследуется не одно столетие, в нашей стране «до начала 60-х годов XX в. за редким исключением его исследования носили ограничительно-описательный и прикладной характер»³.

В настоящее время исследователи, как правило, не отождествляют правосознание и правовую культуру. Но, во-первых, редко рассматривают их соотношение и притом видят его неоднозначно. Сходятся они, пожалуй, в двух важных утверждениях. Что правовая культура шире правосознания и что оно занимает в ней ведущее, а другие говорят – главное место. Но какое это конкретно место нет убедительного ответа. Во-вторых, большинство авторов правосознание и правовую культуру в основном рассматривают в отрыве друг от друга в разных параграфах глав и даже иногда в разных главах работ. Это лишает исследователей возможности глубокого анализа их соотношения, Тем самым правосознание не рассматривается ими как неотъемлемая часть живой правовой культуры и вне ее оно действовать не способно. Часто само правосознание рассматривается односторонне. В отрыве от него рассматриваются такие негативные правовые явления как правовой нигилизм, правовой идеализм, правовой инфантилизм, правовая демагогия, и др.

Существующая неопределенность в соотношении правосознания и правовой культуры в нашей науке сохраняется довольно долго, на наш взгляд, прежде всего потому, что исследователями до сих пор не однозначно понимаются как правосознание, так и особенно правовая культура. Так, существует как минимум три разных мнения о правосознании, его содержании (см. известные работы И.Е. Фарбера, Г.С. Остроумова).

По поводу понятия правовой культуры дело обстоит сложнее. По подсчету Е.А. Певцовой ныне в литературе насчитывается двести пятьдесят определений данного понятия, Причем многие существенно отличаются друг от друга. Наш анализ существующих понятий правовой культуры показал⁴, что правовая культура, как правило, сводится только к ее предметной стороне. Упускается из виду ее вторая – живая сторона, создателями и носителями которой являются субъекты права, Мы еще в восьмидесятые годы прошлого века в связи с разработкой спецкурса «Теория и методика правового воспитания» пришли к новому пониманию правовой культуры, на которую можно организовать целенаправленное воспитательное воздействие. Ибо на опредмеченную ее часть (к примеру, систему российского законодательства, ее совершенствование) напрямую нет средств воспитательного воздействия.

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 и воплощающих эти свои способности в социально-правовую активность, воплощая результаты ее в те или иные требуемые правовые ценности.

Это понятие правовой культуры указывает на две формы ее существования: живую и предметную. В живой форме правовая культура принадлежит каждому индивидуально. Ибо она находится в правовой психике и правомерном поведении конкретного человека и в принципе неотделима от него. Отсюда и в коллективных субъектах права носителями живой части их правовой культуры являются их члены персонально. Об этом несколько ниже.

Живая часть правовой культуры есть система, состоящая из трех элементов.

1.Знания права субъектом, его правовые навыки и умения качественно творить и эффективно использовать необходимые правовые средства для достижения своих правомерных целей.

2.Его позитивная правовая убежденность в ценности права (позитивная правовая установка).

3.Его социально-правовая активность использования правовых средств для достижения своих правомерных целей.

Знание права кладет начало живой части правовой культуре субъектов права. Оно выступает в двух формах – в чувственной (в виде правовых ощущений, восприятий и представлений) и абстрактной (мышления). Правовые знания накапливаются в правовом сознании субъекта права в виде правовых взглядов, представлений, суждений, идей, понятий, теорий и т.п. Правовые знания по отношению к правовому сознанию делятся на сознательные, бессознательные, интуитивные. Помимо правовых знаний в правовой культуре не менее важными являются и правовые умения, и правовые навыки. Правовое умение есть способность субъекта осознанно выполнять правовые предписания. Ведь можно знать право, но не уметь пользоваться им, что не менее вредно для правовой культуры. Правовой навык – это способ выполнения правомерных действий, ставший в результате упражнений автоматизированным, выполняемым без контроля правосознания.

Позитивная правовая убежденность субъектов права - второй необходимый структурный элемент живой части их правовой культуры.

Он необходим, так как даже глубокое знание субъектом права и умение пользоваться им, как свидетельствует жизнь, не гарантирует его правомерного поведения. Правовая убежденность субъекта имеет сложное содержание, включающее в себя рациональный, эмоционально-чувственный и волевой компоненты. ***Рациональный*** – это осознанное правовое знание или результат осознания определенной правовой идеи (идей, взглядов, понятий, теорий). ***Эмоционально-чувственный*** компонент составляют правовые чувства, эмоции и другие социально-психологические образования субъекта, закрепляющие осознанную правовую идею (идеи, понятия, теории и т.д.) и вместе с тем закрепляемые ею. ***Волевой*** компонент представляет собой волю, направленность субъекта к правомерному действию, заданному осознанной правовой идеей, правовыми предписаниями, закрепленными положительными правовыми эмоциями и чувствами. Позитивная правовая убежденность (правовая установка) субъекта права не будет сформирована при дефекте хотя бы одного из трех указанных выше ее структурных компонентов.

Волевой элемент придает завершенность, целостность правовой убежденности субъекта права, так как воля (от лат. *voluntas*) есть способность субъекта права к выбору цели правомерной деятельности и внутренним усилиям, необходимым для ее осуществления.

Социально-правовая активность субъектов права – завершающий элемент живой части их правовой культуры. Он приводит в действие ее предыдущие элементы. Социально правовая активность субъектов права требует от них и обеспечивает им: а) постоянно расширять, углублять, совершенствовать свои правовые знания; б) убеждаться в истинности, справедливости, гуманности (либо наоборот) правовых идей, принципов, институтов и норм действующего права, в) приобретать умения и навыки эффективно пользоваться всеми законными правовыми средствами для обеспечения своих интересов и потребностей, не нарушая интересов других людей и общества в целом.

В живой форме правовая культура может находиться в двух состояниях: в статике и динамике. В статике правовая культура находится внутри субъектов права (в их сознательно-чувственно-волевой сфере, по существу сводится к их правосознанию), а в динамике (правомерной деятельности) – она (как их интеллектуально-волевая сила) организует и направляет их правомерную деятельность до достижения установленной цели.

Особенность живой части правовой культуры коллективных субъектов права, (как сказано выше) состоит в том, что она находится в головах и правомерных деяниях их членов. Так, к примеру, живая правовая культура Федерального Собрания РФ в статике находится в головах депутатов Государственной Думы и членов Совета Федерации. Динамический характер у них она приобретает в процессах их участия в деятельности комиссий обеих палат и их пленарных заседаниях. Коллективный характер правовая культура Федерального Собрания РФ приобретает *только в предметной форме* – форме законов, постановлений палат, после того как их проекты будут утверждены установленным законом числом индивидуальных волей депутатов (членов СФ), сформировавших, таким образом, общую волю палаты

Правовая культура в предметной форме (материализованное тело правовой культуры) лишено динамики, движения, жизненности. Жизненную силу она приобретает только в новом правовом процессе – процессе ее распредмечивания живой правовой культурой субъектов права, заинтересованных в ее содержании, которым они пополняют содержание своей правовой культуры. При отсутствии такого живого интереса к ней, предметная форма правовой культуры превращается в ее памятники.

Произведенные на свет субъектами права предметы правовой культуры начинают сейчас же «жить» своей самостоятельной жизнью только в среде субъектов права, способных к их распредмечиванию и включению их идеального содержания в ткань своей правовой культуры. Наряду с «живой» правовой культурой, предметы правовой культуры оказывают самостоятельное воздействие на правовую жизнь общества, причем, возможно, даже не то, на которое рассчитывал их создатель. Предметы правовой культуры являются передаточным средством воздействия правовой культуры одних субъектов права на правовую культуру других. Таким образом, прежде всего через свои предметы (правовые нормативные акты, акты правоприменения и т.д.) правовая культура творцов права оказывает воздействие на субъектов индивидуальных и групповых правовых культур. Осуществляется это через процесс распредмечивание продуктов правовой культуры.

Важно заметить, что предметы правовой культуры в отличие от живой правовой культуры могут действовать, оказывать влияние в той или иной мере не только при жизни, но и после «смерти» их создателей и носителей – индивидуальных и коллективных субъектов права. Причем это влияние на судьбы правовой культуры последующих поколений и типов правовых культур не только одной, но и многих стран, а возможно, и всего человечества может быть весьма существенным, как, к примеру, предметов римской правовой культуры.

Полная (двусторонняя) структура правовой культуры, представленная вниманию выше, позволяет более точно определить занимаемое место в ней правосознания. Оно, его живая часть, как нам представляется, занимает ведущее место в живой части правовой культуры субъектов права как индивидуальных, так и коллективных, включая общество и государство. Живая часть правосознания составляет первый и второй элементы живой части правовой культуры. Первый элемент живой части правовой культуры есть ничто иное как правовая идеология – первый элемент правосознания, а второй ее элемент есть второй элемент правосознания - правовая психология.

Очень важно при этом отметить, что в правовую культуру включается правосознание как позитивное явление. Антипод его - анти правосознание, включающее в себя многие негативные правовые

явления - правовой: нигилизм, инфантилизм, идеализм, и т. д. - есть главный элемент правовой антикультуры. Об антикультуре смотри подробно в указанной нашей монографии.

¹ Каландарашвили З.Н. Правовая культура молодежи современного российского общества: теоретико-правовой анализ. СПб, 2011. С. 20.

² Сальников В.П. Правовая культура: теоретико-методологический аспект: автореф.дис... д-ра юр. наук. Л., 1990. С.4.

³ Каландарашвили З.Н. Указ. соч. С. 48.

⁴ Бондарев А.С. Правовая культура – фактор жизни права: монография. М., 2012.

М.В. Воронин

Казанский (Приволжский) федеральный университет, г. Казань

ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ КИТАЙСКОЙ НАРОДНОЙ РЕСПУБЛИКИ И РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: ОСНОВЫ ИСТОРИКО-ТЕОРЕТИЧЕСКОГО ПРАВОВОГО АНАЛИЗА

Проблема соотношения таких правовых систем, как российская и китайская, затрагивает большой объем вопросов и аспектов. Думается, что в основе историко-теоретического правового анализа правовых систем Китая и России должно быть следующее:

- прежде всего необходимо определить типологическую принадлежность указанных правовых систем;
- сформировать представления о механизме взаимодействия этих правовых систем;
- выявить общесоциальные и исторические факторы взаимодействия;
- сопоставить указанные правовые системы на основе «работы» их компонентов, понять суть основных характеристик социального действия права, процессов правотворчества и правореализации, изучить основные характеристики правового сознания;
- понять, как эти правовые системы взаимодействуют с иными, в том числе и более глобальными, системными правовыми образованиями (международное, европейское право).

Рассмотрение типа правовой системы невозможно без знания классификации правовых систем в юридической науке. Этому посвящены труды известных российских и зарубежных ученых Р. Давида, Х. Кетца, К. Осаке, К. Цвайгерта, М.Н. Марченко, В.В. Оксамытного, А.Х. Саидова, Ю.А. Тихомирова, В.Е. Чиркина, др.

Так, К. Осаке относит китайскую правовую систему к типу квазизападного права, отмечая, что «такое право существует в странах социалистического пространства. В некоторых странах этой правовой семьи, например, Китае и Корее, существуют две параллельные правовые системы – традиционная и социалистическая. Но в итоге они относятся к семье социалистического права¹. О самостоятельности этой (социалистической) правовой семьи в науке было немало споров. Существуют теории, которые считают рассматриваемую правовую семью самостоятельной (французская и американская теории).

Р. Давид относил китайскую правовую семью к внезападному типу, характеризуя ее как дальневосточное азиатское право.

Некоторые исследователи (Л.А. Луць) придерживаются позиции об отнесении Китая к смешанному типу правовой системы².

К этому «смешанному типу правовой системы» относят ряд ученых и правовую систему России, что можно объяснить переходными процессами от советской правовой системы к российской, построенной на иных, нежели советская, правовых принципах.

Определение типологической принадлежности правовой системы напрямую связано с механизмом «работы» ее компонентов. Проблема верификации «работы» компонентов правовой системы Китая связана со следующими факторами: 1) наличием в Китае регионов, которые восприняли неодинаковые правовые традиции, развивались под влиянием разных правовых систем современности; 2) постоянно происходящими правовыми реформами, быстрым изменением структуры правовой системы, ростом законодательства в Китае.

Как справедливо отмечает П.В. Трошинский, регионы Китая испытали влияние разных правовых семей, разных правовых традиций, и это влияние имело неодинаковую силу. В статье «Правовая система Китайской Народной Республики: становление, развитие и характерные особенности» он представляет следующую схему влияния правовых систем на регионы Китая: «1) на право континен-

тального Китая повлияли: романо-германская и англосаксонская правовые семьи, советское право, традиционное право Китая; 2) на право Гонконга повлияли англосаксонская правовая семья и традиционное право Китая; 3) на право Макао – романо-германская правовая семья и традиционное право Китая; 4) на право Тайваня – романо-германская и англосаксонская правовые системы и традиционное право Китая»³. Поэтому историко-правовой анализ и теоретико-правовой анализ взаимодействия правовых систем России и Китая должны проводиться при условии понимания того, какую часть, срез правовой системы КНР мы сравниваем с правовой системой России. Думается, что прежде всего это должны быть право и правовая действительность континентального Китая.

Характеризуя взаимодействие правовых систем Китая и России, следует отметить общесоциальные и специально-правовые факторы, сближающие Китай и Россию на юридической карте мира. К общесоциальным относятся: общая граница (близость государств), нарастающее экономическое партнерское взаимодействие, обе страны – крупные игроки на геополитической арене. К специальным юридическим: 1) схожая природа первичных общественных отношений – отношений, которые существуют и вне права; 2) заданная государственной волей обоих государств ориентация на взаимодействие, выражающаяся в правовой политике стран; 3) схожая генетически история правового развития (особенно в период развития социализма в СССР), вырабатываемые в процессе исторической преемственности фундаментальные принципы права.

Как в Китае, так и в России происходят глубокие преобразования, отражающие модернизацию государственности. «В последние годы в Китае внедряются идеи «либерального социализма». «Три кита» прежней официальной идеологии Пекина (марксизм-ленинизм, социалистический путь, руководящая роль КПК) заменяются лозунгами: «патриотизм», «социальноориентированная рыночная экономика», но руководящая роль КПК остается неизменной»⁴. Российская государственность также претерпела изменения за последнее двадцатилетие. В первую очередь это связано с укреплением вертикали власти, преобразованием механизма государства, повышением его эффективности. Все это не могло не отразиться на праве.

Что касается права Китая, то эти изменения связаны с усилением роли законодательного регулирования общественных отношений, увеличением объема нормативно-правовой базы в разных сферах жизни общества. О качестве законодательства и о юридической технике в Китае в целом нужно говорить отдельно. Можно отметить следующую особенность китайского законодательства на современном этапе развития: «текстам китайских нормативных правовых актов, образующих правовую систему КНР, свойственны нечеткость, расплывчатость, неконкретизированность формулировок»⁵. Думается, что такое состояние системы законодательства Китая требует весьма усердной проработки в плане сопоставления с системой законодательства, в которой имеется значительное число кодифицированных актов. С нашей точки зрения, наиболее важным для анализа права Китая и России на данном этапе является не структурная сторона законодательства, а содержательная сторона права, восприятие права обществом и государством и само оформление государственной властной воли.

Отдельным срезом дискуссии в рамках поставленной проблемы является научно-культурное взаимодействие, в том числе и влияние разных правовых школ и учений на правовые системы Китая и России. В частности, известна рецепция правовой системой России французских, немецких, да и в целом выработанных в рамках континентальной правовой школы идей. Это проявилось при создании Гражданского кодекса России – ядра российского частного права, что, в свою очередь, повлияло на формирование всего цивилистического правового блока в России. Китай также был не лишен влияния европейских мыслителей в своем «правовом развитии». В частности, можно привести как пример наблюдение М.В. Захаровой: «...во многом энергетический потенциал французской правовой системы стал базовым началом для развития многочисленных национальных правопорядков благодаря плодотворной деятельности французских ученых-юристов. Так, ... проф. Ж. Эскарра участвовал в создании в 1920 г. Гражданского кодекса Китая...»⁶. (Хотя в данный момент в Китае нет действующего Гражданского кодекса.) В советское время ученые-юристы читали лекции в ведущих вузах Китая, а ученые из КНР проходили стажировки в университетах СССР. Но для детального анализа этого среза проблемы нужно серьезное, полноценное исследование. Мы лишь обозначили проблемные точки дискуссии.

Еще одним блоком рассматриваемой проблемы является взаимодействие исследуемых правовых систем с международным правом – особой правовой системой. Здесь можно выделить модели взаимодействия: 1) международное частное право и национальное право; 2) международное публичное право и национальное право.

¹ *Осакве К.* Сравнительное правоведение в схемах: общая и особенная части. М.: Дело, 2002. 57 с.

² См.: Оксамытный В.В. Юридическая компаративистика. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2015. С. 222.

³ Троцинский П.В. Правовая система Китайской Народной Республики: становление, развитие и характерные особенности // Вестник университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА). 2015. № 5. С. 103.

⁴ Чиркин В.Е. Сравнительное государственное устройство. М.: Норма: ИНФРА-М, 2014. С. 416–417.

⁵ Троцинский П.В. Указ. соч. С. 113.

⁶ Захарова М.В. Французская правовая система на юридической карте современного мира // Государство и право. 2014. № 7. С. 12.

А.А. Замалетдинов

Казанский (Приволжский) федеральный университет, г. Казань

ЮРИДИЧЕСКАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ: АНАЛИЗ СИСТЕМЫ КАТЕГОРИЙ

Любая система – это совокупность частей, находящихся в определенном единстве и взаимодействующих между собой. Составными частями системы права (правовой системы) являются, как известно, отрасли права, подотрасли права, правовые институты и правовые нормы¹.

Система права – суть внутреннего строения (структура) права, отражает объединение и дифференциацию юридических норм. Основная цель системы – объяснить и интегрирование, и деление нормативного массива на отрасли и институты, дать системную характеристику позитивного права в целом².

Р.Л. Хачатуров определяет систему юридической ответственности как совокупность и взаимодействие норм и институтов права, соблюдение которых обеспечивает правопорядок, а применение их при совершении правонарушения восстанавливает правопорядок. Системное единство юридической ответственности обеспечивается предметом и методом правового регулирования и едиными принципами, а также функциями юридической ответственности³.

На современном этапе развития общества проблема юридической ответственности приобрела методологическое значение, а в перспективе, по прогнозам отдельных правоведов, станет мировоззренческой⁴, что в свою очередь, предопределяет актуальность данной проблематики и объясняет возобновление активности юристов в исследовании юридической ответственности⁵.

Юридическая ответственность проявляет себя прежде всего через механизм мер государственного принуждения к лицу, которое совершило противоправное деяние, и основными факторами государственно-правового принуждения являются защита неопределенного круга лиц и восстановление социальной справедливости.

Правонарушителю от имени государства назначается наказание за совершенное преступное деяние, и основной стороной в данном случае являются компетентные органы, принимающие соответствующее решение о привлечении лица к ответственности (административной, уголовной и т.д.). Возникновение юридической ответственности происходит вследствие общественно опасного деяния.

Д.А. Липинский считает, что юридическая ответственность не растворяется в понятиях «обязанность», «правомерное поведение», «поощрение», «осознание обязанности», «волевое отношение к обязанностям». Юридическая обязанность вид и мера должного или требуемого поведения. В основе обязанности лежит юридически закрепленная необходимость. Одна обязанность не может характеризовать всю ответственность в целом. Она не может существовать без своей основы правовой нормы, но и правовая норма не характеризует ее полностью и не исчерпывает понятие добровольной ответственности. Обязанность действовать надлежащим образом (правомерно) в своей статике, в виде модели будущего поведения характеризует ответственное поведение и юридическую ответственность, но не сводится к последним. Сама правовая норма является основанием юридической ответственности⁶.

Юридическая ответственность анализируется также с ретроспективной и перспективной сторон. Первая сторона – это установленный результат преступного деяния в прошлом, вторая – понимание правонарушителем необходимой важности своей деятельности и того, что в результате ее наступит. Важным является то, что перспективная сторона является теоретическим фундаментом для установления, в частности, конституционно-правовых мер юридической ответственности.

Думается, что целями юридической ответственности являются определенные исходящие от государства направления, которые должны быть реализованы.

Системность юридической ответственности, кроме отмеченных выше системообразующих факторов обусловлена единими функциями, целенаправленным воздействием на однородные общественные отношения сразу всеми видами юридической ответственности⁷. Например, динамика отношений собственности складывается под воздействием как гражданско-правовой и уголовной ответственности, так и других видов юридической ответственности. Незыблемость конституционного строя обеспечивается как уголовной, так и конституционной ответственностью. Признаком системности юридической ответственности выступает возможность привлечения субъекта к нескольким видам юридической ответственности в случае совершения правонарушения. Существующая взаимодополняемость одного вида юридической ответственности другим, способствуя повышению эффективности осуществления общих функций, является системообразующим качеством, активностью, скрепляющей разнообразные меры юридической ответственности в виде целостной системы⁸.

Совместное регулирование элементов системы права направлено на непосредственное обеспечение ее эффективного функционирования – это свидетельствует о единстве такой системы. Цели, задачи, принципы – вот на чем базируется правовая определенность системы права, и в том числе системы юридической ответственности.

Сфера юридической ответственности как область правоотношений, допускающая наибольшее ограничение прав и свобод человека и гражданина, предполагает недопустимость применения аналогии права и аналогии закона. Но в условиях, когда многие институты новых видов и форм юридической ответственности еще только формируются, избежать применения таких аналогий не всегда удастся. Так, принцип вины в настоящее время общепризнанно считается необходимым условием наступления ответственности (если иное не определено в нормативном правовом акте, устанавливающем ответственность)⁹.

Однако, как правильно на наш взгляд, указано в работе М.П. Авдеенкова, законодатель не всегда закрепляет данный принцип непосредственно в нормативном правовом акте, устанавливающем тот или иной вид ответственности.

Конституционный суд Российской Федерации на основании положений ч. 2 ст. 54 Конституции Российской Федерации указал, что «юридическая ответственность может наступать только за те деяния, которые законом, действующим на момент их совершения, признаются правонарушениями. Наличие состава правонарушения является, таким образом, необходимым основанием для всех видов юридической ответственности, при этом признаки состава правонарушения, прежде всего в публично-правовой сфере, как и содержание конкретных составов правонарушений, должны согласовываться с конституционными принципами демократического правового государства, включая требование справедливости, в его взаимоотношениях с физическими и юридическими лицами как субъектами юридической ответственности»¹⁰.

Таким образом, Конституционный суд Российской Федерации определил (а по причине особой юридической силы правовых позиций Конституционного суда Российской Федерации данная позиция обязательна для правоприменителя), что независимо от того, с каким видом, формой или типом ответственности законодатель имеет дело, для установления ответственности необходимо закрепить в нормативном правовом акте определенные факторы, как то: понятие правонарушения, его состав и требования к отдельным элементам состава. При этом правоприменитель, реализующий юридическую ответственность, должен установить наличие состава правонарушения и его соответствие описанным в законодательстве критериям. Единство системы юридической ответственности обеспечивается также единством подходов законодателя к установлению основных дефиниций всех видов юридической ответственности: понятия правонарушения, его состава, определения субъекта правонарушения.¹¹

Структура системы юридической ответственности включает в себя такие виды ответственности: конституционную, уголовную, административную, гражданско-правовую, трудовую, финансовую, уголовно-исполнительную, уголовно-процессуальную и гражданско-процессуальную, которые одновременно являются структурными элементами данной системы.

Таким образом, система юридической ответственности представляет собой объективное объединение по содержательным признакам отраслевых видов юридической ответственности, обладающее относительной самостоятельностью и устойчивостью в праве. Это совокупность и взаимодействие норм и институтов права, соблюдение которых обеспечивает правопорядок, а применение их при совершении правонарушения восстанавливает правопорядок¹².

¹ *Общая теория государства и права*. М., 2000. С. 210.

² *Протасов В.Н.* Проблемы теории права и государства. М.: Новый Юрист, 1999.

³ *Хачатуров Р.Л.* Системность юридической ответственности // Вектор науки ТГУ. Серия: Юридические науки. 2013. № 3(14). С. 48–49.

⁴ *Липинский Д.А.* Общая теория юридической ответственности: дис. ... д-ра юрид. наук. Самара, 2004. С. 3.

⁵ *Овсеян Ж.И.* Юридическая ответственность и государственное принуждение (общетеоретическое и конституционно-правовое исследование). Ростов н/Д: Эверест. 2005; *Липинский Д.А., Хачатуров Р.Л.* Общая теория юридической ответственности. Спб.: Юридический центр-пресс, 2007; *Витрук Н.В.* Общая теория юридической ответственности. М.: РАП, 2008.

⁶ *Липинский Д.А.* Концепции позитивной юридической ответственности в отечественной юриспруденции // Журнал российского права. 2014. № 6. С. 37–51.

⁷ Там же.

⁸ *Stiller G.* Rechtliche Sanktionen Probleme ihrer Ausgestaltung und Anwendung // Neue Justiz. 1975. № 8. S. 219.

⁹ *Авдеенкова М.П.* Элементы системы юридической ответственности и особенности их взаимодействия. URL: <http://www.sovremennoepravo.ru/m/articles/view/Элементы-системы-юридической-ответственности-и-особенности-их-взаимодействия> (дата обращения: 15.05.2015).

¹⁰ *Постановление* Конституционного суда РФ от 27.04.2001 № 7-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Таможенного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области, жалобами открытых акционерных обществ “АвтоВАЗ” и “Комбинат “Североникель”, обществ с ограниченной ответственностью “Верность”, “Вита-Плюс” и “Невско-Балтийская транспортная компания”, товариществ с ограниченной ответственностью “Совместное российско-южноафриканское предприятие “Эконт” и гражданина А.Д. Чулкова».

¹¹ *Авдеенкова М.П.* Указ. соч.

¹² *Хачатуров Р.Л.* Понятие системы юридической ответственности // Вестник Волжского ун-та им. В.Н. Татищева. Сер. Юриспруденция., 1998. Вып. 1. С. 40.

Курбатов С.О.

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ ПРАВОВОСПИТАТЕЛЬНОГО ПРОЦЕССА ОРГАНОВ ПРОКУРАТУРЫ РФ И СССР

Правовое воспитание – это система взаимодействия субъекта и объекта в целях формирования высокой правовой культуры¹.

Преимственность правового воспитания - проблема будущего правоорганизованного общества, его правовой жизни, характер и темпы дальнейшего развития которой в определяющей степени зависят от уровня правовой культуры.

Каждое поколение субъектов права, сходя со сцены правовой жизни, оставляет богатейшее наследство в виде правовых ценностей. Правовой прогресс зависит от того, насколько каждое поколение субъектов права сумеет воспринять, сохранить, развить и передать последующему это наследство.

«История есть не что иное, как последовательная смена отдельных поколений, каждое из которых использует материалы, капиталы, производительные силы, переданные ему всеми предшествующими поколениями»².

«Преимственность – объективная необходимая связь между новым и старым в процессе развития. Диалектически понятое отрицание предполагает не только ликвидацию старого, но сохранение и дальнейшее развитие того прогрессивного, рационального, что было достигнуто на предыдущих ступенях, без чего невозможно движение вперед ни в бытии, ни в познании»³.

Опираясь на определение понятия «правопреемственность»⁴, разработанное пермским ученым юристом Носовым Д.В., предлагаем следующее определение преимственности правового воспитания – это изменение субъектного состава правовоспитательного процесса, при котором в порядке производного приобретения форм, средств и методов воспитания правовой культуры происходит их переход от одного лица (правообладателя) к другому (правопреемнику).

Советской прокуратурой оставлен достаточно большой арсенал форм, средств и методов правового воспитания, принятый и развитый прокуратурой Российской Федерации.

Так, прокуратурой СССР и РФ используются следующие формы правового воспитания: правовая пропаганда; правовое обучение; организованная и контролируемая юридическая практика.

К примеру, правовое обучение прокуратурой СССР осуществлялось в народных университетах, общественных учебных заведениях и т.д. В современной России Генеральной прокуратурой создана Академия, институты повышения квалификации и др.

Некоторые отличия, в силу, в т.ч., развития производительных сил и производственных отношений, имеют используемые средства правового воспитания.

Как прокуратурой СССР, так и прокуратурой РФ активно используются письменные и устные средства: журналы, листовки, стенды, лекции, вечера вопросов-ответов и многое другое.

Между тем, в современных реалиях прокуратурой активно используется сеть Интернет: размещение разъяснений закона на официальных сайтах прокуратур субъектов Российской Федерации, на информационно-новостных и правовых сайтах, ответы на вопросы в режиме «on-line» и т.д.

Однако, в правовоспитательном процессе прокуратуры РФ совершенно не принято и не развито такое, на наш взгляд, эффективное средство правового воспитания как литература и искусство.

Не вдаваясь в подробный сравнительный анализ правового воспитания прокуратур двух разных общественно-экономических формаций, акцентируем внимание лишь на том позитивном, рациональном, что существовало во времена деятельности прокуратуры СССР, и что не приобретено прокуратурой России при преемственности правовоспитательного процесса.

В СССР «необходимость объединения усилий разных органов, осуществляющих правовое воспитание в районе, городе, области, республике в целях формирования общей правовой культуры населения, обусловила создание специального междуведомственного органа – координационно-методического совета по вопросам правовой пропаганды».⁵ В этот совет входили представители судов, прокуратуры, юстиции, ОВД, профсоюзы, комсомол и др. «Письмом Генерального прокурора СССР № 1/32 от 13.08.1971 прокурорам и следователям предложено поддерживать постоянные контакты с органами министерства юстиции, ОВД, судами, обществом «Знание», другими организациями. Нередко прокуроры избирались председателями данных координационно-методических советов. Но не в силу должности, а потому, что конкретные лица признавались более опытными юристами, способными возглавить организацию правовой пропаганды».⁶

Примечательно, что осуществление правовоспитательного процесса прокуратурой СССР прямо предусмотрено Законом СССР от 30.11.1979 «О прокуратуре СССР».⁷

Так, согласно ст. 2 данного Закона, всей своей деятельностью прокуратура способствует воспитанию должностных лиц и граждан в духе добросовестного исполнения своих конституционных обязанностей, соблюдения законов и правил социалистического общежития.

В силу ст. 3 Закона одно из направлений прокуратуры СССР – участие в пропаганде советских законов.

В современных российских реалиях, при наличии мощного потенциала к развитию правовой культуры, проблемой в его реализации выступает отсутствие единого центра правового воспитания, отсутствие законодательно закрепленного субъекта, который мог бы возглавить процесс повышения правовой культуры россиян, мог бы придать ему целостность и целенаправленность, субъекта, способного надзирать за осуществлением правового воспитания иными воспитателями, способного координировать их работу в данном направлении и методически обеспечивать.

О необходимости создания в Российской Федерации единого координирующего правовоспитательный процесс органа писал А.С. Бондарев: «Для целенаправленного постоянного руководства правовым воспитанием в масштабе всей страны законом о правовом воспитании необходимо учредить компетентный и авторитетный полномочный координационный центр по правовому воспитанию россиян с постоянной социологической службой при нем. Непосредственное управление правовым воспитанием в масштабе страны указанный центр мог бы, к примеру, осуществлять через Министерство юстиции РФ»⁸.

Мы предлагаем в качестве данного субъекта органы прокуратуры Российской Федерации.

Считаем возможным законодательное закрепление прокуратуры как единого центра правового воспитания путем внесения дополнения в п. 2 ст. 1 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» словами «координирует правовое воспитание государственными органами и органами местного самоуправления».

¹ Курбатов С.О. Прокуратура России как субъект правовоспитательного процесса // Вестник Пермского университета. сер.: Юридические науки. 2014. Вып. 2(24). С. 19.

² Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., 2 изд., т. 3. С. 44–45

³ Философский словарь / под ред. И.Т. Фролова. 4-е изд. М.: Политиздат, 1981. С. 338.

⁴ Носов Д.В. Правопреемство: теоретико-правовое исследование: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2011. 200 с.

⁵ *Правовоспитательная деятельность советской прокуратуры. Методическое пособие. М., 1983. С. 22.*

⁶ Там же.

⁷ *Свод законов СССР, т. 10, с. 41, 1990 г.*

⁸ *Бондарев А.С. Современные формы, средства и методы воспитания правовой культуры россиян: учеб.-метод. пособие. Пермь, 2009. С. 122.*

Т.Е. Логинова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ВЕЛИКОЙ ХАРТИИ ВОЛЬНОСТЕЙ 1215 г.

15 июня 2015 г. исполнилось 800 лет со дня подписания королем Иоанном Безземельным Великой хартии вольностей – документа, ставшего одним из первых источников прав человека, а в последующем частью неписаной английской конституции. Полный текст Великой хартии вольностей насчитывает 63 статьи, которые расположены без определенной системы и касаются самых разных вопросов. Интересно, что ст. 1, 9, 29 и 37 Хартии 1225 г., восходящие к статьям 1, 13, 39, 40 и 60 Великой хартии вольностей 1215 г., продолжают действовать и до настоящего времени. Известно также, что ссылки на Великую хартию вольностей предпринимались и в период Новейшего времени, так, например, в 1963 г. Верховный Суд США по одному частному делу постановил, что «со времен Великой Хартии... одним из наиболее устойчивых принципов управления жизнью цивилизованных людей сделалось правило: ни один человек не будет лишен прав без соответствующей судебной процедуры»¹.

Великая хартия вольностей появилась в Англии в период глубокого обострения социально-политических противоречий. В частности, в рассматриваемое время произвол короля и его администрации достиг небывалых размеров: многочисленные финансовые нарушения, произвольное повышение налогов (особенно так называемых «щитовых денег»), судебные и внесудебные штрафы (например, лесные штрафы), введение налога на движимое имущество, которым облагались и бароны, и купцы, и сельские жители. Беспредельное выкачивание денег у населения, которые требовались на непопулярную войну с Францией, на выплату дани Папе Римскому, на наемников, кроме того, внесудебная конфискация земель у непосредственных держателей короля за малейший проступок вызывали возмущение у широких народных масс. Великая хартия вольностей явилась фундаментальным законодательным актом, который изменил не только ход развития английского права, английской государственности, но и правосознание людей, а также оказал влияние на современное состояние юридической мысли.

Более всего в появлении этого документа, а собственно в ограничении королевской власти, были заинтересованы бароны. Ведь именно они более всего страдали от произвола короля, поскольку, находясь непосредственно под властью короля как своего сеньора, в наименьшей мере были защищены феодальным обычаем и традиционными судебными процедурами от его злоупотреблений, чем вассалы других лордов. Поэтому-то бароны и сыграли ведущую роль в оппозиции королю, пытаясь восстановить свои нарушенные имущественные права и установить правовые гарантии их неприкосновенности в будущем. Бароны вели активную работу по поиску союзников, и им это удалось. Борьбу баронов с королем поддержали рыцари, горожане, фригольдеры, церковь.

Огромная роль в принятии Великой хартии вольностей принадлежит католической церкви, прогрессивно мыслящим церковным кругам. Известно, что разногласия между королем Иоанном Безземельным и Папой Римским привели к тому, что в 1208 г. был наложен интердикт (приостановка осуществления церковных служб и таинств) английский король отлучен от церкви. Это обстоятельство не могло не сказаться на политическом конфликте, связанным с подписанием Хартии 1215 г. Не случайно, что в первой же статье Великой хартии вольностей 1215 г. была закреплена «свобода церкви», неприкосновенность владения ею «своими правами и вольностями».

Не меньшую роль, чем церковнослужители, в принятии данного документа сыграли рыцари. Рыцари были представлены в местной администрации, были шерифами, помощниками шерифов, констеблями, входили в состав присяжных и т.д. В XIII в. эта категория населения стала приобретать все большую политическую независимость как от своих лордов, так и от короля.

Не менее важную роль в исходе политической борьбы в 1215 г. сыграли и горожане, которые в силу своих профессиональных задач способствовали процветанию торговли, из которой посредством налогов, пошлин извлекали крупные суммы те же бароны, да и сам король. Фактически к моменту

принятия Хартии 1215 г. английский город не был уж совсем бесправен. Так, например, уже к началу XII в. шерифы в городах избирались, городам было предоставлено право иметь собственные суды. Значительно расширил финансовую и судебную свободу городов Генрих II, который запретил взимание пошлин с горожан за провоз товаров и другие сборы, ограничил судебные штрафные санкции, запретил арест земли за долги, исключил ограничение свободы браков и т.д.

Правовое содержание Великой хартии вольностей 1215 г. весьма многогранно. Этот документ носит, с одной стороны, восстановительный характер, так как в ней немного абсолютно новых статей. Скорее, Хартия в большинстве положений закрепляла, упорядочивала и уточняла общепризнанные и устоявшиеся к тому времени обычаи и правовые нормы². В частности, ст. 2 Хартии не только подтверждала право наследников графов и баронов и других непосредственных держателей земли от короля уплачивать «старинный рельеф», но и фиксировала его законные рамки в денежном выражении за «графскую баронию», «за рыцарский фьеф» и др. В ст. 3–5 закреплялись традиционные нормы о принадлежности королю права опеки над несовершеннолетними наследниками своих вассалов при условии прекращения злоупотреблений этим правом со стороны королевских чиновников. Феодальный принцип «взаимности прав и обязанностей сеньора и вассала» нашел четкое выражение в ст. 37, согласно которой королю впредь запрещалось «вмешиваться в права других сеньоров-опекунов над наследниками или над какой-либо землей, которую он держит от другого за рыцарскую службу». К традиционным нормам относится ст. 12 Хартии, закреплявшая обязанность вассалов короля выплачивать ему личные пособия в случае его выкупа из плена, возведения в рыцари его старшего сына, выдачи замуж его старшей дочери. Новым положением в ст. 12 стало требование выплаты королю «щитовых денег» и пособий, но при этом оговаривалось, что выплата этих денег должна быть одобрена «общим советом королевства», в который входили представители католической церкви, бароны, крупнейшие землевладельцы, а также все те, кто держал землю от короля непосредственно. В последующих ст. 15 и 16 в соответствии с принципом «взаимности прав и обязанностей» сеньоров и их вассалов утверждаются равные права вассалов других лордов с вассалами короля при взимании с них пособий и несении различных видов службы.

Статьи Великой хартии вольностей 1215 г. о «выравнивании» феодальных привилегий, о «взаимности прав и обязанностей» в рамках феодальной иерархии между лицами высшего и низшего общественного положения можно отнести, по словам Г. Дж. Бермана, к одному из первых проявлений «идеала законности», что наряду с практикой субинфеодации способствовало сохранению единого классового сознания как высшей аристократии, так и мелкопоместного рыцарства, основанною на главном по нормам феодального права противопоставлении свободных людей зависимому вилланству³.

В ст. 35 было установлено единство мер и весов, что имело особое значение для горожан, особенно купцов. В ст. 41–42 было закреплено право беспрепятственно и безопасно въезжать и выезжать из страны, а также передвигаться по ней. Эти статьи способствовали развитию мировой торговли путем создания условий для безопасности рынков, торговых путей, закрепляли новые принципы торгового права, основанные на требованиях объективности, универсальности правосудия, взаимности прав и обязанностей, свободы личности.

Ряд статей Великой хартии вольностей посвящены вопросам правосудия. Так, в ст. 17–19 содержались положения, обеспечивающие большую доступность, профессионализм и улучшение управляемости королевских судов. Ст. 20 содержала требование соответствия тяжести наказания степени опасности преступления. Ст. 24 запрещала королевским чиновникам выступать в роли судей по делам, подсудным королю, т.е. судам сотен графств, в компетенцию которых входило рассмотрение уголовных дел при участии так называемого большого (обвинительного) жюри присяжных. Ст. 38 направлена на пресечение возможности со стороны короля и его чиновников преследовать невиновного. Согласно этой статье, никакой человек не мог «привлекать кого-либо к ответу лишь на основании своего собственного устного заявления, не привлекая для этого заслуживающих доверия свидетелей». Ст. 36 Хартии имела прямую связь со ст. 40, в которой закреплялся принцип: «не продавать права и справедливости», «не отказывать в них или замедлять их». Ст. 45 Хартии 1215 г. требует назначения на королевские должности судей, шерифов, констеблей, бейлифов только тех лиц, которые знают законы страны и хотят их добросовестно выполнять. В этих статьях провозглашается принцип законности для всего общества.

Центральное место в Великой хартии вольностей 1215 г. занимает ст. 39, содержащая гарантии неприкосновенности по отношению к жителям Англии. Содержание статьи было направлено против произвольных действий короля, незаконных арестов, наложения наказаний по административному распоряжению без судебного разбирательства, произвольного лишения прав владения имуществом,

прежде всего земель, и других неправомерных действий. В каждую фразу ст. 39 Хартии 1215 г. включался конкретный смысл, соответствующий требованиям исторического момента⁴.

Оценка Великой хартии вольностей 1215 г. не может быть однозначной. Очевидно, что в исторической перспективе этот документ сыграл прогрессивную роль и прежде всего как политический манифест. Великая хартия вольностей отразила расстановку социально-политических сил в условиях конфликта 1215 г. и временный компромисс короля и баронов. Однако зафиксированные в Хартии попытки крупных феодалов ограничить осуществление королевской властью ряда наиболее ненавистных баронам прерогатив юридически, в том виде, в каком они нашли отражение в этом документе, по сути ничего в положении королевской власти в Англии не меняли. Великая хартия вольностей практически не ограничивала власть короля, а Совет 25 баронов мог препятствовать осуществлению этой власти лишь в случае нарушения королевской властью Хартии и после соблюдения определенной процедуры.

Юридическую силу Великая хартия вольностей имела лишь несколько месяцев. В конце августа 1215 г. Папа Римский, примирившийся с Иоанном Безземельным, аннулировал Хартию папской буллой. Снова началась вооруженная борьба, но смерть Иоанна Безземельного в 1216 г. помешала довести ее до какого-либо определенного результата. Взошедший на престол Генрих III, уступая баронам, подтвердил Великую хартию вольностей. Причем такого рода подтверждения сделались своеобразного рода традицией, и в период между 1327 и 1422 гг. Великая хартия вольностей подтверждалась 44 раза⁵ [4, с.11]. В дальнейшем Великая хартия вольностей постоянно модифицировалась, но первоначальное ее содержание стало основой конституционной истории Великобритании.

¹ Kennedy v. Mendoza, 372 U.S., 144.

² Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1994.

³ Там же. С. 297.

⁴ Крашенинникова Н.А. Великая Хартия вольностей 1215 г. (современная интерпретация) // Ученые-юристы МГУ о современном праве /под ред. М.К. Треушникова. М., 2005.

⁵ Петрушевский Д.М. Великая хартия вольностей и конституционная борьба в английском обществе во второй половине XIII в. М., 1918.

Л.А. Мусаелян

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

МИРОВОЗРЕНЧЕСКИЙ ПЛЮРАЛИЗМ И НЕАРТИКУЛИРУЕМЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА

Среди фундаментальных ценностей цивилизации право занимает особое место. Как основополагающий компонент культуры оно вбирает в себя ее наиболее значимые достижения, развивается вместе с ней и в то же время способствует легитимации и реализации тех ценностей, которые обеспечивают устойчивое функционирование и развитие общества.

Философия, изучая общество, не может игнорировать эту чрезвычайно важную область человеческой деятельности. Именно поэтому философское осмысление права имеет многовековую историю. По мере развития человечества, усложнения общественной жизни интерес философии к правовой реальности, очевидно, будет возрастать. В свою очередь право связано с философией, опирается на философию, поскольку ее базовые проблемы: свобода, справедливость, равенство, ответственность, законность являются философскими проблемами. Их разрешение уходит в область философской онтологии, антропологии, гносеологии, аксиологии и других философских дисциплин, которые в своей совокупности определяют структуру такой междисциплинарной науки как философия права.

О связи права и философии свидетельствует вся история цивилизации. В каждую новую историческую эпоху (Античность, Средневековье, Возрождение и т.д.) возникало фактически новое правопонимание, соответствующее господствующему миропониманию. И в недавнем прошлом, в советский период нашей истории, существующая в стране система права опиралась на марксистскую философию, которая официально признавалась в качестве господствующего мировоззрения. Ответственные науки, в том числе теория права, вместе со своей методологической основой – философией – выступали в роли господствующей идеологии. В постсоветской России отмеченная историческая традиция зависимости правопонимания от миропонимания оказалась нарушенной. Согласно Конституции РФ (ст. 13) в нашей стране отсутствуют официально признанные господствующее мировоззре-

ние и идеология. Установление мировоззренческого и идеологического плюрализма оценивается как важное завоевание молодой российской демократии, освободившейся от коммунистического тоталитаризма. Бесспорно, монополия государства на истину трудно совмещается с принципом демократии, тем более что от имени государства всегда говорят конкретные люди и далеко не всегда одно и то же. Но, с другой стороны, при официальном отрицании в обществе господствующих идеологии и мировоззрения закономерно возникают как минимум два вопроса.

Во-первых, если в стране существует Конституция и достаточно развитая правовая система, на которые опирается в своей деятельности государство, то может ли в этом обществе отсутствовать государственная идеология? В классовом обществе право вне идеологии – нонсенс. Деидеологизированное право, не отражающее интересы определенных социальных групп (слоев) населения, не может выполнять свою основополагающую регулятивную функцию, ради которой оно и возникло. Можно, конечно, сказать, что право отражает интересы всего общества. В определенной степени это так. Но лишь в определенной степени. Право, отражающее интересы исключительно всего населения, предполагает общество, где отсутствует социально-экономическая и социально-политическая стратификация. В этом случае государство перестает быть публичной властью, отчужденной от народа. Власть подобного рода не нуждается в классическом институте права. Понятно, что существующие российские реалии находятся в кричащем противоречии с такими предположениями. Впрочем, вопрос об отсутствии у нас в стране государственной идеологии – тема отдельного обстоятельного дискурса.

Во-вторых, что выступает в качестве метатеории и методологии современного российского права? Очевидно, что те ценности, тот социальный идеал (личности, общества), который создается и утверждается через механизм права, в немалой, если не в определяющей, степени зависит от метатеории права, от философско-мировоззренческих позиций правоведов, особенно тех, которые заняты теоретической деятельностью и законотворчеством. На какой философии базируется правовая политика власти, или же она исходит из декларируемого мировоззренческого плюрализма, существующего в обществе? Мировоззренческий плюрализм определяет плюрализм в области правовой теории и, в конечном счете, правовой практики. При всей сюрреалистичности такого вывода, он не лишен определенных оснований. «Современная политико-правовая практика, – пишет В.М. Сырых, – служит эмпирическим обоснованием доброму десятку различных правовых теорий и школ»¹. «У нас до сих пор нет единого правового пространства» – отмечает А.В. Малько². Это и понятно: не может быть единого правового пространства при методологическом (и мировоззренческом) плюрализме в теории и практике права. Между тем единое правовое пространство есть основополагающее условие эффективного управления страной.

Заметим, что отсутствие единого правового пространства (его однородности и изотропности) является условием существования селективного права в России. Последнее свидетельствует о том, что в нашей стране отсутствует равенство граждан перед законом. Этот вывод настолько очевиден, что нет необходимости обращаться к конкретным примерам правоприменительной практики. Селективное право является весьма значимым препятствием торжеству справедливости в общественной жизни. Но равенство граждан перед законом и справедливость в общественной жизни служат важнейшими принципами демократического общества. Таким образом, идеологический и мировоззренческий плюрализм, считающийся крупным достижением постсоветской российской демократии, на самом деле способствовал формированию социальной реальности, не отвечающей фундаментальным принципам демократии. Указанное противоречие между демократическим выбором и антидемократическими последствиями такого выбора почему-то не замечается и не артикулируется правоведом.

В научно-юридической литературе представлены различные оценки сложившейся ситуации в области правовых теорий. Одни считают существование разных типов правопонимания, опирающихся на различные философские теории, не только возможным, но и единственно правильным. Другие, ставя под сомнение преимущества плюралистического подхода, полагают, что право – многофакторное явление, требующее интеграции разных концепций права. Третьи отрицают возможность интеграции различных концепций, считая такой подход контрпродуктивным³. Нет единства среди ученых-юристов относительно типологии правопонимания. Фактически каждый автор учебника по теории государства и права дает свою классификацию существующих концепций правопонимания. К изъянам современной теории права многие исследователи (М.М. Байтин, В.С. Нерсесянц и др.) относят также чрезмерное противопоставление естественного и позитивного права. Разногласия по коренным вопросам теории права свидетельствует о слабой разработанности проблемы онтологических оснований права. Как представляется, разрешение этой проблемы способствовало бы преодолению неопределенности в правопонимании и повысило бы эффективность российской правовой системы.

Формат данной публикации не позволяет обстоятельно изложить конкретное решение указанной задачи, поэтому ограничимся лишь общими соображениями на этот счет.

Если присмотреться к обществу, то можно обнаружить, что в нем нет ничего, что не было бы результатом реализации человеческих сущностных сил⁴. Это относится и к государству, и праву. Концепции права отличаются друг от друга объяснением причин возникновения права, трактовки содержания правовых отношений и т.д. Разное содержание общественных отношений, приняв правовую форму, оказывается в конечном счете результатом реализации сущностных сил человека. Приняв нормативное выражение, право выходит за рамки индивидуальных решений конкретных дел. Как всеобщая воля и всеобщий регулятор общественных отношений право в этой своей роли оказывается юридическим выражением универсальной родовой сущности человека. И чем более развита человеческая сущность, тем более разносторонней оказывается человеческая деятельность и более развитым становится право, регулирующее эту деятельность.

Однако право лишь формально представляет всеобщую волю общества. В действительности это воля господствующего класса, возведенная в закон⁵. В этом своем качестве право есть юридическое выражение отчужденного бытия универсальной родовой сущности человека. Исторический процесс есть выражение развития отчужденной родовой и индивидуальной сущности человека⁶. Отметим, что отчужденная форма бытия родовой и индивидуальной сущности является антропологическим основанием правового нигилизма. Исторический процесс, сопровождающийся развитием индивидуальной и родовой сущности человека, способствует постепенному преодолению отчуждения между ними, что приводит к гуманизации права. Это означает также то, что универсальные идеи, принципы, требования естественного, по существу, абстрактного (виртуального) права обретают реально осязаемую плоть позитивного права. Признание человека высшей ценностью в качестве базовой нормы конституционного права является конкретным примером такого воплощения.

¹ Сырых В.М. Логические основания общей теории права. Т. 1. Элементный состав. М., 2004. С. 315.

² Малько А.В. Какими быть законам XXI века?: по материалам науч.-теор. конф., посвящ. 75-летию ИЗиСП // Журнал российского права. 2001. № 3. С. 32.

³ См. об этом: Шафиров В.М. Естественно-позитивное право. Введение в теорию. Красноярск, 2004. С. 14–16.

⁴ Мусаелян Л.А. Научная теория исторического процесса: становление и сущность. Пермь, 2015. 424 с.

⁵ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 4. С. 443.

⁶ См. об этом: Мусаелян Л.А. Становление концепции исторического процесса и проблема отчуждения родовой сущности человека // Новые идеи в философии: межвуз. сб. науч. тр. Пермь, 2002. Вып. 11. С. 60–81.

Л.Ю. Мхитарян

Пермский институт экономики и финансов, г. Пермь

ИНСТИТУТ СУДЕБНЫХ СЛЕДОВАТЕЛЕЙ: ИСТОРИЯ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ

Одним из ключевых преобразований Судебной реформы 1864 г. в России явилось законодательное закрепление института судебных следователей: были созданы принципиально новые органы, осуществляющие предварительное следствие. Судебные следователи состояли при окружных судах, назначались и увольнялись наравне с другими членами суда. Региональная специфика деятельности судебных следователей регламентировалась специальными документами – особыми наказами окружных судов, что способствовало единообразному выполнению обязанностей органами предварительного следствия. Введение института судебных следователей явилось важным направлением Судебной реформы, событием, знаменующим разделение административной и судебной власти, переход от розыскного, инквизиционного процесса к состязательному производству.

До Судебной реформы 1864 г. следствие находилось в руках полиции, что порождало многочисленные злоупотребления со стороны уголовно-процессуальной бюрократии, свидетельствовало о полном смещении административной и судебной власти. В середине XIX в. юридическое сообщество, осознав насущную необходимость в коренных изменениях государственного аппарата в целом и в отделении полиции как административного органа от судебных процедур в частности, активно выступало за создание органов предварительного следствия. Выдающийся русский адвокат В.Д. Спасович отмечал: «Следствие должен производить сам суд, потому что он не может зависеть от полиции, смотреть глазами и слышать ушами полиции»¹.

Изменения в законодательстве, регулирующем уголовный процесс, начались за несколько лет до проведения Судебной реформы: 8 июня 1860 г. Правительствующим сенатом были утверждены «Учреждение судебных следователей», «Наказ судебным следователям» и «Наказ полиции о производстве дознания по происшествиям, могущим заключать в себе преступления или проступок»², вошедшие позже в Устав уголовного судопроизводства (УУС), принятый 20 ноября 1864 г. Именно в этих документах сложились формы предварительного расследования – дознание и предварительное следствие.

Результатом реформы явилось изменение процесса судопроизводства: предварительное следствие стали проводить судебные следователи; полиция вела производство только по маловажным правонарушениям, а также первоначальное дознание о некоторых видах происшествий.

Правовому статусу судебного следователя были присущи следующие особенности: по служебному положению он считался равным другим членам суда, поскольку права его связаны с правами судебной власти, хотя не принимал судебных решений. Как и судьи, судебные следователи назначались по представлению министра юстиции верховной властью и так же пользовались правом несменяемости: увольнение было возможно только по приговору суда³. Все судебные следователи подчинялись окружному суду и участковому товарищу прокурора суда. «Судебные следователи по уставам 20-го ноября суть особые должностные лица судебного ведомства, имеющие судейское звание с сопряженными с ним служебными преимуществами»⁴, так характеризовал профессор уголовного права И.Я. Фойницкий это должностное лицо. А. Квачевский добавлял: «Судебный следователь есть член окружного суда, которого деятельность состоит в производстве предварительных следствий»⁵.

В отличие от судей, в дисциплинарном отношении следователи подлежали лишь предостережениям; служебный стаж для должности следователя допускался менее продолжительный: критериями соответствия служили высшее юридическое образование и стаж судебной практики не менее 4 лет. Однако небольшое жалование (по свидетельству А.А. Головачева, вместе с канцелярскими и разъездными расходами сумма содержания в целом по России составляла всего одну тысячу годовых⁶, на территории Западного Урала эта цифра была несколько выше – 1500 руб. и 500 руб. на канцелярские расходы) и перспектива проживать в местах, далеких от цивилизации, не отвечали интересам лиц, закончивших университет. Поэтому на эту должность часто попадали люди, не имевшие высшего образования.

Камера судебного следователя должна была находиться в той местности, которая была назначена для его постоянного жительства по распоряжению окружного суда. Иногда площадь следственного участка была настолько обширной, что судебный следователь не мог успешно выполнять свои прямые обязанности. Хотя по общему правилу участковый следователь вел следствие только в пределах своего участка, в случае необходимости исследования преступления или проступка он мог отлучиться со своего участка, предварительно уведомив окружной суд и прокурора.

Судебный следователь, согласно статье 262 УУС⁷, мог приступить к предварительному следствию при наличии двух условий: законного повода и достаточного основания. Эти условия исследовались различными авторами, однако, на наш взгляд, наиболее точно их охарактеризовал Я. Трусов: под понятием «законный повод» он подразумевал внешнюю причину, установленную законом, «без наличия которой не может быть начато следствие»; термин «достаточное основание» он раскрывал как наличие внутренней причины, которая состоит в наличии признаков преступления⁸. Однако судебный следователь мог приступить к предварительному следствию и по собственному усмотрению, когда «застигнет совершающееся или только что совершившееся преступное деяние»⁹, по всем делам, происходящим на его участке, за исключением тех, которые могут быть начаты не иначе как по жалобе. После возбуждения уголовного преследования следователь сообщал об этом прокурору либо товарищу прокурора. Производство предварительного следствия могло быть прекращено только судом (ст. 277 УУС).

Несколько позже учреждения должности участкового судебного следователя при окружных судах была учреждена должность следователя по особо важным делам. Назначение на эту должность происходило лишь по предложению прокурора или по распоряжению Министерства юстиции. Следователь по особо важным делам мог вести следствие на территории всей страны. В 1870 г. Министерством юстиции была учреждена еще одна особая должность – судебный следователь по важнейшим делам. Он мог вести следствие на территории судебного округа¹⁰. Судебные следователи по важнейшим и по особо важным делам приступали к производству следствия только по представлению прокурора.

Таким образом, при окружных судах утвердились 3 категории судебных следователей: участковые судебные следователи; судебные следователи по важнейшим делам; судебные следователи по

особо важным делам. В помощь судебным следователям назначались кандидаты на судебные должности.

Сущность обязанностей судебного следователя составляло производство предварительного следствия, задача которого сводилась к сбору доказательств по уголовному делу. И.В. Гессен придавал большое значение предварительному следствию, считая его «фундаментом уголовного дела»¹¹.

Введение института судебных следователей явилось важным процессом, событием, знаменующим разделением административной и судебной власти, переход от розыскного, инквизиционного процесса к состязательному. При этом единственным органом, которому были подотчетны судебные следователи, являлась прокуратура.

В современном обществе ведутся дискуссии о возрождении правового института судебных следователей: в частности, президент РФ В.В. Путин осенью 2014 г. дал поручение Верховному суду РФ изучить возможность введения в России новой профессии – судебного следователя (следственно-судьи)¹². Председателем Конституционного суда РФ В. Зорькиным отмечается, что воссоздание института следственных судей «поможет продвинуться в решении системных проблем», в том числе при нарушении разумных сроков судопроизводства в части предварительного расследования, использовании результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве и т.д.¹³

Реставрация данного института в российском уголовном процессе обеспечит передачу полномочий на стадии предварительного следствия от органов, осуществляющих уголовное преследование, органам судебной власти, а также будет означать расширение начал состязательности¹⁴. При этом, на наш взгляд, необходимо вывести следователей из-под юрисдикции органов исполнительной власти и дать возможность исполнять исключительно судейские функции, что позволит сделать фигуру следователя действительно независимой.

Таким образом, изучение организации деятельности судебных следователей и опыта правового регулирования в дореволюционной России может стать существенным вкладом в развитие современной судебной системы.

¹ Спасович В.Д. Избранные труды и речи. Тула. 2000. С. 79.

² *Высочайше* утвержденное Учреждение Судебных Следователей от 8 июня 1860 г. // ПСЗ РИ. Собрание II. Т. XXXV: 1860. СПб., 1862. Отд. 1. № 35890; *Высочайше* утвержденный Наказ Судебным Следователям от 8 июня 1860 г. // ПСЗ РИ. Собрание II. Т. XXXV: 1860. СПб., 1862. Отд. 1. № 35891; *Высочайше* утвержденный Наказ полиции о производстве дознания по происшествиям, могущим заключать в себе преступление или проступок // ПСЗ РИ. Собрание II. Т. XXXV: 1860. СПб., 1862. Отд. 1. № 35892.

³ См., например, *Фукс В.* Суд и полиция. Части 1 и 2-я. Москва, 1889. С. 246. Следователь мог быть предан суду по ст. 293 УУС только в том случае, если он, как и судья, в течение одного года получит более трех предостережений.

⁴ *Фойницкий И.Я.* Курс уголовного судопроизводства. Изд. 4-е. СПб., 1912. Т. I. С. 461.

⁵ *Квачевский А.* Об уголовном преследовании, дознании и предварительном исследовании преступлений по судебным уставам 1864 года. СПб., 1866. Ч. I. С. 155.

⁶ *Головачев А.А.* Десять лет реформ. 1861–1871 гг. СПб., 1872 г. 179 с.

⁷ *Устав* уголовного судопроизводства от 20 ноября 1864 г. // ПСЗ РИ. Собр. 1-е. Т. XXXIX. № 41476.

⁸ Цит. по: *Тимановский А.* Сборник толкований русских юристов к Судебным уставам императора Александра Второго. За двадцать пять лет (1866-1891). Изд. 2-е. Варшава, 1892. С. 278-279.

⁹ Цит. по: *Квачевский А.* Об уголовном преследовании, дознании и предварительном исследовании преступлений по судебным уставам 1864 года. СПб., 1866. Ч. I. С. 158.

¹⁰ *Случевский В.К.* Учебник русского уголовного процесса. Введение. Часть I. Судостроительство. // Зерцало. 2008. Доступ из справ.-прав. системы «ГАРАНТ».

¹¹ *Гессен И.В.* Судебная реформа. СПб., 1905. С. 149.

¹² См.: *Петров И.* Следствие поведут судьи // Российская газета. 2015. 20 января. № 6579.

¹³ *Зорькин В.* Конституция живет в законах // Там же. 2014. 17 декабря. № 6560.

¹⁴ *Рощина Ю.В.* Судебный следователь в уголовном процессе дореволюционной России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006.

АРГУМЕНТАЦИЯ НЕЮРИДИЧЕСКИХ ПРИЕМОВ ТОЛКОВАНИЯ ПРАВА

Способ толкования права является частью правоприменения, т.е. юридической деятельности. В науке различают такие приемы толкования права, как конкретные познавательные действия, «движения» мысли, и способы толкования права, как совокупность таких приемов¹.

Общепризнанные способы толкования права можно разделить на те, которые основаны на юридических знаниях и на правилах иных наук, используемых в аргументации того или иного понимания положения закона.

Юридические знания используются в аргументации при толковании:

а) систематическим способом ссылками на положения нормативных правовых актов и иных форм права для обоснования взаимосвязи норм и принципов права, целей и методов правового регулирования данных отношений;

б) телеологическим способом ссылками на положения нормативных правовых актов и иных форм права, содержащих указания на цели и задачи регулирования данных отношений;

в) историческим способом ссылками на документы правотворческого процесса, а при сравнительном приеме этого способа – на нормы и институты аналогичного содержания действующего и утратившего силу законодательства;

г) специально-юридическим способом ссылками на положения нормативных правовых актов и иных форм права, интерпретационных правовых актов и юридической литературы, содержащие дефиниции толкуемых понятий;

д) доктринальным способом ссылками на юридическую литературу.

При языковом (грамматическом) и логическом способах толкования права необходимы знания соответственно филологии и логики.

Известный теоретик права А.Ф. Черданцев, раскрывая логический способ, показывает возможности использования для этого различных логических приемов (анализа понятий, умозаключения степени, выводы по аналогии и др.)². Но от этого логические знания не становятся юридическими. К тому же редко кто из юристов, тем более практикующих, обладает такими знаниями логики, как А.Ф. Черданцев, и может пояснить свои выводы о смысле применяемой к фактическим обстоятельствам дела норме ссылками на правила логики, с помощью которых он пришел к таким выводам (или ушел от содержания нормы).

Вот типичный пример ненаучного толкования и беспомощности логической аргументации судебных постановлений.

По уголовному делу сторона защиты в порядке ст.125 УПК РФ обжаловала постановление следователя от 05.02.2013 о признании потерпевшим по делу, возбужденному о хищении имущества государственного предприятия, находящегося в процедуре банкротства, Территориальное управление Федерального агентства по управлению государственным имуществом в Пермском крае (ГУ ФАУ-ГИ), которое осуществляло полномочия собственника предприятия до процедуры банкротства.

Постановлением Дзержинского райсуда г. Перми от 15.04.2013 жалоба оставлена без удовлетворения. В нем верно указано, что ч. 2 ст. 126 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» предусмотрено прекращение полномочий собственника имущества должника – унитарного предприятия с даты принятия арбитражным судом решения о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства. Однако суд сделал вывод о том, что после открытия конкурсного производства ГУ ФАУГИ не утрачивает полномочий собственника и правильно признано потерпевшим.

Сторона защиты к апелляционной жалобе приложила полученное в порядке ст. 80 УПК РФ заключение кандидата философских наук Д.Н. Круглова в котором было указано, что умозаключение суда нарушает правило первой фигуры простого категорического силлогизма, описанного еще в «Первой аналитике» Аристотеля: все М суть Р,

S суть M,

следовательно, S суть Р.

Связка: М – лицо, осуществляющее полномочия собственника.

Больший термин: Р – полномочия собственника прекращаются с даты решения арбитражного суда об открытии конкурсного производства.

Меньший термин: S – ГУ ФАГУИ в Пермском крае.

Согласно правилам логического вывода, ГУ ФАГУИ в Пермском крае прекращает осуществлять полномочия собственника с даты решения арбитражного суда об открытии конкурсного производства.

Суд второй инстанции (апелляционное определение от 11.06.2013 г.) прямо не подтвердил ошибку мышления суда первой инстанции, но уклонился от проверки по существу доводов апелляционной жалобы (нарушение правил логики для вывода по делу) и оставил ее без удовлетворения. Но если суд не в состоянии опровергнуть указание на нарушение правил формальной логики на том же уровне знаний логики, то очевидно, что никакого логического толкования права у суда не было, а его выводы – порождение дефекта мышления судей.

Теперь пример, когда суд не только называет способ толкования, который он применял, что само по себе, увы, редкость для судов общей юрисдикции, но и поясняет свои выводы приемами грамматического способа.

Решением Свердловского районного суда г. Перми от 13.02.2012 удовлетворен иск З. к ЗАО о возврате телефона, приобретенного в ЗАО Ш. в подарок для З, и взыскании штрафных санкций. Оставляя без удовлетворения апелляционную жалобу Ш., Судебная коллегия по гражданским делам Пермского краевого суда в апелляционном определении от 21 мая 2012 г. по делу № 33-4194 указала: «Довод апелляционной жалобы Ш. об отсутствии законных оснований для отказа в удовлетворении заявленных ей требований, поскольку она также является потребителем в смысле Закона "О защите прав потребителей" судебной коллегией отклоняется. Согласно преамбуле Закона "О защите прав потребителей" потребителем является гражданин, имеющий намерение заказать или приобрести либо заказывающий, приобретающий или использующий товары (работы, услуги) исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. Из грамматического толкования данной правовой нормы, принимая во внимание синтаксическую конструкцию предложения, следует, что перечисленные критерии определения понятия "потребитель" в случае совершения указанных в данной правовой норме действий разными лицами не приводят к возникновению множественности лиц на стороне потребителя. В судебном заседании установлено и признавалось лицами, участвующими в деле, что телефон был приобретен Ш. в качестве подарка З., передан ему и использовался последним исключительно для собственных нужд. С момента передачи телефона З. право собственности на него, как на движимое имущество, у Ш. прекратилось. <...> При указанных обстоятельствах оснований для вывода о том, что после прекращения прав на телефон, Ш. также является потребителем, не имеется. В связи с указанным судом правомерно отказано ей в удовлетворении заявленных требований»³.

Соглашаясь с приведенным выводом, тем не менее автор настоящей статьи не уверен в его полной грамматической обоснованности. Что именно в синтаксической конструкции (т.е. в сочетании слов, образующих словосочетание или предложение) легальной дефиниции понятия «потребитель» указывает на недопустимость множественности лиц на стороне потребителя в составе лица, приобретенного телефон для личного пользования, и лица, непосредственно купившего этот телефон у продавца в дар для первого лица? И является ли ответ на этот вопрос обязательным для суда без помощи филолога?

Возникают вопросы о минимуме филологических и логических знаний, которыми должен обладать и аргументировать свое решение правоприменитель и об использовании специальных знаний сверх этого минимума для правоприменительного решения.

Можно предложить следующий способ для вынесения законного, обоснованного и мотивированного правоприменительного акта. Суд должен предложить сторонам при противоположном толковании ими грамматического или логического смысла того или иного понятия применительно к фактическим обстоятельствам дела привести соответствующие аргументы. При отсутствии таковых или их уровня типа «я так вижу» суд вправе исходить из своего обыденного уровня знаний филологии или логики. При представлении же каких-либо грамматических или логических аргументов хотя бы одной из сторон, тем более при представлении участником дела для обоснования своей позиции заключения специалиста в сфере филологии или логики, суд для соблюдения требований мотивированности судебного акта обязан подняться на соответствующий уровень знаний и прибегнуть для этого к помощи эксперта, обладающего такими знаниями. Это должно быть сделано хотя бы в форме допроса эксперта.

Другое дело, что может быть конкуренция способов толкования права, и при определенных обстоятельствах правоприменитель имеет основания для приоритета не грамматического или логического, а иных способов толкования права⁴. Приводя аргументы такого вывода, правоприменитель не

отвергает правила филологии и логики как таковые и выводы специалистов в пределах этих правил, а обосновывает выход за эти пределы юридическими аргументами. Поэтому в таких случаях заключения специалистов филологии и логики для него не обязательны.

¹ См. *Теория государства и права: учебник / под редакцией А.С. Пиголкина*. М., 2003. С.417; *Черданцев А.Ф. Толкование права и договора*. М., 2003. С. 120.

² См., например: *Общая теория государства и права: академический курс в 3 т.* М., 2007. Т.2. С. 771–773.

³ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ В качестве примеров см.: *Постановления Конституционного суда РФ* от 11 декабря 1998 г. № 28-П, от 16 июня 2009 г. № 9-П; *Постановления Семнадцатого арбитражного апелляционного суда* от 27 июля 2009 г. № 17АП-5549/2009-ГК от 3 августа 2009 г., № 17АП-5099/2009-ГК, от 24 августа 2009 г., № 17АП-6887/2009-ГК, от 22 декабря 2009 г., № 17АП-12035/2009-ГК, от 30 декабря 2009 г., № 17АП-11952/2009-ГК, от 24 марта 2010 г., № 17АП-5897/2007-ГК, от 12.12.2014, № 17АП-14638/2014-АК.

В.П. Реутов

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

КОНКРЕТИЗАЦИЯ ПРАВОВЫХ НОРМ – ПОНЯТИЕ И ВИДЫ

Проблемам конкретизации в праве уделяется немало внимания: публикуется значительное количество работ, проводятся специальные научные конференции. Однако единства в понимании смысла используемых терминов достичь пока не удастся. Конкретизация может зачастую отождествляться с индивидуализацией, рассматриваться как явление, относящееся к различным элементам правовой системы, например, нормам, правовым принципам и др. Более того, конкретизация может отождествляться с толкованием и даже в целом с процессом правового регулирования.

В данных условиях вряд ли можно надеяться на выработку в ближайшее время общепризнанной терминологии обозначения всех явлений, анализируемых в рамках проблемы конкретизации. Как пишет С.В. Липень, термин «конкретизация права» может быть рассмотрен применительно к анализу нескольких понятийных рядов, основаниями которых являются, например, правотворчество, реализация права, правотворческая юридическая техника, правореализационная, правоприменительная и правоинтерпретационная юридическая техника¹.

Задача выработки общих понятий и единой терминологии еще более усложняется, если учесть, что в познавательном смысле конкретизация представляет собой способ обеспечения единства познавательной и юридически значимой деятельности по выявлению и фиксации предметной определенности норм права и системы законодательства, прием установления соответствия права и форм его выражения².

Естественно, что в такой ситуации необходимо вести исследование в рамках наиболее значимого направления, абстрагируясь от иных аспектов. Представляется, что одной из наиболее важных, с практических позиций, является проблема конкретизации правовых норм, содержащихся в действующем законодательстве. Прежде всего, необходимо разграничить конкретизацию и индивидуализацию правовых норм в процессе их реализации (правоприменения).

В процессе реализации правовых норм в любой из признанных форм (способов) реализации происходит персонификация прав и обязанностей, предусмотренных в нормах, в актах реализации индивидуальных правовых актов, в том числе правоприменительных. Права и обязанности, содержащиеся в нормах, становятся правами-обязанностями конкретных индивидов или иных конкретных субъектов права. В этом смысле они индивидуализируются, переходят из абстрактных в конкретные, т.е. конкретизируются. Однако вряд ли следует этот процесс отождествлять с конкретизацией норм права. Исследовавший эту проблему И.А. Минникес справедливо пишет о том, что они отличаются по целому ряду признаков, в частности, по результату: при конкретизации создаются, прежде всего, акты нормативного характера, при индивидуализации – индивидуальные акты³.

Поэтому полагаем, что не следует считать конкретизацией норм и предусмотренные законодательством возможности выбора варианта реализации диспозиций и санкций норм, имеющих характер диспозитивных, альтернативных и относительно определенных (при любых их сочетаниях). Не является конкретизацией норм, очевидно, и конкретизация принципов права, поскольку конкретизация принципов осуществляется прежде всего в законе, и лишь затем – в иных нормативных актах как уже конкретизация норм закона⁴.

Даже приведенные выше замечания по поводу понимания такого явления, как конкретизация, в достаточной мере иллюстрируют правоту мнения известного исследователя В.Н. Карташова о том, что общая, цельная «картина» данного феномена представляется весьма расплывчатой, поскольку под конкретизацией понимаются и процессы, происходящие в рамках правотворчества и правоприменения, а также в ходе интерпретационной, правосистемообразующей, судебной, договорной и других видов юридической практики⁵. Вместе с тем нельзя в полной мере согласиться с высказыванием В.Н. Карташова в той его части, которая характеризует (вольно или невольно) отрыв видов практик, перечисленных автором, от правоприменения и правотворчества, ибо это также разновидности юридической практики, в том числе правоприменительной.

Но в чем В.Н. Карташов абсолютно прав, так это в утверждении наличия тесной связи конкретизации и сознательной и целенаправленной деятельности в сфере права – юридической практики. Справедливости ради надо также отметить, что автор ссылается при этом на ряд своих предшественников, связывающих конкретизацию с определенными видами юридической деятельности.

Таким образом, если попытаться сформулировать понятие конкретизации норм права, то следует отметить, прежде всего, общий для всех видов конкретизации признак. Это – сознательная, целенаправленная деятельность в сфере правового регулирования, разновидность юридической практики, деятельность, заключающаяся в принятии правовых актов.

Другим важнейшим признаком конкретизации норм права необходимо признать назначение конкретизации, определяющее ее природу. Таким признаком, по мнению Н.А. Власенко, является обеспечение перехода от неопределенности правового предписания к определенности. Причем автор различает два аспекта: собственно неопределенность нормы и неопределенность нормы в связи с появлением юридического факта⁶.

Уместно сделать в связи с высказыванием Н.А. Власенко два замечания. Первое – вряд ли можно говорить о неопределенности нормы. Скорее речь может идти о недостаточной определенности, о переходе от недостаточной определенности к необходимой. Если норма носит неопределенный характер, то это и не норма, не правовое предписание. И второе – указанные автором два аспекта тесно связаны между собой. Недостаточная определенность нормы выявляется прежде всего именно в связи с появлением юридических фактов и необходимости их оценки. Отмечая их наличие, следует помнить об их тесной связи.

Для характеристики конкретизации норм права необходимо назвать субъектов конкретизации. В качестве таковых выступают, прежде всего, государственные органы - органы исполнительной власти. Норму закона, отличающуюся недостаточной определенностью, вправе конкретизировать министр. К сожалению, полномочия на конкретизацию норм, принятых вышестоящим органом и обладающих вследствие этого более высокой юридической силой, нигде на сегодняшний день не оговариваются. Это может объективно создавать условия для искажения воли законодателя.

Рассматривая данный вопрос, А.Н. Овчинников, в частности, пишет о том, что МВД, издавая ведомственный подзаконный акт с целью реализации федерального закона, конкретизирует закон со своих позиций⁷. Но в целом деятельность субъектов, конкретизирующих нормы, принятые правотворческими органами, является объективно необходимой, хотя она достаточно сложна и субъекты, конкретизирующие нормы, сталкиваются со значительными трудностями. В литературе приводятся интересные примеры конкретизации норм Закона об оценочной деятельности в приказе Министра экономического развития Российской Федерации, законодательных требований к делопроизводству, утвержденных Генеральным директором Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации⁸.

Предваряя выводы, можно сразу заметить, что характер деятельности названных субъектов, их полномочия предопределяют признание в качестве вида конкретизации правовых норм правотворческой конкретизации. Как уже отмечено, ее существование объективно предопределено разнообразием общественных отношений, рядом обстоятельств, в частности, необходимостью учета особенностей регулирования отдельных их разновидностей.

Как сказано выше, разновидностью конкретизации норм, наряду с правотворческой, является правоприменительная конкретизация. Ее существование предопределено процессом властной правоприменительной деятельности, осуществляемой субъектами, обладающими соответствующими полномочиями. Вполне правомерно ставить вопрос шире: о возможности существования правореализационной конкретизации. Речь идет о том, что субъекты, не обладающие властными полномочиями, вносят «свою лепту» в процесс конкретизации, формулируя общественное мнение и отстаивая свою позицию в правоприменительных структурах. Но поскольку эта деятельность оказывает влияние на

конкретизацию норм опосредованно, прежде всего, через правоприменительные органы, оставим ее в стороне.

Конкретизация норм в процессе правоприменения осуществляется, скорее всего, путем создания сформировавшихся в практике положений, конкретизирующих нормы права, наполняя их более конкретным содержанием. Это присуще практически всем видам правоприменительной деятельности – исполнительной, контрольно-надзорной, следственной, судебной и т.п. Большая часть положений, конкретизирующих нормы, «перекочевывает» затем в ведомственные акты, а впоследствии и в закон. Часть может оставаться в виде устоявшихся традиций.

Наибольшее значение в правоприменительной конкретизации имеет конкретизация в процессе судебной деятельности. Причина, очевидно, в том, что эта деятельность осуществляется в области, отличающейся повышенным уровнем конфликтности, необходимостью защиты прав субъектов общественной жизни.

Конкретизация норм права судебными органами, осуществляемая в рамках всей судебной системы, находит воплощение в положениях, содержащихся в актах высших судебных органов. Они носят далеко не одинаковый характер. Часть представляет собой готовые положения, нуждающиеся в их принятии законодателем, часть содержит правила, конкретизирующие нормы так, что от нормы ничего не остается, но большая часть положений действительно конкретизирует нормы, дополняет их, не выходя за рамки смысла нормы, вложенного в нее законодателем⁹.

Задача состоит в том, чтобы исключить принятие положений, искажающих смысл действующих норм и под видом конкретизации формулирующих новые правила. Для этого следует побудить Верховный суд активно использовать право официальной законодательной инициативы. В случае необходимой конкретизации, например, при конкретизации оценочных понятий, смысла используемых терминов и в иных подобных случаях, не выходить за рамки смысла, вложенного в конкретизируемую норму законодателем.

Если быть последовательным, то необходимо признать существование еще одного вида субъектов конкретизации – субъектов, не обладающих властными полномочиями (граждане, лица и организации, не имеющие административных или юрисдикционных полномочий, научные учреждения и отдельные авторы). Конкретизация ими может содержать предложения по изменению правовых норм, т.е. относиться к неофициальной (необязательной) правотворческой или носить характер предложений по изменению практики (тоже необязательных).

И в том и в другом случае конкретизация является, прежде всего, итогом неофициального толкования. Что касается официального толкования, то оно неразрывно связано и обеспечивает правотворческую и правоприменительную конкретизацию, является элементом, способом достижения результата соответствующего вида конкретизации. Очевидно, что говорить о самостоятельном виде конкретизации – интерпретационной – можно лишь в достаточной мере условно, не ставя в один ряд с правотворческой и правоприменительной¹⁰.

Подводя итог, необходимо отметить, что среди различных подходов к пониманию сути конкретизации в праве наиболее значимым, продуктивным, а возможно, и единственно правильным, является подход, рассматривающий конкретизацию в праве как конкретизацию правовых норм. Иное использование термина «конкретизация» вряд ли может быть оправдано в полной мере.

Конкретизация норм права (можно говорить в этом контексте и о конкретизации законодательства) – это сознательная, целенаправленная деятельность уполномоченных субъектов в ходе правотворческой и правоприменительной практики с целью придания оптимальной степени определенности правовым нормам для наиболее эффективной их реализации¹¹.

Конкретизация норм может осуществляться и в ходе правотворчества, (правотворческая конкретизация) и в ходе правоприменения (правоприменительная конкретизация). Причем правоприменительная конкретизация может как иметь самостоятельное значение, так и быть первым звеном, первым этапом последующей правотворческой конкретизации.

Что же касается так называемой интерпретационной конкретизации, то выделять ее можно лишь в достаточной мере условно, поскольку она лишь обеспечивает достижение целей правотворческой и правоприменительной конкретизации, является способом, позволяющим сформулировать выводы о необходимости и степени (уровне) конкретизации.

⁹ *Липень С.В.* Конкретизация права – категория теории права // Конкретизация права: теоретические и практические проблемы: материалы IX Междунар. науч.-практ. конференции (М., 21–25 апр. 2014 г.) / отв. ред. В.М. Сырых, В.Н. Власенко, М., 2015. С. 135.

¹⁰ *Лисюткин А.Б.* Природа конкретизации права (методологический аспект) // Конкретизация права: теоретические и практические проблемы... С. 110.

³ Минникес И.А. Индивидуальное правовое регулирование: проблемы теории и практики. Иркутск: Ин-т законодательства и правовой информации. 2008. С. 144.

⁴ Баранов В.М., Лазарев В.В. Конкретизация права: понятие и пределы // Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной правоприменительной практики: материалы Междунар. симп. / под ред. В.М. Баранова. Н. Новгород, 2008. С. 17.

⁵ Карташов В.Н. Технология юридической конкретизации (методологический аспект проблемы) // Конкретизация законодательства как технико-юридический прием... С. 69.

⁶ Власенко Н.А. Конкретизация в праве: природа и пути исследования // Конкретизация законодательства как технико-юридический прием... С. 59.

⁷ Овчинников А.И. Неявное правотворчество в процессах конкретизации юридических норм // Конкретизация законодательства как технико-юридический прием... С. 103.

⁸ Панова И.В., Тимофеев А.В. Защита прав землепользователей путем определения рыночной стоимости земельных участков // Российское правосудие. 2015. №1. С. 38–39; Латышева Н.А. Об особенностях генезиса отечественного судебного делопроизводства // Там же. С. 66–67.

⁹ См. подробнее: Гонцов Н.И., Реутов В.П. О юридической природе и видах предписаний, содержащихся в постановлениях Пленума Верховного Суда Российской Федерации // Вестник Пермского университета. Сер.: Юридические науки. 2014. Вып. 3(25). С. 10–22.

¹⁰ К близким выводам пришел Н.А. Власенко. См.: Власенко Н.А. Методологические основы исследования конкретизации в праве / Конкретизация права: теоретические и практические проблемы... С. 87–88.

¹¹ Близкое, по сути, хотя более краткое, определение конкретизации норм права дает В.М. Баранов. См.: Баранов В.М. Негативные аспекты конкретизации юридических норм/Конкретизация права: теоретические и практические проблемы... С. 62–63.

И.В. Самылов

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРАВОВОЙ СТАТУС ОРГАНА ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА

Согласно ст. 53 Гражданского кодекса РФ организация – юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя обязанности через свои органы, действующие в соответствии с законом, иными правовыми актами и учредительными документами. Органом принято называть лицо или группу лиц, представляющих интересы юридического лица в отношениях с другими субъектами права без специально оформленных полномочий. Выделение руководящего органа является одним из признаков любой организации. Наличие органов и внутренней структуры, позволяющей формировать и выражать во вне единую волю, отличает организованные коллективные субъекты права от неорганизованных. Именно это свойство, в частности, обеспечивает возможность юридически организованному коллективу участвовать в гражданском обороте и нести самостоятельную ответственность.

При анализе положения единоличного исполнительного органа и значения его действий для организации в науке имеется два основных подхода.

Сторонники первого рассматривают орган юридического лица в качестве особого представителя, полномочия которого основаны на законе, а не на доверенности, как в других случаях. Такой подход первоначально был обоснован К. Савиньи и другими сторонниками теории фикции, которые полагали, что юридическое лицо само по себе недееспособно, может участвовать в гражданском обороте лишь через своих представителей, действия которых создают для юридического лица права и обязанности, но не могут считаться действиями самого юридического лица. Г.Ф. Шершеневич также полагал, что юридическое лицо не может иметь реальной воли, поэтому закон определяет представителей, которые действуют строго в рамках очерченных законом или уставом полномочий. Юридическое лицо несет поэтому ответственность за действия представителей только если они совершены в пределах оговоренных полномочий. Он, в частности, писал: «Обладая имущественной правоспособностью, юридическое лицо как фиктивное, не имеющее возможности самостоятельно вступать в отношения с третьими лицами, совершать сделки, облекать их в форму, – нуждается, очевидно, в особых *представителях*, чьи действия могли бы считаться действиями юридического лица... Представители, деятельность которых восполняет отсутствие дееспособности юридических лиц, выполняют свою задачу в пределах указаний закона... и не могут выходить из границ цели, для которой существует юридическое лицо»¹.

Положение о недееспособности корпорации как таковой получило признание в доктрине и судебной практике англосаксонских стран. Право Великобритании и США исходит из того, что корпо-

рация как искусственный субъект недееспособна. Полномочия компании реализуются ее директорами, которые действуют в качестве агентов компании в отношениях с третьими лицами. Ответственность компании за действия директоров теоретически ограничивается рамками той ответственности, которую несет принципал по агентскому договору².

В современной отечественной литературе аналогичных взглядов на взаимоотношения юридического лица и его органов придерживаются Г.В. Цепов и Н.В.Козлова. Г.В. Цепов, в частности, отмечал, что «в настоящее время созданы все предпосылки, чтобы отказаться от господствующей столь длительный срок теории реальности юридического лица и как следствие этого признать лиц, осуществляющих функции его органов в качестве особых представителей»³. Такая конструкция, по его мнению, сводит к минимуму затруднения при разрешении судебных споров, создает надежные гарантии для деятельности юридических лиц, ограждая их от возможных злоупотреблений со стороны директоров. Г.В. Цепов рассматривает представительство в целом как представление чужих интересов, понимаемых как объективные потребности, а не чужой воли, поэтому действия лица, исполняющего функции органа юридического лица вполне подпадают под общее определение представительства. Н.В. Козлова обращает внимание на то обстоятельство, что органы юридического лица являются всегда самостоятельными субъектами, действующими в рамках полномочий, предоставляемых им законом или учредительными документами, и проявляющими в процессе своей деятельности собственную волю. В силу специфических отношений корпоративного характера, которые существуют между органом и самим юридическим лицом, эти действия становятся обязательными для самого юридического лица. Таким образом, юридические лица и субъекты, выполняющие функции его органов, по сути, находятся в гражданско-правовых отношениях, являющихся особым видом представительства⁴.

Другой подход первоначально был сформулирован в ходе становления так называемой «реалистической» теории юридического лица. Суть его состоит в том, что юридическое лицо рассматривается как самостоятельный субъект, который имеет собственные интересы и своими действиями реализует собственную волю. Орган юридического лица рассматривается как его составная часть, а действия органов и есть действия самого юридического лица по использованию прав и исполнению обязательств. Становление реалистического подхода связано с именем немецкого юриста О. Гирке, а в русской литературе конца XIX в. аналогичные мысли высказывал Н.С. Суворов. Он отмечал, что юридическое лицо есть реальный союзный организм, воледееспособный и недееспособный. Потребность в органах вообще заключается в том, что ведение дел всей массой членов корпорации нецелесообразно. Приобретая свой должностной статус, администраторы корпорации обязуются думать за корпорацию и действовать для ее пользы. Через органы корпорации действует само юридическое лицо, поэтому здесь нельзя говорить о представительстве целого его же частью⁵. Д.И. Мейер также разграничивал понятия органа и представителя и отмечал, что орган вообще есть неотъемлемая часть юридического лица, в то время как представитель – самостоятельный субъект права. Представитель в силу доверенности уполномочивается на совершение определенных действий, права и обязанности по которым приобретает представляемый. Орган же, совершая такие действия, в последующем сам принимает меры по исполнению обязательств и реализации прав, т.е. сам принимает последствия совершаемых им сделок⁶.

Этот же подход, в основном, был представлен в советской литературе. Так, С.Н. Братусь писал: «Юридическое лицо – это социальная реальность и воля юридического лица – это именно его воля, хотя психологически она вырабатывается и изъясняется его органами, т.е. живыми людьми»⁷. Органы нельзя рассматривать как представителей юридического лица. Орган – есть часть юридического лица, поэтому какие-либо отношения между юридическим лицом и органом невозможны. Возможны лишь правовые отношения между людьми, входящими в состав органа и самим юридическим лицом, но в такого рода отношениях физические лица не выступают в качестве органов (например, трудовые отношения директора с организацией). Похожую позицию по данному вопросу занимали О.С. Иоффе⁸, Б.Б. Черепахин⁹, В.П. Грибанов¹⁰.

В современной судебной практике присутствуют элементы обоих подходов. Так, в начале 2000-х гг. Высший Арбитражный Суд РФ в ряде документов высказался в духе второго подхода. К примеру, Постановлением от 21 сентября 2005 г. № 6773/05 Президиум ВАС РФ отменил акты судов первой, апелляционной и кассационной инстанций, которые применив п. 3 ст. 182 ГК РФ, признали недействительным договор, заключенный двумя юридическими лицами и подписанный от имени обеих организаций одним физическим лицом в качестве единоличного исполнительного органа. При этом Президиум ВАС РФ в качестве обоснования указал следующее: «Действия органов юридического лица, направленные на установление, изменение или прекращение прав и обязанностей юридическо-

го лица, признаются действиями самого юридического лица. В силу указанной нормы органы юридического лица не могут рассматриваться как самостоятельные субъекты гражданских правоотношений и, следовательно, выступать в качестве представителей юридического лица в гражданско-правовых отношениях»¹¹. Однако в последние годы в документах арбитражных судов высказывалась и иная позиция. Так, в п. 10 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 10.12.2013 № 162 отмечено, что «...положение лица, которое в силу закона или учредительных документов юридического лица выступает от его имени, и положение представителя во многом аналогичны. И орган юридического лица, и представитель действуют от имени соответствующего лица, создавая для него права и обязанности»¹². А из п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 16.05.2014 № 28 вытекает, что сделки, совершенные единоличным исполнительным органом или другим представителем юридического лица в отношении себя лично либо в отношении другого лица, единоличным исполнительным органом которого он одновременно является, могут быть оспорены по общим правилам, предусмотренным п. 3 ст. 182 ГК РФ, что противоречит ранее сформулированной Президиумом ВАС РФ позиции¹³.

Концепция, согласно которой исполнительный орган является составной частью юридического лица, представляется более правильной, по крайней мере, для отношений организации с третьими лицами. Конструкция юридического лица вообще базируется на принципе организационного единства, в силу чего орган юридического лица выступает в отношениях с третьими лицами не как самостоятельный субъект, а как структурная часть всей организации, поэтому нет оснований рассматривать его в этом контексте как самостоятельное лицо. Орган в данном случае выступает от имени всего организованного коллектива, как его составная часть, действия которой признаются в силу закона действиями всей организации. Орган юридического лица (именно орган, а не физическое лицо, замещающее должность) является его неотъемлемой частью и, в отличие от самого юридического лица, не обладает не только дееспособностью, но и не правоспособен, так как в этом качестве не является субъектом права. Орган юридического лица действует в соответствии с уставом этого юридического лица в объеме полномочий, не являющихся его субъективным правом, а принадлежащих юридическому лицу и устанавливаемых для исполнительного органа учредителями посредством формирования компетенции этого органа в уставе юридического лица. Наконец, правовая позиция, в соответствии с которой действиями органов выражается воля самого юридического лица, а не его представителей, находит отражение в современной доктрине и судебной практике стран наиболее близкой к нам германской правовой семье¹⁴. При этом данный подход не исключает возможности расширения ответственности исполнительных органов за причинение убытков юридическому лицу, о чем свидетельствует судебная практика, складывающаяся после принятия постановления Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица»¹⁵.

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. СПб., 1907. С. 124.

² Griffin S. Company Law. Fundamental principles. Pearson Education. 2000. P. 113.

³ Цепов Г.В. Понятие органа юридического лица по российскому законодательству // Правоведение. 1998. № 3. С. 93.

⁴ Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица. М., 2005. С. 351–352.

⁵ Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву. М., 2000. С. 150–153, 266–270.

⁶ Мейер Д.И. Русское гражданское право. М., 2003. С. 146–147.

⁷ Братусь С.Н. Юридические лица в советском гражданском праве. М., 1947. С. 66.

⁸ Иоффе О.С. Советское гражданское право. М., 1967. С. 197.

⁹ Черепяхин Б.Б. Волеобразование и волеизъявление юридического лица // Правоведение. 1958. № 2. С. 46–48.

¹⁰ Грибанов В.П. Юридические лица. М., 1961. С. 25–27.

¹¹ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 21 сентября 2005 г. № 6773/05 // Вестник ВАС РФ. 2006. № 1.

¹² Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 10.12.2013 № 162 «Обзор практики применения арбитражными судами статей 178 и 179 Гражданского кодекса Российской Федерации» // Вестник ВАС РФ. 2014. № 2.

¹³ Постановление Пленума ВАС РФ от 16.05.2014 № 28 «О некоторых вопросах, связанных с оспариванием крупных сделок и сделок с заинтересованностью» // Вестник ВАС РФ. 2014. № 6.

¹⁴ См.: Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Е.А. Васильева. М., 1993. С. 90.

¹⁵ См.: Иншакова А.О., Турбина И.А. Новая политика ответственности единоличного исполнительного органа хозяйственного общества при совершении невыгодной сделки // Вестник Пермского университета. Сер.: Юридические науки. 2014. Вып. 4(26). С. 122.

**ЭКСПЕРТИЗА НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ В АСПЕКТЕ СОВРЕМЕННОЙ
ЭКСПЕРТОЛОГИИ**

Определение теоретической основы экспертиз нормативных правовых актов (далее – НПА) и проектов НПА¹ как самостоятельного вида экспертиз требует решения вопросов использования категориального аппарата и терминологии, созданных общей теорией судебных экспертиз. В частности, о проблемах использования понятий теории судебных экспертиз при проведении антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов писали Е.Р. Россинская и Е.И. Галяшина².

Теория судебной экспертизы была предметом многих исследователей³. В дальнейшем благодаря трудам Р.С. Белкина сформирована основа междисциплинарной теории – общая теория судебных экспертиз.

Р.С. Белкин рассматривал общую теорию судебных экспертиз как «науку о закономерностях возникновения и развития судебных экспертиз, процесса экспертного исследования и формирования его результатов, закономерностей, проявляющихся в общности тех методологических и методических основ, на базе которых возможно объединение отдельных видов судебной экспертизы в единую целостную систему с четкой классификацией видов судебной экспертизы как ее элементов»⁴.

В настоящее время, отмечает Е.Р. Россинская, в юридической литературе происходит переоценка теории судебной экспертизы как междисциплинарной теории и уже упоминается о полноценной науке – экспертологии⁵. Среди судебных экспертиз существует класс, обладающий общей характеристикой с экспертизами НПА и проектов НПА – судебно-нормативные экспертизы.

В настоящей статье будут рассмотрены положения о методологической роли общей теории судебной экспертизы по отношению к экспертизе НПА в части положений о цели, объекте и предмете названных исследований.

Как правило, любая исследовательская работа начинается с постановки цели. Поиск ответа на этот вопрос следует начать с определения целей судебной экспертизы, разработанных общей теорией судебной экспертизы.

Так, Ю.К. Орлов, проанализировав признаки судебной экспертизы в уголовном процессе, сделал вывод, что судебная экспертиза – процессуальная деятельность уполномоченного лица «эксперта» по заданию органа предварительного расследования или суда в целях установления обстоятельств, имеющих значение для дела, процесс и результаты которой фиксируются в заключении эксперта, являющемся самостоятельным видом доказательств⁶. Аналогичные признаки и понятие экспертизы по уголовным делам, но различные по объему предлагаются другими авторами⁷.

С учетом изложенной позиции и устоявшего мнения в нашей науке, согласно которому назначением экспертизы НПА называется определение качества закона (проекта), выявление в нем дефектов и их устранение⁸, цель экспертизы НПА следует определять как обеспечение качества права, единства содержания (норм права) и формы (их выражения в нормативном правовом акте).

Рассматривая объект и предмет экспертизы НПА в русле экспертологии, следует исходить из понятий объекта и предмета экспертизы, разработанных в общей теории судебной экспертизы.

Объектом судебной экспертизы, по мнению большинства ученых, являются те источники информации об устанавливаемых фактах, те носители информации, которые подвергаются экспертному исследованию и посредством которых эксперт познает факты, входящие в предмет экспертизы⁹. Такое понимание не противоречит законодательно установленному определению объекта судебной экспертизы¹⁰.

Под предметом судебной экспертизы большинство исследователей понимают факты, обстоятельства (фактические данные), имеющие значение для дела и устанавливаемые с помощью экспертного исследования¹¹. Например, предметом судебно-почерковедческой экспертизы является установление фактов (фактических данных) в соответствии с потребностями рассматриваемого дела компетентным экспертом с применением методик судебно-почерковедческой экспертизы¹². Соответственно, если факты, составляющие предмет экспертизы, являются целью и результатом исследования, то свойства объекта выступают средством познания этих фактов.

Из названия экспертизы НПА уже можно идентифицировать объект названного исследования – нормативный правовой акт или проект нормативного правового акта¹³.

Под предметом экспертизы нормативного правового акта и его проекта следует понимать положения проекта НПА или правовые нормы, во-первых, устанавливающие неопределенность, неясность, двусмысленность и противоречивости норм права, а именно прав, обязанностей и запретов, условий их возникновения, изменения и прекращения и мер государственной охраны – форма права, во-вторых, устанавливающие социально сомнительное распределение прав и обязанностей субъектов правоотношений, порождающие искажение социальной сущности права. Это две большие группы дефектов НПА, которые должны быть выявлены в исследовании текста НПА.

Правовая основа, принципы организации и основные направления государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации закреплены в Федеральном законе от 31.05.2001 № 73-ФЗ (ред. от 25.11.2013) «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации»¹⁴.

В статьях 4, 8 названного закона определены принципы государственной судебно-экспертной деятельности. В ст. 8 «Объективность, всесторонность и полнота исследований» говорится: «Заключение эксперта должно основываться на положениях, дающих возможность проверить обоснованность и достоверность сделанных выводов на базе общепринятых научных и практических данных».

На основе определения предмета экспертизы НПА формируется экспертный состав, поскольку именно предмет определяет область специальных знаний, необходимых для экспертизы. Методы исследования подбираются специально для каждого предмета, т.е. у каждого предмета экспертизы НПА есть индивидуальный набор методологических инструментов, перечень которого может пополняться в связи с появлением новых или путем заимствования из других областей знаний (например, лингвистики¹⁵). Совокупность методов должна формировать методики исследования НПА, в результате применения которых должны следовать аргументированные проверяемые выводы, а не субъективные оценочные суждения правоведа, основанные лишь на его научных пристрастиях.

¹ Далее при указании экспертизы НПА и проектов НПА будет использоваться формулировка «экспертиза НПА» в виду того, что существенных различий при проведении экспертизы НПА и проектов НПА не усматривается.

² *Россинская Е.Р., Галяшина Е.И.* Антикоррупционная экспертиза нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов: теория и практика. М., 2014. С. 67–71, 74–76; *Антикоррупционная экспертиза нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов (в аспекте современной экспертологии): учебное пособие / под ред. Е.Р. Россинской.* М., 2014. С. 50–51.

³ См.: *Сперанский Б.Д.* Экспертиза в уголовном процессе. Иркутск, 1925; *Никифоров В.М.* Экспертиза в советском уголовном процессе. М., 1947; *Тарасов-Родионов П.И.* Советская криминалистика // Социалистическая законность. 1951. № 7. С. 10–11; *Чельцов В.М., Чельцова Н.В.* Проведение экспертизы в советском уголовном процессе. М., 1954; *Винберг А.И.* Криминалистическая экспертиза в советском уголовном процессе. М., 1956; *Шляхов А.Р.* Предмет, метод и система советской науки криминалистической экспертизы // Вопросы криминалистики и судебной экспертизы. 1959. С. 12–13; *Кубицкий Ю.М.* Пограничные вопросы судебной медицины и криминалистической экспертизы // Вопросы криминалистики и судебной экспертизы. 1959. С. 9–18; *Дулов А.В.* Вопросы теории судебной экспертизы в советском уголовном процессе. Минск, 1959; *Винберг А.И., Малаховская Н.Т.* Судебная экспертология. Общетеоретические и методологические проблемы судебных экспертиз: учебное пособие / отв. ред. Б.А. Викторова. Волгоград, 1979 и др.

⁴ *Белкин Р.С.* Курс криминалистики. М., 2001. С. 455.

⁵ *О предмете и структуре экспертологии* см. подробнее: Антикоррупционная экспертиза нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов (в аспекте современной экспертологии): учебное пособие / под ред. Е.Р. Россинской. М., 2014. С. 9–11.

⁶ См.: *Орлов Ю.К.* Производство судебной экспертизы в уголовном процессе. М., 1982. С. 4–5.

⁷ См.: *Галкин В.М.* Средства доказывания в уголовном процессе. Ч. 2. М., 1968. С. 6–16; *Палиашвили А.Я.* Экспертиза в суде по уголовным делам. М., 1973. С. 3–20; *Шляхов А.Р.* Судебная экспертиза: организация и проведение. М., 1979. С. 3–7.

⁸ См.: *Рагозин В.Ю.* Правовая экспертиза законопроектов в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998. С. 76–77; *Бородин С.В., Лунев В.В.* О криминологической экспертизе законов и иных нормативных актов // Государство и право. 2002. № 6. С. 44–45; *Кулик А.* Нотариальное удостоверение сделок // ЭЖ-ЮРИСТ. 2003. № 37. С. 15; *Долгова А.И.* Криминология / под ред. А.И. Долгова. М., 2005. С. 446–447; *Разуваев А.А.* Экспертиза как средство повышения эффективности процесса правореализации: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2006. С. 56, 114; *Журкина Е.В.* Правовая экспертиза нормативного правового акта как средство повышения эффективности законодательства: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 59; См.: *Хатаева М.А.* Проведение оценки нормативных правовых актов на коррупциогенность // Журнал российского права. 2008. № 12. С. 132; *Анн Л.Ф.* Теоретические вопросы правовой экспертизы федеральных законов // Журнал Российского права. 2008. № 2. С. 18; *Научно-практический комментарий к Федеральному закону «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» / под ред. П.А. Кабанова.* Казань. 2010. С. 24;

Антикоррупционная экспертиза нормативных правовых актов и их проектов: терминологический словарь / под ред. П.А. Кабанова. М., 2010. С. 84; *Азизова В.Т.* Общественная экспертиза нормативных правовых актов: обзор регионального законодательства // *Актуальные проблемы российского права*. 2010. № 2А. С. 99; *Антикоррупционная экспертиза нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов (в аспекте современной экспертологии): учебное пособие* / под ред. Е.Р. Россинской. М., 2014. С. 53; *Ломакина Н.В.* Правовая экспертиза муниципальных правовых актов: автореф. дис. канд. юрид. наук. М. 2014. С. 8.

⁹ См.: *Галкин В.М.* Средства доказывания в уголовном процессе. Ч. 2. М., 1968. С. 45.; *Шляхов А.Р.* Судебная экспертиза: организация и проведение. М., 1979. С. 8–9; *Петрухин И.Л.* Экспертиза как средство доказывания в советском уголовном процессе. М., 1964. С. 4; *Криминалистика* / Т.В. Аверьянова, Р.С. Белкин, Ю.Г. Корухов и др. М., 2007. С. 422 и др.

¹⁰ *Статья 10* Федерального закона от 31.05.2001 № 73-ФЗ (ред. от 25.11.2013) «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» // *Собрание законодательства РФ*. 2001. № 23. Ст. 2291.

¹¹ См.: *Галкин В.М.* Средства доказывания в уголовном процессе. Ч. 2. М., 1968. С. 42; *Шляхов А.Р.* Судебная экспертиза: организация и проведение. М., 1979. С. 8; *Давтян А.Г.* Экспертиза в гражданском процессе. М., 1995. С. 19; *Росси́йская Е.Р.* Судебная экспертиза в уголовном, гражданском, арбитражном процессе. М., 1996. С. 6; *Белкин Р.С.* Криминалистика: проблемы, тенденции, перспективы. От теории к практике. М., 1996. С. 64; *Сахнова Т.В.* Экспертиза в гражданском процессе: дис. ... д-ра. юрид. наук. М., 2003. С. 53; *Разуваев А.А.* Экспертиза как средство повышения эффективности процесса правореализации: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов. 2006. С. 18–19; *Теория судебной экспертизы* / под ред. Е. Р. Россинской. М., 2009. С. 84; *Аверьянова Т.В.* Судебная экспертиза. Курс общей теории. М., 2009. С. 77; *Криминалистика* / Т.В. Аверьянова, Р.С. Белкин, Ю.Г. Корухов и др. М., 2007. С. 419 и др.

¹² См.: *Жижина М.В.* Судебно-почерковедческая экспертиза документов / под ред. проф. Е.П. Ищенко. М., 2006. С. 35.

¹³ См.: *Научно-практический комментарий к Федеральному закону «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов»* / под ред. П.А. Кабанова. Казань. 2010. С. 24; *Антикоррупционная экспертиза нормативных правовых актов и их проектов: терминологический словарь* / под ред. П.А. Кабанова. М., 2010. С. 63; *Антикоррупционная экспертиза нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов (в аспекте современной экспертологии): учебное пособие* / под ред. Е.Р. Россинской. М., 2014. С. 52–53 и др.

¹⁴ *Собрание законодательства РФ*. 2001. № 23. Ст. 2291.

¹⁵ *О применении типовых методов лингвистики при проведении антикоррупционной экспертизы* см.: *Галяшина Е.И.* Антикоррупционная юридико-лингвистическая экспертиза нормативных правовых актов и их проектов // *Антикоррупционная экспертиза нормативно-правовых актов и их проектов* / сост. Е.Р. Россинская. М., 2010. С. 42.

II. КОНСТИТУЦИОННОЕ, МУНИЦИПАЛЬНОЕ, АДМИНИСТРАТИВНОЕ И ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

О.В. Звягина

Пермский институт экономики и финансов, г. Пермь

ТОРГОВЫЙ СБОР – НОВЕЛЛА НАЛОГОВОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Федеральным законом Российской Федерации от 29.11.2014 № 382-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации»¹ часть вторая Налогового кодекса Российской Федерации (далее – НК РФ)² была добавлена главой 33 «Торговый сбор».

Анализ налогового законодательства показывает, что торговый сбор отнесен к числу местных сборов, в силу чего введение указанного платежа на соответствующей территории осуществляется представительными органами муниципальных образований (городов федерального значения).

Законодатель отдельно установил, что введение торгового сбора в городах федерального значения (Москве, Санкт-Петербурге и Севастополе) может быть осуществлено не ранее 1 июля 2015 г., а в муниципальных образованиях – только после принятия соответствующих законов.

Законодательные органы муниципальных образований наделены следующей компетенцией: установление и введение на соответствующей территории торгового сбора; определение ставки сбора; установление льгот, оснований и порядка их применения; определение органа, осуществляющего полномочия по сбору, обработке и передаче налоговым органам сведений об объектах обложения сбором.

Среди плательщиков нового сбора, которыми являются как юридические лица, так и индивидуальные предприниматели, можно выделить две основные группы:

1. *Субъекты, занимающиеся торговлей*, под которой понимается предпринимательская деятельность, связанная с розничной, мелкооптовой и оптовой куплей-продажей товаров, осуществляемая через объекты стационарной торговой сети, нестационарной торговой сети, а также через товарные склады.

2. *Компании, занимающиеся управлением розничными рынками*. Деятельность таких компаний регулируется Федеральным законом РФ от 30.12.2006 № 271-ФЗ «О розничных рынках и о внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации»³.

К числу обязательных атрибутов плательщика торгового сбора следует отнести осуществление того вида предпринимательской деятельности, в отношении которого установлен торговый сбор.

Важно обратить внимание на три важных характеристики плательщика торгового сбора:

- в отношении его вида деятельности установлен торговый сбор;
- его деятельность реализуется с использованием движимого или недвижимого имущества;
- его деятельность осуществляется в пределах территории соответствующего муниципального образования.

Таким образом, по справедливому замечанию В. Сбежнева⁴, субъект торгового сбора характеризуется посредством трех факторов: нормативного, материального и территориального.

Постановка на учет и снятие с учета в налоговых органах субъекта торгового сбора производится на основании уведомления плательщика торгового сбора либо на основании информации, предоставленной в налоговый орган уполномоченным органом.

Следовательно, организации и индивидуальные предприниматели, осуществляющие торговую деятельность, обязаны своевременно уведомлять налоговый орган о следующих фактах:

- 1) возникновение объекта обложения;
- 2) изменение показателей объекта обложения;
- 3) прекращение осуществления предпринимательской деятельности.

В соответствии с абз. 2 п. 2 ст. 416 НК РФ осуществление предпринимательской деятельности, в отношении которой установлен торговый сбор, без направления соответствующего уведомления считается ведением деятельности без постановки на учет в налоговом органе.

Важно понимать, что обязанность по уплате сбора распространяется не на всех лиц, осуществляющих торговлю. К примеру, лица, применяющие патентную систему налогообложения, освобождены от уплаты сбора в отношении предпринимательской деятельности с использованием соответ-

ствующих объектов движимого и недвижимого имущества (п. 2 ст. 411 НК РФ). Это объясняется следующим образом: торговый сбор призван обеспечить фискальную функцию государства. Патентная система предусматривает уплату налога с предполагаемого дохода от соответствующего вида деятельности, что позволяет реализовывать указанную функцию. Следовательно, уплата торгового сбора лицом, применяющим патентную систему налогообложения, привела бы к фискальной коллизии.

Для торгового сбора свойственны следующие особенности объекта налогообложения. В соответствии со ст. 412 НК РФ основанием для уплаты торгового сбора является использование объекта движимого или недвижимого имущества для осуществления предпринимательской деятельности, в отношении которой установлен торговый сбор, хотя бы один раз в течение квартала. Из данного нормоустановления следует, что при уплате торгового сбора длительность пользования движимым или недвижимым имуществом не имеет значения. Важен сам факт использования такого имущества.

Определяя временные рамки уплаты торгового сбора, важно понимать, что дата начала использования имущества для осуществления предпринимательской деятельности, в отношении которой установлен торговый сбор, рассматривается как дата возникновения объекта налогообложения. Аналогичным образом решается вопрос о моменте прекращения уплаты торгового сбора: он совпадает с датой прекращения использования имущества, необходимого для реализации предпринимательской деятельности, в отношении которой установлен торговый сбор.

В качестве движимого или недвижимого имущества, используемого в целях осуществления предпринимательской деятельности, в отношении которой установлен торговый сбор, могут выступать как здание, сооружение, помещение, стационарный или нестационарный торговый объект или торговая точка.

Ставки торгового сбора определяются нормативными правовыми актами муниципальных образований. При этом они должны быть твердыми, устанавливаемыми на период обложения (т.е. квартал).

Согласно п. 6 ст. 415 НК РФ допускается дифференцирование ставок в зависимости от следующих факторов: территории осуществления предпринимательской деятельности; категории плательщика сбора; особенностей осуществления отдельных видов торговли; особенностей объектов осуществления торговли.

Специалисты в области налогового права по-разному оценили рассматриваемую новеллу налогового законодательства Российской Федерации. Так, Н. Степанова отмечает: «...увеличится потребность в дополнительном оборотном капитале, так как сроки уплаты сбора наступают раньше, чем сроки уплаты НДС, налога на прибыль и единого налога. Торговые компании наверняка попытаются переложить новый расход на покупателей, повысив цены на продаваемые товары. ... При отсутствии льгот малому и среднему бизнесу будет сложнее выдержать конкуренцию, а сокращение числа участников торговли окажется невыгодным покупателю»⁵.

Вслед за ней О. Рогозина подчеркивает «...довольно сомнительным кажется утверждение, что налоговая нагрузка добросовестных налогоплательщиков не увеличится. Ведь, по сути, им вменяется в обязанность уплачивать торговый сбор, размер которого не зависит от того, сколько они фактически заработают»⁶.

В заключении следует подчеркнуть, что введение нового налогового платежа направлено на повышение эффективности реализации фискальной функции налогов и сборов. Однако одного лишь изменения федерального законодательства недостаточно: требуется дальнейшее совершенствование механизма реализации налогообложения, рациональное распределение фискальной нагрузки между налогоплательщиками, стимулирование развития экономики и т.д.

¹ *О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации*: Федер. закон от 29 нояб. 2014 г. № 382-ФЗ // Собр. законодательства. 2014. № 48. Ст. 6663.

² *Налоговый кодекс Российской Федерации (часть вторая)*: Федер. закон от 5 авг. 2000 г. № 117-ФЗ (ред. от 29 июня 2015 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 07.08.2000. № 32. Ст. 3340.

³ *О розничных рынках и о внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации*: Федер. закон от 30 дек. 2006 г. № 271-ФЗ (ред. от 31 дек. 2014 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2007. № 1, ч. 1. Ст. 34.

⁴ *Сбежнев В.* Торговый сбор // *Налоговый вестник*. 2015. № 5. С. 91–96.

⁵ *Степанова Н.* Изучаем новый торговый сбор // *Налоговый учет для бухгалтера*. 2015. № 1. С. 33–38.

⁶ *Рогозина О.* Торговый сбор: «чудное» явление // *Информационный бюллетень «Экспресс-бухгалтерия»*. 2015. № 1–2. С. 16–18.

К ВОПРОСУ О СРОКЕ КОНТРАКТА О ПРОХОЖДЕНИИ СЛУЖБЫ В ПРАВООХРАНИТЕЛЬНЫХ ОРГАНАХ

В последнее время актуальность приобрела проблема заключения срочных контрактов с гражданами о прохождении государственной службы¹, в том числе службы в правоохранительных органах.

Если анализировать законодательство о службе в таможенных органах, то ст. 10 Федерального закона от 21 июля 1997 г. №114-ФЗ «О службе в таможенных органах Российской Федерации» предусматривает, что контракт заключается в письменной форме между гражданином и соответствующим таможенным органом в лице его начальника на срок один год, три года, пять или десять лет².

Исследователи отмечают, что в законодательстве не сформулированы основания для незаключения контракта. Таким образом, принятие решения о продолжении служебных отношений и о заключении служебного контракта на новый срок оставлено на усмотрение представителя нанимателя, что в свою очередь нарушает принцип стабильности государственной службы и создает почву для злоупотреблений со стороны начальника таможенного органа³.

Статья 11 Положения о службе в органах внутренних дел (далее – Положение) устанавливает, что контракты о службе с гражданами, назначенными на должности рядового и младшего начальствующего состава органов внутренних дел, заключаются на определенный срок, но не менее чем на три года; контракты о службе с гражданами, назначенными на должности среднего, старшего и высшего начальствующего состава, заключаются как на определенный, так и на неопределенный срок⁴. Данное Положение применяется в отношении сотрудников уголовно-исполнительной системы.

Нормы, довольно устаревшие, предоставляют при заключении контрактов большую свободу усмотрения руководителю и легко позволяют избавляться от «неудобных» сотрудников. Заключение контракта на небольшой срок влечет постоянное проведение аттестации, т.к. ст. 17 Положения предусмотрено, что сотрудник, заключивший контракт о службе в органах внутренних дел на определенный срок, проходит аттестацию при его продлении, а сотрудник, заключивший контракт на неопределенный срок, – каждые пять лет службы. Создается явное неравенство условий прохождения службы, т.к. аттестация – очень ответственное мероприятие.

Конечно, в 1992 г., когда разрабатывалось Положение, не был четко сформулирован принцип стабильности государственной службы. Также и экономические условия были иные. Сейчас распространены кредитные отношения, а о каком кредите (особенно ипотечном) может идти речь, если контракт заключается на год или два? Такая ситуация явно не способствует улучшению статуса сотрудников. Постоянно существует угроза увольнения по окончании срока службы, предусмотренного контрактом.

К сожалению, суды не поддерживают уволенных сотрудников. Например, бывшая сотрудница уголовно-исполнительной системы обратилась в суд с иском о восстановлении на работе, она посчитала свое увольнение по п. «г» ст. 58 Положения незаконным, т.к. является вдовой, имеет на иждивении двух несовершеннолетних детей⁵. Гражданка утверждала, что инициатива увольнения исходила от работодателя, а она намерена была продолжить службу⁶.

Суд сослался на позицию Конституционного Суда РФ⁷, заключающуюся в том, что окончание срока службы, предусмотренного контрактом, является обстоятельством, наступление которого не зависит от воли лиц, его заключивших, тогда как характерными особенностями оснований расторжения контракта о службе в уголовно-исполнительной системе по инициативе одной из его сторон выступают наличие явно выраженной ею воли и совершение действий, направленных на прекращение служебного правоотношения. То обстоятельство, что, согласно ч. 2 ст. 58 Положения, увольнение со службы по п. «г» ч. 1 указанной статьи осуществляется как по инициативе сотрудника, так и по инициативе соответствующего начальника, не влияет на оценку данного основания увольнения как не зависящего от воли сторон контракта, поскольку определяет лишь процедуру увольнения.

И такие решения не единичны. Фактически увольнение происходит именно по инициативе начальника. И гарантии, предусмотренные Трудовым кодексом, на сотрудника не распространяются. Хотя обязанности, выполняемые сотрудниками, не носят срочного характера, о чем свидетельствует неоднократное продление срока таких контрактов.

В другом деле с сотрудницей уголовно-исполнительной системы неоднократно заключались срочные контракты, причем на разные сроки – от полугода до двух лет, последний контракт с ней не продлили и уволили в период временной нетрудоспособности. Тем не менее суд не поддержал сотрудницу, не найдя ни в действующем трудовом законодательстве, ни в Положении о службе в органах внутренних дел РФ запретов и ограничений на расторжение контракта в связи с истечением срока его действия в период временной нетрудоспособности, опять же сославшись на позицию Конституционного суда в отношении срочных договоров⁸.

До реформы правоохранительных органов контракты с сотрудниками заключались либо на неопределенный срок, либо на 5 лет для удобства проведения аттестации, впоследствии сроки стали уменьшать без каких-либо оснований.

Можно предположить, что сейчас нормы Положения не прошли бы антикоррупционную экспертизу⁹. Так, коррупциогенными факторами, устанавливающими для правоприменителя неоправданно широкие пределы усмотрения или возможность необоснованного применения исключений из общих правил, являются: а) широта дискреционных полномочий, б) определение компетенции по формуле «вправе», что вполне угадывается в нормах Положения.

В научной литературе отмечается, что допускаемая Положением о службе возможность массового заключения срочных контрактов в системе МВД России без каких-либо законодательных обоснований и мотиваций требует проработки с точки зрения целесообразности и законности такого подхода в отношении в первую очередь лиц среднего и старшего начальствующего состава с учетом изучения и использования, например, концептуальных подходов заключения срочных контрактов на государственной гражданской службе¹⁰.

Однако существует и противоположная позиция. Отмечается, что в практике государственной управленческой деятельности нередко требуется именно временное привлечение специалистов на государственную службу. Возможны также и ситуации временного увеличения объема работ какого-либо государственного органа (например, в период проведения реформ), причем заранее известно, что впоследствии этот объем уменьшится. Публичный характер государственной службы требует законодательного закрепления возможности заключения срочных служебных контрактов в любых случаях, если это диктуется государственной необходимостью. Представитель нанимателя в связи с этим должен быть наделен правом принятия решения о немотивированном выборе между срочным и бессрочным служебным контрактом¹¹. Действительно, ключевой момент при таком выборе – это характер исполняемых обязанностей.

Можно отметить более совершенные нормы нового законодательства о службе в органах внутренних дел Российской Федерации¹².

Статья 22 закона определяет, что контракт с гражданином может заключаться на неопределенный срок или на определенный срок, и устанавливает перечень случаев заключения контракта на определенный срок. Например, с гражданином, поступающим на службу в органы внутренних дел, или с сотрудником органов внутренних дел, назначенным на должность педагогического работника образовательной организации высшего образования федерального органа исполнительной власти в сфере внутренних дел по результатам конкурса, контракт заключается на пять лет. В образовательном учреждении ФСИН России этот срок может быть любой, хотя различия в исполняемых обязанностях нет.

В итоге получается, что сотрудники некоторых правоохранительных органов не защищены от увольнения по усмотрению руководителя. Происходит это потому, что законодательство не всегда устанавливает случаи заключения срочного контракта и руководители оценивают в первую очередь не характер исполняемых должностных обязанностей (срочный или нет), а иные факторы.

К сожалению, формирования единого подхода к регулированию порядка заключения контракта на правоохранительной службе ждать не приходится, т.к. законодатель вообще исключил понятие «правоохранительная служба»¹³.

Таким образом, возможно внесение изменений в отдельные акты о прохождении службы в таможенных органах, в органах уголовно-исполнительной системы. На наш взгляд, необходимо закрепить в них перечень случаев заключения контракта на определенный срок.

Руководители должны внимательно подходить к каждому увольнению сотрудника, заключившего срочный контракт, обосновывать мотивы увольнения. Сотрудникам, желающим продолжить службу, следует доводить свои намерения до руководителей в письменном виде заблаговременно – до окончания срока контракта. Хотя, конечно, только совершенствование нормативной базы сможет решить проблему кардинально.

¹ Например, проблеме заключения контракта о прохождении государственной гражданской службы посвящена следующая статья: *Абдрахманова Н.В.* Полномочия судьи прекращены – прощай, помощник? // *Юрист.* 2012. № 1. С. 37–41.

² *О службе* в таможенных органах Российской Федерации: Федер. закон от 21 июля 1997 г. №114-ФЗ (ред. от 22 декабря 2014 г.) // *Собр. законодательства Рос. Федерации.* 1997. № 30. Ст. 3586.

³ *А.Н. Васина, Е.А. Дмитрикова, Э.В. Дригола и др.* Комментарий к законодательству о службе в таможенных органах Российской Федерации / М.: Деловой двор, 2014. 528 с. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ *Об утверждении* Положения о службе в органах внутренних дел Российской Федерации и текста Присяги сотрудника органов внутренних дел Российской Федерации: Постановление Верховного суда Российской Федерации от 23 дек. 1992 г. №4202-1 (ред. от 25 ноября 2013 г.) // *Ведомости СНД и ВС РФ.* 1993. № 2. Ст. 70.

⁵ *Решение* Зеленодольского городского суда Республики Татарстан № 2-1150/2015 2-1150/2015-М-154/2015 М-154/2015 от 11 февр. 2015 г. по делу № 2-1150/2015. URL: <http://sudact.ru> (дата обращения: 10.09.2015).

⁶ Обосновывая свои требования, она ссылаясь на п. 28 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28 января 2014 г. № 1 «О применении законодательства, регулирующего труд женщин, лиц с семейными обязанностями и несовершеннолетних». По ее мнению, с нею, как с одинокой матерью, воспитывающей малолетнего ребенка – ребенка в возрасте до четырнадцати лет, трудовой договор не может быть расторгнут по инициативе работодателя.

⁷ *Определение* Конституционного Суда РФ от 24 сент. 2013 г. по делу № 1290-О URL: <http://ksportal.garant.ru:8081/SESSION/PILOT/main.htm>. (дата обращения: 10.01.2015).

⁸ *Решение* Промышленного районного суда г. Самары № 2-1979/2015 от 17 марта 2015 г. по делу № 2-1979/2015. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁹ *Об антикоррупционной* экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов: Постановление Правительства Рос. Федерации от 26 февр. 2010 г. № 96 (ред. от 30 янв. 2015 г.) // *Собр. законодательства Рос. Федерации.* 2010. № 10, ст. 1084.

¹⁰ *Лыгин Н.Я., Ткачев В.Н.* Международно-правовые стандарты и конституционная законность в российской судебной практике: науч.-практ. пособие. М.: Статут, 2012. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹¹ *Гарячук И.Н.* Служебный контракт на государственной гражданской службе Российской Федерации: теория и практика применения. М.: ДМК Пресс, 2010. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹² *О службе* в органах внутренних дел Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации: Федер. закон от 30 нояб. 2011 г. № 342-ФЗ (ред. от 13 июля 2015 г.) // *Собр. законодательства Рос. Федерации.* 2011. № 49, ч. 1. Ст. 7020.

¹³ *О внесении* изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части уточнения видов государственной службы и признании утратившей силу части 19 статьи 323 Федерального закона «О таможенном регулировании в Российской Федерации»: Федер. закон от 13 июля 2015 г. № 262-ФЗ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

А.А. Кириченко

*Учебно-научный института истории, политологии и права
Николаевского национального университета имени В. А. Сухомлинского, г. Николаев*

НОВАЯ ДОКТРИНА МЕХАНИЗМА ПЕРЕДАЧИ НАРОДНОЙ ВЛАСТИ СУБЪЕКТАМ ВЛАСТНЫХ ПОЛНОМОЧИЙ

Прежде чем рассмотреть сущность данной новой доктрины, целесообразно изложить основы **новой доктрины политических режимов**, согласно которой необходимо выделять такие фактически лишь теоретически существующие формы политических режимов:

1. **Демократия** (demos + kratos — власть народа; буква «s» в слове «demos» не должна урезаться, как это сделано в традиционном словосочетании «демократия» в целях сокрытия истинного деления политических режимов на демократию, квазидемократию и демонкратию), когда решения в обществе принимаются осознанно большинством избирателей или иных голосующих, минимально 50% плюс еще хотя бы один голос, что возможно лишь при достаточно высокой политической зрелости населения.

Практически очень трудно реализовать собственно демократический режим, поскольку чрезвычайно затруднительно обеспечить осознанный выбор всем существующим электоратом избирателей, охватывающим разное по образовательному уровню население определенного государства, достигшее совершеннолетия, исключение из которого должны составлять: а) несовершеннолетние лица,

не имеющие полной деликтоспособности, в т.ч. и права избирать и быть избранными; б) невменяемые лица, в том числе лишённые в силу этого полной де-факто имущественно-договорной деликтоспособности; в) де-юре макроправонарушители, то есть лица, находящиеся за совершенное криминальное правонарушение в процессе отбытия собственно карательно-воспитательной антикриминальной ответственности, окончание которой фактически наступает лишь после снятия или погашения судимости. Упоминание о судимости после этого является преступным, для должностных лиц – превышением власти или служебных полномочий, а для физических лиц собственно такая антикриминальная ответственность еще должна найти отражение в Особенной части Антикриминального кодекса России или Украины.

На практике демократическими являются только такие всеохватывающие формы народного волеизъявления, которые решают доступный для понимания всем существующим избирательным электоратом вопрос.

2. Квазидемократия – если решения в обществе, хотя и принимаются большей его частью, но не осознанно, т.е. когда голосующие фактически не понимают, за какое именно решение (за достижение какой именно цели) они голосуют.

Квазидемократия является проявлением демонкратии, поскольку также обеспечивает реализацию воли меньшинства населения государства.

3. Демонкратия (demon + kratos — власть зла, насилия, в конечном счете меньшинства населения государства) – когда решения в обществе практически принимаются меньшинством избирателей или других голосующих.

Изложенные положения позволяют предложить следующий вариант **новой доктрины механизма передачи власти от населения административно-территориальных единиц государства или от населения государства в целом субъектам властных полномочий:**

1. Первичная власть — непосредственная демократия:

1.1. Общегосударственная непосредственная демократия: 1.1.1. Общегосударственный референдум. 1.1.2. Общегосударственные выборы.

1.2. Региональная непосредственная демократия: 1.2.1. Региональный референдум. 1.2.2. Региональные выборы.

1.3. Локальная непосредственная демократия (общее собрание коллектива юридического лица с принятием решения посредством тайного голосования и др.).

Иные формы народного волеизъявления не носят демократический характер. Они не являются всеохватывающими и/либо не могут обеспечить тайну волеизъявления (а, значит, и гарантии свободы такого волеизъявления): митинги, шествия, вече, экзит-поллы, регистрация на сайтах, подача заявлений, общее собрание коллектива юридического лица с открытым голосованием и пр.

2. Вторичная власть — представительская демократия:

2.1. Поливторичная власть — полипредставительская демократия:

2.1.1. Общегосударственная полипредставительская демократия: 2.1.1.1. Первый уровень общегосударственной полипредставительской демократии (парламент в целом). 2.1.1.2. Второй уровень общегосударственной полипредставительской демократии (президиум парламента, вторая палата парламента и др.).

2.1.2. Региональная полипредставительская демократия: 2.1.2.1. Первый уровень региональной полипредставительской демократии (сессия местных советов, законодательного собрания и др.). 2.1.2.2. Второй уровень региональной полипредставительской демократии (исполком, президиум или иное постоянное представительство местных советов, законодательного собрания и др.).

2.1.3. Локальная полипредставительская демократия: 2.1.3.1. Первый уровень локальной полипредставительской демократии (общее собрание коллектива юридического лица). 2.1.3.2. Второй уровень локальной полипредставительской демократии (президиум или иное постоянное представительство общего собрания юридического лица).

2.2. Моновторичная власть — монопредставительская демократия:

2.2.1. Общегосударственная монопредставительская демократия (президент, избираемый всем населением государства премьер-министр или иное наивысшее должностное лицо).

2.2.2. Региональная монопредставительская демократия (губернатор, глава региона, иной выборный высший руководитель региона).

2.2.3. Локальная монопредставительская демократия (выборный руководитель юридического лица).

3. Третичная власть — делегированная демократия:

3.1. Общегосударственная делегированная демократия: 3.1.1. Правительство. 3.1.2. Премьер-министр. 3.1.3. Руководители министерств, ведомств и комитетов.

3.2. Региональная делегированная демократия (руководители и сотрудники региональных юридических лиц).

3.3. Локальная делегированная демократия (руководители и сотрудники низовых юридических лиц).

В данном случае говорится о передаче власти собственно от населения каждой административно-территориальной единицы государства или от государства в целом к субъектам властных полномочий, чем в первом из случаев подчеркивается полная самостоятельность каждой административно-территориальной единицы государства, мнение населения каждой из которой в решении общегосударственных вопросов учитывается лишь посредством общегосударственного демократического консенсуса, тогда как в рамках своей территории, мнение данного населения по вопросам, де-факто относящимся к компетенции органов местного самоуправления, является законом для субъектов властных полномочий как местного, так и общегосударственного уровня власти.

Предложенный механизм передачи власти определяет и сущность **новой доктрины механизма отмены решений субъектов властных полномочий**, когда, прежде всего, субъект властных полномочий, издавший нелегитимный правовой акт, принявший нелегитимное решение и/либо совершивший нелегитимное деяние должен отменить такой акт или решение и/либо прекратить такое деяние и добровольно максимально полно восстановить нарушенный правовой статус социосубъекта (физического или юридического лица, государства, межгосударственного образования).

Если же этого не произойдет, то обязанность по отмене нелегитимного правового акта или решения и/либо по прекращению нелегитимного деяния субъекта властных полномочий, а также решение по максимально полному возмещению вреда за счет правонарушителя и иному восстановлению нарушенного правового статуса социосубъекта должен принять субъект властных полномочий вышестоящего уровня власти (первичная власть – правовые акты или решения вторичной власти, поливторичная — моновторичной, поливторичная или моновторичная – третичной власти, первый уровень поливторичной власти – второго уровня поливторичной власти и т.д.).

И уж если и этого не произойдет, то такие решения должна принимать, в зависимости от уровня правонарушителя — субъекта властных полномочий, уже Конституционная палата Верховного Суда Украины или областного суда либо судья конституционной специализации суда низового звена с привлечением к соответствующему виду юридической ответственности уже и как правонарушителя, так и всех субъектов властных полномочий вышестоящих уровней власти.

Такая ответственность первичной власти исключается. Ведь все правовые акты и решения первичной власти – являются законом для всех социосубъектов, а обязанность запустить механизм реализации этого уровня власти по исправлению их нелегитимных «законных» правовых актов или решений возлагается на соответствующих субъектов властных полномочий вторичной власти, которые, в случае бездействия, и должны привлекаться к соответствующей юридической ответственности.

Выявление правонарушителей должны осуществлять сами субъекты властных полномочий, в порядке постоянного конституционного контроля — прокуратура, а по заявлению потерпевших конституционные судебные палаты или судьи конституционной специализации судов низового звена.

А.С. Телегин

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРИНУЖДЕНИЕ В СИСТЕМЕ ГОСУДАРСТВЕННОГО УПРАВЛЕНИЯ

Среди методов управления, используемых в деятельности органов государства, широкое распространение имеет применение мер административного принуждения, которые являются достаточно эффективным средством защиты прав личности, интересов общества и государства..

Во-первых, административное принуждение в большей степени, чем иные средства защиты, направлено на предотвращение нарушений интересов граждан, создание благоприятных условий для жизнедеятельности общества и государства. В системе мер административного принуждения немало важное значение имеют меры предупредительного характера (предупреждения правонарушений и меры, применяемые в силу государственных нужд), основанием использования которых могут вы-

ступать и события, и действия, и даже предположения о возможном нарушении прав граждан¹. Так, в соответствии с федеральным законом «О полиции» ее сотрудники вправе проверять документы, удостоверяющие личность граждан, если имеются данные, дающие основания подозревать их в совершении преступления или полагать, что они находятся в розыске, либо если имеется повод к возбуждению в отношении этих граждан дела об административном правонарушении². Федеральным конституционным законом «О чрезвычайном положении» предусмотрено право должностных лиц органов исполнительной власти запрещать или ограничивать проведение собраний, митингов и демонстраций, шествий и пикетирования, а также иных массовых мероприятий; проводить мобилизацию ресурсов организаций независимо от организационно-правовых форм и форм собственности, изменение режима их работы, переориентацию указанных организаций на производство необходимой в условиях чрезвычайного положения продукции и др.³

Во-вторых, меры административного принуждения – эффективное средство принудительного прекращения (пресечения) противоправных действий, устранения вредных последствий правонарушения. Например, согласно ст.50 федерального закона «О санитарно – эпидемиологическом благополучии населения» должностные лица органов, осуществляющих государственный санитарный надзор, вправе принимать решения о прекращении реализации не соответствующей санитарно-эпидемиологическим требованиям продукции, в том числе продовольственного сырья и пищевых продуктов⁴.

В-третьих, меры административного принуждения лишены сложного процессуального порядка их применения, обладают высокой степенью мобильности, что обеспечивает быстрое принятие и исполнение решений по жалобам на нарушение интересов граждан, их восстановление, устранение причин и условий таких нарушений. Упрощенный порядок применения мер административного принуждения связан с тем, что подобные меры применяются к лицам, совершившим малозначительные правонарушения, а также к лицам, не связанным с правонарушением, в целях обеспечения общественного порядка, безопасности общества, защиты субъективных прав личности.

В-четвертых, интересы граждан при помощи мер административного принуждения могут защищаться не только государственными органами, но и негосударственными структурами. Именно административное принуждение по сравнению с иными видами государственного принуждения отличает возможность его применения от имени и по поручению государства органами местного самоуправления и общественными формированиями, например, членами народных дружин по охране общественного порядка⁵. Такой порядок позволяет гражданам самостоятельно защищать свои права, используя специальные средства защиты, а государству наиболее эффективно осуществлять правоохранительную функцию.

В-пятых, порядок применения мер административного принуждения регламентируется различными по времени принятия и юридической силе нормативными актами, что определяет их универсальность, возможность защиты прав личности в различных сферах общественных отношений, регулируемых не только нормами административного права. При этом мерами административного принуждения обеспечивается исполнение норм различных отраслей права, что подтверждает их исключительность в механизме защиты прав личности.

Вместе с тем не следует забывать, что применение любых мер принудительного характера связано со значительными для граждан правоограничениями. Нередко защита интересов личности требует ограничения определенных субъективных прав. В этой связи важное значение имеет строгое соблюдение законности в процессе применения мер принуждения.

Законность, являясь принципом деятельности органов государства, предполагает, прежде всего, наличие четкого правового регулирования оснований и порядка применения мер административного принуждения, а также полномочия органов и должностных лиц в рассматриваемой сфере.

Обеспечение принципа законности реализуется через систему мер ответственности должностных лиц за нарушение правовых норм, а также моральную и материальную компенсацию лицам, пострадавшим от применения административных мер, противоречащих закону.

Таким образом, существуют специальные средства, гарантирующие права граждан и ограждающие от их нарушения при использовании мер административного принуждения. Характер и степень ограничения прав граждан мерами административного принуждения должны соответствовать защищаемым при этом интересам личности, общества и государства.

Меры административного принуждения – эффективное средство и неотъемлемый элемент механизма защиты прав личности. Но только полное и неукоснительное соблюдение законности в процессе использования средств этого механизма послужит целям, для которых он создавался.

¹ См.: *Росинский Б.В., Стариков Ю.Н.* Административное право. М., 2010. С. 589–595.

² *Собрание законодательства РФ.* 2011. № 7. Ст. 900.

³ *Собрание законодательства РФ.* 2001. № 23. Ст. 2277.

⁴ *Собрание законодательства РФ*. 1999. № 14. Ст. 1650..

⁵ *Об участии граждан в охране общественного порядка*: Федер. закон от 2 апр. 2014г. // *Собр. законодательства РФ*. 2014. № 14. Ст. 1536.

Д.М. Худолей

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРЕДМЕТ ИЗБИРАТЕЛЬНОГО ПРАВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Согласно общепризнанным положениям теории права предметом отрасли или подотрасли являются общественные отношения, урегулированные соответствующими правовыми нормами. К сожалению, на данный момент среди ученых нет единого мнения относительно предмета избирательного права. Можно выделить три подхода:

1) Так называемый «узкий» подход: предметом избирательного права являются общественные отношения, связанные с проведением голосования на выборах в органы государственной власти и местного самоуправления. Этот подход был распространен в дореволюционное время, и нередко учебная дисциплина учеными именовалась как «Выборное право»¹.

2) «Промежуточный» подход: избирательное право регулирует общественные отношения, связанные с подготовкой, организацией и проведением выборов в органы государственной власти и местного самоуправления². Согласно такой точке зрения избирательное право регулирует материальные и процессуальные отношения, складывающиеся в ходе подготовки и проведения выборов (в том числе, и межвыборные отношения). В силу этого предлагается учебную дисциплину именовать «Избирательное право и избирательный процесс»³.

3) «Широкий» подход: избирательное право регулирует не только порядок подготовки, организации и проведения выборов, но и порядок проведения иных форм непосредственной демократии, проводимых посредством голосования граждан (референдум, отзыв депутата или выборного должностного лица)⁴. Эта точка зрения основывается на том, что принятый в Российской Федерации Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» №67-ФЗ от 12 июня 2002 г.⁵ устанавливает общеобязательные гарантии⁶, которые должны соблюдаться при проведении выборов и референдумов. В силу этого отдельные авторы выступают за изменение названия отрасли права и учебной дисциплины на «Избирательное и референдумное право»⁷.

Мы категорически не согласны с «узким» и «широким» подходами. Проведение свободных и справедливых выборов немыслимо без надлежащей регламентации порядка совершения отдельных избирательных действий в рамках всего избирательного процесса. Поэтому в предмет избирательного права, безусловно, должны включаться общественные отношения, возникающие в ходе подготовки выборов. Далее, следует согласиться с точкой зрения С.С. Таровик о том, что такие институты непосредственной демократии, как выборы, референдум, отзыв выборных лиц, отличаются по своим целям. А именно, выборы имеют своей целью избрание выборных должностных лиц, формирование выборного органа власти. Референдум проводится для принятия решений по важнейшим вопросам государственного значения. Целью проведения голосования по отзыву является решение вопроса о досрочном прекращении полномочий конкретного депутата, выборного должностного лица⁸. Конечно, эти формы непосредственной демократии близки между собой, что выражается в некотором единстве нормативного регулирования, тождестве некоторых принципов. Однако правовая регламентация избирательного процесса имеет ряд особенностей, отличающих выборы от голосования по отзыву выборных лиц или от референдума. Например, вопрос в бюллетене при голосовании по отзыву депутата законодательного органа субъекта РФ скорее похож на вопросную формулу референдума (он подразумевает ответ «да» или «нет»). Следовательно, такое требование, как альтернативность волеизъявления, не соблюдается при голосовании по отзыву выборного лица⁹. Более того, агитацию по вопросам референдума вправе осуществлять лица, замещающие государственные и муниципальные должности. Предвыборную агитацию такие лица осуществлять не вправе.

© Худолей Д.М., 2015

¹ См.: *Ефремова Н.Н.* Становление избирательного права в России // *Государство и право*. 1998. №3. С. 17.

² *Веденев Ю.А., Катков Д.Б., Корчиго Е.В.* Избирательное право. М., 2001. С. 5; *Князев С.Д.* Очерки теории российского избирательного права. Владивосток, 1999. С. 52.

³ Вешняков А.А. Избирательное право и избирательный процесс в Российской Федерации. М., 2003. С. 22.

⁴ Зиновьев А.В. Избирательная система России: теория, практика, перспективы. М., 2000. С. 45.

⁵ Российская газета. 2002. 15 июня.

⁶ Согласно п. 11 ст. 2 Закона «Об основных гарантиях...» гарантии избирательных прав граждан – установленные Конституцией, законом, иным нормативным правовым актом условия, правила и процедуры, обеспечивающие реализацию избирательных прав граждан.

⁷ Пылин В.В. Избирательное и референдумное право Российской Федерации. СПб., 2001. С. 5.

⁸ Таровик С.С. Основные понятия и категории избирательного права // Собрание конкурсных работ в области избирательного права и избирательного процесса. М., 2004. С. 12.

⁹ Худолей К.М. Конституционность решений ЕСПЧ и их исполнимость // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2013. №2. С. 100.

К.М. Худолей

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ КАК КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ СНГ И БАЛТИИ

Социальные, экономические и культурные права человека и гражданина по классификации ООН относятся к правам и свободам второго поколения¹. Экономические права и свободы человека и гражданина – совокупность определенных возможностей индивида в сфере производства, обмена, потребления материальных благ. Исходным экономическим правом человека и гражданина является право собственности, т.е. возможность обладания благами, способными удовлетворять различные потребности человека. Право собственности включает в себя право собственника самому или совместно с другими лицами владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом, в том числе движимым и недвижимым.

Собственность является неприкосновенной и находится под защитой государства. Например, государство поощряет и охраняет сбережения граждан, создает гарантии возврата вкладов (ст. 44 Конституции Республики Беларусь), а также гарантирует тайну вкладов в банках (ст. 18 Конституции Республики Казахстан). Принудительное изъятие собственности допускается только в случаях, предусмотренных законом: во время военного или чрезвычайного положения, для публичных целей при условии полного и принудительного возмещения (ст. 41 Конституции Украины). Отчуждение собственности осуществляется только с согласия собственника, а без такого согласия только по решению суда. Допускается конфискация собственности, приобретенной способом, запрещенным законом, незаконно присвоенной, а также использованной в совершении противозаконных действий (ст. 9 Конституции Туркменистана). Однако законно добытое имущество не может быть конфисковано, а его законность подразумевается (ст. 46 Конституции Республики Молдова), к тому же не допускается полная конфискация имущества осужденного (ст. 20 Конституции Республики Таджикистан).

В конституциях зарубежных стран СНГ и Балтии закрепляется многообразие форм собственности: государственная и частная (ст. 13 Конституции Республики Беларусь), а также муниципальная и иная (ст. 4 Конституции Кыргызской Республики). Но государство гарантирует равную правовую защиту любой формы собственности.

Собственность – не только благо, но и бремя. Так, в Конституции Украины установлено, что собственность обязывает (ст. 13). Собственность не может быть использована в ущерб правам, свободам и достоинству человека, а также окружающей среде и государству и обеспечения добрососедства (ст. 46 Конституции Республики Молдова). Осуществление права собственности не должно противоречить общественной пользе и безопасности и причинять вред историко-культурным ценностям (ст. 44 Конституции Республики Беларусь).

Установлены объекты, которые могут находиться только в государственной собственности. Как правило, к их числу относятся земля, недра, воды, леса, воздушное пространство, животный и растительный мир (ст. 13 Конституции Республики Таджикистан), континентальный шельф и исключительная экономическая зона, а также объекты истории, археологии и культуры государственного значения (ст. 47 Конституции Литовской Республики). Конституции Украины, Таджикистана, Кыргызстана к числу объектов права государственной собственности относят земли, а Конституция Республики Беларусь – земли сельскохозяйственного назначения. В Конституции Кыргызской Республики также особо подчеркивается, что пастбища не могут находиться в частной собственности. Но

земля может также находиться в частной собственности согласно положениям конституций Кыргызстана, Украины, Казахстана и Литвы.

Объекты собственности государства рассматриваются как основа жизни проживающих на них народов и находятся под особой защитой государства (ст. 12 Конституции Кыргызской Республики). От имени народа права собственника осуществляют органы государственной власти и местного самоуправления. Каждый гражданин имеет право пользоваться объектами государственной и муниципальной собственности, природными объектами права собственности народа в соответствии с законом (ст. 13 Конституции Украины).

В законодательстве предусматриваются объекты, которые могут находиться в собственности исключительно граждан, юридических лиц отдельных категорий, государства или муниципальных образований (ст. 32 Конституции Эстонской Республики). В одних странах правом собственности на землю не пользуются иностранные граждане и лица без гражданства (ст. 31 Конституции Республики Армения), в других государствах землю, воду и леса в собственность иностранные субъекты могут приобрести в соответствии с законом, а иностранные государства вправе иметь в собственности землю для обеспечения деятельности дипломатических и консульских учреждений (ст. 47 Конституции Литовской Республики).

Тесно связано с правом собственности право на наследование. Право наследования призвано обеспечить право собственника распоряжаться своим имуществом по своему усмотрению, поэтому право наследования гарантируется законом (ст. 31 Конституции Республики Армения). Конституции ряда стран закрепляют право интеллектуальной собственности как составную часть права частной собственности (вещное право), а не как исключительное право (Молдова, Азербайджан). Например, в ст. 9 Конституции Республики Молдова установлено, что собственность состоит из материальных и интеллектуальных ценностей.

Конституционные гарантии права частной собственности, закрепленные в основном законе страны, обуславливают и особый порядок его защиты, выходящий за пределы исключительно тех видов, которые установлены гражданским законодательством для защиты вещных прав (виндикационные и негаторные иски). Одним из таких способов выступает институт конституционной жалобы². При этом правом обращения в орган конституционного контроля по защите конституционного права собственности помимо граждан (их объединений, в том числе и юридических лиц) обладают в некоторых зарубежных странах органы, осуществляющие государственную регистрацию прав на недвижимое имущество. Так, согласно закону Латвийской Республики от 14 июня 1996 г. «О Конституционном Суде» право подачи заявления о возбуждении дела о соответствии законов и подписанных или заключенных Латвией международных договоров (в том числе и до утверждения соответствующих договоров в Саэйме) Конституции, о соответствии других нормативных актов или их частей правовым нормам (актам) высшей юридической силы, а также о соответствии национальных правовых норм Латвии тем заключенным Латвией международным договорам, которые не находятся в противоречии с Конституцией, имеет судья отдела Земельных книг при осуществлении записи недвижимой собственности или связанного с этим закрепления прав в Земельной книге. Думается, что аналогичные нормы следовало бы предусмотреть и в российском законодательстве, предоставив право органам, осуществляющим государственную регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ними, обращаться в Конституционный Суд РФ, если в их практике возникает неопределенность в конституционности законов, затрагивающих право собственности граждан на недвижимое имущество при совершении регистрационных действий. Следует также отметить, что в некоторых субъектах РФ правом на обращение в региональные конституционные (уставные) суды обладают нотариальные палаты субъектов РФ в связи с делом, возникшим в их нотариальной деятельности (Калининградская область, Республика Саха (Якутия)). Учитывая роль нотариусов при выдаче правоустанавливающих документов, удостоверении сделок и совершении иных юридически значимых действий³ в связи с отчуждением собственности, соответствующие нормы заслуживают того, чтобы быть закрепленными в законодательстве каждого из 17 регионов России, в которых в настоящий момент действуют региональные органы конституционной (уставной) юстиции.

¹ Худoley Д. М. О предмете и методе сравнительного конституционного права // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2013. № 2. С. 85.

² Худoley Д. М. Конституционализация права на труд в зарубежных странах // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2010. № 1. С. 169.

³ См.: Ст. 35 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 года (ред. от 29.12.2014) № 4462-1 // Российская газета. 1993. 13 марта.

III. ГРАЖДАНСКОЕ, СЕМЕЙНОЕ И ЖИЛИЩНОЕ ПРАВО

А.А. Ананьева

Саратовская государственная юридическая академия, г. Саратов

О НОРМАТИВНЫХ ЮРИДИЧЕСКИХ КОНСТРУКЦИЯХ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ДОГОВОРОВ

Значение исследования юридических конструкций в целом, и нормативных юридических конструкций в частности, трудно переоценить. Их роль в формировании гражданского законодательства, без сомнения, очень велика. Исследование юридических конструкций позволяет выявить собственное содержание гражданско-правовой отрасли, ее особенности, решать задачи совершенствования структуры гражданского законодательства и, таким образом, создать системную основу для построения гражданского законодательства и эффективного использования гражданско-правовых средств. Нормативные юридические конструкции являются прообразом (правовой моделью) правовых норм и их комплексов, представляют собой примечательный «слой» правовой материи, не совпадающий с нормативным слоем. Каждая из таких конструкций представляет собой «ключевой, определяющий элемент именно собственного его содержания (или структуры)»¹. Юридическая конструкция «позволяет норме права воплотиться в ткани позитивного права, объективироваться в правовом высказывании»². При этом совершенно справедливо высказывание С.Ю. Головиной, что «задачей законодателя в процессе совершенствования нормативных правовых актов является построение таких правовых конструкций, которые отвечали бы правилам логики и требованиям законодательной техники»³.

С учетом этого перейдем непосредственно к рассмотрению вопроса о нормативных юридических конструкциях гражданско-правовых договоров. Сразу заметим, что в нормативных юридических конструкциях отражаются наиболее типичные сущностные черты, которые должны быть отражены в условиях конкретного договора. В частности, формулируется в наиболее общем виде условие о предмете договора, основные права и обязанности сторон, условие об ответственности и т.п. Однако нормативные юридические конструкции отдельных видов гражданско-правовых договоров находят свое отражение в соответствующих правовых институтах, нормы которых, в свою очередь, закрепляют модель договора как обязательственного правоотношения. Из этого, в частности, следует, что нормативная юридическая конструкция договора по набору элементов несколько шире, чем его ненормативная конструкция.

Договорные условия в правоотношении сводятся к правам и обязанностям сторон, т.е. к содержанию правоотношения. В условии о предмете отражается объект правоотношения. Однако помимо содержания и объекта любое правоотношение конструктивно в себя включает субъекты, которые не могут быть элементом конструкции ненормативного договора. Субъектный состав играет важную роль при формировании нормативной юридической конструкции гражданско-правового договора. От него зависит одно, двух- или многосторонний характер договора. В.В. Витрянский отмечает, что в зависимости «от субъектного состава отношений, связанных с перевозкой, можно говорить о таких видах договора перевозки, как договор перевозки пассажира, участником которого является пассажир; договор перевозки груза (как реальный, так и консенсуальный), который заключается перевозчиком с грузоотправителем; договор о порядке организации работы по обеспечению перевозок, заключаемый между транспортными организациями»⁴. Субъектный состав позволяет определить наличие либо отсутствие третьих лиц, в частности выгодоприобретателей. Кроме того, он влияет на качественную характеристику договора. Так, например, если стороной договора выступает гражданин-потребитель, то договор чаще всего признается публичным и на него распространяются положения федерального закона «О защите прав потребителей».

Кроме того, в нормативной юридической конструкции отражаются наиболее значимые черты и характеристики данного вида договора. О.А. Красавчиков отмечал: «Индивидуализация договора обнаруживается в целом комплексе явлений (состав участников, объекты, характер и содержание возникающего из договора правоотношения, структура последнего и т.д.). Современная типизация социальных связей – это лишь одна из сторон процесса общественного развития, которая не устраняет, а скорее предполагает многообразие индивидуальных форм и средств достижения поставленных целей, многообразие конкретики повседневного бытия, характера и уровня развивающихся потребностей, удовлетворения соответствующих интересов»⁵.

Нормативная юридическая конструкция договора позволяет судить и о таких его общих характеристиках, как возмездность, фидуциарность, взаимность и т.п. Кроме того, она позволяет квалифицировать такой договор, как договор в пользу третьего лица, договор присоединения, публичный договор, рамочный, опционный, абонентский договор и т.п.

Следует отметить, что нормативная юридическая конструкция не совпадает с нормами права, поскольку отражает не все, а наиболее существенные черты договора данного вида на максимально абстрактном уровне. Продемонстрируем это на примере договора транспортной экспедиции. В сухом остатке нормативная юридическая конструкция договора транспортной экспедиции выглядит следующим образом: это любой двусторонний, взаимный, консенсуальный и возмездный договор, в силу которого экспедитор обязуется выполнить или организовать выполнение услуг, связанных с перевозкой груза, а клиент обязан уплатить экспедитору вознаграждение и возместить расходы.

Итак, нормативная юридическая конструкция гражданско-правового договора в качестве элементов включает в себя сущностную характеристику:

- предмет гражданско-правового договора, позволяющий определить его целевую направленность и общую характеристику, а также объект будущего обязательства;
- иные существенные условия (при их наличии);
- субъектный состав.

Вся остальная конкретика, отражающаяся в нормах права, на нормативную юридическую конструкцию влияние не оказывает и может лишь служить для выделения юридических конструкций отдельных подвидов данного договора. Вместе с тем, правовые нормы оказывают влияние на формирование ненормативных юридических конструкций, поскольку задают определенные рамки, в которых действуют участники конкретного соглашения.

¹ См.: *Алексеев С.С.* Восхождение к праву: поиски и решения. М., 2001. С. 282.

² *Халабуденко О.А.* Некоторые вопросы методологии права: гражданско-правовые прерогативы и юридические конструкции. // Вестник Пермского университета. 2013. № 1. С. 183

³ *Головина С.Ю.* Трудовой договор как юридическая конструкция // Вестник Пермского университета. 2013. № 3. С. 65.

⁴ См.: *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Кн. 4: Договоры о перевозке, буксировке, транспортной экспедиции и иных услугах в сфере транспорта. М., 2003. С. 10.

⁵ *Красавчиков О.А.* Категории науки гражданского права: избр. тр. в 2 т. М., 2005. Т. II. С. 276.

В.А. Анисимов

Башкирский государственный университет, г. Уфа

К ВОПРОСУ О ПРОБЛЕМЕ ФЕНОМЕНА ПОТРЕБИТЕЛЬСКИХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Термин «потребительское правоотношение» довольно часто встречается в юридической литературе и правоприменительной практике. Вместе с тем значения, в которых используется данное словосочетание, весьма разнятся. Например, С.С. Акманов обнаруживает проявление потребительских правоотношений в некоторых аспектах деятельности кредитных кооперативов¹. А.И. Демехин выделяет социально-потребительские правоотношения, складывающиеся при строительстве в жилищной сфере². В.В. Шарапов упоминает о потребительских правоотношениях при исполнении договоров строительного подряда³. Однако наиболее часто в правовой литературе о потребительских правоотношениях говорится и в контексте правовой охраны и защиты прав потребителей⁴.

Различие подходов к определению потребительских правоотношений свидетельствует об их сложной правовой природе, что обуславливает необходимость всестороннего исследования указанного феномена.

На наш взгляд, подходов к установлению содержания понятия «потребительское правоотношение» может быть несколько, в зависимости от специфики отдельных элементов исследуемых правоотношений.

Во-первых, «потребительским» может делать правоотношение специфика его субъектного состава, а именно, присутствие в нем особого участника – потребителя. Именно такой аспект потребительских правоотношений наиболее часто раскрывается в литературе. В частности, как полагает А.А. Райлян, потребительскими являются отношения, урегулированные нормами российского потре-

бительского законодательства, участниками которых выступают граждане – потребители товаров, работ или услуг⁵.

Однако представленная позиция, кажущаяся, на первый взгляд, довольно логичной, не лишена недостатков. Одним из них следует назвать неоднозначность самого термина «потребитель» в российском законодательстве. Наиболее часто к потребителям относят именно граждан, но в некоторых случаях потребителем может выступать не только физическое, но и юридическое лицо, и даже публичное образование. К примеру, в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее – ГК РФ) о «потребителе» говорится и как о стороне публичного договора (п. 2, 3 ст. 426 ГК РФ), которым может являться в том числе организация (например, в договоре перевозки с РЖД), и в отношении стороны договора энергоснабжения (ст. 539 ГК РФ) и др.

Таким образом, участие «потребителя» не всегда подтверждает потребительский характер складывающихся правоотношений.

Во-вторых, потребительская природа правоотношения может проявляться в особенностях его объекта.

Следует отметить, что вопрос о сущности объекта правоотношения остается дискуссионным и не находит однозначного решения в науке. При этом для целей наглядного отображения специфических свойств потребительских правоотношений мы исходим из позиции, широко встречающейся в юридической литературе: объектом гражданского правоотношения является тот правовой результат, который обеспечивают предусмотренные нормами субъективные права и юридические обязанности его участников⁶. В частности, как справедливо отмечает А.Ю. Белоножкин, результат правового регулирования составляет то, к чему стремились или должны были стремиться участники общественно-го отношения. К примеру, в подрядных отношениях в качестве объекта правоотношения следует рассматривать то, что было создано подрядчиком за встречное предоставление⁷.

В указанном аспекте объектом потребительских правоотношений выступают выполнение работ, оказание услуг, передача в собственность определенного товара и др. Вместе с тем подобные объекты охватывают и иные правоотношения, традиционно не называемые в качестве потребительских, такие как поставка товаров, выполнение работ или оказание услуг в соответствии с государственными или муниципальными нуждами. Поэтому специфика объекта правоотношения также не способна в достаточной мере предопределить его потребительский характер.

Третьим элементом всякого правоотношения является его содержание. Определение понятия «содержание правоотношения» относится к дискуссионным вопросам не только гражданского права, но и теории права, а также иных отраслей. Вместе с тем наиболее распространенной и, по нашему мнению, наиболее верной, является позиция, согласно которой содержанием правоотношения выступают субъективные права и обязанности его участников⁸. При этом субъективные права представляют собой юридически закрепленную меру возможного поведения участника правоотношения, а субъективные обязанности – меру его должного поведения.

С данной позиции в содержании потребительских правоотношений отражаются соответствующие права кредитора требовать предоставления товара, или надлежащего выполнения работы, или оказания услуги и корреспондирующие такому праву обязанности должника, связанные с выполнением указанного требования, что, однако, также не свойственно исключительно потребительским правоотношениям.

Таким образом, исследовав особенности элементов потребительских правоотношений, можно констатировать, что ни один из них в отдельности не способен выступить качественным критерием отграничения от смежных гражданских правоотношений.

Указанное обстоятельство свидетельствует о том, что проблема феномена потребительских правоотношений актуальна сегодня, так как не находит своего должного разрешения в доктрине гражданского права и требует комплексного и всестороннего исследования.

¹ См.: *Акманов С.С.* Потребительская кредитная кооперация в сельском хозяйстве России // Законодательство и экономика. 2006. № 3. С. 25–29.

² См.: *Демехин А. И.* Актуальные проблемы применения закона об участии в долевом строительстве добросовестными застройщиками // Юрист. 2009. № 2. С. 58–61.

³ См.: *Шарапов В.В.* Особенности применения удержания при исполнении договора строительного подряда // Право и экономика. 2007. № 2. С. 43–48.

⁴ См.: *Маринкин Д.Н.* Проблемы специальных знаний потребителя // Вестник Пермского университета. Сер.: Юридические науки. 2012. № 4. С. 104–109; *Морозов С.Ю.* Рецензия на монографию Гришиной Я.С. на тему «Механизм взаимодействия частных и публичных средств обеспечения социально-имущественных потребностей в условиях моделирования юридической конструкции социального предпринимательства» // Вестник

Пермского университета. Сер.: Юридические науки. 2014. № 3. С.136–141; *Шашкова Л.А.* Развитие законодательства о потребительских правах // Юрист. 2001. № 2. С.2–9.

⁵ *Райлян А.А.* Гражданско-правовая защита прав потребителя: вопросы теории и судебной практики // Арбитражный и гражданский процесс. 2008. № 10. С. 22–24.

⁶ См.: *Кириченко О.В.* Информация как объект гражданских правоотношений // Современное право. 2014. № 9. С. 77–81; *Родионова О.М.* Объект гражданского правоотношения с позиции деятельностного подхода // Юридический мир. 2014. № 3. С. 25–28.

⁷ *Белоножкин А.Ю.* Об объекте гражданского правоотношения и преимущественном правовом положении // Гражданское право. 2012. № 2. С. 6–9.

⁸ См.: *Иоффе О.С.* Правоотношение по советскому гражданскому праву / отв. ред. С.И. Аскназий. Л., 1949. 143 с.; *Толстой Ю.К.* К теории правоотношения. Л., 1959. С. 32.

Е.А. Анчишина

Удмуртский государственный университет, г. Ижевск

ФАКТИЧЕСКИЕ ДОГОВОРНЫЕ ОТНОШЕНИЯ В РОССИЙСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

В настоящее время в правоприменительной практике получила распространение юридическая конструкция фактических договорных отношений. Она нашла свое признание среди некоторых ученых-цивилистов¹ и вызвала немало споров в юридической литературе².

Указанная категория применяется судами при признании договора незаключенным тогда, когда по нему одна из сторон получила исполнение.

Стоит отметить, что в судебной практике отсутствует единообразное понимание юридической природы фактических договорных отношений.

Так, одни суды квалифицируют фактически возникшие между сторонами отношения как внедоговорные отношения, мотивируя тем, что в силу ст. ст. 8, 153 ГК РФ «основаниями возникновения обязательств является не только договор, но и действия сторон, направленные на возникновение обязательств»³. Данная позиция нашла поддержку и в цивилистической литературе⁴.

Другие, признавая исполненный договор незаключенным, устанавливают наличие фактических договорных отношений, вообще не определяя их правовую природу⁵.

Третьи отмечают наличие договорных правоотношений и отсутствие оснований для признания незаключенным договора, по которому имело место фактическое исполнение⁶. В ряде случаев фактическое исполнение суды рассматривают как «исцеление» договора. Так, в одном из дел суд указал, что «договор, являющийся незаключенным по причине несогласованности условия о предмете..., может быть исцелен в случаях, когда совпадающее волеизъявление сторон, выраженное в акте передачи результатов работ как юридическом действии однозначно свидетельствует об относимости этой передачи к спорному договору либо когда ни одна из сторон не оспаривает такую относимость»⁷.

Некоторые суды считают, что поскольку имеет место незаключенный договор, то в случае имущественного предоставления одной из сторон по такому договору другая сторона получает неосновательное обогащение⁸. Аналогичное мнение высказано и в юридической литературе⁹.

В цивилистической доктрине существует и такая позиция, согласно которой фактические договорные отношения следует рассматривать как двустороннюю сделку, при которой одна сторона произвела предоставление по договору, впоследствии признанному незаключенным, а другая приняла его¹⁰.

Вопрос о правовых последствиях фактических договорных отношений также не нашел однозначного решения в судебной практике.

Так, в 2000 году Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в п. 5 Информационного письма от 24 января 2000 года № 51 «Обзор практики разрешения споров по договору строительного подряда» высказался в пользу признания заключенным фактически исполненного договора.

Однако в п. 6 Информационного письма от 25 ноября 2008 года № 127 «Обзор практики применения арбитражными судами статьи 10 ГК РФ» Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ признал частично исполненный сторонами договор незаключенным из-за несогласования существенного условия. Оплату по договору, суд взыскал как неосновательное обогащение, руководствуясь при этом размером платы, установленным договором.

Аналогичное мнение было высказано и в других судебных актах¹¹. При этом в ряде случаев суды, признавая договор незаключенным и взыскивая исполненное как неосновательное обогащение, одновременно отмечали, что между сторонами сложились фактические договорные отношения¹².

Позднее Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ вновь обратил внимание на то, что если стороны фактически исполнили договор, то неопределенность в правоотношении отсутствует, недостающее существенное условие считается восполненным, а договор заключенным¹³. Вместе с тем в другом деле Президиум указал, что при сложившихся фактических договорных отношениях в отсутствие заключенного договора на стороне, принявшей исполнение, возникает неосновательное обогащение¹⁴.

Своеобразный итог был подведен в п. 7 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 февраля 2014 года № 165 «Обзор судебной практики по спорам, связанным с признанием договоров незаключенными», где указал, что договор считается заключенным, если стороны совместными действиями по исполнению договора и его принятию устранили необходимость согласования существенного условия. При этом возникает такое же обязательство, как и тогда, когда между сторонами изначально был заключен договор, а к отношениям сторон подлежат применению нормы гражданского законодательства о соответствующем виде договора. Данное положение впоследствии нашло отражение в изменениях, которые были внесены в ст. 432 ГК РФ Федеральным законом от 08 марта 2015 года № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского Кодекса Российской Федерации». В связи с этим на сегодняшний день необходимость в установлении фактических договорных отношений для восстановления нарушенной имущественной сферы участников оборота отсутствует.

Полагаем, что введение юридической конструкции «фактические договорные отношения» было необоснованным изначально. Ведь фактические отношения находятся вне правовой регламентации, а соответственно, не влекут правового эффекта для его участников. Договорные отношения, наоборот, предполагают наличие правоотношения, возникшего из определенного юридического факта – договора. Следовательно, совместное применение данных терминов для обозначения одного правового явления недопустимо.

На практике такая конструкция также не оправдала право на свое существование, поскольку не смогла обосновать природу отношений, возникающих между участниками гражданского договора, и наступление соответствующих правовых последствий.

Признание договора незаключенным исключает применение норм о конкретном виде договора, и единственным правовым последствием имущественного предоставления в таком случае является взыскание неосновательного обогащения. При этом стороны не могут ссылаться на условия договора и требовать применения предусмотренных им мер ответственности, что ставит добросовестных участников оборота в явно невыгодное положение.

Вместе с тем наличие фактических договорных отношений не позволяет применять нормы об обязательствах вследствие неосновательного обогащения, поскольку основание произведенного исполнения фактически существует. Поскольку основание существует, говорить о возникновении внедоговорного обязательства из действий сторон, применяя при этом нормы о конкретном виде договора, также нецелесообразно. Противоречивым представляется и определение таких отношений в качестве двусторонней сделки при одновременном указании на незаключенность договора.

Тем не менее, на сегодняшний день по-прежнему в судебных актах используется термин «фактические договорные отношения»¹⁵. Так, в одном деле суд, признав договор аренды незаключенным, указал на невозможность применения положений договора о взыскании неустойки за просрочку уплаты арендных платежей. При этом он взыскал задолженность по арендной плате в соответствии со ст. 614 ГК РФ, мотивировав тем, что «обязательство возникает в тех случаях, когда договор был фактически исполнен одной стороной, а другая сторона приняла такое исполнение. Так как в материалах дела имеются доказательства исполнения договора и принятия другой стороной такого исполнения, судом установлено наличие фактических договорных отношений»¹⁶.

На наш взгляд, единственным правовым последствием незаключенности договора, по которому имело место фактическое исполнение, является применение правил гл. 60 ГК РФ об обязательствах вследствие неосновательного обогащения. Договор будет считаться заключенным лишь при наличии доказательств исполнения договора, которое восполняет недостающее существенное условие, принятия такого исполнения контрагентом, а также согласованной воли сторон на совершение данной сделки. Отношения сторон в таком случае должны регулироваться нормами гражданского законодательства о соответствующем виде договора и положениями самого договора. Таким образом, необходимость в установлении фактических договорных отношений не усматривается.

- ¹ *Кожевина Е.В.* Фактические договорные отношения // Российский юридический журнал. 2010. № 4. URL: <http://www.center-bereg.ru> (дата обращения: 15.09.2015).
- ² *Ткаченко К.* Контрагент ссылается на незаключенность договора подряда. Как доказать согласованность предмета // Юрист компании. 2011. № 8. URL: www.lawyercom.ru; *Церковников М.А.* Признание договора незаключенным. Когда суд сохранит договорные отношения // Арбитражная практика. 2014. № 5. URL: <http://www.e.arbitr-praktika.ru> (дата обращения: 14.09.2015).
- ³ *Постановление* Десятого арбитражного апелляционного суда от 11 марта 2012 г. по делу № А41-36702/11. URL: <http://www.base.consultant.ru> (дата обращения: 21.08.2015).
- ⁴ *Илалутдинов А.И.* Порядок исчисления суммы неосновательного обогащения по незаключенному договору лизинга // Арбитражная практика. 2010. № 6. URL: <http://www.e.arbitr-praktika.ru> (дата обращения: 01.09.2015).
- ⁵ *Определение* Высшего Арбитражного Суда РФ от 29 мая 2009 г. № ВАС-3558/09 по делу № А65-6737/2008-СГ5-50, *Определение* Высшего Арбитражного Суда РФ от 3 сентября 2010 г. № ВАС-11650/10 по делу № А40-74122/09-104-361, *Определение* Высшего Арбитражного Суда РФ от 21 марта 2011 г. № ВАС-2655/11 по делу № А41-8886/10. URL: <http://www.base.consultant.ru> (дата обращения: 10.09.2015).
- ⁶ *Постановление* Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 19 сентября 2011 г. по делу № А12-6876/2011; *Постановление* ФАС Поволжского округа от 08 июля 2011 г. по делу № А65-25477/2010. URL: <http://www.base.consultant.ru> (дата обращения: 11.09.2015).
- ⁷ *Постановление* Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 10 июня 2009 г. № 15АП-3281/2009 по делу № А53-25781/2008. URL: <http://www.base.consultant.ru> (дата обращения: 15.09.2015).
- ⁸ *Постановление* ФАС Северо-Кавказского округа от 22 июля 2008 г. по делу № А53-21022/2007-С3-39. URL: <http://www.base.consultant.ru> (дата обращения: 15.09.2015).
- ⁹ *Васенина Ю.* Решение ВАС РФ – луч света в царстве правовых коллизий // Эж-юрист. 2011. № 45. URL: <http://www.center-bereg.ru> (дата обращения: 15.09.2015).
- ¹⁰ *Кожевина Е.В.* Указ. соч.
- ¹¹ *Постановление* ФАС Московского округа от 20 июля 2006 г., 27 июля 2006 г. № КГ-А41/6591-06 по делу № А41-К1-26320/05; *Постановление* ФАС Северо-Кавказского округа от 22 июля 2008 г. по делу № А53-21022/2007-С3-39. URL: <http://www.base.consultant.ru> (дата обращения: 18.09.2015).
- ¹² *Определение* Высшего Арбитражного Суда РФ от 10 марта 2010 г. № ВАС-2158/10 по делу № А14-709/2009-24/36. URL: <http://www.base.consultant.ru> (дата обращения: 18.09.2015).
- ¹³ *Постановление* Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 18 мая 2010 г. № 1404/10 по делу № А40-45987/09-125-283; *Постановление* Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 08 февраля 2011 г. № 13970/10 по делу № А46-18723/2008. URL: <http://www.arbitr.ru> (дата обращения: 18.09.2015).
- ¹⁴ *Постановление* Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 20 сентября 2011 г. № 1302/11 по делу № А40-34287/10-63-289. URL: <http://www.base.consultant.ru> (дата обращения: 18.09.2015).
- ¹⁵ *Решение* Арбитражного суда Республики Карелия от 20 мая 2015 г. по делу № А26-2216/2015; *Решение* Арбитражного суда Свердловской области от 22 мая 2015 г. № А60-12154/2015. URL: <http://www.sudact.ru> (дата обращения: 15.09.2015).
- ¹⁶ *Решение* Арбитражного суда Московской области от 22 мая 2015 года по делу № А41-16947/2015. URL: <http://www.sudact.ru> (дата обращения: 15.09.2015).

К.М. Арсланов

Казанский (Приволжский) федеральный университет, г. Казань

ДОГОВОР ВОЗМЕЗДНОГО ОКАЗАНИЯ УСЛУГ: НА ПУТИ ФОРМИРОВАНИЯ МЕХАНИЗМА ЗАЩИТЫ ЗАКАЗЧИКА КАК СЛАБОЙ СТОРОНЫ

Российское гражданское право находится в настоящее время на этапе своего становления, начало которому было положено еще в 1991 году с принятием Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик¹, обозначивших переход от советского к новому – на базе советского, дореволюционного и иностранного правового опыта – российскому праву. Начиная с 1991 года в российском праве появилось много новых договорных конструкций, ранее неизвестных российскому (советскому) праву: договор возмездного оказания услуг, договор агентирования, договор аренды и многие другие. отметим, что особое место занимает при этом договор возмездного оказания услуг согласно ст. 779 ГК РФ² в силу своей показательности в вопросе о защите так называемой слабой стороны в правоотношении.

Уникальность договорной конструкции возмездного оказания услуг заключается в ее положении между договором подряда и другими договорами, предметом которых является в той или иной

мере выполнение работ и оказание услуг. Не случайно расположение раздела гл. 39 ГК РФ после положений о договоре подряда и договора о выполнении научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работах (гл. 37 и гл. 38 ГК РФ). Тем самым гл. 39 ГК РФ предваряет переход от подрядного договора к иным договорам о работах и услугах (гл. 40 – 53 ГК РФ)³. В этой связи М.И. Брагинский и В.В. Витрянский в работе «Договорное право» выделили раздел «Соотношение договора транспортной экспедиции и иных договоров о возмездном оказании услуг»⁴. К таким договорам авторы относят в связи с рассмотрением договора транспортной экспедиции – поручение, комиссию, агентирование, хранение, перевозку. В целом М.И. Брагинский и В.В. Витрянский достаточно критически отнеслись к расширительному отнесению к договору возмездного оказания услуг договорных конструкций группы глав: гл. 37 – 53 ГК РФ⁵.

Отдельной регламентации договор возмездного оказания услуг не имел ни в ГК РСФСР 1964 г.⁶ (см. гл. 30 ГК РСФСР, ст. 350-365), ни в ГК РСФСР 1922 г.⁷ (раздел VII, ст. 220-235), ни в дореволюционном российском законодательстве⁸. Появление его с принятием части 2 ГК РФ в 1996 году связано с намерением законодателя обеспечить защиту прав заказчика на более высоком уровне, чем это предусмотрено в классических нормах о договоре подряда. М.И. Брагинский и В.В. Витрянский видят в качестве цели выделения гл. 39 ГК РФ – «закрепление... общих признаков соответствующего договора и корреспондирующих им правовых решений соответствующих вопросов»⁹. Договор возмездного оказания услуг в своей основе принадлежит группе договоров подрядного типа, о чем свидетельствует и сам законодатель в формулировке ст. 783 ГК РФ. Но при этом признается самостоятельное положение договора возмездного оказания услуг от договора подряда (п. 2 ст. 779: «правила настоящей главы применимы к..., за исключением услуг, оказываемых по договорам... гл. 37...»). При этом можно считать общепризнанным, что гл. 39 ГК РФ не образует какой-либо «общей части» по отношению к договорным конструкциям об оказании услуг / выполнении работ в ГК РФ¹⁰.

Заказчик здесь определен в качестве слабой стороны договора возмездного оказания услуг. Выявление в отдельных договорных конструкциях слабой стороны и построение эффективного механизма ее защиты можно признать приоритетной целью законодателя. Е.В. Вавилин при этом считает обозначение «слабая сторона» в правоотношении условным и обосновывающим, в первую очередь, необходимость создания механизма равновесия между сильной и слабой стороной правоотношения¹¹.

Можно обосновать выделение гл. 39 ГК (группы норм ст. 779–783) стремлением законодателя защитить слабую сторону в договоре возмездного оказания услуг – заказчика. «Слабость гражданской правовой позиции» заказчика здесь проявляется, на наш взгляд, в невозможности объективно оценить факт достижения результата соответствующих работ и услуг. Это объясняется прежде всего нематериальным характером результата соответствующего договора. Вместе с тем законодатель допускает и возможность достижения материального результата, на что сделано особое указание в п. 2 ст. 779 ГК РФ. Результат может быть оформлен документально (результат аудиторской проверки), он может быть сам по себе материален (результат оказания ряд медицинских услуг: стоматологических и др.). Таким образом, законодатель отнес прямым своим указанием к области защиты прав заказчика как слабой стороны ряд услуг с возможным присутствием в них материального результата, поскольку посчитал наличие такого материального результата недостаточным для объективной оценки качества услуг. Невозможность такой оценки, полагаем, обусловлена отсутствием у заказчика достаточных профессиональных знаний.

Итак, среди правовых начал защиты прав заказчика в договоре по ст. 779 ГК РФ можно выделить: личный (фидуциарный) характер отношений между заказчиком и исполнителем (ст. 780 ГК РФ), установление случаев возмещения заказчиком исполнителю лишь фактических расходов при невозможности исполнения договора (ст. 781 ГК РФ), возможность одностороннего отказа заказчика от исполнения договора с оплатой лишь фактически понесенных исполнителем расходов (ст. 782 ГК РФ). Нельзя не сказать также о некоторой спорности указанных положений в механизме защиты прав заказчика по договору возмездного оказания услуг. На это не раз обращалось внимание в юридической литературе¹². При этом можно признать позитивным использование законодателем взвешенной системы средств гражданско-правовой ответственности для защиты слабой стороны – заказчика.

Подводя итог вышесказанному, вместе с рядом представителей теории договорной конструкции возмездного оказания услуг подчеркнем определенную неэффективность норм гл. 39 ГК РФ¹³. При этом стоит отметить положительную тенденцию в формировании в гражданском праве законодательных представлений о необходимости обеспечения правового механизма защиты слабой стороны в правоотношении. Тем самым, на наш взгляд, развивается теория основных начал гражданского права, выражающаяся в презумпции возмездности гражданских правоотношений, стремлении законодателя к обеспечению равновесия сильной и слабой сторон в гражданских правоотношениях,

стремлении законодателя обеспечить такое равновесие посредством механизма гражданско-правовой ответственности.

¹ Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991г. // Ведомости СНД и ВС СССР. 26.06.1991. № 26. Ст. 733.

² Гражданский кодекс Российской Федерации от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ. Ч.2. // СЗ РФ. 29 января 1996 г. № 5. Ст. 410.

³ См. также: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 3: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М.: Статут, 2002. С. 232.

⁴ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 4: Договоры о перевозке, буксировке, транспортной экспедиции и иных услугах в сфере транспорта. М.: Статут, 2003. С. 662–63.

⁵ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 3: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М.: Статут, 2002. С. 232.

⁶ Гражданский кодекс РСФСР от 11 июня 1964 г. // Ведомости ВС РСФСР. 1964. № 24. Ст. 407.

⁷ Гражданский кодекс РСФСР от 11 ноября 1922 г. // СУ РСФСР. 1922. № 71. Ст. 904.

⁸ См. Кротов М.В. Обязательство по оказанию услуг в советском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1989. С. 48–87.

⁹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. М.: Статут, 2002. Кн. 3. С. 237.

¹⁰ Санникова Л.В. Обязательства об оказании услуг в российском гражданском праве. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 5–6.

¹¹ Вавилин Е.В. Осуществление и защита гражданских права. М.: Волтерс Клувер, 2009. С. 41, 45.

¹² См. критику положений п. 3 ст. 781, ст.782 ГК РФ со стороны Н.А. Баринова: Баринов Н.А. Избранные труды. М.: Норма, 2012. С. 372.

¹³ Санникова Л.В. Обязательства об оказании услуг. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 5.

А.Е. Астафуров

Новосибирский государственный технический университет, г. Новосибирск

ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ ДОГОВОРА ОБ ОКАЗАНИИ УСЛУГ ДОСТУПА В ИНТЕРНЕТ

Услуги доступа в Интернет на сегодняшний день получили значительное распространение, их оказание опосредуется договором об оказании услуг доступа в Интернет. Вместе с тем, в связи с недостаточностью научных исследований, посвященных гражданско-правовому регулированию договора об оказании услуг доступа в Интернет, представляется необходимым в рамках настоящей статьи рассмотреть общие положения рассматриваемого договора. Данный договор регулируется нормами ГК РФ¹, Федерального закона РФ от 07.07.2003 г. № 126-ФЗ «О связи»² (далее – Закон о связи), Правил оказания телематических услуг связи, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 10.09.2007 г.³ (далее – Правила). Для определения правовой природы анализируемого вида договорных отношений и их места в системе гражданско-правовых договоров, обратимся, в первую очередь, к общеклассификационным признакам договоров.

Традиционно в науке гражданского права все имеющиеся договорные правоотношения подразделяются на несколько основных групп, среди которых можно выделить: отношения по отчуждению имущества или имущественных прав; отношения по передаче имущества или имущественных прав во владение и (или) пользование; отношения, связанные с выполнением работ (оказанием услуг); и отношения, возникающие из образования разного рода коллективных организаций (общецелевые договоры)⁴. Эти группы также могут быть разбиты на подгруппы, так, в группе договоров, связанных с выполнением работ (оказанием услуг), выделяют отдельно группу договоров, связанных с выполнением работ – подрядоподобные договоры, и группу договоров, связанных с оказанием услуг. Цель рассматриваемого договора – услуги по обеспечению возможности доступа абонента и (или) пользователя к информационным системам информационно-телекоммуникационных сетей, в том числе к сети Интернет. Следовательно, рассматриваемый договор следует отнести к договорам возмездного оказания услуг. Данный вывод можно сделать, обратившись к положениям ст. 2 Закона о связи, в силу которой под услугой связи понимается деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи или почтовых отправлений. Дальнейший анализ приведенного определения показывает нам, что услуги связи включают в себя как услуги электросвязи, так и услуги почтовой связи. В той же статье Закона о связи закреплено понятие «электросвязь»⁵. Таким образом, мы приходим к выводу, что договор об оказании услуг доступа в Интернет является разновидно-

стью договора об оказании услуг электросвязи. Кроме того, договор об оказании услуг доступа в Интернет следует рассматривать в качестве вида договора об оказании телематических услуг связи⁶.

Следующий нормообразующий признак – наличие встречного удовлетворения; данный договор, без сомнения, является возмездным. Абонент и (или) пользователь оплачивает услуги доступа в Интернет в соответствии с тарифом и (или) тарифным планом.

Системным признаком является и субъектный состав, поскольку предполагает особенности правового регулирования. Сторонами договора являются: оператор связи – с одной стороны, и абонент и (или) пользователь – с другой стороны. Отметим, что пользователем не может быть машина, как это ошибочно указано в п. 6 Приложения «А» к Руководящему документу отрасли «Телематические службы» РД 45.129-2000⁷.

Для более полной характеристики рассматриваемого договора отметим, что, исходя из сущности договора об оказании услуг доступа в Интернет, а также из особенностей его нормативного регулирования следует, что данный договор является:

- консенсуальным, так как его исполнению предшествует стадия, на которой определяются существенные условия договорных отношений, то есть договор возмездного оказания услуг всегда заключается на будущее, даже если оно ближайшее. Такой подход поддерживается и в научной доктрине⁸;

- возмездным, поскольку для оператора связи деятельность, охватываемая предметом договора, является основным или одним из основных источников прибыли как цели предпринимательской деятельности;

- двусторонне обязывающим в силу того, что абонент и (или) пользователь обязан оплатить оказываемые оператором связи услуги;

- каузальным, поскольку цель заключения для данного типа договора является условием, определяющим его предмет, права и обязанности сторон, цену и многие иные условия договора;

- чаще всего договор должен быть заключен в письменной форме, так как даже в случае заключения договора конклюдентными действиями оператор связи должен составить договор, в котором описываются условия, изложенные в п. 23 Правил, и к которым, совершая конклюдентные действия, присоединяется абонент и (или) пользователь. Исходя из того, что принятие условий договора совершением конклюдентных действий возможно только в целом, полагаем, что в таком случае речь идет о заключении договора по модели договора присоединения в смысле п. 1 ст. 428 ГК РФ⁹;

- публичным вне зависимости от его формы, в случае если договор заключается с абонентом и (или) пользователем-гражданином.

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1996. № 5, ст. 410.

² Федеральный закон от 07.07.2003 г. № 126-ФЗ «О связи» // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2003. № 28, ст. 2895.

³ Постановление Правительства РФ от 10.09.2007 г. № 575 «Об утверждении Правил оказания телематических услуг связи» // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2007. № 38, ст. 4552.

⁴ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. Изд. испр. и доп. М.: Статут, 2002. Кн. 3. С. 399.

⁵ Электросвязь – любые излучения, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам (ст. 2 Закона о связи).

⁶ См. п. 4 раздела XVI Постановления Правительства РФ от 18 февраля 2005 г. № 87 «Об утверждении перечня наименований услуг связи, вносимых в лицензию, и перечней лицензионных условий» // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2005. № 9, ст. 719.

⁷ Приказ Минсвязи РФ от 23.07.2001 г. № 175 «Об утверждении Руководящего документа отрасли «Телематические службы» (вместе с Руководящим документом РД 45.129-2000). Документ опубликован не был. [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸ См., например: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 3: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М.: Статут, 2002. С. 207–219; Бурханова Л.М. Правовое регулирование договора о возмездном оказании услуг по гражданскому праву Республики Узбекистан и некоторые вопросы его совершенствования // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2013. Вып. 4(22). С. 134; Гражданское право: учебник / отв. ред. В.П. Мозолин (автор главы – М.Н. Малеина). М., 2004. Ч. 2. С. 381.

⁹ Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 1 от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 23.07.2013 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301.

ПРОБЛЕМА ВЗАИМОСВЯЗИ СУБЪЕКТИВНЫХ ПРАВ И ЮРИДИЧЕСКИХ ОБЯЗАННОСТЕЙ В СОВРЕМЕННОЙ НАУКЕ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Даже самый поверхностный взгляд на современную литературу, в которой затрагивается вынесенная в заглавие проблема, свидетельствует о преобладании тенденции к воспроизведению подходов, изложенных в советских работах, но на основании иной, разумеется, несколько деидеологизированной аргументации. Безусловно, не вызывают возражений предложения представителей общетеоретической и конституционно-правовой наук об обусловленности проблемного характера единства прав и обязанностей более выраженным философским аспектом такого единства¹ либо о выражении в тезисе «нет прав без обязанностей, нет обязанностей без прав» «начал равенства и социальной справедливости»², так же как и не вызывает сомнений тот факт, что изменение социального строя, структуры общества, системы права в целом не влекут отнесение данного тезиса к теоретически и практически неактуальному прошлому.

Проблема, на наш взгляд, связана, даже не столько с инертным воспроизведением смысла процитированных выше утверждений типа «права и обязанности являются парными юридическими категориями, находящимися в постоянном взаимодействии», которое включает в себя «их единство, <...> корреспондирование и сочетание»; <...> «только совместное исследование этих феноменов позволяет выявить их общие черты, особенности, взаимодействие, определить место в системе правового регулирования»³, сколько с безусловным, не предполагающим исключений, перенесением «забытой»⁴ идеи о неразрывной *двухсторонней* связи субъективного права и юридической обязанности в учебные и научные работы по гражданскому праву – «право и юридическая обязанность – такие противоположности, которые вне единства (конституционных, общих, общерегулятивных, конкретных правоотношений) как социальные и юридические явления не существуют»⁵. В свою очередь, существование норм права, имеющих одновременно возможный и должный характер, создает объективные предпосылки для утверждений о возможности совпадения прав и обязанностей, например, родителей, опекунов (попечителей)⁶, коммерческой организации – стороны публичного договора⁷ и т.д.

Достаточно очевидно, что, невзирая на хоть и немногочисленные, но все же имевшие место в различные периоды точки зрения о возможности существования юридической обязанности без субъективного права, данная возможность не стала объектом самостоятельного анализа ввиду упорного отрицания самостоятельности категории «юридическая обязанность» и сведения последней к антиподу субъективного права. Такая ситуация в юридической науке также во многом объясняется состоянием общего учения о правоотношении.

В настоящее время тезис об односторонне-необходимом характере связи (единства) субъективного права и юридической обязанности нашел обоснование в работах В.А. Белова и А.Б. Бабаева, что, в свою очередь, снова придало актуальности обозначенному А.Г. Певзнером вопросу о существовании правоотношений с иным, нежели субъективные права + юридические обязанности, содержанием. В учебнике по гражданскому праву 2002–2004 гг.⁸ и совместном очерке цивилисты, так же как и А.Г. евзнер в статье 1958 г.⁹, дали положительный ответ на этот вопрос, дополнительно указав на существование в рамках понятия о правоотношении правовых связей, отличных от связи «субъективное право – юридическая обязанность», например таких, как «интерес + юридическая обязанность», «право ожидания + юридическая обязанность», «ожидаемое (будущее) право + существующая юридическая обязанность»¹⁰.

В учебнике 2011 г. В.А. Белов, пересмотрев свою точку зрения, в качестве обязательных элементов всякого правоотношения называет субъективное право и юридическую обязанность, которая не является единственным средством обеспечения субъективного права. Теоретическим обоснованием правильности такого взгляда ученый считает узкую трактовку правоотношения и предлагает обозначать широкое понимание правоотношения термином «гражданско-правовая форма», в различных вариантах которой существуют и реализуются все другие, кроме субъективного права, виды юридических возможностей (гражданская правосубъектность, секундарные права, охраняемые законом интересы и т.д.). В числе иных, кроме юридической обязанности, средств обеспечения субъективного права называется состояние бесправия (неправа), соответственно, в содержание всякого гражданского правоотношения В.А. Белов включает «*минимум* (курсив наш – С.В.) три элемента: 1) субъективное право определенного лица – управомоченного, 2) состояние бесправия всякого и каждого, ис-

ключая управомоченного и 3) обязанность определенного лица или лиц, иных, чем лицо управомоченное»¹¹. Соответственно, в рамках одного и того же правоотношения абсолютное право обеспечивается состоянием бесправия всех и каждого, а обязанностью обеспечивается имеющее второстепенное значение правомочие требования «обладателя абсолютного права к конкретным лицам об их воздержании от таких конкретных действий, которые, будучи совершенными, составят нарушение его абсолютного права», например от действий, подготовку к совершению которых или покушение на которые наблюдает управомоченный¹². Но при таком решении вопроса состояние бесправия, обеспечивающее, в частности, абсолютное право собственности, возникает из одного юридического факта, например, добросовестного приобретения, а обязанность появляется по причине совершения действий, создающих предпосылки нарушения такого права, что фактически признается самим ученым¹³.

Даже если отталкиваться от того общетеоретического соображения, что правовое регулирование предопределено не только актуальным и активным взаимодействием участников общественных отношений, но и необходимостью установить правила формирования и развития будущих отношений, создавая тем самым правоотношения, когда такого взаимодействия еще нет¹⁴, открытым остается тот же вопрос: обязанность каких лиц соответствует обладателю абсолютного права, если попытку посягнуть на его никто не предпринимает? И еще – если покушение на абсолютное право совершено, правомочие требования обладателя абсолютного права реализуется в рамках того же правоотношения или возникшего в этой связи нового? Если такое покушение не совершено, то входит ли обязанность *конкретных лиц* в состав соответствующего правоотношения?

Как видим, интересующая нас проблема взаимосвязи субъективного права и юридической обязанности во многом связана с еще более сложной и объемной проблемой содержания правоотношения, а точнее – с проблемой существования абсолютных правоотношений, которая выходит за пределы настоящей работы и требует самостоятельного детального рассмотрения. Здесь лишь отметим, что, заменив «всеобщую обязанность»¹⁵ или «неопределенность состава обязанных субъектов, связанных долженствованием воздерживаться от посягательств на объект субъективного права»¹⁶ на неопределенность лиц, состояние бесправия которых обеспечивает возможности «удовлетворения интереса управомоченного лица своими собственными активными фактическими действиями», т.е. сохраняя неопределенность пассивной стороны, и добавив обязанность (обеспечивающую требование второстепенного значения) конкретных лиц воздерживаться от совершения действий, способных нарушить субъективное право¹⁷, в ситуации с абсолютным правоотношением мы все равно сталкиваемся с необходимостью разрешения сформулированных выше вопросов. Кроме того, возникает еще один вопрос – какие новые закономерности открываются благодаря такому подходу? Не случайно, В.А. Белов приходит к выводу о том, что «конструкция абсолютных правоотношений имеет смысл лишь в качестве антипода относительных правоотношений, но *сама по себе* никакой познавательной функции не выполняет»¹⁸.

Таким образом, в настоящее время вопрос о характере взаимосвязи субъективного права и юридической обязанности выходит далеко за пределы сформулированного советской юридической наукой принципа единства прав и обязанностей и, как и применительно к советской науке, состоит в следующем: «субъективное право и юридическая обязанность связаны неразрывно» или «субъективное право и юридическая обязанность сосуществуют только в рамках правоотношения»? Его решение в рамках современной теоретической юриспруденции предполагает существование конвенционально принятого подхода к сущности¹⁹, содержанию и классификации правоотношения, иными словами, связано с вопросом построения юридических конструкций. В то же время решение такого вопроса предопределяет целый ряд практически значимых выводов о средствах обеспечения субъективных прав как разновидности юридических возможностей. Не только для практики, но и для развития положительного права и науки имеет значение заслуживающий самостоятельного, адекватного времени, анализа вопрос о возможности и реальности содержательного совпадения субъективного права и юридической обязанности.

¹ Коршунова И.В. Обязанность как правовая категория: автореф. дис.... канд. юрид. наук. Абакан, 2004. С. 19.

² Хохлова Е.М. Субъективное право и юридическая обязанность в механизме правового регулирования: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2008. С. 23.

³ Рудаков А.А. Права и обязанности как парные категории (вопросы теории): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Красноярск, 2006. С. 8, 11.

⁴ Провальский А.А. Механизм возникновения и реализации гражданско-правовых обязанностей: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 5.

- ⁵ *Бабаков В.А.* Гражданская процессуальная обязанность: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Саратовская гос. академия права. Саратов, 1999. С. 8.
- ⁶ *Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации* / Е.С. Гетман [и др.]; под общ. ред. П.В. Крашенинникова, П.И. Седугина. М.: Норма, Инфра-М, 1997. С. 335.
- ⁷ *Витушко В.А.* Юридические понятия: теоретико-прикладные аспекты / В.А. Витушко // Актуальные проблемы гражданского права: сб. науч. тр. / Междунар. ун-т «МИТСО», Центр частноправовых исследований; научно-ред. совет: Н.Л. Бондаренко [и др.]. Минск, 2013. Вып. 2. С. 53.
- ⁸ *Белов В.А.* Гражданское право: учебник. Общая и Особенная части / В.А. Белов. М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2003. С. 204–207.
- ⁹ *Певзнер А.Г.* Понятие гражданского правоотношения и некоторые вопросы теории субъективных гражданских прав // Ученые записки ВЮЗИ. М., 1958. Вып. 5: Вопросы гражданского права. С. 3–34.
- ¹⁰ *Белов В.А.* Указ. соч. С. 252.
- ¹¹ Там же. С. 391–393.
- ¹² *Белов В.А.* Гражданское право. Общая часть: учебник. М.: Изд-во «Юрайт», 2011. Т. 1: Введение в гражданское право. С. 407–408.
- ¹³ *Белов В.А.* Гражданское право. Общая часть. С. 408.
- ¹⁴ Там же. С. 20.
- ¹⁵ *Генкин Д.М.* Право собственности в СССР. М.: Госюриздат, 1961. С. 38.
- ¹⁶ *Александров Н.Г.* Законность и правоотношения в социалистическом обществе. М.: Госюриздат, 1955. С. 115.
- ¹⁷ *Белов В.А.* Гражданское право. Общая часть. С. 407.
- ¹⁸ *Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики* / А.Б.Бабаев [и др.]; под общ. ред. В.А. Белова. М.: Юрайт-Издат, 2007. С. 258.
- ¹⁹ *Вабищевич С.С.* Категория «гражданское правоотношение»: проблемы генезиса и современного понимания // Актуальные проблемы гражд. права: сб. науч. тр. / Междунар. ун-т «МИТСО», Центр частноправовых исследований; науч.-ред. совет: Н.Л. Бондаренко [и др.]. Минск, 2014. Вып. 3. С. 77–85.

Е.В. Вавилин

Саратовская государственная юридическая академия, г. Саратов

ПРИНЦИП ГАРАНТИРОВАННОГО ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ И ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАННОСТЕЙ

Принципами осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей являются те основоположные руководящие начала, которые всесторонне характеризуют и моделируют процесс достижения правовой цели в ходе реализации прав и исполнения обязанностей.

Необходимость доктринального осмысления данных начал связана, в первую очередь, с их статусом главенствующих императивов. Это начала, структурирующие все последующие этапы, внутренний юридический порядок, определяющие иерархию норм в регулировании отношений и способствующие достижению правовой цели.

К основным началам осуществления прав и исполнения обязанностей мы относим две функциональные группы принципов:

а) целеполагающие: принцип гарантированного осуществления прав и исполнения обязанностей, принцип эффективности, принцип сочетания личных и общественных интересов;

б) принципы-методы: принцип беспрепятственного осуществления гражданских прав, принцип диспозитивности, принцип сохранения прав в случае отказа граждан и юридических лиц от этих прав, принцип недопустимости злоупотребления правом, принцип соразмерности прав и обязанностей и принцип равенства участников отношений.

Первая группа начал указывает на цель правового регулирования осуществления прав и исполнения обязанностей и задачи, которые призван решить механизм правоосуществления. Права и обязанности должны осуществляться гарантированно, эффективно, не нарушая ничьих законных интересов. Такова идейная основа механизма осуществления прав и исполнения обязанностей.

Частично включая в себя указание на цель регулирования, принципы-методы дают указание и на способы действия. Принцип-метод, по нашему мнению, определяет основное направление организации правовой связи субъектов, их деятельности, которое адекватно отрасли права и правовой цели, формирует приемы и способы достижения этой цели.

В основу системы принципов осуществления должна быть положена концепция гарантированного осуществления субъективных гражданских прав и исполнения обязанностей, поэтому наиболь-

шую значимость среди этих начал следует признать за принципом гарантированного осуществления прав и исполнения обязанностей. Возводя принцип гарантированности в ранг основополагающих начал, доктрина способствует формированию такой системы средств и способов организации механизма осуществления, при которой достижение правовой цели становится неизбежным результатом. В связи с этим необходимо осмыслить названный принцип.

Принцип гарантированного осуществления прав и исполнения обязанностей генетически связан с международно-правовым принципом уважения прав человека и его основных свобод. Это начало предопределяет такое построение механизма осуществления, при котором достижение правовой цели становится неизбежным результатом. Указанный принцип дихотомичен. С одной стороны, он зависит от воли субъектов правоотношений (оттого, насколько добросовестно и разумно реализуются права и исполняются обязанности), а с другой – лежит за пределами волеизъявления участников, предопределяя существование и неких правовых, материальных и иных гарантий. По сути названное начало охватывает собой все сферы права: отчасти реализуется как на правотворческом уровне, так и в законодательстве (в некоторых нормах права), в правоприменении. Иными словами, принцип гарантированного осуществления предполагает наличие системы разнородных гарантий.

Объективно гарантии разделяются на внеправовые и правовые. При всей важности правовых гарантий следует отметить значимую роль внеправовых факторов гарантированного осуществления прав и исполнения обязанностей, к которым относятся условия и средства экономического, социально-политического, культурно-просветительского характера. Например, юридические гарантии в виде льгот и социальных выплат не могут реализовываться в случае дефицита бюджетных средств.

Кроме того, эффективность правовых гарантий, режим законности зависят от политического устройства государства, от того, насколько демократично общество, и в какой мере гласность является средством государственного самоконтроля. При этом нельзя упускать из виду существенную роль просветительских факторов. Повышение правовой грамотности и развитие правосознания общества также способствует утверждению юридических гарантий.

К юридическим средствам обеспечения гарантированности следует отнести заложенные в законодательстве основания для того, чтобы право было фактически осуществимо, а обязанность неизбежно исполнялась надлежащим образом. Одним из позитивных примеров является принципиальное признание и предоставление конституционных гарантий реализации основных естественных неотчуждаемых прав и свобод человека (п. 3 ст. 17; ст. 20–29 Конституции РФ). Это наивысший уровень нормативных гарантий прав.

Следующий законодательный уровень гарантий представляет собой ГК РФ. Здесь наиболее существенные гарантии законодатель сформировал в обязательственном праве посредством положения о недопустимости отказа от обязательств в одностороннем порядке (ст. 310 ГК РФ). Кроме того, гл. 23 ГК РФ посвящена обеспечению исполнения обязательств, где заявлены способы обеспечения исполнения обязательств. Чтобы законодатель не просто продекларировал те или иные права и обязанности в нормативных актах, но и сформировал механизм осуществления данных прав и исполнения обязанностей, важно зафиксировать наряду с другими писаными принципами гражданского права принцип гарантированного осуществления прав и исполнения обязанностей, включив его в ст. 1 ГК РФ. Нормативное закрепление этого принципа необходимо для того, чтобы субъекты права обязаны были следовать принципу гарантированного осуществления прав и исполнения обязанностей и неизбежно достигали правовой цели.

Законодательные гарантии заложены также в иных федеральных законах, а также подзаконных актах. Особым видом гарантированности осуществления прав следует признать надлежащее исполнение обязанности. Поскольку исполнение обязанности влечет за собой осуществление корреспондирующего ему права, необходимо законодательно сделать акцент на своевременном и надлежащем ее исполнении.

Отдельные виды гарантий с успехом исследовались многими специалистами, но на данном этапе формирования доктрины гарантированного осуществления прав и исполнения обязанностей очевидна необходимость комплексного решения этой проблемы. Наиболее существенным условием реализации прав и исполнения обязанностей является не реформирование отдельных элементов правовой системы, а создание благоприятной правовой среды. Это комплексное правовое явление, включающее в себя доктринальную основу – принципы осуществления прав и исполнения обязанностей, отдельные правовые институты, заложенный в праве механизм реализации прав и исполнения обязанностей, формы и способы защиты прав, а также организационный уровень – законную деятельность субъектов права, эффективную работу судов, органов правопорядка. Причем первостепенную важность имеет согласованность этих средств.

Таким образом, благоприятная правовая среда – это оптимальное состояние системных правовых связей (совокупности условий и правовых средств), наиболее позитивно воздействующих на осуществление субъективных прав и исполнение обязанностей и стимулирующих гражданский оборот. Поэтому кроме перечисленных факторов существенной основой гарантированности является и адекватное толкование права, от чего напрямую зависит качество работы суда, а также эффективные механизмы защиты субъективных гражданских прав.

Общий вывод. Принципами осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей являются те основоположные руководящие начала, которые всесторонне характеризуют и моделируют процесс достижения правовой цели в ходе реализации прав и исполнения обязанностей.

Комплекс принципов осуществления субъективных гражданских прав и исполнения обязанностей представляет собой внутренне дифференцированную систему, состоящую из двух классификационных групп.

Первую составляют целеполагающие принципы: гарантированного осуществления прав и исполнения обязанностей, принцип эффективности, принцип сочетания личных и общественных интересов.

Во второй группе представлены более частные по своей сути принципы-методы: принцип беспрепятственного осуществления гражданских прав, принцип сочетания прав и обязанностей, принцип диспозитивности, принцип сохранения прав в случае отказа граждан и юридических лиц от этих прав, принцип недопустимости злоупотребления правом и принцип равенства участников отношений.

Принцип гарантированного осуществления должен быть признан главенствующим началом системы принципов осуществления. Он представляет собой требование к изысканию мер, направленных на достижение экономических, юридических, материальных, организационных гарантий осуществления прав и исполнения обязанностей, в том числе и на устранение всевозможных препятствий. Наиболее существенным правовым фактором создания гарантий является формирование благоприятной правовой среды. С этой целью необходимо зафиксировать наряду с другими писаными принципами гражданского права принцип гарантированного осуществления прав и исполнения обязанностей, включив его в ст. 1 ГК РФ.

Е.С. Вайнер

Институт управления ТуСБИ, г. Казань

К ВОПРОСУ О ПОНЯТИИ ЮРИДИЧЕСКИХ ПРЕПЯТСТВИЙ В СЕМЕЙНОМ ПРАВЕ

Категорию юридических препятствий нельзя назвать изученной в теории права. На сегодняшний день существует ряд статей, посвященных данной проблеме, однако фундаментального исследования данной категории не проводилось. А.В. Малько можно назвать одним из основоположников теории юридических препятствий. Ученый предлагает препятствия в юридической сфере определять как факторы, ставящие преграду упорядочению социальных связей и действующие в противоречии с правовыми целями и принципами, а также как естественные и искусственные барьеры, которые мешают удовлетворению правомерных интересов граждан и организаций¹. Таким образом, ученый рассматривает препятствия в праве как нечто отрицательное и далеко не способствующее нормальному развитию событий.

Однако данные определения юридических препятствий являются не единственными.

Так, Я.В. Зайчиков определяет препятствие в сфере правового регулирования как средство правового регулирования, которое направлено на сдерживание противозаконного деяния и создает условия для удовлетворения интересов в охране и защите². Таким образом, ученый исходит из понимания препятствия как некоего необходимого элемента, способствующего реализации субъективных прав граждан. Представляется, что ученый практически приравнивает понятие юридических препятствий к понятию правовых ограничений. Однако представляется необходимым разграничивать понятия «препятствие» и «ограничение», поскольку ограничения, как и стимулы, являются «необходимыми средствами управления», тогда как препятствия – «фактор негативный, действующий в противоречии с управленческим процессом, с его целями и результатами». Правовой стимул определяется А.В. Малько как «правовое побуждение к законопослушному деянию, создающее для удовлетворения собственных интересов субъекта режим благоприятствования». Правовое ограничение же понимается

как «правовое сдерживание противозаконного деяния, создающее условия для удовлетворения интересов контрсубъекта и общественных интересов в охране и защите; это установленные в праве границы, в пределах которых субъекты должны действовать, исключение определенных возможностей в деятельности лиц». Таким образом, понятие правовых стимулов и ограничений не стоит отождествлять с понятием правовых препятствий, так как они имеют совершенно разную природу.

Проанализировав содержание Семейного кодекса Российской Федерации, можно сделать вывод, что понятие «препятствие» и прочие, однокоренные ему, употребляются в данном нормативном правовом акте одиннадцать раз. Из них пять раз оно используется законодателем применительно к вопросу об обстоятельствах, препятствующих заключению брака, пять раз употребляется в статьях, посвященных общению с ребенком и один раз при урегулировании вопроса защиты прав детей. Само же понятие препятствия никак в Семейном кодексе не определено. Однако и единого подхода к понятию препятствий данный законодательный акт не содержит. В ст. 14 СК РФ говорится о препятствиях к заключению брака. Так, не допускается заключение брака между лицами, хотя бы одно из которых уже состоит в зарегистрированном браке; между близкими родственниками; усыновителями и усыновленными; лицами, хотя бы одно из которых признано судом недееспособным вследствие психического расстройства. Анализ данной статьи позволяет сделать вывод, что запрет заключения брака между отдельными лицами направлен на сокращение вероятности рождения неполноценных детей в случае заключения брака между близкими родственниками, на поддержание норм морали и нравственности, которые будут нарушены в случае заключения брака между усыновителями и усыновленными, а также на возможность выявить истинную волю вступающего в брак лица, что будет невозможно при наличии у последнего психического заболевания, а кроме того, может повлечь за собой рождение детей с аналогичными заболеваниями.

Таким образом, можно сделать вывод, что речь в названной статье идет не о препятствиях, а, скорее, об ограничениях, направленных на сохранение физического и нравственного здоровья лиц, вступающих в брак, а также последующих поколений.

В ст. 66 СК РФ говорится о том, что родитель, с которым проживает ребенок, не должен препятствовать общению ребенка с другим родителем, за исключением случая, если такое общение наносит вред ребенку. В данном случае препятствия стоит понимать как барьер к реализации родительского права родителем, проживающим отдельно от ребенка, но тем не менее имеющего равное право на общение с ребенком и его воспитание.

Статья 121 СК РФ говорит о случаях, когда защита прав и интересов детей ложится на представителей органов опеки и попечительства. В частности, это происходит при создании родителями условий, угрожающих жизни или здоровью детей, а также препятствующих их нормальному воспитанию. И вновь термин «препятствие» означает преграду, помеху, барьер на пути к счастливой и здоровой жизни детей.

Соответственно, можно сделать вывод об отсутствии единообразия в понимании и употреблении термина «препятствие» в статьях СК РФ и необходимости прийти к единому пониманию препятствий в праве как негативном факторе, служащем помехой удовлетворению правомерных интересов граждан.

¹ Малько А.В. Основные теории препятствий эффективности правового воздействия // Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов: проблемы теории и практики/ под ред. канд. юрид. наук В.Ю. Панченко, канд. юрид. наук А.А. Петрова. М.: Юрлитинформ, 2015. С.18.

² Зайчиков Я.В. Понятие и общая характеристика юридических препятствий // Вестник Владимирского юридического института Владимирский юридический институт Федеральной службы исполнения наказаний. Владимир. С.161.

Ю.Н. Васева

Уральский государственный юридический университет, г. Екатеринбург

К ВОПРОСУ О ПРЕДСТОЯЩЕМ РЕФОРМИРОВАНИИ НАСЛЕДСТВЕННОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

26 мая 2015 г. в Государственную Думу Российской Федерации П.В. Крашенинниковым был внесен подготовленный им законопроект № 801269-6 «О внесении изменений в части первую, вторую и третью Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные

акты Российской Федерации (в части совершенствования наследственного права)» (далее – законопроект)¹. Указанный законопроект (находящийся на момент подготовки настоящих тезисов на стадии рассмотрения) «...преследует цели расширения возможностей наследодателя в части выражения им завещательных распоряжений, упрощения процедур принятия наследства, а также повышения эффективности принимаемых мер по охране наследственной массы и управлению ей в период до определения круга наследников и принятия ими наследства»².

Предполагается, что указанные цели будут достигнуты посредством введения в российское наследственное законодательство таких институтов-новелл, как совместное завещание супругов и наследственный договор, усовершенствования норм о доверительном управлении наследственным имуществом в части их детализации, а также включения в Основы законодательства Российской Федерации о нотариате новой главы - главы XI.1. «Нотариальные действия при наследовании»³.

Примечательно, что предусмотренные законопроектом изменения, являются далеко не первыми изменениями, внесенными в нормы части 3 Гражданского кодекса и другие российские нормативные акты, так или иначе регулирующие отношения, связанные с наследованием имущества. Фактически же принятие и вступление в силу данных изменений, носящих, по сути, революционный характер, может ознаменовать начало нового этапа в правовом регулировании наследственных отношений в России.

В любом случае судить о роли указанного законопроекта и о значении отдельных предусмотренных в нем нововведений для дальнейшего совершенствования российского наследственного права представляется уместным лишь по прошествии определенного периода времени (не менее 3–5 лет на наш взгляд) и при условии формирования за этот период времени правоприменительной судебной и нотариальной практики. Очевидно, что данная практика – суть точнейшее мерило соответствия действующего законодательства реальным потребностям российского общества в целом и интересам отдельных его членов в частности.

Указанное соответствие, в свою очередь, невозможно без гармонизации правового регулирования прав и обязанностей отдельных участников наследственных правоотношений (в широком смысле этого слова), в т.ч. без усиления правовой защиты такой категории участников, как отказополучатели и выгодоприобретатели по завещательным возложениям.

Думается, что данная категория лиц, в особенности выгодоприобретатели, защищена действующим законодательством значительно слабее наследников, хотя наследодатель явно выразил в завещании свою волю на предоставление данным лицам (отказополучателям и выгодоприобретателям), наряду с назначенными наследниками, имущества и иных выгоду, включив в завещание завещательные отказы и возложения соответственно.

Указанное мнение обуславливает предложение об уточнении некоторых формулировок из вышеупомянутого законопроекта, в части усиления защиты прав и интересов отказополучателей и выгодоприобретателей по завещательным возложениям.

Предлагается, в частности, внести следующие уточнения:

1. Закрепить в предлагаемой в законопроекте редакции п. 4 ст. 1118 ГК РФ (указанный пункт посвящен совместному завещанию супругов) возможность установления в завещании отказов и возложений, которые будут исполняться пережившим супругом за счет наследственной массы. Соответственно, абзац 2 данного пункта предлагается изложить в следующей редакции: «Совместное завещание супругов определяет порядок перехода прав на общее имущество супругов или имущество каждого из них в случае смерти каждого из них, в том числе в случае их смерти в одно и то же время, к пережившему супругу или иным лицам, а также может содержать иные распоряжения супруга или супругов, в частности условие о назначении душеприказчика (душеприказчиков), действующего в случае смерти каждого из супругов, **а также завещательные отказы и возложения, подлежащие исполнению пережившим супругом, за счет наследственного имущества**» (курсив наш. – Ю.В.)

2. Закрепить правило о возможности установления в наследственных договорах, в том числе наследственных договорах супругов, завещательных отказов и возложений, которые будут исполняться пережившим супругом за счет наследственной массы и предоставить право требования исполнения таких договоров не только наследникам, душеприказчикам и нотариусу, но и отказополучателям и выгодоприобретателям по завещательным возложениям, если соответствующие распоряжения будут сделаны в завещании. Соответственно, абзац 1 пункта 1 статьи 1140.1 ГК РФ «Наследственный договор» предлагается изложить в следующей редакции: «Наследодатель вправе заключить с любым из лиц, которые могут призываться к наследованию (статья 1116), договор, условия которого определяют порядок перехода прав на имущество наследодателя после его смерти к указанным лицам или к третьим лицам (наследственный договор). Наследственный договор может также возлагать

на участвующих в таком договоре лиц, которые могут призываться к наследованию, обязанность совершить после смерти наследодателя какие-либо действия имущественного или неимущественного характера в пользу третьих лиц, *не являющихся наследниками по указанному наследственному договору (завещательные отказы) или в общепользовательных целях (завещательные возложения), в т.ч. обязанность по содержанию домашних животных наследодателя, предусмотренную статьей 1139 настоящего Кодекса*» (курсив наш. – Ю.В.).

Изложить п. 2 указанной статьи в следующей редакции: «Требовать исполнения обязанностей, установленных наследственным договором, после смерти наследодателя могут наследники, душеприказчик, пережившие наследодателя стороны наследственного договора, а также нотариус, который ведет наследственное дело, в период исполнения им своих обязанностей по охране и управления наследственным имуществом до выдачи свидетельства о праве наследования, *а также отказополучатели и выгодоприобретатели по установленным таким договорам завещательным отказам и возложениям*» (курсив наш. – Ю.В.).

Изложить п. 3 указанной статьи в следующей редакции: «Наследственный договор, в котором участвуют супруги, а также лица, которые могут призываться к наследованию за каждым из супругов (статья 1116), может определять порядок перехода прав на общее имущество супругов или имущество каждого из них в случае смерти каждого из них, в том числе в случае их смерти в одно и то же время, к пережившему супругу или к иным лицам, а также может содержать иные распоряжения супругов, в частности условие о назначении душеприказчика (душеприказчиков), действующего в случае смерти каждого из супругов, *а также завещательные отказы и возложения, подлежащие исполнению пережившим супругом, за счет наследственного имущества*» (курсив наш. – Ю.В.). В случае заключения такого наследственного договора к супругам применяются правила о наследодателе».

3. Для достижения баланса интересов отказополучателей и наследников также представляются обоснованными уточнения содержания отдельных норм статьи 73.1 главы XI.1. «Нотариальные действия при наследовании» Основ законодательства Российской Федерации о нотариате. Указанная глава, в т.ч. ст. 73.1, предлагается описываемым законопроектом. А именно предлагается:

– Дополнить перечень заявлений для открытия наследственного, содержащийся в статье 73.1 «Ведение наследственного дела», заявлением отказополучателя (отказополучателей) и/или выгодоприобретателей по завещательному возложению об исполнении завещательного отказа или возложения. Соответственно, предлагается включить в пункт 2 указанной статьи подпункт 9 следующего содержания: «9) об исполнении завещательного отказа или возложения в случае подачи такого заявления отказополучателем или выгодоприобретателем по завещательному возложению».

– Расширить перечень лиц, которых нотариус обязан вызывать через СМИ согласно предлагаемой в законопроекте редакции статьи 73.1. Соответственно, пункт 4 статьи 73.1 предлагается изложить в следующей редакции: «По просьбе заинтересованных лиц либо в случаях, когда того требуют интересы наследников *и/или отказополучателей и/или выгодоприобретателей по завещательному возложению*, нотариус обязан дать в средстве массовой информации, в котором подлежат опубликованию сведения о банкротстве, объявление о вызове наследников, *отказополучателей и/или выгодоприобретателей по завещательному возложению* и кредиторов наследодателя. С заявлением о вызове наследников, отказополучателей и/или выгодоприобретателей по завещательному возложению и кредиторов наследодателя может обратиться орган местного по месту смерти лица, не имеющего супруга, законных представителей или близких родственников.

Объявление о вызове наследников, *отказополучателей и/или выгодоприобретателей по завещательному возложению* и кредиторов наследодателя может быть подано нотариусом в случаях, когда наследственное дело открыто им по собственной инициативе (абзац 2 части 2 настоящей статьи) (курсив наш. – Ю.В.).

Резюмируя вышесказанное, хотелось бы подчеркнуть, что надлежащее, адекватное действительности правовое регулирование наследственных отношений невозможно, на наш взгляд, без соблюдения в ходе законодательного процесса одновременно двух условий: без учета прав и интересов всех участников отношений, вытекающих из наследования и имущества, и без детальной проработки – с должно высоким уровнем юридической техники – содержания каждой из норм законопроекта, содержащего революционные новеллы в наследственном законодательстве. Полагаем, что соблюдение указанных условий позволит не только достичь указанной цели, но и избавит от необходимости дальнейшего совершенствования только что введенных в законодательство институтов и будет способствовать скорейшему формированию позитивной практики их применения.

¹ URL: http://www.duma.gov.ru/news/273/1115920/?sphrase_id=1796005 и <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=801269-6&02>

² URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=801269-6&02>

³ См. Проект Федерального закона № 801269-6 «О внесении изменений в части первую, вторую и третью Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации (в части совершенствования наследственного права)». URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=801269-6&02>

Ю.В. Виниченко

Байкальский государственный университет экономики и права, г. Иркутск

ОБ ОТРАСЛЕВОЙ ПРИНАДЛЕЖНОСТИ КАТЕГОРИИ «ГРАЖДАНСКИЙ ОБОРОТ» И «БРЕМЕНИ» ЕЕ КОНЦЕПТУАЛЬНОЙ РАЗРАБОТКИ

Категория «гражданский оборот» в отечественном правоведении является одной из широко используемых и наиболее «популярных». Редкое исследование по крайне узкому с позиций содержания, но так или иначе касающемуся частноправового регулирования вопросу обходится без упоминания гражданского оборота. Данным понятием оперируют и представители иных отраслей юридической науки – земельного, природноресурсного, экологического и аграрного¹, административного², уголовного права и криминологии³.

Между тем в научном сообществе отсутствует единство не только в части определения указанного понятия (зачастую данный вопрос вовсе обходят молчанием), но и относительно вопроса об его научно-отраслевой «принадлежности»⁴. В частности, не является общепризнанной характеристика гражданского оборота как гражданско-правовой (цивилистической) категории. Так, высказана точка зрения, согласно которой гражданский оборот относится к числу макроюридических категорий⁵. Отмечается и то, что понятие гражданского оборота, базирующееся на «частноправовом чисто цивилистическом подходе при определении его юридической сущности» является устаревшим, и понятие «частный оборот» нуждается в замене на «экономический» или «имущественный»⁶. Существует также позиция, в соответствии с которой рассматриваемая категория является экономико-правовой⁷.

Значимость отмеченного аспекта проблемы понимания гражданского оборота усматривается в том, что, являясь вопросом о *предметной области* категории «гражданский оборот», он не только непосредственно связан с содержательным наполнением данной категории (т. е. определением охватываемого ею круга явлений), но и является существенным с позиций распределения «бремени» концептуальной разработки указанного понятия. Так, признание гражданского оборота гражданско-правовой категорией возлагает решение данной задачи исключительно на цивилистов как представителей науки гражданского права. В случае причисления гражданского оборота к макроюридическому категориальному аппарату его научная разработка в виде формирования соответствующей научной концепции становится уже делом, прежде всего, представителей общей теории права. При характеристике рассматриваемой категории как экономической либо экономико-правовой следует признать необходимым привлечение к решению данной проблемы ученых-экономистов.

Не останавливаясь подробно в рамках настоящей работы на обосновании тезиса о категориальном характере понятия «гражданский оборот» (т. е. его характеристике как наиболее глубокого, фундаментального понятия, являющегося пределом обобщения знаний в определенной области⁸), укажем лишь, что, в частности, в цивилистике через призму данного понятия формируются исходные представления об участниках и объектах гражданско-правовых отношений, равно как о предмете и даже целях и задачах гражданско-правового регулирования в целом. Это явствует не только из соответствующих доктринальных и законодательных положений⁹, но и особенно – из актов, содержащих «мотивы» тех или иных законодательных изменений¹⁰, давая основания для оценки гражданского оборота как одной из ключевых цивилистических категорий.

В то же время в учебной цивилистической литературе, являющейся, на наш взгляд, не менее показательным «индикатором» значимости определенной категории, вопрос о понятии и характеристике гражданского оборота, как правило, самостоятельного и четкого освещения не получает¹¹. В подавляющем большинстве случаев отсутствует рассматриваемое понятие и в нередко сопровождающих такие издания алфавитно-предметных указателях, несмотря на то, что в тексте самих работ термин «гражданский оборот» используется достаточно широко¹². В академических учебниках по

российскому гражданскому праву понятие гражданского оборота связывают лишь с отдельными вопросами – о предмете отрасли гражданского права, об оборотоспособности объектов гражданских прав, об обязательственных («динамических») правоотношениях; об этом свидетельствуют разделы, в которых соответствующие положения излагаются¹³, исходя из чего можно заключить, что одной из основных категорий цивилистики гражданский оборот, по-видимому, не признается.

Отсутствие в учебной литературе самостоятельных разделов (параграфов, пунктов), посвященных рассмотрению понятия «гражданский оборот», можно оправдать отсутствием необходимых научно обоснованных специальных теоретических работ, предметом исследования которых данная категория выступает как таковая (без «привязки» к определенной группе объектов, субъектов, юридических фактов и т.п.), в связи с чем вопрос о ее понимании, действительно, нельзя признать решенным и, таким образом, достойным изложения в качестве «азбучной» истины.

Но при этом вновь встает вопрос о том, представителями какой из отраслей научного знания должна быть разработана отсутствующая на настоящий момент современная целостная концепция гражданского оборота.

На первый взгляд, поскольку речь идет о *гражданском* обороте, ответственность за концептуальное обоснование его понимания на себя должны взять цивилисты. Однако помимо того, что подобное словоупотребление, несмотря на свою «традиционность», не является однозначным¹⁴, нельзя не учитывать и то, что понятие «гражданский оборот» широко используется не только в гражданском праве, но и в иных сферах юридической науки и практики¹⁵.

Последнее обстоятельство, полагаем, является достаточным основанием для вывода о том, что категория «гражданский оборот», будучи, бесспорно, правовой¹⁶, не является исключительно цивилистической. Но в таком случае она подлежит осмыслению не только с гражданско-правовых, но и с общетеоретических позиций.

Однако, не умаляя общего значения теории права как науки¹⁷, позволим себе утверждать, что теоретики права обратят внимание на данную проблему и приступят к ее «разрешению» не ранее, чем появится соответствующая отраслевая (в силу отмеченных семантических причин – гражданско-правовая) научная концепция гражданского оборота. Так было и с классификацией юридических фактов¹⁸, и с категорией «правоотношение»¹⁹, и с являвшейся в свое время предметом нашего научного интереса категорией «разумность»²⁰. Впрочем, цивилистическая наука должна уже привыкнуть к роли «донора» и к той негласно возложенной на нее миссии общего двигателя правовой мысли, которая генетически досталась ей от «живого»²¹ древнеримского частного права.

¹ См., например: Романова В.В. Правовое регулирование оборота земельных участков: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

² См., например: Алексей П.В., Васин В.Н. Администрирование гражданского оборота // Вестник Московского университета МВД России. М.: Изд-во Моск. ун-та МВД России, 2008. № 6. С. 88–90.

³ См., например: Дранников А.В. Уголовная ответственность за контрабанду предметов, ограниченных в гражданском обороте: дис. ... канд. юрид. наук. Ростовн/Д, 2000; Ласточкина М.С. Уголовно-правовая защита средств индивидуализации участников гражданского оборота и производимой ими продукции: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010; Пантюхин А.В. Уголовно-правовые и криминологические меры борьбы с контрабандой товаров, не ограниченных в гражданском обороте: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

⁴ Полагаем, тот факт, что рассматриваемая категория является именно *научной*, то есть сформированной в результате научного (а не обыденного познания окружающей действительности), в дополнительном обосновании не нуждается.

⁵ См.: Белов В.А. Гражданское право. Общая часть Т. II. Лица, блага, факты: учебник. М.: Юрайт, 2011. С. 282. Как отмечает ученый, «одного уровня с ним – понятия о праве в объективном смысле, о субъектах и объектах прав, о порядке, правосознании и т. д.» (Там же). Близкой представляется позиция Е.А. Беляневич, указывающей на необходимость разработки юридической наукой *межотраслевой теории* (курсив наш. – Ю.В.) обеспечения гражданского оборота (см.: Беляневич Е.А. Стабильность гражданского оборота: вопросы теории // Гражданское право. Алматы: Паритет, 2014. С. 109 [Электронный ресурс]. URL: <http://pravo.zakon.kz/4658720-stabilnost-grazhdanskogo-oborota.html>).

⁶ См.: Мозолин В.П. О макро- и микроправовом регулировании комплексных имущественных отношений в сфере экономики // Новое в гражданском законодательстве: баланс частных и публичных интересов: материалы для VII Ежегодных научных чтений памяти профессора С.Н. Братуся / отв. ред. Н.Г. Доронина. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; ИД Юриспруденция, 2012. С. 23.

⁷ Петрушкин В.А. Системный анализ гражданско-правовой модели оборота недвижимости: проблемы теории и практики: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2014. С. 9.

⁸ См.: Васильев А.М. Правовые категории: Методологические аспекты разработки систем категорий теории права. М.: Юрид. лит., 1976. С. 87.

⁹ А именно, в ГК РФ термин «гражданский оборот» использован законодателем в таких общих нормах, которые легально закрепляют и регламентируют: отношения, регулируемые гражданским законодательством (п. 1 ст. 2); правоспособность юридического лица как одного из видов субъектов гражданских правоотношений (п. 4 ст. 49); способы охраны и защиты отдельных объектов и субъективных гражданских прав (п. 2 ст. 15, п. 4 ст. 152, п. 2 ст. 152.1, п. 4 ст. 152.2). Еще более примечательными являются положения ст. 1 ГК Азербайджана и ст. 9 ГК Грузии (см., соотв.: Гражданский кодекс Азербайджанской Республики [Электронный ресурс]: утв. Законом Азербайджанской Республики от 28 дек. 1999 г. № 779-IQ (с изм. и доп. по сост. на 24 февр. 2015 г.) // ИС «Параграф». URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30420111; Гражданский кодекс Грузии: по сост. на 1 марта 2010 г.: текст переведен, отредактирован отделом переводов Парламента Грузии. Тбилиси: Раиз), гласящие о цели Гражданского кодекса, гражданских законов, которая, в свою очередь, сформулирована как «обеспечение свободы гражданского оборота».

¹⁰ В частности, из Концепции развития гражданского законодательства РФ (см.: п. 9 разд. I, п. 4.1.1, п. 5.2.1 разд. II, п. 2.4.1 подр. 2.4 разд. VI) и Пояснительной записки 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» (см., например, пояснения к правилам ст. ст. 157.1, 173.1, п. 2 ст. 181.3, гл. 10 ГК РФ), в которых детерминантом определенных законодательных новелл выступают именно интересы (или потребности) гражданского оборота либо цели обеспечения его защищенности и/или стабильности.

¹¹ Исключение в данном отношении составляет уже отмеченный учебник В.А. Белова – единственное на настоящий момент отечественное учебное издание по гражданскому праву, в котором понятию гражданского оборота посвящен отдельный раздел (Белов В. А. Указ. соч. § 6 гл. 13; см. также п. 405 данного издания).

¹² См., например: *Гражданское право: учебник в 3 т. Т. 1* / под общ. ред. С.А. Степанова. М.: Проспект; Екатеринбург: Институт частного права, 2010; *Гражданское право: учебник в 3 т. Т. 1* / В.В. Байбак, Н.Д. Егоров, И.В. Елисеев [и др.]; под ред. Ю.К. Толстого. М.: Проспект, 2013; *Российское гражданское право: учебник в 2 т. Т. 1. Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права* / отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2011; *Российское гражданское право: учебник в 2 т. Т. 2. Обязательственное право* / отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2011 (заметим, что ранее термин «гражданский оборот» в алфавитно-предметном указателе данного учебника присутствовал (см., в частности: *Гражданское право: учебник в 2 т. Т. 1* / отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Бек, 2002. С. 754)).

¹³ См., например: *Российское гражданское право. Т. 1* / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2011. С. 64–68, § 1, 2 гл. 7; *Российское гражданское право. Т. 2* / отв. ред. Е. А. Суханов. М., 2011. § 1 гл. 29.

¹⁴ Так, в качестве тождественных гражданскому обороту в науке рассматриваются понятия и имущественного, и хозяйственного, и экономического, и просто оборота (см., например, соотв.: *Гражданское право. Т. 1* / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2002. С. 48; *Беляневич Е.А.* Указ. соч. С. 109; *Мозолин В.П.* Указ. соч. С. 23; *Петрушкин В.А.* Указ. соч. С. 28).

¹⁵ В обоснование данного тезиса к указанным выше теоретическим работам можно добавить целый ряд примеров из судебной практики, в частности: решения по делам об административных правонарушениях: АС Курганской области от 30 апр. 2015 г. по делу № А34-1163/2015, Красногорского районного суда г. Каменска-Уральского Свердловской области от 25 мая 2015 г. по делу № 12-81/2015, постановление Благодарненского районного суда Ставропольского края от 28 мая 2015 г. по делу № 5-121/2015; приговоры по уголовным делам: Красноармейского районного суда г. Волгограда по делу № 1-634/10, Волжского городского суда Волгоградской области от 27 мая 2011 г. по делу № 1-487/11, Люберецкого городского суда Московской области по делу № 1-499/12 (См.: *Банк решений арбитражных судов*. URL: <http://ras.arbitr.ru>; *Судебные решения РФ: единая база данных решений судов общей юрисдикции Российской Федерации*. URL: http://market-mg.narod.ru/sud_sudebnyye_resheniya.htm).

¹⁶ Как значимой только в рамках юридической науки: так, в частности, экономисты не только не считают необходимым подчеркивать всякий раз, что они имеют в виду экономический оборот (которому российские правоведы традиционно противопоставляют оборот гражданский), но и вообще далеко не всегда употребляют и такое (родовое) понятие, как «оборот», яркой иллюстрацией чего является отсутствие в экономических словарях отдельной статьи, посвященной раскрытию содержания данного понятия и соответствующего ему термина (см., например: *Большая экономическая энциклопедия*. М.: Эксмо, 2007. С. 423; *Большой экономический словарь* / под ред. А.Н. Азрилияна. М.: Фонд «Правовая культура», 1994. С. 262; *Румянцева Е.Е.* Новая экономическая энциклопедия. М.: Инфра-М, 2013. С. 463). Гораздо чаще в экономической теории используются понятия «товарооборот», «обращение», «обмен». При таких обстоятельствах основанием для отнесения гражданского оборота к числу экономико-правовых понятий может служить, пожалуй, лишь сложившаяся в отечественной цивилистике советского периода и воспринятая современной доктриной трактовка гражданского оборота как правовой формы экономического оборота. Однако, следуя такой логике, придется признать, что любое используемое в юриспруденции и позитивном праве понятие одновременно является и социологическим, поскольку связано с правовым воздействием на социум (действия субъектов в рамках тех или иных общественных отношений). С позиций доктрины подобное понимание ведет к размыванию границ отдельных отраслей науки, в связи с чем его обоснованность представляется сомнительной.

¹⁷ Хотя, увы, роль общей теории права сегодня во многом по-прежнему сводится к функции простого «трансформатора», состоящей в том, что «правовые понятия, первоначально разработанные в одной из специальных юридических наук и трансформировавшиеся благодаря своей общенаучной значимости в категории теории права, распространяются и на другие правовые науки, включаются как особый вариант общей правовой категории в их понятийный аппарат» (см.: *Васильев А.М.* Указ. соч. С. 96).

¹⁸ Ныне общепризнанной в теории права и в иных отраслях, а изначально (в 1950 г.), предложенной и обоснованной О.А. Красавчиковым (см.: *Красавчиков О.А.* Теория юридических фактов в советском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1950).

¹⁹ См. об этом: *Васильев А.М.* Указ. соч. С. 96.

²⁰ См.: *Рогачев Д.Н.* Разумность как общеправовая категория (проблемы теории, техники, практики): дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2010. Данной общетеоретической работе предшествовали: *Виниченко Ю.В.* Разумность в гражданском праве России: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Иркутск, 2003; *Волосатова Л.В.* Принцип разумности в реализации субъективных гражданских прав: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005; *Борисова Л.В.* Принцип разумности в российском гражданском процессе: учеб. пособие. М.: Юнити-Дана, 2008 и др.

²¹ По замечанию И.А. Покровского (см.: *Покровский И.А.* Право и факт в римском праве. Киев: Типогр. Император. ун-та Св. Владимира Н.Т. Корчак-Новицкого, 1898. С. 130).

А.А. Волос

Саратовская государственная юридическая академия, г. Саратов

ПРИНЦИП ЭКОНОМИЧНОСТИ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

Изучение отдельных принципов гражданского права как с научной, так и с практической точек зрения вызывает особый интерес. Большим заблуждением было бы мнение о том, что принципы в полной мере изучены цивилистикой. Так, к актуальным проблемам современной «принципологии» следует отнести вопрос о существовании и правовой природе принципа экономичности.

Норма-принцип экономичности существовала в советский период развития цивилистики: ч. 2 ст. 168 ГК РСФСР 1964 г. было установлено, что каждая из сторон должна была исполнять свои обязанности наиболее экономичным для социалистического народного хозяйства образом.

На сегодняшний день интересующее нас явление прямо в законе не зафиксировано, однако находит свое отражение применительно к отдельным видам обязательств (см., например, п. 1 ст. 713 ГК РФ). Однако вряд ли принцип экономичности применим исключительно к договору подряда и ему подобным соглашениям. Напротив, представляется, что требование экономичности является фундаментальным правилом института исполнения обязательств и должно распространяться на все обязательственное право. Другое дело, что назначение принципа экономичности в современных условиях изменилось. Если по правилам ГК РСФСР во главу угла ставились интересы народного хозяйства, то на сегодня, как утверждает С.В. Сарбаш, неэкономичное исполнение должником своей обязанности не должно отражаться на интересе кредитора и на его правах¹.

Следует учитывать тесную связь принципа экономичности с категорией «добросовестность». Во-первых, данные явления соотносятся как часть и общее. Во-вторых, закрепление принципа добросовестности в ст. 1 ГК РФ дает формальное основание для применения начала экономичности в правоприменительной деятельности. В этом плане показателен зарубежный опыт. Так, например, итальянские ученые утверждают, что общее положение добросовестности требует, чтобы стороны вели себя лояльно по отношению друг к другу, защищали интересы контрагента².

В связи с изложенным возникает проблема: есть ли смысл выделения самостоятельного принципа экономичности, если он всего лишь частное проявление отраслевого принципа добросовестности. Отдельные ученые-правоведы отрицательно отвечают на данный вопрос. Например, А.Д. Корецкий предлагает рассматривать категорию экономичности не как самостоятельный принцип, а как конкретное проявление в обязательственном праве принципов разумности и добросовестности³. Схожее мнение у О.А. Кузнецовой, которая считает, что «принцип товарищеского сотрудничества в действующем гражданском законодательстве целесообразно заменить требованиями добросовестности, разумности и справедливости исполнения гражданско-правовых обязанностей»⁴. С одной стороны, приведенные замечания имеют право на существование и в полной мере соответствуют действующему ГК РФ, который отказался от закрепления принципа экономичности. Однако, с другой стороны, без выделения самостоятельного принципа экономичности останется непонятно, в чем конкретно

выражен применительно к обязательственному праву принцип добросовестности. Категория экономичности наполняет принцип добросовестности применительно к обязательственному праву более конкретным содержанием, указывает конкретные ориентиры для контрагентов по договору.

Современная судебная практика действительно обязует стороны исполнять свои обязанности наиболее экономичным способом. Так, суды указывали на необходимость использования наиболее экономичного способа отгрузки (Постановление двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 22 октября 2014 г. № 12АП-9450/14 по делу № А12-18458/2014). По другому делу был сделан следующий вывод: «передвижение по городу Москве до аэропорта на такси не может считаться наиболее экономичным способом передвижения с учетом того, что имеется более дешевый вид транспорта – аэроэкспресс» (Постановление пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 24 июля 2014 г. № 15АП-8496/14 по делу № А53-21016/2012).

Полагаем, что в процессе правоприменения должна быть более подробно раскрыта сущность категории «экономичность исполнения». К ее критериям мы предлагаем относить исполнение обязательства с наименьшими материальными, временными, организационными затратами, недопущение волокиты, необязательных согласований при оформлении документов и т.п.

Более того, мы склонны считать, что принцип экономичности следует использовать не только в правоприменительной, но и в правотворческой деятельности. Правовые акты, регулирующие обязательственные отношения, должны создавать такой правовой механизм, который обеспечивал бы наиболее разумный, эффективный и быстрый способ исполнения. К сожалению, принцип экономичности не всегда в полной мере находит свое отражение в законодательстве. Нередко, особенно когда исполнение обязанности лежит на государстве, монополистической организации, правовые акты предусматривают сложный порядок реализации прав.

Вышесказанное подтверждает актуальность дальнейших исследований принципа экономичности исполнения обязательств.

¹ См.: *Сарбаш С.В.* Исполнение договорного обязательства. М., 2005. С. 113.

² См.: *Principles of European contract law and Italian law* / edited by Luisa Antonioli, Anna Veneziano. The Hague, 2005. P. 59.

³ См.: *Корецкий А.Д.* Принципы договорного регулирования гражданско-правовых отношений // Российская юстиция. 2007. № 11. С. 48.

⁴ *Кузнецова О.А.* Нормы-принципы российского гражданского права. М., 2006. С. 241–242.

Е.В. Гаврилов

Законодательное собрание Красноярского края, г. Красноярск

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВАЯ ЗАЩИТА ЧЕСТИ, ДОСТОИНСТВА И ДЕЛОВОЙ РЕПУТАЦИИ ОТ НЕПОРОЧНОЙ ЛЖИ

С 1 октября 2013 г. действует новая редакция ст. 152 ГК РФ (о защите чести, достоинства и деловой репутации). Одной из новелл этой редакции является закрепление нормы, предусматривающей защиту от непорочной лжи (защита от «красивой» или «нейтральной» лжи).

В соответствии с п. 10 ст. 152 ГК РФ правила п.п. 1–9 ст. 152 ГК РФ, за исключением положений о компенсации морального вреда, могут быть применены судом также к случаям распространения любых не соответствующих действительности сведений о гражданине, если такой гражданин докажет несоответствие указанных сведений действительности. Срок исковой давности по требованиям, предъявляемым в связи с распространением указанных сведений в средствах массовой информации, составляет один год со дня опубликования таких сведений в соответствующих средствах массовой информации. В силу п. 11 ст. 152 ГК РФ эти правила применяются и к защите деловой репутации юридического лица, а значит и к защите деловой репутации Российской Федерации, субъектов РФ, муниципальных образований¹ (п. 2 ст. 124 ГК РФ) (далее – юридические лица).

Таким образом, в отличие от ранее действующей редакции ст. 152 ГК РФ, признак порочности распространенных не соответствующих действительности сведений не является обязательным условием для применения ст. 152 ГК РФ. **Честь, достоинство и деловая репутация отныне защищены ГК РФ и от непорочной лжи.**

Под не порочащими сведениями мы понимаем такие, которые не содержат утверждений о нарушении гражданином или юридическим лицом действующего законодательства, совершении не-

честного поступка, неправильном, неэтичном поведении в личной, общественной или политической жизни, недобросовестности при осуществлении производственно-хозяйственной и предпринимательской деятельности, нарушении деловой этики или обычаев делового оборота, которые умаляют честь и достоинство гражданина или деловую репутацию гражданина либо юридического лица. Таким образом, не порочащие сведения, в отличие от порочащих, не являются информацией о нарушении лицом действующего законодательства или норм морали. Однако даже такие сведения могут нанести вред. Например, ложная информация о том, что предприниматель входит в десятку самых богатых людей России, вовсе его не порочит, но может вызвать зависть со стороны партнеров и повышенное внимание проверяющих органов. Или, например, не соответствующее действительности сообщение о выигрыше крупной суммы денег в лотерею может вызвать раздор в семье, когда жена с упреком начнет спрашивать мужа, почему она ничего не знала о выигрыше и куда делись выигранные деньги.

Обращаем внимание, что гражданско-правовая защита чести, достоинства и деловой репутации от непорочной лжи имеет отличия от защиты от распространения несоответствующих действительности порочащих сведений (п.п. 1–9 ст. 152 ГК РФ) (далее – диффамация).

Во-первых, защита от непорочной лжи, предусмотренная п. 10 ст. 152 ГК РФ, в отличие от диффамации, возможна только в судебном порядке.

Во-вторых, при защите от непорочной лжи истец доказывает несоответствие указанных сведений действительности. При диффамации истец не обязан доказывать ложность порочащих сведений. Ответчик обязан доказать, что распространенные им сведения соответствуют действительности (п. 9 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.02.2005 № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц»). Если он этого не докажет – предполагается, что распространенные сведения являются ложными. Иными словами, при защите от непорочной лжи у истца возникает дополнительная обязанность доказать признак ложности. Если он этого сделать не сможет – в иске откажут. Заметим, у ответчика в этом случае нет обязанности доказывать соответствие действительности распространенных сведений. По этому поводу А.М. Эрделевский отмечает: «...в этом случае бремя доказывания несоответствия таких сведений действительности возлагается на потерпевшего, то есть действует презумпция соответствия таких сведений действительности (в отличие от распространения порочащих сведений, которые предполагаются не соответствующими действительности, если распространитель таких сведений не докажет обратное)»².

В-третьих, для защиты от непорочной лжи установлен срок исковой давности при распространении не соответствующих действительности сведений в СМИ – 1 год со дня опубликования таких сведений в соответствующих СМИ. В остальных случаях исковая давность на дела о защите чести, достоинства или деловой репутации не распространяется. Обращаем внимание, что иногда в научной литературе делается ошибочный вывод, что отныне абсолютно все положения ст. 152 ГК РФ ограничены сроком исковой давности в один год³.

В-четвертых, при защите от непорочной лжи, в отличие от диффамации, истец не вправе требовать компенсацию морального вреда. Он может воспользоваться иными способами защиты (например, опровержением, опубликованием ответа, удалением информации, в том числе в сети Интернет, пресечением или запрещением дальнейшего распространения сведений, возмещением убытков). Запрет компенсации морального вреда при защите от непорочной лжи нами не поддерживается по следующим причинам.

1) Если исходить из того, что «компенсация морального вреда... не может быть применена в данном случае, поскольку является мерой гражданско-правовой ответственности»⁴ (аргумент Л.Ю. Михеевой), то можно возразить: все правоотношения, вытекающие из ст. 152 ГК РФ, являются охранительными, поэтому в любом случае предполагают применение гражданско-правовой ответственности;

2) п. 10 ст. 152 ГК РФ не исключает применения такой меры ответственности, как возмещение убытков, что еще раз доказывает необоснованность исключения компенсации морального вреда по основанию отнесения ее к мерам гражданско-правовой ответственности.

Учитывая различие компенсации морального вреда гражданам и компенсации нематериального (репутационного) вреда юридическим лицам⁵, последние имеют право в случаях защиты от «нейтральной» или «красивой» лжи, приведшей к умалению их деловой репутации, предъявлять требования о репутационной компенсации, ибо применение последней при защите от непорочной лжи, равно как и при защите от диффамации, не запрещено законом.

Обращаем внимание, что честь, достоинство и деловая репутация подлежат гражданско-правовой защите (по п. 10 ст. 152 ГК РФ) лишь от такой непорочной лжи, которая не представляет

собой выражение субъективного мнения и взглядов ответчика. Иными словами, если распространенные сведения не могут быть проверены на предмет соответствия их действительности, защита от непорочной лжи, равно как и от диффамации, невозможна.

Также следует отметить, что правила п. 10 ст. 152 ГК РФ о защите от непорочной лжи применяются лишь к правоотношениям, возникшим после вступления указанной нормы в силу (с 1 октября 2013 г.). Иначе говоря, если сведения были распространены до указанной даты, в защите от непорочной лжи (п. 10 ст. 152 ГК РФ) будет отказано (см. постановление ФАС Уральского округа от 18.06.2014 № Ф09-2852/14 по делу № А76-20129/2013, апелляционные определения Московского городского суда от 28.03.2014 по делу № 33-10143, от 10.10.2014 по делу № 33-34295/2014).

¹ О праве на деловую репутацию публично-правовых образований, органов публичной власти подробнее см.: *Кирпичев А.Е.* Право на деловую репутацию государственных и муниципальных образований, органов государственной власти и местного самоуправления // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2013. № 2 (20). С. 120–126.

² *Эрделевский А.М.* Об изменениях в способах защиты личных неимущественных благ // СПС «Консультант-Плюс», 2013.

³ *Белов В.А.* Что изменилось в Гражданском кодексе?: практич. пособие. М.: Изд-во Юрайт, 2015. С. 38.

⁴ *Гражданский кодекс Российской Федерации. Ценные бумаги. Защита чести, достоинства и деловой репутации. Охрана частной жизни. Постатейный комментарий к главам 6–8 / В.В. Андропов, Б.М. Гонгало, П.В. Крашенинников и др.; под ред. П.В. Крашенинникова.* М.: Статут, 2014 (автор комментария – *Л.Ю. Михеева*).

⁵ Об этом подробнее см.: *Гаврилов Е.В.* Компенсация нематериального (репутационного) вреда юридическим лицам и новая редакция ст. 152 ГК РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 3. С. 79–90.

М.А. Геворгян

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПОНЯТИЕ СПОСОБА ЗАЩИТЫ В СЕМЕЙНОМ ПРАВЕ

Защита семейных прав и охраняемых законом интересов осуществляется посредством соответствующих способов, однако действующим законодательством определение понятия «способ защиты» не выработано. Отметим, что в некоторых кодексах содержатся нормы, перечисляющие способы защиты. Так, в ст. 12 Гражданского кодекса РФ, в ст. 11 Жилищного кодекса РФ закреплены перечни способов защиты субъективных прав, к которым может обратиться лицо для защиты нарушенного права.

В Кодексе о браке и семье РСФСР (утв. ВС РСФСР 30.07.1969 в ред. от 07.03.1995, с изм. от 29.12.1995), защита была урегулирована на уровне отдельных статей, однако в действующем Семейном кодексе РФ ей отведена самостоятельная глава. С одной стороны, указанное позволяет сделать вывод о том, что институт защиты в семейном законодательстве получает дальнейшее развитие, приобретает реальные черты самостоятельной совокупности норм, с другой стороны, гл. 2 СК РФ, состоящая лишь из двух статей, не может не подвергаться критике.

Термин «способ» упоминается в Семейном кодексе РФ неоднократно, применительно: к защите семейных прав (ст. 8 СК РФ); к участию супругов в доходах друг друга (ст. 42 СК РФ); к воспитанию детей (ст.ст. 65, 148.1 СК РФ); к уплате алиментов (ст.ст. 104, 118 СК РФ). Исследуемому понятию посвящен п. 2 ст. 8 Семейного кодекса РФ, указывающий, что способы «Защита семейных прав осуществляется способами, предусмотренными соответствующими статьями настоящего Кодекса».

В связи с отсутствием правового регулирования рассматриваемого вопроса, в правовой литературе единый подход к определению понятия «способ защиты» также не выработан. Анализ определенных, предлагаемых авторами, позволяет констатировать, что зачастую определение одного понятия происходит через другие, близкие по значению.

Ряд авторов (Л.М. Пчелинцева, С.С. Алексеев, Е.А. Суханов, А.С. Мордовец, М.С. Кораблева) определяют понятие способ защиты как «меру защиты», «меру ответственности», «меру реакции управомоченных лиц», «конкретную правоохранительную меру, посредством которой устраняется нарушение права»¹, как «меру принудительного характера, посредством которой производится восстановление (признание) нарушенных (оспариваемых) прав и воздействие на правонарушителя»².

Тем самым по отношению к нарушителю права, ученые указывают на принудительный характер мер, посредством которых производится восстановление нарушенных прав и определенное воз-

действие на правонарушителя. При этом, ученые-юристы вкладывают разный смысл в понятие «мера защиты права», понимая под ней и «принудительную деятельность» государственных органов, и «правоохранительные средства», которые применяются к нарушителю права.

Другие авторы (В.В. Витрянский, О.Л. Серегина, И.Б. Живихина, В.В. Болгова) определяют способ защиты через понятие «правовое средство» с помощью которого могут быть достигнуты: пресечение, предотвращение, устранение нарушения права, его восстановление и (или) компенсация потерь, вызванных нарушением права³.

Думается, что понятия «способ защиты» и «средство защиты» в юридической науке не являются тождественными по своему правовому содержанию. Более того, в литературе под средствами защиты понимается весь механизм защиты прав, включая процесс защиты (иски, жалобы, заявления, ходатайства, действия/бездействия, меры воздействия) и результат защиты (восстановление нарушенного права). Поэтому «способ защиты» можно рассматривать одним из элементов «средств защиты».

Кроме указанных подходов в правовой литературе способы защиты семейных прав определяются через понятие «санкция» (М.В. Антокольская). Указанное мотивируется тем, что способы защиты семейных прав содержатся в санкциях правовых норм. При этом термин «санкция» рассматривается в значении меры государственного принуждения, применяемой за правонарушение⁴.

Некоторые ученые (О.О. Юрченко, В.Н. Гудым, Д.А. Муратова) рассматривают способ защиты субъективных семейных прав через действия субъектов или систему действий, применяемых при исполнении какой-либо работы, при осуществлении или для достижения чего-либо⁵. Также авторами (Ю.Н. Андреев) способ защиты трактуется как образец возможного будущего поведения (действия) обладателя субъективного права.

Думается, что такой подход не в полной мере отражает сущность способов субъективной защиты, и допускает ограничение понимания их правовой природы. отождествление способа защиты и действий управомоченного лица (или образца будущих действий), фактически сводит понимание способа к формам защиты, предусмотренным в ст. 8 Семейного кодекса РФ.

Ряд ученых-юристов (например, Б.Т. Худояров) указывает на правовые и организационные способы защиты прав и законных интересов участников семейных отношений: такие как существование законов, развитая судебная система, законодательные органы и исполнительная власть⁶.

Следовательно, совокупный анализ норм законодательства, судебной практики и юридической литературы, приводит нас к выводу об отсутствии единообразия в терминологии, единого понятийного аппарата. Думается, что указанное вызвано тем, что способ защиты семейных прав это категория, включающая в себя несколько аспектов.

1. Законодательный аспект. В тексте нормативных актов, способ защиты представляет собой установленную законодателем меру, которую управомоченное лицо может использовать в целях устранения препятствий в осуществлении права, предотвращения угрозы его нарушения и/или восстановления нарушенного права.

2. Правоприменительный аспект. Способ защиты представляет собой конкретное требование, заявляемое управомоченным лицом, которое сформулировано как предмет требования, направленный на осуществление права, предотвращения угрозы его нарушения и/или восстановление нарушенного права. Например, конкретное требование, которое сформулировано истцом и являющееся предметом судебного разбирательства.

Таким образом, можно сделать вывод об отсутствии единства в определении понятия «способ защиты семейных прав» и о необходимости законодательного закрепления базовых понятий, одним из которых является способ защиты.

¹ *Российское гражданское право: в 2 т. Т.1.: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2010. С. 419.*

² *Пчелинцева Л.М. Семейное право России: учебник для вузов. М., 2014. С. 78.*

³ *Витрянский В.В. Проблемы судебной-арбитражной защиты гражданских прав участников имущественного оборота: автореф. дисс... д-ра юрид. наук. М., 1996. С. 14.*

⁴ *Антокольская М.В. Семейное право: учебник. 3-е изд., перераб. и доп. М.: НОРМА. ИНФРА-М. 2011. С. 77.*

⁵ *Юрченко О.О. Право на защиту и способы защиты охраняемого законом интереса в гражданском праве: дисс. ... канд. юрид. наук. Тверь, 2004. С. 42.*

⁶ *Худояров Б.Т. О некоторых вопросах применения норм материального и процессуального права в семейно-правовых отношениях // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2014. Вып. 1(23). С. 164–172.*

МЕДИАЦИЯ В НОТАРИАЛЬНОЙ ПРАКТИКЕ

Перспективность направления по внедрению медиативных техник и наработок очевидна и обусловлена активной позицией современного человека во всех жизненных сферах, особенно предпринимательства и бизнеса. Чем больше происходит экономических процессов, тем востребованней специалисты, уравнивающие и регулирующие разногласия (при конфликте интересов) участников процесса. На сегодняшний день нотариат внедряется в сферы бизнеса и экономическую жизнь, как неотъемлемая часть процесса становления надежного бизнеса, выступает гарантом справедливости, «разрешителем» споров, переговорщиком, снимая эту задачу с судебных органов. Полагаю, что именно такую задачу ставит Проект Федерального закона «О нотариате и нотариальной деятельности в Российской Федерации», разработанный Министерством юстиции Российской Федерации и Федеральной нотариальной палатой.

Существует мнение, что закрепление на законодательном уровне (легализация) медиации, ее направления, принятием Федерального закона № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» от 27.07.2010 года, позволит нотариусам в полной мере использовать технологии медиации в нотариальной практике. Тогда как сама суть деятельности нотариуса во все времена и в обеих системах нотариата (латинского и англо-саксонского типа) всегда была основана на переговорах, защите более слабой стороны и разработке единого документа, удовлетворяющего потребности обратившихся.

Предлагаемый сегодня инструментарий немного преобразился, изменения в законодательстве, уже вступившие силу и ожидаемые, направлены на предотвращение конфликтных ситуаций и большую защиту участников гражданского оборота, а также активное участие нотариуса во всех процессах гражданских правоотношений. Сегодня нотариусы получили возможность включать в удостоверяемые соглашения медиативные оговорки, а также могут удостоверять соглашения сторон, достигнутые ими в процессе медиации.

Такая практика существует за рубежом многие годы и успешно перенята российскими законодателями. Верность избранного направления внедрения новых технологий (инструментария) поддерживается и прорабатывается учеными юристами, а также на обучающих курсах, проводимых в центрах подготовки медиаторов, давая жизнь частной медиации.

Неослабевающий интерес к данному направлению деятельности свидетельствует о широком круге применения, неограниченных, в том числе законодательно, возможностях использования медиативных техник на практике, причем не только для снятия нагрузки с судов, а, в первую очередь, для урегулирования разногласий сторон гражданского оборота, развитие интегрированной медиации.

Несмотря на острую необходимость законодательного закрепления статуса нотариального медиативного соглашения, придание силы исполнительного листа, до сегодняшнего дня это не сделано. Такой документ должен исполняться сторонами добровольно, предполагается принцип добросовестности сторон, а понуждение к его исполнению возможно только в судебном порядке. Получается, что конечная цель самой процедуры медиации не будет достигнута.

Процесс трансформации гражданского законодательства еще не завершен, есть много наработок по процедуре медиации, которые, есть надежды, будут учтены и включены в проекты законов, принятых к рассмотрению государственной думой.

Список литературы

1. *Федеральный закон № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» от 27.07.2010 г.;*
2. *Основы законодательства Российской Федерации о нотариате, утв. ВС РФ 11.02.1993 г. № 4462-1;*
3. *Проект Федерального закона «О нотариате и нотариальной деятельности в Российской Федерации», разработанный Министерством юстиции Российской Федерации и Федеральной нотариальной палатой.*
4. *Медиация в нотариальной практике (Альтернативные способы разрешения конфликтов) / отв. ред. проф., д-р Катарина Грефин фон Шлиффен и нотариус, д-р Бернд Вегманн; пер. с нем. М.: Волтерс Клувер, 2005. – 358 с.*

5. *Калашикова С.И.* Медиация в сфере гражданской юрисдикции. М.: Инфотропик Медиа, 2011. 304 с.
6. *Техника* ведения переговоров нотариусами: практическое пособие / отв. ред. Роберт Вальц; пер. с нем. С.С. Трушников [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://for-expert.ru/notary-peregovory/55.shtml>
7. *Загайнова С.К., Тарасов Н.Н.* Медиация в нотариальной деятельности. Основные модели и особенности их реализации // Персональный сайт Медиатор [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://mosmediator.narod.ru/index/0-1238>
8. *Мокрушина О.В.* Применение процедур медиации в нотариальной практике // Материалы научно-практической конференции «Медиация как культура согласия и ресурс развития регионов России» 27–28 марта 2012 года
9. *Псарева Э.С.* Медиация в нотариальной деятельности // сайт Орловской областной нотариальной палаты [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.oonp.ru/Novosti/O-mediatsii-v-Orlovskoy-oblasti.html>

Е.В. Ельникова

Российская академия правосудия, г. Москва

ПОРЯДОК ПРОВЕДЕНИЯ ОБЩЕГО СОБРАНИЯ СОБСТВЕННИКОВ ПОМЕЩЕНИЙ В МНОГОКВАРТИРНОМ ДОМЕ: НОВЕЛЛЫ ЖИЛИЩНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

В российском гражданском законодательстве решения собраний выделены как самостоятельный юридический факт наряду со сделками и иными действиями. Глава 9.1 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ) содержит общие положения в отношении решений собраний различного рода, которые дополняются правовыми нормами иных актов, содержащими особенности проведения собраний в различных гражданско-правовых сообществах (хозяйственных обществах, товариществах, производственных и потребительских кооперативах и пр.). В сфере жилищных отношений важное значение имеет соблюдение юридических процедур, связанных с проведением общих собраний собственников помещений многоквартирного дома (далее – МКД), поскольку принятые ими решения являются основаниями как для предоставления прав собственникам помещений, так и для возложения на них обязанностей, что оказывает непосредственное влияние на их имущественную сферу. Поскольку нарушение порядка проведения собрания влечет возможность признания судом недействительным принятого на нем решения, весьма актуальным является рассмотрение законодательных новелл, касающихся процедуры проведения общего собрания собственников МКД, содержащихся в недавно принятом Федеральном законе от 29.06.2015 № 176-ФЗ (далее – Закон № 176-ФЗ)¹. В основном они затрагивают вопросы компетенции, форм, сроков, порядка проведения общего собрания собственников МКД, закрепленные в статьях 44–48 Жилищного кодекса РФ² (далее – ЖК РФ).

Определение объема компетенции общего собрания собственников МКД позволяет избежать риска ничтожности принятых им решений, возникающей в случае, когда они приняты по вопросам, не относящимся к компетенции собрания (ст. 181.5 ГК РФ). Рассматривая перечень вопросов, входящих в компетенцию общего собрания собственников МКД, следует отметить, что таковой включает в себя исключительно вопросы, отнесенные к компетенции вышеупомянутого органа управления ЖК РФ согласно п. 2 ст. 44, п. 7 ст. 156, п. 4 ст. 158 и др. Практика применения норм ЖК показала необходимость расширения объема компетенции общего собрания собственников МКД в целях предоставления дополнительных возможностей по управлению МКД. В таких случаях в обязательном порядке требуется внесение изменений в ЖК РФ. Так, Законом № 176-ФЗ компетенция общего собрания МКД дополнена принятием решений о выборе российской кредитной организации, в которой должен быть открыт специальный счет, аккумулирующий денежные средства фонда капитального ремонта (подп. 1.2) п. 2 ст. 44 ЖК РФ), о порядке финансирования расходов, связанных с созывом и организацией проведения общего собрания собственниками, обладающими не менее чем десятью процентами голосов от общего количества голосов собственников помещений МКД (подп. 3.5 ст. 44 ЖК РФ). Кроме того, общему собранию собственников помещений МКД предоставлена возможность расширения полномочий совета многоквартирного дома на принятие им решений о текущем ремонте общего имущества в многоквартирном доме (подп. 4.2 ст. 44 ЖК РФ), а также его председателя по

вопросам, не отнесенным к компетенции Совета МКД, за исключением полномочий, отнесенных к компетенции общего собрания собственников помещений МКД (подп. 4.3 ст. 44 ЖК РФ).

Помимо расширения компетенции общего собрания собственников помещений МКД внесены существенные изменения в отношении форм проведения такого собрания. Новой статьей 44.1. ЖК РФ установлены три формы его проведения:

очное голосование, заочное голосование, очно-заочное голосование, последняя из которых является абсолютной новеллой. Сохранена обязанность собственников помещений МКД ежегодно проводить общее годовое собрание, при этом впервые законодательно установлены сроки его проведения (второй квартал года, следующего за отчетным). В целом изложенная новелла может быть оценена положительно (п. 1 ст. 45 ЖК РФ), однако закон не ограничивает общее собрание в возможности устанавливать иной срок проведения общего собрания, что значительно снижает действенность нового правила. Полагаем, что имеет смысл установить предельный срок проведения годового общего собрания не позднее окончания второго квартала, что позволит избежать злоупотреблений, связанных с затягиванием сроков его созыва.

Закон не ограничивает инициаторов созыва общего собрания собственников помещений МКД в выборе формы его проведения. Однако при решении этого вопроса следует учитывать установленные законом для различных форм способы голосования. Если при очном голосовании закон устанавливает возможность альтернативного голосования посредством оформленных в письменной форме решений собственников по вопросам, поставленным на голосование (п. 4.1 ст. 48 ЖК РФ), то в случае голосования по вопросам повестки дня общего собрания, проводимого в очно-заочной и заочной форме, иных способов голосования закон не предусматривает, за исключением проведения общего собрания собственников помещений МКД в форме заочного голосования с использованием государственной информационной системы жилищно-коммунального хозяйства. Согласно п.6 ст. 47.1 ЖК РФ голосование по вопросам повестки дня общего собрания собственников помещений МКД с использованием системы осуществляется ими лично путем указания решения по каждому вопросу повестки дня, выраженного формулировками «за», «против» или «воздержался» в электронной форме, либо посредством передачи администратору общего собрания оформленных в письменной форме решений собственников помещений МКД по вопросам, поставленным на голосование, до даты и времени окончания такого голосования.

Еще одна важная новелла касается круга лиц, имеющих полномочия инициировать созыв общего собрания. Помимо собственников помещений МКД к нему отнесена управляющая организация, осуществляющая управление данным многоквартирным домом по договору управления (п. 7 ст. 45 ЖК РФ). В этом случае на нее, как и на собственников, инициирующих проведение общего собрания, возлагается обязанность уведомить собственников помещений в данном доме о проведении такого собрания не позднее чем за десять дней до даты его проведения. Кроме того, закреплена обязанность управляющей компании, правления товарищества собственников жилья, иного специализированного потребительского кооператива организовать проведение общего собрания собственников помещений МКД при наличии обращения собственников, обладающих не менее чем десятью процентами голосов от общего количества голосов собственников помещений МКД, в течение сорока пяти дней с момента поступления обращения в письменной форме (п. 6 ст. 45 ЖК РФ).

Более строгие правила установлены в отношении оформления решений, принятых по вопросам повестки дня общего собрания собственников помещений МКД. Такие решения оформляются протоколами в соответствии с требованиями уполномоченного органа государственной власти. Примерные формы протоколов приведены в приложениях к Приказу Минстроя России от 31.07.2014 № 411/пр³, которым утверждены также методические рекомендации по порядку организации и проведению общих собраний собственников помещений в многоквартирных домах, однако применять их необходимо с учетом изменений вследствие принятия Закона № 176-ФЗ. Закон возлагает обязанность на инициаторов созыва общего собрания представить в десятидневный срок после его проведения копии решений и протокола в управляющую организацию, правление ТСЖ либо специализированного кооператива, которые в свою очередь обязаны в пятидневный срок с момента получения направить копии указанных решений и протокола в орган государственного жилищного надзора для хранения в течение трех лет, что позволяет обеспечить контроль со стороны уполномоченного государственного органа.

Оценивая изменения, внесенные в жилищное законодательство по вопросам проведения общего собрания собственников помещений МКД, необходимо более широко использовать опыт, накопленный в рамках законодательства о хозяйственных обществах, учитывая при этом специфику жилищных отношений⁴.

¹ *Федеральный закон от 29.06.2015 № 176-ФЗ «О внесении изменений в Жилищный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Российская газета. 2015. 6 июля. № 145.*

² *Жилищный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 № 188-ФЗ (ред. от 13.07.2015) (с изм. и доп., вступ. в силу с 30.08.2015) // Собрание законодательства РФ. 2005. № 1 (ч. 1). Ст. 14.*

³ *Приказ Минстроя России от 31.07.2014 N 411/пр «Об утверждении примерных условий договора управления многоквартирным домом и методических рекомендаций по порядку организации и проведению общих собраний собственников помещений в многоквартирных домах» // Нормирование в строительстве и ЖКХ. 2014. № 4.*

⁴ В статье использованы материалы СПС «КонсультантПлюс».

И.С. Закалина, С.И. Реутов, Е.И. Спиридонова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

МЕДИАЦИЯ КАК СПОСОБ ЗАЩИТЫ СЕМЬИ И ДЕТСТВА ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ ЗАРУБЕЖНЫХ ГОСУДАРСТВ

Авторитет любого государства определяется тем, как обеспечена социальная безопасность человека и его семьи, а отношение к детям – это тот показатель, по которому можно судить о зрелости общества в целом, об уровне его развития¹. Основной закон нашего государства закрепляет «Материнство и детство, семья находятся под защитой государства» (ст. 38 Конституции РФ).

В настоящее время российский институт семьи переживает кризис, о чем свидетельствует, в частности, большое количество разводов, рост числа внебрачных детей, неполных семей, брошенных детей. При расторжении брака между супругами возникают различного рода конфликты: о разделе совместно нажитого имущества, о выплате средств на содержание детей, о месте жительства детей, о порядке осуществления родительских прав родителем, проживающим отдельно от ребенка. Семейные споры бывают очень сложными, запутанными, уровень конфликтности здесь очень высок².

Семейные споры и конфликты в семье ставят ее в уязвимое положение. Конфликты приводят к нарушению отношений в семье, в некоторых случаях – порождают огромное количество распада семей. По мнению специалистов, психическому здоровью ребенка несоизмеримый вред наносится обычно в пред разводной и после разводной ситуации. В жизни ребенка развод родителей является переломным моментом. Такие дети чаще чем дети из полноценных семей имеют проблемы со здоровьем, нуждаются в дополнительной помощи в школе, у них меньше друзей, занижена самооценка³. Согласно данным американского «Общенационального исследования детей» развод родителей оказывает негативное влияние на 18-22 летних молодых людей, переживших развод родителей, 40% из них обращались за помощью к психологу, 25% бросили школу в старших классах, 65% имели плохие отношения с отцами, а 30% – с матерью⁴.

Во второй половине двадцатого столетия во всем мире разводов стало значительно больше. Необходимо было решить вопрос как можно облегчить мучительный процесс расставания и разъезда родителей, при этом дать детям возможность в случае развода сохранить контакты с обоими родителями. Решение вопроса было найдено с помощью семейной медиации – процесса, в котором независимое третье лицо помогает участникам семейного конфликта (в частности, парам на грани расставания или развода) улучшить взаимодействие друг с другом и принять приемлемые для обеих сторон осознанные решения по некоторым или всем вопросам, связанным с расставанием, разводом, детьми, а также по финансовым и имущественным вопросам⁵.

Семейная медиация является одним из первых и наиболее распространенных видов медиации за рубежом. Во многих странах (Англия, Германия, Нидерланды и др.) именно с семейной медиации происходило становление медиации как таковой. Как, правило, семейная медиация применяется при урегулировании разногласий, которые возникают при расторжении брака супругов. Это вопросы о месте проживания ребенка, порядке общения с ребенком родителя, проживающего отдельно от ребенка, об уплате алиментов, раздела совместно нажитого имущества, а также споров относительно материальной поддержки и помощи.

Опыт зарубежных стран свидетельствует, что семейные споры, передаваемые на рассмотрение медиаторам, разрешаются успешно, при этом стороны остаются довольными результатами проведенной медиации. Так, в Швеции около 90% споров о детях успешно разрешаются в процедуре медиации, в Дании около 64% медиаций завершается урегулированием всех разногласий и около 18% споров разрешаются частично⁶.

Мировая практика дает нам множество примеров законодательного закрепления медиации. Соответствующие акты приняты в США, Австрии, Германии. Так, в США есть законы предусматривающие проведение семейной медиации, а споры по делам, связанными с опекой и воспитанием детей после развода родителей, должны в обязательном порядке рассматриваться с помощью медиации. Специальные нормы о семейной медиации приняты в Болгарии, Бельгии, Великобритании, Италии, Испании, Латвии, Литве, Норвегии, Нидерландах, Польше, Португалии, Румынии, Сербии, Франции, Чехии, Хорватии и других странах. Основные принципы и правила семейной медиации закреплены в Рекомендациях № R(98)1, принятых в 1998 г. в Европейском союзе.

В Финляндии вопросы и регулирование семейной медиации закреплены на законодательном уровне – в Законе о браке (глава 5 «Семейная медиация»). При возникновении семейного спора стороны вправе обратиться за содействием и поддержкой к медиатору. При этом медиатор обязан уделять особое внимание интересам несовершеннолетних детей.

В Дании медиация осуществляется местными органами опеки и в основном по делам связанным с воспитанием детей после развода родителей. Зачастую семейная медиация в зарубежных странах регламентируется отдельно (от иных видов медиации) в отраслевом или специальном законодательстве и рассматривается в качестве обязательного этапа в разрешении споров, вытекающих из семейных правоотношений. В частности, в Англии и Уэльсе, в соответствии с Законом о семье 1996 г. адвокаты обязаны направлять клиентов, обратившихся за юридической помощью по семейному спору, на консультацию к профессиональному медиатору, чтобы стороны рассмотрели возможность медиации вместо судебного процесса⁷. Такая досудебная медиация выполняет функцию своеобразного фильтра, благодаря которому разрешение многих споров вообще минует судебное разбирательство.

В странах Северной Европы существенное внимание уделяется вопросам защиты семьи и детства, в связи с чем, семейная медиация получила свое достаточное распространение, а также законодательное регулирование. Так, например, в Республике Ирландия в конце 1980 г. при Департаменте семьи и социальных вопросов была учреждена Служба семейной медиации.

Удачно на наш взгляд этот вопрос урегулирован во Франции. Во Франции судья при рассмотрении дела о расторжении брака имеет право направить стороны к медиатору для того чтобы супруги составили соглашение, регламентирующее последствия развода, которое судья должен утвердить. Если соглашение не соответствует интересам детей, либо в случае повторного отказа судом в утверждении этого соглашения, заявление о разводе утрачивает силу⁸.

В Австралии система разрешения семейных споров, установленная Законом о семье 1975 г., включает процедуру медиации и процедуру примирения. Создана сеть Центров семейных отношений (Family Relationship Centers), финансируемых за счет федерального бюджета страны. С 2007 г. обращение к аккредитованным и практикующим специалистам в области семейных споров по делам о воспитании детей после развода родителей стало обязательным (за исключением случаев, если спор связан с насилием в семье, жестоким обращением с детьми и/или похищением детей).

В законодательстве Норвегии о браке закреплено, что супруги, имеющие детей младше 16 лет, обязаны обратиться к медиатору, только после этого они имеют возможность получить развод. Также родители не могут обращаться в суд с просьбой урегулировать спор о ребенке, если они прежде не общались с медиатором⁹.

В Чехии действует два закона о медиации. Один из них регулирует медиацию в гражданских и семейных спорах. В этой стране есть специальный центр по разрешению конфликтов в межнациональных семьях. При разрешении споров о детях наряду с медиаторами работают детские психологи и социальные педагоги.

В нашей стране прошло около пяти лет с момента вступления в силу ФЗ № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» от 27.07.2010 г. Однако, эксперты Федерального института медиации считают, что медиация находится еще на начальной стадии развития. Справедливости ради следует отметить, что принимаются определенные меры для развития семейной медиации. В 2014 г. образовано Федеральное государственное бюджетное учреждение Федеральный институт медиации (ФИМ), в 2015 г. проведены конференции: Первая всероссийская научно-практическая конференция с международным участием «Медиация: теория практика, перспективы развития», Первая международная научно-практическая конференция

«Семейная медиация: теория и практика урегулирования споров». Впервые в стране силами Федерального института медиации подготовлена группа международных семейных медиаторов. Создана специальная кафедра медиации в социальной сфере в Московском городском психолого-педагогическом университете.

Демократизация общества, широкое развитие межгосударственных отношений, рост женской миграции – все это приводит к увеличению браков между гражданами разных государств. По статистике, в России ежегодно регистрируется порядка 70 тысяч браков россиян с иностранцами, что составляет 7% от всех заключенных браков. Из них более 85 % заключается с гражданами государств – участников СНГ.

Взаимодействие разных культур, традиций и менталитетов не всегда укрепляет международный брак. По статистике две третьих международных союзов распадаются, что влечет возникновение семейных споров о разделе имущества, о взыскании алиментов, споры о том, с кем останутся проживать рожденные в браке дети. Разрешение таких споров связано с особой сложностью. Медиатору потребуются дополнительные знания при разрешении семейных споров, сопряженных с международным похищением детей родителями¹⁰. Следует согласиться с мнением Э.Л. Сюкияйнен о том, что такая медиация может стать способом разрешения международных семейных споров – дополнительным к судебным процедурам. Такая медиация должна проводиться под контролем суда и завершаться вынесением судебного акта¹¹.

Таким образом, для многих стран семейная медиация – понятие далеко не новое, а вполне даже устоявшееся и пользующееся спросом. Несмотря на наибольшую популярность именно судебной защиты вопросов семьи и детства, законодательством многих стран предусмотрены специальные нормы о семейной медиации.

Данное обстоятельство свидетельствует о том, что во всех этих странах самое серьезное внимание уделяется не только к самой процедуре медиации, но в целом к семейной политике. А это означает высокую приоритетность выполнения государственной задачи сохранения и укрепления семьи, что в настоящее время является необходимым условием и высоким показателем развитости общества.

¹ Реутов С.И., Муравьев Д.Н. Применение примирительных процедур (медиации) при разрешении семейных споров // Социальная безопасность и защита человека в условиях новой общественной реальности: сб. мат. IV междунар. науч.-практ. конф. (г. Пермь, Перм. гос. нац. иссл. ун-т, 22 ноября 2012 г.). Перм. гос. нац. иссл. ун-т, 2012.- с. 183.

² Реутов С.И. Становление и перспективы развития семейной медиации в Российской Федерации // Социальная безопасность и защита человека в условиях новой общественной реальности: сб. мат. междунар. науч.-практ. конф. (г. Пермь, Перм. гос. нац. иссл. ун-т, 02 ноября 2011 г.). Перм. гос. нац. иссл. ун-т, 2011. с. 323.

³ Нечаева А.М. Комментарий к Семейному кодексу РФ. М., 2009. 548 с.

⁴ Райс Ф., Долджин К. 2010.

⁵ Паркинсон Лиза. Семейная медиация. – Межрегиональный центр управленческого и политического консультирования. 2010. 400 с.

⁶ Калашиникова С.И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции. М.: Инфотропик Медиа. 2011. 286 с.

⁷ Калашиникова С.И. Цит. соч., с. 179.

⁸ Французский гражданский кодекс. Учебно-практический комментарий. М.: Проспект. 2008. 752 с.

⁹ Паркинсон Лиза. Цит. соч., с. 348–49.

¹⁰ Перселл Шейла, Мартинес Жанет. О медиаторах и медиации: глобальный обзор // Медиация и право. 2015. № 2(36).

¹¹ Сюкияйнен Э.Л. Медиация в международных семейных конфликтах: российский аспект // Семейное и жилищное право. 2014. № 2, с. 30.

А.В. Захаркина

Пермский институт экономики и финансов, г. Пермь

РОДОВОЙ ПРИЗНАК ФАКУЛЬТАТИВНОГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

На протяжении длительного времени развития российского гражданского права серьезной преградой признания факультативных обязательств являлось отсутствие их правовой регламентации на уровне кодифицированных актов (Гражданский кодекс РСФСР 1922 г., Гражданский кодекс РСФСР 1964 г., Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК РФ) 1994 г. (до 08.03.2015 г.)).

Анализ Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации¹ (далее – Концепция), подготовленной в соответствии с Указом Президента РФ «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации»², свидетельствует о том, что реформаторы гражданского законодательства признали необходимость восполнения законодательного пробела относительно конструкции факультативных обязательств.

Мы вынуждены констатировать, что далеко не все представители юридической науки дали положительную оценку проектируемым нормам. Так, Ю.К. Толстой, анализируя положения Концепции, высказал мнение о том, что «едва ли заслуживает внимания проблема соотношения альтернативных и факультативных обязательств (ее обсуждение можно было бы отложить до лучших времен)»³. Вопреки утверждению автора, считаем актуальным и своевременным легальное признание конструкции факультативных обязательств на законодательном уровне. Полагаем, что данная новелла будет способствовать формированию корректного понятийного инструментария, который позволит повсеместно использовать (в доктрине и в практической области) гражданско-правовую категорию факультативного обязательства.

В соответствии со ст. 308.2 ГК РФ факультативным признается обязательство, по которому должнику предоставляется право заменить основное исполнение другим (факультативным) исполнением, предусмотренным условиями обязательства. В случае если должник осуществляет свое право на замену исполнения, предусмотренного условиями обязательства, кредитор обязан принять от должника соответствующее исполнение по обязательству.

Важно также отметить, что конструкция факультативных обязательств известна гражданскому праву зарубежных стран. Так, ст. 1552 Гражданского кодекса Квебека (далее – ГК Квебека), посвященная факультативному обязательству, дословно гласит: «Факультативным обязательством является обязательство, предметом которого является только одно основное предоставление, от которого должник, однако, вправе освободиться, осуществив иное предоставление. Должник освобождается при условии невозможности осуществления основного предоставления, наступившей без его вины»⁴. Представляется важным отметить, что многие гражданские отношения регулируются ГК Квебека значительно более детально, чем Гражданским кодексом Российской Федерации. Примером тому могут служить подробные правила, регулирующие альтернативные обязательства, а также самостоятельная правовая регламентация конструкции факультативных обязательств.

Примечательно, что термин «факультативное обязательство» указан в Словаре юридической терминологии для государств-участников МПА СНГ⁵. Данное обстоятельство свидетельствует о том, что договаривающиеся страны (ими выступили: Азербайджан, Армения, Белоруссия, Казахстан, Киргизия, Молдавия, Россия, Таджикистан, Туркмения, Украина) стремятся к унификации терминологического аппарата.

В целом следует признать, что упоминание о факультативных обязательствах отсутствует в гражданских законах большинства зарубежных государств. Во многих иностранных гражданских кодексах имеются нормы, подробно регулирующие альтернативные обязательства. Так, Французский гражданский кодекс содержит правовые нормы (ст. 1189–1196), регулирующие не только понятие альтернативных обязательств, но и механизм их реализации⁶. Аналогичное подробное регулирование альтернативных обязательств содержится и в иных зарубежных правопорядках⁷.

Мышление вообще и научное мышление особенно имеет понятийный характер. Юридическое мышление ближайшим образом родственно математическому: оно столь же догматизированное, формально-логическое⁸. В логическом аппарате любой науки главную теоретическую нагрузку несут ее фундаментальные понятия – категории. «Категории и понятия выступают в качестве инструмента познавательной деятельности, способа понимания и фиксации достигнутых правовых знаний»⁹, это «средство практического совершенствования государственно-правовой действительности»¹⁰. Именно поэтому правильное понимание и корректное использование такой категории, как факультативное обязательство, имеет огромную теоретико-методологическую значимость для цивилистической науки.

Термин «факультативные обязательства» привычен для современной цивилистической доктрины. Однако науке гражданского права известны и иные интерпретации названия исследуемого явления. Так, В.И. Голевинский называл их «сложными заменительными» обязательствами¹¹, Д.И. Азаревич – «"заменительными" обязательствами»¹², В.В. Ефимов – «альтернативной возможностью»¹³.

Факультативный (франц. facultatif, от лат. facultas – возможность) означает возможный, необязательный, предоставляемый на выбор (например, факультативный курс), действующий от случая к случаю. Этимологическое значение прилагательного «факультативный», как представляется, способствует корректному уяснению сущности факультативного обязательства, которая заключается в сле-

дующем: при исполнении факультативного обязательства **возможна** замена исполнения, которая, однако, **необязательно** будет реализована (выделено автором – *А.В.*).

Придерживаясь мнения, что значение слов и терминов нельзя переоценивать при познании юридических понятий, считаем целесообразным использовать термин «факультативное обязательство» и настаиваем на терминологической чистоте, не допускающей подмены данного понятия иными категориями. К примеру, М.А. Егорова, рассматривая конструкцию п. 2 ст. 723 ГК РФ, согласно которому подрядчик вправе вместо устранения недостатков, за которые он отвечает, безвозмездно выполнить работу заново с возмещением заказчику причиненных просрочкой исполнения убытков, называет ее «альтернативным исполнением»¹⁴, хотя в данном случае имеет место конструкция именно факультативного обязательства.

По вопросу правовой природы исследуемого гражданско-правового явления современные ученые придерживаются разнообразных точек зрения. Большая часть исследователей полагает, что родовым понятием исследуемого явления следует считать «обязательство»¹⁵, и есть предложение рассматривать факультативные обязательства как обязательственное правоотношение¹⁶. Согласно другой точке зрения, факультативное обязательство есть «конструкция»¹⁷; существуют также суждения о том, что факультативные обязательства представляют собой институт¹⁸; научную категорию¹⁹; «особый вид односторонней сделки»²⁰.

В соответствии со ст. 307 ГК РФ в силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как то: передать имущество, выполнить работу, оказать услугу, внести вклад в совместную деятельность, уплатить деньги и т.п. либо воздержаться от определенного действия. А кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности. Наличие легального определения обязательства не позволяет не учитывать его при определении факультативного обязательства.

Интересно отметить, что в цивилистической науке не раз обращалось внимание на проблему соотношения понятий обязательства и договора²¹. В рамках настоящего исследования представляется необходимым ответить на следующий научно-практический вопрос: можно ли считать факультативные обязательства договором?

По этому вопросу В.А. Белов справедливо отмечает следующее: «...одной из характерных черт русской цивилистической науки во все времена ее существования было смешение понятий об обязательстве и договоре, носившее (скажем мягко) чрезвычайно распространенный характер... В конкретно-юридических исследованиях различие это в лучшем случае просто игнорируется: термины «договор» и «обязательство» используются как взаимозаменяемые, в результате то «договоры» сводятся к «обязательствам», то (что гораздо чаще) «обязательства» к «договорам»²². Автор несомненно прав, говоря, что для обозначения юридического результата в виде системы субъективных прав и юридических обязанностей вполне достаточно термина «гражданские правоотношения» или «обязательственные правоотношения».

Вслед за ним Г.В. Колодуб обоснованно обращает внимание на негативную тенденцию, которая получила распространение как в доктринальной цивилистической литературе, так и в правоприменительной практике, смешения правовых явлений «исполнение гражданско-правовой обязанности», «исполнение гражданско-правового обязательства» и «исполнение договора»²³.

Развивая дальше эту мысль, можно констатировать, что ошибочно и юридически некорректно называть факультативное обязательство договором. Представляется обоснованным определять факультативные обязательства через родовое понятие «обязательство».

¹ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11. С. 6–99.

² О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации: Указ Президента РФ от 18.07.2008 № 1108 (ред. от 29.07.2014) // Собр. законодательства РФ. 21.07.2008. № 29 (ч. 1). Ст. 3482.

³ Толстой Ю.К. О концепции развития гражданского законодательства // Журнал российского права. 2010. № 1. С. 36.

⁴ Гражданский кодекс Квебека. М.: Статут, 1999. С. 242.

⁵ О Словаре юридической терминологии для государств-участников МПА СНГ: Постановление № 38-23 Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ (Принято в г. Санкт-Петербурге 23.11.2012) // Информационный бюллетень. Межпарламентская Ассамблея государств-участников Содружества Независимых Государств. 2013. № 57 (часть 2). С. 198–287.

⁶ Французский гражданский кодекс / пер. с франц. А.А. Жуковой, Г.А. Пашковской. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. С. 679–681.

⁷ Гражданский кодекс Латвийской Республики / пер. с латыш. И. Алфеевой. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2001. С. 495–497; Гражданский кодекс Республики Беларусь. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 403–404; Граждан-

ское законодательство Израиля / пер. с иврита М.С. Хейфец. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С.281–282; *Гражданский кодекс Грузии* / пер. с груз. И. Мериджанашвили, И. Чиковани. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. С. 269–270; *Гражданский кодекс Азербайджанской Республики*. Баку: Юрид. лит., 2011. С. 255–256; *Гражданский кодекс Республики Казахстан*. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. С. 366.

⁸ *Савинов А.В.* Логические законы мышления: о структуре и закономерностях логического процесса. Л.: Изд-во ЛГУ, 1958. С. 207.

⁹ *Васильев А.М.* Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. М.: Юрид. лит., 1976. С. 81–82.

¹⁰ *Витрук Н.В.* Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. М.: Наука, 1979. С. 10.

¹¹ *Голевинский В.И.* О происхождении и делении обязательств. Варшава: Тип. О. Бергера, 1872. С. 204.

¹² Там же. С. 210.

¹³ *Ефимов В.В.* Догма римского права: лекции. Особенная часть. СПб.: Кн. маг. А.Ф. Цинзерлинга, б. Мелье и Ко, 1894. С. 162.

¹⁴ *Егорова М.А.* Дополнительные права заказчика при обнаружении недостатков выполненной работы или оказанной услуги в договорах с участием граждан-потребителей // *Юрист*. 2009. № 4. С. 50.

¹⁵ *Алехина Е.Л.* Гражданско-правовое регулирование возникновения и исполнения альтернативного обязательства в Российской Федерации. С. 64; *Бычков А.* В чем различия между альтернативным и факультативным обязательствами. Судебная практика спорных вопросов // *Финансовая газета*. 2013. № 43. С. 8; *Витрянский В.В.* Некоторые основные положения Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации об обязательствах // *Журнал российского права*. 2010. № 1 (157). С. 13; *Егорова М.А.* Факультативное и альтернативное обязательство: общее и особенное // *Право и экономика*. 2012. № 1. С. 69–74; *Кулаков В.В.* Сложные обязательства в гражданском праве. С. 271 и др.

¹⁶ *Петров В.С.* Альтернативное обязательство по российскому гражданскому праву. М., 2006. С. 49.

¹⁷ *Егорова М.А.* Правовые механизмы предоставления отступного // *Российская юстиция*. 2012. № 6. С. 7.

¹⁸ *Шиловост О.Ю.* В последний раз про отступное. Необоснованные надежды или нереализованные возможности? // *Гражданское право современной России* / сост. О.М. Козырь и А.Л. Маковский. М.: Статут, 2008. С. 205.

¹⁹ *Белов В.А.* Факультативные обязательства. С. 45.

²⁰ *Егорова М.А.* Особенности односторонних правопрекращающих сделок // *Юрист*. 2013. № 20. С. 6.

²¹ *Анненков К.* Система русского гражданского права. С. 3–4; *Белов В.А.* Чертова дюжина вопросов (о судьбе института недействительности сделок) // *Корпоративный юрист*. 2005. № 4. С. 27–29; *Красавчиков О.А.* Юридические факты в советском гражданском праве. М.: Юрид. лит., 1958. С. 117; *Пугинский Б.И.* Частный договор в научной картине права // *Ученые-юристы МГУ о современном праве: сб. ст. М.: ОАО «Изд. дом «Городец»*, 2005. С. 165; *Пугинский Б.И., Сафиуллин Д.Н.* Правовая экономика: проблемы становления. М.: Юрид. лит., 1991. С. 142 и др.

²² *Белов В.А.* К вопросу о соотношении понятий обязательства и договора // *Вестник гражданского права*. 2007. № 4. С. 239, 246.

²³ *Колодуб Г.В.* Проблема соотношений правовых категорий (явлений) «исполнение гражданско-правовой обязанности», «исполнение гражданско-правового обязательства» и «исполнение договора» // *Юрист*. 2013. № 24. С. 38.

М.А. Зинковский

Юридический Институт НИУ «БелГУ», г. Белгород

ЭЛЕМЕНТ ДОВЕРИЯ В АФЕРАХ, ОСНОВАННЫХ НА НОРМАХ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Афера обычно понимается субъектами права как явление действительности, относящееся к плоскости уголовного права. Часто аферы связывают с мошенничеством, подделкой документов, массовыми обманами граждан. Криминальный элемент этого понятия крепко вошел в обиход практикующих юристов. Понятие аферы носит более эмоциональный характер нежели юридический, имеет яркий оттенок криминальных действий и социально значимых последствий для потерпевших.

Говоря о гражданском праве, необходимо отметить, что афера в гражданском обороте – явление частое. Безусловно, термин аферы можно рассмотреть в комплексе, сделав вывод о междисциплинарном характере этого понятия. Однако аферы уголовные следует отличать от афер гражданских. Критерием разграничения этих явлений является степень общественной опасности последствий, возникающих вследствие аферы для потерпевших и государства.

Гражданско-правовые аферы повлекут за собой причинение не только моральных и нравственных страданий потерпевших, но и убытков, злоупотребление гражданскими правами, односторонний отказ от принятых на себя прав и обязанностей по сделкам (нарушение ст. 310 ГК РФ), взыскание договорных и законных неустоек, процентов за пользование чужими денежными средствами и др., но не уголовно-правовые последствия в первую очередь.

Гражданско-правовые аферы реализуются в сделках. В этом случае можно говорить о добровольности заключения сделки потерпевшей стороной. Добровольность заключения сделки предопределяет элемент доверия в аферах, основанных на нормах гражданского права. Доверяя своему контрагенту потерпевшее физическое лицо, юридическое лицо или индивидуальный предприниматель предполагают со стороны своего контрагента надлежащее исполнение права и обязанностей по сделке или иным юридически значимым действиям. Однако на практике бывают случаи злоупотребления доверием добросовестного субъекта гражданского права путем одностороннего отказа от принятых на себя обязательств, что собственно и образует понятие аферы, или, говоря юридическим языком, злоупотребление доверием.

Институт элемента доверия в аферах, основанных на нормах гражданского права, подпадает под правовое регулирование ст. 10 ГК РФ (пределы осуществления гражданских прав), согласно которой:

- не допускается осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу;
- не допускаются действия в обход закона с противоправной целью;
- не допускается иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом).

Указанная статья закона вместе с тем презюмирует добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий.

Представляется, что доказать в суде связь ст. 10 ГК РФ со злоупотреблением доверия в аферах, основанных на нормах гражданского права, будет непростой задачей. Во-первых, термин обход закона, используемый в этой статье, носит скорее оценочный, нежели прикладной характер. В противовес ему сразу поставлен принцип презумпции добросовестности участников гражданского оборота.

Во-вторых, понятие обхода закона, как и термин афера, носит яркий эмоциональный характер. Законодатель не раскрывает определение понятия обход закона, отсутствуют признаки названного понятия, поэтому зафиксировать такое явление доказательствами трудно.

Элемент доверия в аферах, основанных на нормах гражданского права, на практике реализуется посредством заключения гражданско-правовых сделок. Воля и волеизъявление субъекта гражданского права направлены на получение добросовестного результата: оказание услуг, выполнение работ, приемка или поставка товара, транспортная экспедиция и т.д. При этом повышенная имущественная ответственность индивидуальных предпринимателей и коммерческих юридических лиц делает порой недоказуемыми факты афер и нарушений ст. 310 ГК РФ со стороны криминала или аферистов, так как форс-мажор в чистом доказательственном виде ни в гражданском, ни в арбитражном процессе каждый день не встретишь.

Вуалирует ситуацию ст. 421 ГК РФ, позволяя недобросовестным контрагентам в суде аргументировать неисполнение договорных обязательств принципом свободы договора. В этом случае прямо говорить об злоупотреблении доверием добросовестного субъекта гражданского права не приходится, так как сделки, как правило, заключаются на добровольных началах и в связи с чем в итоге, сама жертва (потерпевшая сторона) является виновником своих.

В заключение отметим, что в настоящее время вопросы, касающиеся злоупотребления доверием, аферы и сделок, оформляющих обход закона, недостаточно исследованы в науке гражданского права. Это позволяет судить об актуальности института элемента доверия, основанного на нормах гражданского права.

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ФУНКЦИИ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Право и экономика находятся в постоянном развитии и в постоянной взаимосвязи. Экономические отношения, предопределенные общественными потребностями, обуславливают необходимость их правового регулирования. Воздействие права на экономические отношения создает гарантии частной собственности, свободного предпринимательства, обеспечивает реализацию инициатив в разных сферах экономической деятельности.

Согласно ст. 8 Конституции в Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности. Каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности.

В Российской Федерации признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности. Право частной собственности охраняется законом, каждый вправе иметь имущество в собственности, владеть, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совместно с другими лицами (ст. 35 Конституции).

Конституция РФ заложила правовые основы экономического воздействия права на общественные отношения, создала гарантии для полезных экономических инициатив, обеспечила правовые возможности для их защиты.

Экономическая функция, имеющая общеправовой характер, наиболее полно выражается в гражданском праве. Гражданско-правовая регламентация направлена на установление определенности в имущественных и личных неимущественных отношениях, основанных на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников, когда участники правоотношений действуют по единым определенным правилам; установление возможностей для удовлетворения существующих материальных и духовных потребностей и интересов людей; повышение активной деятельности граждан, имеющей положительный эффект для функционирования и развития общества; создание условий для привлечения в экономику страны инвестиций и др.

Если обратиться к принципам гражданского права, то можно заметить, что все они содержат экономические аспекты: диспозитивность, равенство участников гражданских правоотношений, их добросовестность, неприкосновенность собственности, свобода договора, недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечение восстановления нарушенных прав, их судебной защиты.

Принципы гражданского права являются наиболее общими нормативно-правовыми положениями, предопределяющими содержание всех остальных гражданско-правовых норм. Из анализа гражданского законодательства следует, что гарантии частной собственности, свободного предпринимательства и иных полезных экономических инициатив реализуются во всех частях ГК РФ, а также в иных гражданско-правовых актах.

Экономическое воздействие гражданского права осуществляется в двух основных направлениях – регулирование и охрана общественных отношений. Закрепление и содействие развитию экономических отношений осуществляется посредством установления правил поведения, предоставления гражданских прав и обязанностей, обеспечения широких возможностей для вступления в договорные и иные отношения. Установление запретов, санкций, реализация гражданско-правовой ответственности обеспечивает охрану экономических отношений.

Обращает на себя внимание то обстоятельство, что за последние десятилетия существенно возросла «нагрузка» на право. Каждое десятилетие обуславливает возникновение новых общественных отношений в сфере экономики и тем самым необходимость их регулирования и охраны.

В качестве примера можно привести изобретение персонального компьютера с последующим изобретением интернета. Развитие технологий, связанных с этими изобретениями, привело к появлению

нию новых объектов интеллектуальных прав (программ для ЭВМ, базы данных); изменению системы расчетов; повсеместному распространению безналичных денежных средств и банковских карт; заключению различных видов договоров посредством сети интернет и возможности исполнения некоторых из них в виртуальном пространстве; изменениям в процессах, связанных с поиском, хранением, передачей, обработкой, использованием, защитой информации и др.

Новое правовое регулирование обеспечило определенность соответствующих экономических отношений, их стабильность, указало на допустимость дальнейшего развития технологий в этой сфере. Правовая охрана потребовалась, чтобы установить запреты на совершение нежелательных для общества действий при использовании персонального компьютера и интернета, информировать субъектов о санкциях за неправомерные деяния.

Еще один аспект, на котором хотелось бы остановиться, – это соблюдение баланса интересов (государственных, общественных, частных) при экономическом воздействии гражданского права на общественные отношения. Простота и ясность правил для вступления в экономические гражданско-правовые отношения, осуществления и защиты гражданских прав создает основу для реализации частных интересов. Создание условий для осуществления предпринимательской деятельности является обязанностью государства, поскольку предпринимательство существенно влияет на благосостояние страны. Между тем, поддерживая предпринимательство, государство должно учитывать, что бизнес стремится к созданию наиболее благоприятных для себя условий, извлечению все большей прибыли и зачастую монополии. В связи с этим необходимым и обоснованным правовым механизмом, присущим всем развитым правовым порядкам, является законодательство о защите конкуренции, препятствующее экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию.

При определении баланса экономических интересов законодатель должен прогнозировать социальный результат, который будет достигнут при выбранном направлении правового регулирования. При решении этого вопроса государство должно определять пределы его вмешательства в частные дела, которые бы позволили развивать экономику и не препятствовать экономическим инициативам.

Е.А. Иванова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

Д.Н. Муравьев

юрист компании «Триалог-мастер», г. Пермь

О КОНЦЕПЦИИ РАЗВИТИЯ ДО 2017 Г. СЕТИ СЛУЖБ МЕДИАЦИИ В ЦЕЛЯХ РЕАЛИЗАЦИИ ВОССТАНОВИТЕЛЬНОГО ПРАВОСУДИЯ В ОТНОШЕНИИ ДЕТЕЙ, В ТОМ ЧИСЛЕ СОВЕРШИВШИХ ОБЩЕСТВЕННО ОПАСНЫЕ ДЕЯНИЯ, НО НЕ ДОСТИГШИХ ВОЗРАСТА, С КОТОРОГО НАСТУПАЕТ УГОЛОВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ, И НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ РАБОТЫ С УЧЕНИКАМИ СТАРШИХ КЛАССОВ – УЧАСТНИКАМИ ШКОЛЬНЫХ СЛУЖБ ПРИМИРЕНИЯ В Г. ПЕРМИ И ПЕРМСКОМ КРАЕ

Концепция развития до 2017 года сети служб медиации в целях реализации восстановительного правосудия в отношении детей, в том числе совершивших общественно опасные деяния, но не достигших возраста, с которого наступает уголовная ответственность в Российской Федерации, разработана с целью реализации Национальной стратегии действий в интересах детей на 2012–2017 годы.

Концепция направлена на внедрение инновационных для Российской Федерации медиативно-восстановительных способов и механизмов предупреждения и разрешения конфликтов с участием детей и подростков, реагирования на правонарушения, в том числе в отношении детей, совершивших общественно опасные деяния, но не достигших возраста, с которого наступает уголовная ответственность. Такие механизмы обеспечивают реальную социализацию правонарушителя за счет активной коррекционной работы, направленной на предоставление ему возможности оставаться полезным членом общества, которое не отождествляет его с совершенным им проступком; позволяют вести эффективную профилактическую работу по предупреждению асоциальных проявлений, правонарушений в детско-юношеской среде в целом; оказывают действенную помощь семье как важнейшему институ-

ту, определяющему развитие личности; содействуют образовательной системе в создании безопасного пространства, необходимого для формирования физически и психологически здоровой личности.

Развитие сети служб медиации направлено на создание системы профилактики и коррекции правонарушений среди детей и подростков, оказание помощи семье; формирование безопасной социальной среды для защиты и обеспечения прав и интересов детей; гуманизацию и гармонизацию общественных отношений, в первую очередь с участием детей и подростков; улучшение межведомственного взаимодействия всех органов и организаций, участвующих в работе с детьми и подростками.

В Концепции описано несколько вариантов создания региональных служб медиации, их организационно-правовых форм, способов вхождения в систему сети служб медиации, форм и механизмов координации и финансирования их работы. Одним из таких вариантов стало создание служб школьной медиации в образовательных организациях, где главным критерием стало обеспечение реальной доступности сети служб медиации для всех нуждающихся в помощи и защите. В связи с чем является наиболее эффективным направлением, осуществляющим свою практическую деятельность с семьями и детьми в возрасте с 7 до 18 лет.

В Пермском крае внедрение восстановительных технологий началось с 2002 года. Администрацией Пермской области был заключен четырехсторонний меморандум о намерениях и определены две пилотные площадки, на базе которых началось обучение специалистов технологиям: Индустриальный район г. Перми и г. Лысьва. На этих же территориях с 2003 года в образовательных учреждениях начали создаваться школьные службы примирения. Развитие школьных служб примирения поддерживается из средств краевой программы «Семья и дети Пермского края». В декабре 2013 года проведен первый краевой конкурс профессионального мастерства руководителей школьных служб примирения. В конкурсе приняли участие 22 руководителя школьных служб примирения из 12 территорий Пермского края, которые представили лучший практический опыт школьных служб примирения в образовательных учреждениях.

С 2011 года в Пермском крае действует летний краевой лагерь актива школьных служб примирения «Страна мира», организатором которого является «Пермский образовательный научно-исследовательский центр авитальной активности». В рамках лагеря стало возможным совмещение важных и разных направлений деятельности: ребята обучались технологии, новым программам, повышали навыки своего мастерства, обменивались опытом, расширяли свой кругозор в сфере конфликтологии и коммуникации, самостоятельно проводили программы с ребятами из другого лагеря. Главной идеей лагеря стало развитие каждого ребенка на основе восстановительных ценностей, желающего активно продвигать ненасильственные способы разрешения конфликтов и эффективные способы выстраивания коммуникации между сверстниками. В связи с этим в лагере создается особая атмосфера «Страны», где ценностью является уважение личности, поощряется добровольность, принимается индивидуальный выбор, транслируются конструктивные способы взаимодействия детей, детей и взрослых.

Также в 2015 году на базе кафедры «Социальная работа» Пермского государственного национального исследовательского университета при активной поддержке доктора социологических наук, профессора, заведующей кафедрой, З.П. Замараевой и кандидата юридических наук, профессора С.И. Реутова, а также при участии руководителей Медиативной клиники магистра права Д.В. Попова и магистра права Д.Н. Муравьева были организованы и успешно проведены курсы по подготовке юных медиаторов. Указанное мероприятие получило название: «Школа юного медиатора». Это еще один вариант работы с учениками старших классов – участниками школьных служб примирения в г. Перми и Пермском крае.

Слушателями курсов стали наиболее активные, успешные и заинтересованные в развитии своих базовых навыков переговорщиков, руководители и участники школьных служб примирения г. Перми и Пермского края. В ходе работы перед будущими конфликтологами и переговорщиками выступили представители разных отраслей научных знаний: конфликтологи, психологи, социологи, юристы и медиаторы. Члены педагогического коллектива делились с молодыми активистами – конфликтологами тонкостями и секретами, которые были выработаны ими за долгие годы практики.

Целью образовательного мероприятия являлось ознакомление слушателей с основами конфликтологии и базовых способов урегулирования споров без обращения в органы судебной власти. Преподаватели ознакомили участников мероприятия с различными подходами к пониманию существа конфликта. Особое внимание подрастающего поколения конфликтологов было обращено на жизненные стадии конфликта. Ребята приобретали навыки по распознаванию конфликтной ситуации, определению возможности урегулирования спора мирным путем без применения административно-

правовых методов воздействия на участников спора. Большое внимание уделялось именно практическим аспектам работы конфликтолога. Стоит отметить, что перед школьниками ставились довольно непростые задачи, но, не смотря на все сложности, они находили оптимальное решение. По окончании каждого семинарского занятия проводилась рефлексия. Данное упражнение на протяжении всего курса благоприятно сказывалось на психологическом климате внутри коллектива и способствовало плодотворной работе над ошибками.

Значительный объем материала был посвящен вопросам использования примирительных процедур, в частности, классической медиации. В данном блоке работы организаторы мероприятия реализовали задуманный план о соединении воедино изученного за годы работы теоретического материала и вопросов, возникающих при применении примирительных процедур на практике. На завершающем занятии каждый из участников попробовал себя в роли профессионального переговорщика. За работой ребят внимательно следили руководители Медиативной клиники.

По окончании обучающих мероприятий все слушатели приняли участие в круглом столе под названием «Медиация и дети». В рамках данного круглого стола перед заслуженными членами экспертного сообщества выступили будущие специалисты в области конфликтологии, а также студенты третьего, четвертого, пятого курсов кафедры «Социальная работа». В качестве экспертов выступили: *Зинаида Петровна Замаева*, заведующая кафедрой социальной работы ПГНИУ, доктор социологических наук, профессор; *Станислав Иванович Реутов*, профессор кафедры социальной работы ПГНИУ, кандидат юридических наук, член Российской Академии Юридических наук; *Лариса Александровна Соболева*, помощник председателя Пермского краевого суда, доцент кафедры социальной работы ПГНИУ; *Анна Львовна Хавкина*, председатель Ассоциации медиаторов Пермского края, сертифицированный медиатор; *Елена Юрьевна Невельсон*, сертифицированный медиатор, старший преподаватель кафедры социальной работы ПГНИУ; *Ирина Геннадьевна Чернова*, ассистент кафедры социальной работы ПГНИУ, руководитель некоммерческой организации «Правда вместе». Модераторами круглого стола являлись выпускники кафедры «Социальная работа». Считаю необходимым заметить, что апогеем проведения круглого стола стало вручение сертификатов государственного образца, выданного РИНО Пермского государственного национального исследовательского университета о прохождении курса «Технологии классической медиации» в объеме 72 часов.

Поскольку, описанное выше мероприятие вызвало большой интерес у представителей школьных служб примирения, организаторами «Школы юного медиатора» было принято решение о необходимости расширить географию участников школы. В новом учебном 2015 - 2016 г. учащиеся школ Пермского края смогут принять участие в деятельности Школы юного медиатора в очно-заочном формате. По мнению организаторов, подобный формат обучения позволит поднять на новый качественный уровень процесс подготовки юных медиаторов, а также позволит принять участие в образовательном процессе всем желающим.

Подводя итог, считаю необходимым отметить, что мероприятия, реализуемые и кафедрой социальной работы и конфликтологии при ПГНИУ, и Пермским образовательным научно-исследовательским центром авитальной активности, и всеми теми организациями и школами, включенными в процесс подготовки молодых переговорщиков-медиаторов, способствуют имплементации норм, предусмотренных в Концепции развития до 2017 г. сети служб медиации в целях реализации восстановительного правосудия в отношении детей, в том числе совершивших общественно опасные деяния, но не достигших возраста, с которого наступает уголовная ответственность в Российской Федерации.

Н.В. Карпенко

Московская академия экономики и права, г. Москва

МНОЖЕСТВЕННОСТЬ ЛИЦ НА СТОРОНЕ НАНИМАТЕЛЯ ЖИЛОГО ПОМЕЩЕНИЯ В ОБЩЕЖИТИИ

На стороне нанимателя налицо пассивная множественность субъектов, состав которой может быть различным. Но так как жилищные отношения найма жилья в общежитии являются взаимобязывающими, то данная множественность может быть и активной, когда сторона нанимателя имеет право требовать от наймодателя выполнения своих обязательств. Достаточно традиционный ее вариант обусловлен предусмотренной законом возможностью в общежитиях поквартирного или поком-

натного проживания вместе с нанимателем его членов семьи. В литературе отмечается, что довольно редко на стороне пользователя выступает один гражданин, хотя как наниматель юридически может выступать только один из ее (семьи) членов¹.

Думается, когда в общежитие вселяется наниматель с членами своей семьи, обозначение субъекта данных отношений на стороне нанимателя понятием «семья» будет достаточно верным. Однако в науке высказываются возражения против такого наименования коллективного субъекта². В законодательстве также не предусматривается такая правовая конструкция субъекта правоотношений жилищного найма, как семья, и соответственно не раскрывается ее правоспособность.

В Жилищном кодексе РФ³ не содержится определения понятия «семья». Дефиниция данного понятия отсутствует и в семейном праве. Исследование российского законодательства позволило обнаружить легальное определение понятия «семьи» – это лица, которые связаны между собой родственными отношениями и (или) отношениями свойства, проживающие вместе и ведущие общее хозяйство⁴. В его основе лежат, во-первых, понимание семьи как объединения (общности, союза) лиц и, во-вторых, констатация брака и родства в качестве оснований ее возникновения, а также такого свойства, как совместное проживание и ведение общего хозяйства⁵.

Как справедливо отмечает А.Н. Левушкин, «рассматривая социальную функцию семейного права как основную, представляется целесообразным легальное закрепление понятия семьи. Кроме того, актуализация авторской теоретической модели построения системы семейного законодательства государств – участников СНГ предполагает следующее законодательное установление понятия семьи и семейных отношений, составляющих предмет правового регулирования»⁶.

Под семьей следует понимать круг лиц, связанных взаимными правами и обязанностями в сфере личных неимущественных и имущественных отношений, возникающих на основании родства, заключения брака, усыновления и иных юридических фактов, лежащих в основе семейных правоотношений⁷.

В жилищном праве «семью» следует понимать в качестве определенной группы лиц, общности людей, которая формируется на основе брака, родства или свойства, совместного проживания, обычно, в одном жилом помещении и ведет с нанимателем (или собственником) жилого помещения совместное хозяйство, имеет общий бюджет и расходы на оплату жилья и другие⁸.

В жилищных правоотношениях в общежитии можно выделить такой субъект как семья, так как несмотря на установленную норму предоставления жилья в общежитии именно семье предоставляется отдельное жилое помещение. Члены семьи нанимателя жилого помещения в общежитии не могут просить заключения с ними отдельного договора найма, так как условия пользования специализированным жильем в общежитии этого не предусматривают; жилое помещение подлежит предоставлению нанимателю совместно с членами его семьи и по окончании срока проживания выселению подлежит вся семья. Оплата осуществляется за проживание и пользование жилым помещением и предоставляемыми услугами всей семьей, независимо от того, кто именно ее производит – сам наниматель либо кто-то из членов его семьи.

Применительно к отношениям найма жилых помещений в общежитии законодатель определяет, что равноправными участниками жилищных отношений найма наравне с нанимателем выступают дееспособные члены его семьи, которые вместе с ним проживают в одном жилом помещении. Это вывод следует из совокупного анализа чч. 2 и 3 ст. 69 ЖК РФ, п. 2 ст. 672 ГК РФ, а также ч. 5 ст. 100 ЖК РФ.

М. И. Брагинский указывает, что наниматель и член его семьи – это сонаниматели жилого помещения. Особенное положение нанимателя видится в том, что он выступает от имени остальных членов семьи, являясь их представителем, и эти качества дополняются также тем, что он – носитель тех же прав, как у и те, кого ему необходимо представлять⁹. Поэтому многими авторами указывается, что именно признание участвующих в отношениях жилищного найма субъектов – нанимателя и членов его семьи сонанимателями и характеризует правовую основу множественности лиц на стороне нанимателя¹⁰.

Если предположить, что в жилищных правоотношениях пользования жилым помещением в общежитии могут участвовать сонаниматели: наниматель и члены его семьи, то субъектный состав таких правоотношений должен представлять собой правовую модель, где будет участвовать неопределенное количество полноправных сторон в качестве пользователей конкретным жилым помещением – основной наниматель и совместно проживающие члены семьи, каждый из которых в равных условиях и одновременно с остальными взаимодействует с наймодателем. Будет также нереализуема правовая модификация субъектного состава жилищного обязательства в части замены нанимателя¹¹. Кроме того, указанные лица будут определены в договоре найма как равноправные сонаниматели,

непостоянность субъектного состава на стороне нанимателя и его изменчивость будут порождать изменение количества сторон правоотношения и соответственно перераспределение в ходе его развития доли ответственности уже участвующих в нем субъектов, а также связанные с этим иные негативные последствия.

Поэтому законодатель в отношениях найма специализированного жилого помещения, в частности расположенного в общежитии, не называет нанимателя и совместно проживающих с ним членов его семьи сонанимателями. Это отличает данный договор от договора коммерческого найма, где в роли нанимателя по общему правилу выступает только одно лицо, но наряду с ним пользователями жилого помещения могут быть как постоянно проживающие с ним в этом помещении лица, так и сонаниматели.

Другой вариант пассивной множественности на стороне нанимателей объясняется характерным признаком общежитий проживанием в одной комнате лиц, не имеющих родственных отношений.

В этом случае такие лица-наниматели, вступая в жилищное правоотношение найма в общежитии, становятся участниками сразу двух групп отношений. С одной стороны, каждый наниматель вступает в самостоятельную жилищно-правовую связь с наймодателем (внешнее отношение) по поводу пользования жилым помещением в общежитии, в котором ему предоставлено «койко-место». С другой стороны, эти наниматели взаимодействуют между собой (внутреннее отношение) в связи с использованием одним и тем же объектом.

Несмотря на то, что такие наниматели проживают вместе и фактически становятся совместными пользователями занимаемого жилого помещения, в котором находится предоставленная им жилая площадь, равноправными сонанимателями их назвать не представляется возможным. Каждый из нанимателей получил в пользование жилую площадь в общежитии на основании отдельного, заключенного исключительно с ним договора найма, согласно которому только он является ответственным по обязательствам в объеме предоставленной ему жилой площади в общежитии (а не солидарно, как в правовой конструкции сонанимателей), срок его пользования жилым помещением отличен и не зависит от сроков проживания других нанимателей. Поэтому состав участников (нанимателей) внутреннего отношения непостоянный.

Наниматели, проживающие в одном жилом помещении, вынуждены координировать осуществление своих жилищных прав и обязанностей с другими нанимателями, проживающими с ними в этом помещении и имеющими такие же права и обязанности, поэтому зачастую они не обладают ими в полном объеме. Правомочия нанимателей жилой площади в общежитии значительно ограничены в части прав по пользованию жилым помещением, так как у них возникает обязанность претерпевать факт проживания в данном помещении иных нанимателей. Наймодатель может в любое время, если позволяет площадь жилого помещения, подселить к проживающим в нем нанимателям другого нанимателя. Чем больше нанимателей проживает в жилом помещении, тем более ограничены условия реализации каждым из них жилищных прав и обязанностей. При этом полного совпадения перечней жилищных прав у нанимателей разных категорий, проживающих в одном жилом помещении в общежитии, может не быть, закон же делегирует им только жилищные обязанности, причем эти обязанности, аналогичны обязанностям, присущим нанимателям по договору социального найма.

Выходом здесь может стать закрепление на законодательном уровне возможности предоставления таким лицам занимаемого ими жилого помещения в бывших общежитиях в долевую собственность¹². Это позволит им достичь некоего соглашения по урегулированию прав на занимаемое ими жилое помещение (особенно при передаче жилого помещения в доме, ранее использовавшемся в качестве общежития, в муниципальную собственность), избрать приемлемый для всех вариант поведения. Особенно потребность в данном соглашении возникает в связи с непостоянством субъектного состава пользователей определенным жилым помещением в общежитии.

Все это обуславливает тот факт, что граждане, получающие жилую площадь в общежитии, не могут реализовать в полном объеме свое конституционное право на жилище. Впрочем, этого не происходит и в случае предоставления жилья в общежитии нанимателю и членам его семьи из-за временного и специализированного характера пользования данным видом жилья, а отсюда и зависимого положения в жилищном правоотношении в общежитии членов семьи нанимателя.

¹ Гонгалов Б.М. Основания изменения жилищных правоотношений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1984. С. 9.

² Басин Ю.Г. Вопросы советского жилищного права. Алма-Ата, 1963. С. 90.

³ Жилищный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 № 188-ФЗ (ред. от 31.12.2014) // Собрание законодательства РФ. 2005. № 1 (часть 1). Ст. 14.

⁴ См.: *Федеральный закон от 24.10.1997 № 134-ФЗ «О прожиточном минимуме в Российской Федерации»* (в ред. от 03.12.2012 № 233-ФЗ) / СЗ РФ. 1997. № 43. Ст. 4904.

⁵ *Комментарий к Семейному кодексу РФ* / под ред. П.В. Крашенинникова, П.И. Седугина. М., 1997. С. 2.

⁶ *Левушкин А.Н.* Теоретическая модель построения системы семейного законодательства Российской Федерации и других государств – участников Содружества Независимых Государств: дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2013. С. 17.

⁷ См.: *Левушкин А.Н.* Там же. С. 17.

⁸ *Серегин И.В.* Жилищные правоотношения в свете нового российского законодательства: автореф. дис. канд. юрид. наук. М., 2008. С. 9.

⁹ *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Кн. 2: Договоры о передаче имущества. М., 2000. С. 701 (автор главы – М.И. Брагинский).

¹⁰ *Научно-практический комментарий к Основам гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик.* / под ред. С.Н. Братуся, Е.А. Флейшиц. М., 1962. С. 152; *Гражданское право. Часть вторая: учеб.* 5-е изд. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2002. С. 230 (автор главы – Ю.К. Толстой).

¹¹ *Лаасик Э.Я.* Советское гражданское право. Часть особенная. Таллин, 1980. С. 129; Гонгалло Б.М. Структура жилищного обязательства // *Проблемы обязательственного права: межвуз. сб. науч. тр.* Свердловск, 1989. С. 130–131.

¹² Судебная практика уже идёт по такому пути. См.: *Судебная практика по гражданским делам. Брачно-семейные споры: практ. пособие.* М., 2011; *Заочное решение от 18.05.2009 Кировского районного суда г. Екатеринбурга по иску Быковой Н.В., Дроздовой Е.В. к Администрации г. Екатеринбурга о признании права долевой собственности на жилое помещение в порядке приватизации.*

Е.В. Князева

Университет Российской академии образования, г. Москва

К ВОПРОСУ О ПОНЯТИИ И ЗНАЧЕНИИ ДИСПОЗИТИВНОСТИ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

С реформированием гражданского законодательства, когда участникам правоотношений предоставлена немалая степень правовой свободы, актуализировался вопрос о диспозитивности в праве. Как отмечают А.Б. Монахов и Т.В. Ярошенко «в последние годы в правовой науке появляется интерес к вопросу субъективных гражданских прав и исполнения обязанностей, тесно связанному с проблемой диспозитивности»¹. Данное слова актуальны и по сей день, хотя высказаны были два десятилетия назад.

Как отмечал О.А. Красавчиков, «процессуальная наука подметила диспозитивность значительно раньше науки материально-правовой»². Однако и в гражданском праве велик интерес к диспозитивности, исследованию которой посвятили труды О.А. Красавчиков, Т.Н. Молчанова, В.Ф. Яковлев и др.

Поскольку понятие диспозитивности, принципа диспозитивности в нормативных правовых актах отсутствует, авторами по-разному оно трактуется.

Принцип диспозитивности в гражданском праве означает возможность участников регулируемых отношений самостоятельно, по своему усмотрению и в соответствии со своими интересами выбирать варианты соответствующего поведения³.

О.А. Красавчиков полагал, что содержанием диспозитивности является основанная на законе юридическая свобода (возможность) приобретения, реализации и распоряжения субъективными правами и обязанностями по своему усмотрению⁴. Так, с точки зрения Т.Н. Молчановой, диспозитивность представляет собой «юридическую свободу (возможность) субъектов гражданских правоотношений осуществлять свою правосубъектность, свои субъективные права (приобретать, реализовывать права или распоряжаться ими) и исполнять обязанности по своему усмотрению»⁵.

В данных определениях понятия «свобода» и «возможность» рассматриваются как синонимы, а диспозитивность – как юридическая свобода или возможность управомоченного лица осуществлять свою правосубъектность. Вместе с тем, понятия «свобода» и «возможность» синонимами не являются. С точки зрения С.И. Ожегова, свобода – это возможность проявления субъектом своей воли⁶, а возможность – это условие, средство, необходимое для осуществления чего-нибудь⁷. Поэтому, если считать, что диспозитивность – это юридическая свобода участников правоотношений в осуществлении своей правосубъектности, то здесь предполагаются действия по своему усмотрению управомо-

ченного лица, причем только его. Если же рассматривать диспозитивность как юридическую возможность лица осуществлять свою правосубъектность, то следует признать, что в данном случае имеются в виду условия (средства) осуществления правосубъектности. К ним следует отнести не только действия самого управомоченного, но и действия иных лиц, направленные на возникновение, осуществление и реализацию прав лица: действия законных представителей управомоченного, компетентных органов, которые в силу закона должны способствовать осуществлению права, когда сам управомоченный не в состоянии это сделать. Здесь можно говорить о диспозитивности в широком смысле слова, ибо диспозитивность в узком смысле – предполагает свободу лица на самостоятельные действия при осуществлении своих прав и исполнении обязанностей. Так, например, право малолетнего ребенка по приобретению наследства реализуется лишь при совершении определенных действий законным представителем, а отказ от наследства возможен при согласии органов опеки и попечительства.

Поэтому в данном примере можно вести речь о диспозитивности только как о юридической возможности реализации прав ребенка, а не о юридической свободе его действий по реализации своей правосубъектности.

Автор полагает, что диспозитивность целесообразно определить как возможность участников правоотношений осуществлять свою правосубъектность, свои субъективные права (приобретать, реализовывать, распоряжаться ими) и исполнять обязанности самостоятельно, по своему усмотрению в законодательно предусмотренных границах.

Понятие диспозитивности предполагает альтернативность: регулирование отношений либо в соответствии с волей участников правоотношения, либо по правилам, установленным законом. Поэтому можно выделить два элемента диспозитивности – это свобода выбора субъектами варианта поведения в правоотношении и правовая урегулированность самого отношения. Во многих работах, посвященных диспозитивности, принципу диспозитивности, акцентируется внимание на первом элементе, т.е., исследуется свобода участников, ее пределы, необходимость ограничения или расширения свободы. Однако второму элементу диспозитивности – урегулированности отношений, чрезвычайно важному для стабильности в имущественном обороте, уделяется значительно меньше внимания. Неурегулированность отношения порождает пробелы в праве, приводит к необходимости применять аналогию закона или права. Неубедительной является точка зрения, что детальная регламентация общественных отношений таит в себе негативный заряд и стремление все и вся урегулировать в тексте гражданско-правового закона способно свести на нет принцип диспозитивности частного права⁸. Правовая регламентация не может «убить» диспозитивность, ибо сама диспозитивность предполагает правовое регулирование. Предлагаемый в законодательном акте вариант регулирования отношений способен их упорядочить на случай, когда либо сами участники правоотношения по каким-либо причинам это не сделали, либо тогда, когда это невозможно сделать в силу особенности самого правоотношения. Отсутствие правового регулирования отношений порождает вопросы, ответить на которые порой невозможно.

Предположим, в договоре за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства предусмотрено несколько способов обеспечения его исполнения, например, поручительство и залог. Кредитор, не получивший желаемого исполнения от должника, вправе его требовать от поручителя и может получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества. В данной ситуации не исключена «чрезмерная защита» прав кредитора, если предоставленное ему имущество превысит то, которое положено при надлежащем исполнении обязательства. Можно ли считать данное обогащение неосновательным (гл. 60 Гражданского кодекса Российской Федерации)? Конечно, нет. Ибо основанием получения имущества является заключенный договор. Для предотвращения такого незаслуженного обогащения целесообразно было бы установить в законе определенное правило, которое регулировало бы отношение, если стороны в договоре не предусмотрели иное. Например, предусмотреть в законе очередность удовлетворения требований кредитора, предположим, сначала поручителем, а затем при неисполнении обязанности последним – из залогового обязательства.

Значение диспозитивности в праве переоценить трудно: она позволяет учесть многообразие отношений, ликвидировать пробелы в праве, субъекты с учетом своих интересов могут эффективно осуществлять правосубъектность.

¹ Монахов А.В., Ярошенко Т.В. Проблема диспозитивности в теории права // Государство и право: теория и практика. Калининград, 1996. С. 53.

² Красавчиков О.А. Диспозитивность в гражданско-правовом регулировании // Советское государство и право. 1970. № 1. С. 43.

³ См.: *Российское гражданское право: учебник*: в 2 т. / отв. ред. проф. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2011. Т. I. С. 76.

⁴ См.: Красавчиков О.А. Диспозитивность в гражданско-правовом регулировании // Советское государство и право. 1970. № 1. С. 46.

⁵ См.: Молчанова Т.Н. Диспозитивность в советском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1972. С. 6–7.

⁶ См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка. М.: Русский язык, 1984. С. 611.

⁷ Там же. С. 79.

⁸ Сазанова И.В. Об условиях применения запрета злоупотребления гражданским правом // Гражданское право. 2013. № 2. С. 15–17.

Г.В. Колодуб

Саратовская государственная юридическая академия, г. Саратов

К ВОПРОСУ СИСТЕМНОСТИ КАТЕГОРИЙ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Рассмотрение логико-философских и теоретико-правовых основ системности категориального аппарата гражданского права позволило нам выявить некоторые моменты проблематики.

Во-первых, было установлено отсутствие четкого и понятного научно-правового представления об категориальных субординационных связях дисциплин «большой» триады – философии, философии права, общей теории государства и права, по отношению к отраслевым правовым наукам, в нашем случае, гражданско-правовой науке. Наличие подобного пробела предопределяет образования научно-практических проблем, так как представляется, выделение свойства системности для категориального аппарата гражданского права вызвано, в том числе, и фактическим наличием целого перечня междисциплинарных основ построения и функционирования. Концептуальные связи, в результате своего установления способны положительно повлиять на уменьшение напряженности в рамках происходящей категориальной «борьбы», которая ведется между ранее обозначенными, взаимодействующими науками – философией, философией права, общей теорией государства и права и собственно теорией гражданского права.

Во-вторых, базовое (организационное) значение, которое имеет философия и общая правовая наука в отношении формирования категориальной совокупности частной науки, нами не подвергается сомнению, при этом вызвано подобное значение, в большей степени, с рядом междисциплинарных основ познавательного свойства. Одновременно с этим, именно выделяемые координационные связи дисциплин «большой» триады, заставляют утверждать об исключительности и самостоятельности системы категорий сложившейся в науке гражданского права.

В-третьих, общий механизм проведения исследовательской деятельности, в который так же включена и работа по категориальному обоснованию, содержательно не однороден, не однотипен. Дифференцированность научно-гуманитарного познания в купе с разнообразием предметно-объектных явлений, приводит к образованию новых знаний не только внутри научных областей, но и на их стыке. При этом как процессы движения, так и оборота знаний должны опираться на правила, которым будут подчинены все исследовательские знания одного типа, в нашем случае социально-гуманитарного. Утверждая о правилах, можно вести речь о двух группах таковых. Первые, обращены к работе по наращиванию доктринального массива знаний, в этом случае следует говорить о внутрисистемном свойстве подобных положений, когда анализируются процессы научного поиска, оформления и применения ценных теоретических и эмпирических данных. Вторые, в свою очередь, обращены к процессам оборота, взаимодействия со смежными, однопорядковыми и близкими научными положениями, знаниями. В этом случае уместно обращать внимание на междисциплинарное свойство подобных правил.

В-четвертых, категориальный аппарат для любой социально-гуманитарной науки, выступает опорным положением при организации процессов получения нового знания о явлениях, обнаруживаемых в соответствующих областях жизнедеятельности. При этом между категориальным инструментарием – формой знаний и жизненными явлениями – содержанием знаний, существует диалектическая связь. Зависимость содержания от формы и формы от содержания приводит к «специализации» знаний, что отмечается в том случае, когда отдельные знания об однопорядковых явлениях укрупняются, объединяясь в совокупности знаний. В том числе и поэтому, понимая форму (категориальный аппарат), как способ «мышления, отражающий общие и существенные свойства, связи и отношения предметов и явлений»¹, нами делается концептуальный вывод. Области социально-гуманитарных знаний, для которых можно выделить самостоятельный объект познания, находятся в процессе формирования

своей специализированной категориальной системы или, например, как наука гражданского права, достигли подобного уровня развития своей совокупности знаний.

И, наконец, в-пятых, обоснование категориальных вопросов, в частности, вопросов междисциплинарной связанности социально-гуманитарных наук, обращено к выяснению способов решения проблем введения и проверки знаний в области правоведения. Именно востребованность отдельных положений науки в подобных процессах познания, которые становятся производными, факультативными по отношению к процессам обнаружения нового знания, позволяет установить востребованные практикой мыслительные, междисциплинарные действия.

Учитывая обозначенные общие выводы, считаем, что логичность и структурность категориальной системы гражданского права, следует связывать с теоретической осведомленностью и фактическим формированием *концептуальных характеристик*. Такими характеристиками должны становиться:

1) элементная, в рамках которой должно предлагаться описание всех компонентов категориальной системы, существующих на момент научного обращения к ней. Элементная совокупность, сопряженная с природой и количеством образованных элементов предопределяет (моделирует) структуру системных связей («система представляет собой ограниченное множество взаимодействующих между собой элементов»²), при этом, «элементы – материальный носитель связей и отношений, составляющих структуру системы»³. Отдельный элемент – это неделимый компонент системы при соответствующем способе его рассмотрения;

2) структурная, которая в полном объеме должна раскрывать возможные варианты связей и взаимодействий элементов *внутри* категориальной системы. При этом, «как бы значительна ни была роль структуры в обуславливании природы системы, первенствующее значение принадлежит все-таки элементам»⁴. Отраженная общность устойчивых отношений между отдельными компонентами системы, раскрытая структура способны показывать как организацию, соподчиненность этих компонентов и их пространственное расположение, так условия осуществляемого в будущем перераспределения познавательных данных. В этой связи структурная градация цивилистической категориальной системы, представляет собой модель закономерных и взаимообусловленных связей, не противостоящих друг другу элементов, среди которых особое значение приобретают связи предопределяющие образование («синтез») новых знаний;

3) интегративная, которая позволяет выявить имеющиеся междисциплинарные связи между компонентами самостоятельных категориальных систем отдельных наук. Не изолированное обращение знаний позволяет отдельным категориальным системам участвовать в процессах апробации, обмена получаемых знаний, тем самым происходит совершенствование и развитие систем, а также общее увеличение объема социально-гуманитарного знания. Можно говорить о модернизации соответствующих знаний, т.е. о переходе «от состояния относительно неопределенной и несвязанной однородности к состоянию относительно определенной и связанной разнородности через последовательные процессы дифференциации и интеграции»⁵.

4) функциональная, которая отражает основные функции, выполняемые в целом изучаемой системой, о значении в этой связи отдельных компонентных образований, так как именно за счет внутреннего потенциала отдельных подсистем формируется функциональный набор всей категориальной конструкции.

В самом общем виде функциями категориальной системы гражданского права должны считаться:

а) *концептуально-описательная*, которая обусловлена тем, что в рамках нее должно формироваться представление о теоретических началах, об общем понимании отдельных инструментных образования – понятиях и категориях, о правилах обращения научных знаний, в итоге позволяя конкретному ученому достигать необходимой степени осведомленности о статусе и значении исследуемого нами образования, позволяя делать вывод о характере отражения особенностей развертывания научных процессов в частно-правовой области знаний;

б) *оценочно-объяснительная*, которая обусловлена тем, что в рамках нее, во-первых, должна предлагаться целостное представление о феномене категориального инструментария применительно к осуществляемой конкретной, гражданско-правовой деятельности, как в научной, так и практической плоскости. Во-вторых, должна предлагаться адекватная оценка того, в какой мере целостный категориальный феномен, его отдельные компоненты, оказывают воздействие на общие образования гражданской науки – предмет, метод, институты и на частые, правоотношение, норма и др. Одновременно с этим, в содержание данной функции нами включается работа по освещению особенностей действия категориальных правил, свойственных категориальному механизму науки гражданского права;

в) *мировоззренческо-идеологическая*, посредством которой должно происходить обращение внимания на важность включенности разных представителей научного сообщества, осуществляющих исследование гражданско-правовых явлений, не только в процесс восприятия и усвоения, существующих в обществе ценностей и норм, но и в процесс осознания особенностей проявления данных генерирующих начал формирования личности, в конкретных товарно-денежных отношениях;

г) *историко-ценностная* обусловлена тем, что данное образование (система категорий) отвечает за сохранение и воспроизведение знаний на всем протяжении развития конкретной науки. Перенос научного материала в истинном не искаженном виде, не только позволяет поддерживать целостность изучаемой нами науки, но и предопределяет ее самостоятельный статус. За счет отбора наиболее ценного и востребованного категориального материала, аккумулярование его в рамках своего системного образования, цивилистической наука создает условия для воспроизводства новых знаний. Образовывающиеся знания в общем виде формируются на основе устоявшихся постулатов, в том числе и категориальных, тем самым не допуская размывание предметной области науки, а в частном виде своего содержания данные знания, если они содержат новые положения, могут претендовать на статус ценных научных знаний;

д) *коммуникативная* обусловлена тем, что через описываемое нами правовое образование происходит передача, прием и первичное осмысление научной информации, которая предлагается иными научными образованиями. Обслуживая область науки гражданского права, предопределяя (наряду с предметом и методом) ее самостоятельность и целостность, категориальная система отвечает за оптимизацию междисциплинарных процессов, тем самым позволяя происходить движению знаний, как из области гражданского права, так и в область. Тем самым можно утверждать, что определенность и четкость осознания общих условий функционирования категориальной системы гражданского права – это одно из оснований динамики развития не только частной науки, но и иных наук, которые черпают эмпирические данные для своих познавательных процессов. Степень использования отдельными науками эмпирических знаний из области гражданского права различная, но есть такие области, для которых следует выделять весьма высокую степень восприятия материала, примером будет становиться область общей теории государства и права;

е) *синтезирующая*, которая обусловлена тем, что данное научное, правовое образование не только обслуживает исследовательские процессы внутри и на границе гражданского права, но и само является научным по природе. За счет комплексного представления о своей структуре, о действии категориального аппарата и отдельных компонентных инструментах, за счет фактической апробации категориального механизма, например, в рамках категориального определения, категориальной проверки, категориальных трансфертов и ряда других проявления, формирует познавательный материал, становясь знанием цивилистического свойства;

Таким образом, применительно к работе по поиску решения проблем связанных с изучением категориальной системы гражданского права, одним из главных направлений подобной научно-исследовательской деятельности следует признать установление положений объясняющих процессы образования и воспроизведения знаний применительно к изучаемым отраслевым объектам. Однако скорейшее разрешение подразумеваемых проблем сильно тормозиться из-за отсутствия сугубо цивилистических разработок в отношении категориальных вопросов.

¹ *Словарь русского языка*: АН СССР, Ин-т. рус. яз. В 4-х т. / под. ред. А.П. Евгеньевой. 3-е изд. Стереотип. М.: Русский язык, 1986. Т. 3 (П-Р). С. 290.

² *Аверьянов А.Н.* Системное познание мира. М.: Политиздат, 1985. С. 43.

³ *Алексеев П.В., Панин А.В.* Философия: Учебник. 3-е изд., пер. и доп. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2003. С. 125.

⁴ *Алексеев П.В., Панин А.В.* Указ. соч. С. 126.

⁵ Цит. по: *Рулан Н.* Юридическая антропология. М.: Издательство НОРМА, 2000. С. 32.

К.И. Коробко

Сыктывкарский государственный университет, г. Сыктывкар

РЕКЛАМНЫЙ СЛОГАН КАК ОБЪЕКТ АВТОРСКОГО ПРАВА: РОССИЙСКИЙ И ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

В процессе становления и развития рыночной экономики и конкуренции все более актуальным становится развитие правового регулирования отдельных аспектов в сфере рекламы. Одним из эф-

фактивных способов продвижения товаров на рынке является использование рекламных слоганов. В нормах действующего законодательства отсутствует легальное закрепление понятия «рекламный слоган». Представляется, что рекламный слоган – это ключевая лаконичная фраза, характеризующая рекламируемый продукт, отражающая основные положительные свойства объекта рекламы, служащая для привлечения внимания к нему на соответствующем рынке сбыта.

Весьма интересным является анализ законодательства различных стран в части отнесения рекламного слогана к объекту авторских прав.

В статье 1259 Гражданского кодекса Российской Федерации дается исчерпывающий перечень объектов авторских прав, среди которых отсутствует такой объект, как рекламный слоган. Вместе с тем законодателем и не закрепляется, что рекламный слоган не относится к объектам авторского права. Согласно позиции Федерального арбитражного суда Московского округа, выраженной в постановлении от 19.01.2010 № КГ – А41/13081-09 рекламный слоган может быть признан в качестве объекта авторского права в случае если он отвечает следующими признакам: творческий характер, должен быть оригинальным и неповторимым, а также выражается в какой-либо объективной форме (письменной, в форме изображения, звуко- или видеозаписи, объемно-пространственной форме и пр.)¹.

Таким образом, на основе норм действующего российского законодательства и правоприменительной практики можно сделать вывод, что рекламный слоган может выступать в качестве объекта авторских прав.

Интересным представляется анализ механизмов охраны рекламного слогана в зарубежных странах. Так, в Великобритании допускается защита коротких фраз, в том числе рекламных слоганов. Основными формами защиты выступает, во-первых, авторское право, т.е. слоган защищается в качестве оригинального литературного произведения; во-вторых, слоган защищается как коммерческое обозначение. Как отмечает А. Дурант, слоган может не защищаться вовсе, или защищаться двумя формами защиты. Чтобы рекламный слоган получил режим объекта авторского права, необходимо соблюдение двух условий: он должен быть результатом творческой деятельности и оригинальным².

В законодательстве Германии и Франции предусмотрена охрана произведений с незначительным уровнем творческого характера в качестве объектов авторского права. Данные произведения получили в западной литературе название «*kleine Munze*» (букв. с нем. – «мелкая монета», «*small change*» (букв. с англ. – «небольшие изменения»), «*works of low authorship*» (букв. с англ. – «произведения с низким (незначительным) авторством»), «*petite monnaie*» (букв. с фр. – «мелкая монета»). Данное понятие традиционно применяется к интеллектуальным продуктам с крайне незначительной творческой составляющей, которая дает основания расположить их как раз на нижней границе авторско-правовой охраноспособности³. В частности, к таким объектам можно отнести рекламные слоганы.

В законодательстве Франции предъявляются заниженные требования к «*petite monnaie*». Суд не выясняет, насколько в рекламном слогане выражена личность автора, насколько слоган является своеобразным и неповторимым, он должен обладать критерием новизны, которая определяется посредством сравнения с уже существующими интеллектуальными продуктами на предмет установления их сходств и отличий. Как отмечает А.В. Кашанин, лишь откровенно банальные произведения, когда у создателей отсутствует возможность проявить творчество при их создании, признаются неохраноспособными⁴.

Германская практика также выработала условия, при которых рекламный слоган признается произведением с незначительным уровнем творческого характера. Решение суда о признании рекламного слогана в качестве «*kleine Munze*» зависят от того, насколько широки возможности авторов по созданию данного произведения в оригинальной форме и насколько велика вероятность их независимого повторения, а также от уровня творческого характера слогана⁵. Таким образом, в Германии для охраны рекламного слогана как объекта авторского права выдвигаются два условия – творческий характер и оригинальная форма выражения.

Диаметрально противоположная точка зрения относительно определения рекламного слогана в качестве объекта авторских прав сложилась в ряде других стран.

Например, в США рекламный слоган не рассматривается в качестве объекта авторского права. Так, согласно разъяснению Бюро регистрации авторских прав США (The U.S. Copyright Office) авторское право не защищает имена, названия или короткие фразы. Охрана не предоставляется, даже если имя, заголовок, короткая фраза являются оригинальными, имеют различительную способность или представляют собой игру слов. Бюро регистрации авторских прав не может регистрировать заяв-

ления о предоставлении авторских прав на короткие сочетания слов, в том числе на слоганы. Однако слоган может быть защищен в качестве товарного знака⁶.

Неохраняемость авторским правом рекламных слоганов была подтверждена в вынесенном американским судом решении по иску «Takeall» к «PepsiCo Inc». Так, суд постановил, что рекламный слоган «You got the right one, Uh-Huh» компании «Takeall» не охраняется авторским правом и используемый ответчиком схожий слоган «You got the right one Baby, Uh-Huh» не может рассматриваться как нарушение авторских прав⁷.

Похожая ситуация складывается в Индии, согласно законодательству которой рекламный слоган не подлежит охране авторским правом, однако по смыслу ст. 30(2)(а) Закона о товарных знаках может быть зарегистрирован в качестве товарного знака⁸.

Таким образом, рекламный слоган является весьма спорной категорией, вызывающей полярные мнения законодателей разных стран с точки зрения отнесения его к объекту авторского права. Как следствие, законодательством разных стран устанавливаются различные механизмы правовой защиты рекламного слогана.

¹ *Постановление* ФАС Московского округа от 19.01.2010 № КГ-А41/13081-09 по делу № А41-11030/09. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»

² Durant A. To Protect or not to Protect? The Eligibility of Commercially-used Short Verbal Texts for Copyright and Trade Mark Protection // IP Quarterly. 2011. № 4. P.360.

³ *Кашанин А.В.* Минимальные стандарты охраноспособности произведений в практике французских судов // Вестник Арбитражного суда города Москвы. 2009. № 5. С. 11.

⁴ *Кашанин А.В.* Минимальный уровень творческого характера произведений в авторском праве Франции // Право. 2010. № 1. С. 115–120.

⁵ *Кашанин А.В.* Минимальный уровень творческого характера произведений в авторском праве Германии // Законодательство и экономика. 2009. № 12. С. 48–53.

⁶ URL: <http://www.copyright.gov/help/faq/faq-protect.html> (дата обращения: 20.05.2015).

⁷ Bruce A. Lehman. Intellectual Property and the National Information Infrastructure. A Preliminary Draft of the Report of the Working Group on Intellectual Property Rights. Information infrastructure task force. Washington D C July. 1994. URL: <http://thecopyfight.files.wordpress.com/2008/10/38.pdf>. (дата обращения: 20.05.2015).

⁸ *Rachna Bakhru.* New forms of branding: the sky's the limit? // World Trademark Review. 2013. August/September P. 104.

Д.С. Ксенофонтова

*Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве
Российской Федерации, г. Москва*

ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ СЕМЕЙНО-ПРАВОВЫХ И ГРАЖДАНСКО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ГАРАНТИЙ В ОБЕСПЕЧЕНИИ ПРАВ И ИНТЕРЕСОВ СТОРОН АЛИМЕНТНОГО ПРАВООТНОШЕНИЯ

Права и интересы сторон алиментного правоотношения обеспечиваются правовыми гарантиями различной отраслевой природы. К ним относятся семейно-правовые, гражданско-правовые, гражданско-процессуальные, исполнительно-процессуальные, конституционно-правовые, налогово-правовые, административно-правовые, уголовно-правовые и другие обеспечительные средства. Такое «отраслевое разнообразие» обусловлено сочетанием частных и публичных интересов, наличием слабой алиментоуправомоченной стороны, а также социально значимой целью алиментирования, в качестве которой выступает удовлетворение разумных жизненно важных потребностей получателя алиментов.

Безусловно, ключевая роль в реализации и защите алиментных прав и исполнении корреспондирующих им обязанностей отведена семейно-правовым гарантиям, которые в наибольшей степени учитывают специфику и целевое назначение института алиментирования. Правовые гарантии иной отраслевой принадлежности призваны дополнить их или обеспечить их реализацию. Однако это возможно лишь при наличии между обеспечительными правовыми средствами слаженных межотраслевых связей, под которыми М.Ю. Челышев понимал «отношения взаимной зависимости, обусловленности и общности между различными правовыми отраслями»¹.

В сфере алиментирования тесно взаимосвязаны семейно-правовые и гражданско-процессуальные гарантии. Это подтверждается, в частности, нормативным закреплением некоторых

гражданско-процессуальных гарантий в нормах Семейного кодекса Российской Федерации². В качестве примера можно обозначить взыскание алиментов до разрешения спора судом (ст. 108 СК РФ). В определении Судебной коллегии по гражданским делам Верховного суда Российской Федерации от 15 октября 2013 г. № 80-КГ13-10 оно квалифицируется как предусмотренная законом мера по обеспечению иска о взыскании алиментов (ст. 140 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации³). При этом также отмечается, что такая мера является «дополнительной законодательно установленной гарантией прав несовершеннолетних на получение содержания в период судебного рассмотрения спора о взыскании алиментов»⁴.

Вместе с тем касательно института алиментирования нормативное выражение в нормах СК РФ находят преимущественно исполнительно-процессуальные гарантии. В научной литературе они все чаще рассматриваются в качестве отдельной группы, что обусловлено обоснованием самостоятельности отрасли исполнительного процессуального права⁵. Оставляя в стороне полемику в науке по этому вопросу, позволим себе в рамках данной работы обозначить некоторые исполнительно-процессуальные гарантии вследствие их «генетического» родства с гражданским процессом. В частности, такими гарантиями являются придание соглашению об уплате алиментов силы исполнительного листа (п. 2 ст. 100 СК РФ), обращение взыскания на имущество алиментобязанного лица (ст. 112 СК РФ), взыскание задолженности по алиментам (ст. 113 СК РФ), обжалование действий судебного исполнителя (п. 5 ст. 113 СК РФ).

В свою очередь взаимодействие семейно-правовых и гражданско-процессуальных гарантий необходимо учитывать в рамках современного реформирования и совершенствования соответствующих отраслей законодательства⁶. Так, в Концепции единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации отмечается, что «правовая регламентация приказного производства себя оправдала», о чем свидетельствуют статистические данные⁷. Это справедливо также в отношении дел о взыскании алиментов на несовершеннолетних детей, подавляющее большинство которых «рассматривается мировыми судьями в порядке приказного производства»⁸. В связи с этим удивительным и недопустимым представляется отсутствие в СК РФ какого-либо упоминания о судебном приказе как одном из средств формализации алиментных обязательств, что в значительной мере снижает уровень правовых гарантий, предоставляемых сторонам алиментирования.

Особого внимания реформаторов заслуживает также такая гражданско-процессуальная гарантия в сфере алиментирования, как альтернативная подсудность для исков о взыскании алиментов (ч. 3 ст. 29 ГПК РФ). Судебная практика не отличается единообразием в вопросе о допустимости ее распространения на иски о взыскании средств, предоставляемых на покрытие дополнительных расходов, вызванных исключительными обстоятельствами (ст. 86, 88 СК РФ). Обоснованной представляется позиция, изложенная в Постановлении Президиума Санкт-Петербургского городского суда от 3 июня 2009 г. № 44г-85/09, согласно которой средства на покрытие дополнительных расходов являются собой разновидность алиментных платежей, а потому при обращении в суд для их взыскания применению подлежат нормы ст. 29 ГПК РФ об альтернативной подсудности⁹.

Вывод позволяет прийти к более общему заключению о возможности применения к отношениям по участию в несении дополнительных расходов других процессуальных гарантий в сфере алиментирования. Однако следует констатировать, что такое применение имеет определенные границы. В частности, речь идет о том, что соглашение об участии в несении дополнительных расходов не может иметь силы исполнительного листа по аналогии с соглашением об уплате алиментов, ибо в ст. 12 федерального закона от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве»¹⁰ среди исполнительных документов оно не указывается.

Общим направлением реформирования и совершенствования гражданского процессуального и семейного законодательства является укрепление альтернативных способов разрешения споров и примирительных процедур. Это в полной мере относится и к применению процедуры медиации по спорам, вытекающим из семейных правоотношений. Вместе с тем для ожидаемого укрепления и распространения процедуры медиации необходимо определить правовую природу медиативных соглашений, заключаемых сторонами по семейно-правовым спорам. Если процедура медиации инициирована после начала судебного разбирательства (судебная медиация), то согласно п. 3 ст. 12 федерального закона от 27 июля 2010 года № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»¹¹ (далее – ФЗ о ПМ) медиативное соглашение утверждается судом в качестве мирового соглашения, а это предполагает его соответствие требованиям закона, правам и законным интересам третьих лиц (ч. 2 ст. 39 ГПК РФ). Однако в случае внесудебной медиации какой-либо однозначности нет, что в значительной мере препятствует правовому гарантированию алиментных прав и обязанностей. На наш взгляд, по аналогии с медиативными соглашениями

ми по спорам, возникающим из гражданских правоотношений, которые обладают гражданско-правовой природой, медиативные соглашения по семейно-правовым спорам необходимо квалифицировать в качестве семейно-правовых соглашений. Это вытекает, во-первых, из самостоятельности семейно-правовых споров, их отличия от гражданско-правовых конфликтов (п. 2 ст. 1 ФЗ о ПМ); во-вторых, из необходимости приоритетного применения к таким медиативным соглашениям норм семейного законодательства, в том числе норм-гарантий; в-третьих, из невозможности применения к ним правил гражданского законодательства, указанных в п. 4 ст. 12 ФЗ о ПМ, поскольку они, как правило, противоречат существу семейных отношений.

В целом к медиативным соглашениям по спорам, вытекающим из алиментных правоотношений, следует применять нормы об алиментировании, прежде всего об алиментном соглашении. Однако это не предполагает отождествления двух обозначенных соглашений, ибо исполнение медиативного соглашения базируется на принципах добровольности и добросовестности, оно не подлежит нотариальному удостоверению и не имеет силы исполнительного листа (ст. 12 ФЗ о ПМ).

В свою очередь повышению целесообразности и эффективности процедуры медиации в урегулировании правовых споров могло бы послужить ее завершение заключением таких соглашений и договоров, которые прямо предусмотрены и урегулированы соответствующим отраслевым законодательством. Иными словами, процедура медиации по спорам, возникающим из алиментных обязательств, должна завершаться заключением именно соглашения об уплате алиментов, что способствует учету специфики алиментирования и исключает возникновение препятствий для действенного гарантирования алиментных прав и интересов.

Таким образом, необходимым и своевременным является формирование сбалансированного взаимодействия семейно-правовых и гражданско-процессуальных гарантий в обеспечении прав и интересов сторон алиментного правоотношения, которое вполне может быть достигнуто в рамках модернизации семейного и гражданско-процессуального законодательства.

¹ *Чельшев М.Ю.* Система межотраслевых связей гражданского права: цивилистическое исследование: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук.

² *Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 года № 223-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16.*

³ *Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 года № 138-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532.*

⁴ *Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 15 октября 2013 года № 80-КГ13-10 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2014. № 7.*

⁵ См.: *Валеев Д.Х.* Система процессуальных гарантий прав граждан и организаций в исполнительном производстве. М.: Статут, 2009. С. 27–32.

⁶ См.: *Проект Концепции совершенствования семейного законодательства.* Официально не опубликован. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷ *Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации.* Одобрена решением Комитета по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству ГД ФС РФ от 8 декабря 2014 г. № 124(1). Официально не опубликована. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸ *Обзор судебной практики по делам, связанным со взысканием алиментов на несовершеннолетних детей, а также на нетрудоспособных совершеннолетних детей.* Утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 13 мая 2015 года. Официально не опубликован. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁹ См.: *Постановление Президиума Санкт-Петербургского городского суда от 3 июня 2009 г. № 44г-85/09.* Официально не опубликовано. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁰ *Федеральный закон от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» // СЗ РФ. 2007. № 41. Ст. 4849.*

¹¹ *Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» // СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4162.*

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРИНЦИПА СВОБОДЫ ДОГОВОРА В ЧАСТИ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ДОГОВОРНЫХ УСЛОВИЙ

Современное гражданское законодательство, регулирующее договорные отношения, а также практика его применения позволяют обозначить ряд проблем, касающихся реализации принципа свободы договора.

Одним из элементов принципа свободы договора является право контрагентов включать в договор любые условия, не противоречащие императивным нормам закона или иных правовых актов. В связи с этим возникает проблема определения характера правовой нормы, устанавливающей договорные условия, а также права и обязанности сторон.

Нельзя не заметить, что достаточно длительный период времени ни в теории гражданского права, ни в судебной практике не возникало особых проблем в определении характера правовой нормы, регулирующей соответствующие отношения. Исходя из положения ч. 4 ст. 421 ГК РФ при наличии в норме права выражения «поскольку соглашением сторон не установлено иное», она всегда признавалась диспозитивной. Что же касается императивных норм, то отсутствие ссылки в норме права на возможность предусмотреть в договоре иное должно было свидетельствовать об ее безусловной обязательности для контрагентов.

Такой же позиции придерживалась и судебная практика при разрешении гражданско-правовых споров. В последние же годы наметилась явно выраженная тенденция изменения самого подхода к квалификации правовых норм, регулирующих договорные отношения, как императивных или диспозитивных. В связи с этим можно наблюдать определенные проблемы в практике их применения.

Одной из таких проблем является, например, проблема определения характера нормы п. 3 ст. 614 ГК РФ. Долгое время как в теории, так и в судебной практике императивный характер указанной нормы в части невозможности изменения размера арендной платы даже по соглашению сторон чаще, чем один раз в год, не подвергался сомнению. Данное обстоятельство было обусловлено как минимум двумя причинами: во-первых, норма п. 3 ст. 614 ГК РФ содержит явно выраженный запрет на изменение арендной платы чаще, чем один раз в год; во-вторых, явно прослеживается цель такого законодательного регулирования арендных отношений – обеспечить защиту имущественных интересов арендатора как зависимой стороны в переговорном процессе.

В современном подходе судебно-арбитражной практики к решению данного вопроса норму п. 3 ст. 614 ГК РФ принято считать в целом диспозитивной, позволяющей сторонам договора аренды изменять арендную плату по своему соглашению чаще, чем один раз в год (см. п. 21 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 17 ноября 2011 г. №73 «Об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского Кодекса Российской Федерации о договоре аренды»), что, по нашему мнению, является нарушением законодательства.

Вызывает вопросы и проблема квалификации нормы ст. 319 ГК РФ, предусматривающей очередность погашения долга по денежному обязательству. Судебное толкование указанной правовой нормы, по сути, меняет ее содержание, добавляя четвертую очередь, в которую входят проценты за неправомерное пользование чужими денежными средствами, а также неустойка, а, кроме того, устанавливает и императивный ее характер в этой части, не допуская возможности сторонам предусмотреть в договоре условие о том, что проценты за неправомерное пользование чужими денежными средствами, равно как и неустойка, подлежат погашению до суммы основного долга (см. Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 20 октября 2010 г. №141 «О некоторых вопросах применения положений ст. 319 Гражданского Кодекса Российской Федерации»). Представляется, что судебное толкование содержания определенной правовой нормы не должно являться основанием изменения ее характера, установленного законодателем. Также следует обратить внимание на отсутствие в законодательстве запрета на включение в договор такого условия и право сторон устанавливать права и обязанности при заключении договора в своем интересе (ст.1 ГК РФ).

В судебной практике возникают некоторые вопросы применения ст. 632 и ст. 642 ГК РФ, регулирующих договоры аренды транспортных средств как с экипажем, так и без экипажа. Нормы указанных статей, предусматривающих правило о том, что к договорам аренды транспортного средства правила о возобновлении договора на неопределенный срок и о преимущественном праве арендатора

на заключение договора аренды на новый срок принято считать императивным, поскольку не указано, что в договоре аренды может быть предусмотрено иное. Вместе с тем очевидно, что предоставление таких прав арендатору по условиям договора никоим образом не нарушает какие-либо явно выраженные запреты, не нарушает баланс имущественных интересов сторон, не затрагивает права и законные интересы третьих лиц. Кроме того, как представляется, не прослеживается явно цель такого законодательного регулирования. Ввиду указанных обстоятельств, на наш взгляд, в договорах аренды транспортных средств как с экипажем, так и без экипажа следовало бы предусмотреть право сторон включать в него условия о возобновлении договора на неопределенный срок и право, предусмотренное ст. 621 ГК РФ. Для аренды отдельных видов транспортных средств могут быть предусмотрены специальные правила¹.

Несмотря на императивный характер нормы ч.1 ст. 622 ГК РФ, предусматривающей обязанность арендатора вернуть арендодателю имущество в том состоянии, в котором он его получил, с учетом нормального износа или в состоянии, обусловленном договором, в правоприменении возникают вопросы о возможности включения в договор условия о праве арендодателя не принимать арендованное имущество, если арендатор возвращает его в состоянии, не отвечающем требованиям ст. 622 ГК РФ. Представляется возможным включение такого условия в договор аренды по усмотрению сторон. Квалифицировать это условие возможно было бы как договорный способ обеспечения исполнения обязательства арендатором по возврату имущества, поскольку, с одной стороны, оно стимулирует арендатора к надлежащему исполнению им своего обязательства (обязан вносить арендную плату за все время нахождения у него данного имущества), с другой – устанавливает дополнительную гарантию защиты интересов арендодателя.

Несмотря на широкое обсуждение проблемы включения в предварительный договор соглашения о задатке, как в теории гражданского права, так и в судебной практике указанная проблема остается нерешенной. Обращает на себя внимание тот факт, что в новой редакции ст. 429 ГК РФ отсутствует указание на возможность обеспечения исполнения обязательств по предварительному договору задатком, хотя в проекте изменений такое дополнение предполагалось. Не вдаваясь в анализ указанной проблемы (она и так получила довольно широкое обсуждение как в теории гражданского права, так и в судебной практике), полагаем, что задаток в предварительном договоре возможно квалифицировать как договорную неустойку, поскольку в данном соглашении он выполняет именно и только «неустойчную» функцию.

Введение в действие с 1 июня 2015 г. ст. 431.1 ГК РФ, предусматривающей возможность установления договорных последствий недействительности гражданско-правового договора как сделки, на наш взгляд, влечет за собой необходимость изменения характера определенных норм ст. 167 ГК РФ. Очевидно, что при установлении по соглашению сторон последствий недействительности договора (например, прекращение обязательства по возврату полученного по недействительной сделке отступным (ст. 409)), такой договор породит юридические последствия иные, чем те, которые связаны с его недействительностью. Поэтому императивный характер нормы ч. 1 ст. 167 ГК РФ, по нашему мнению, необходимо изменить на диспозитивный, добавив после слов «...и недействительна с момента ее совершения» слова «если иное не предусмотрено дву- и многосторонними сделками с участием субъектов предпринимательской деятельности».

По этой же причине необходимо норму ч. 2 ст. 167 ГК РФ с императивной изменить на диспозитивную, добавив после слов «...если иные последствия недействительности сделки не предусмотрены законом», слова «а в сфере предпринимательской деятельности и договором». Дополнения, на наш взгляд, необходимы с целью установления согласованности между общими положениями о недействительности сделок и специальными правилами о недействительности договоров.

¹ *Вавилин Е.В.* Договор аренды транспортных средств // Пермский конгресс ученых-юристов: тез. докл. междунар. науч.-практ. конф. (г. Пермь, Перм. ун-т, 22 октября 2010 г.) / Перм. гос. ун-т. Пермь, 2010. С. 189.

О.А. Кузнецова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПОНИМАНИЕ ДОБРОСОВЕСТНОСТИ В РОССИЙСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

В ГК РФ получил нормативное закрепление принцип добросовестности участников гражданских правоотношений. Федеральным законом от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ «О внесении измене-

ний в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» статья 1 кодекса была дополнена еще одним принципом гражданского права: «При установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно. Никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения».

В Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации необходимость закрепления принципа добросовестности объяснялась тем, что «развитие экономики и становление гражданского общества требуют использовать все возможные меры и средства гражданского законодательства, чтобы обеспечить добросовестное и надлежащее осуществление гражданских прав и исполнение гражданских обязанностей», при этом «в ГК отсутствует указание на такой общий принцип гражданского права, как добросовестность. Встречающиеся в ГК указания на добросовестность поведения субъектов отдельных правоотношений недостаточны для эффективного правового регулирования».

Добросовестность как гражданско-правовая категория и до и после указанных изменений кодекса находится под пристальным вниманием цивилистической доктрины и практики.

При определении принципа добросовестности необходимо различать добросовестность в объективном и субъективном смыслах.

Добросовестность в объективном смысле – это набор нравственных ценностей, система представлений о нравственном поведении человека (порядочность, совесть, заботливость, честность, уважение и проч.). Именно в таком понимании принцип добросовестности используется при аналогии права (ст. 6), а также при разрешении спора между сторонами договора пожизненного содержания с иждивением об объеме содержания, когда суд должен руководствоваться принципом добросовестности (ст. 602).

Требование соответствовать нравственным представлениям о добре содержится во множестве статей ГК РФ. Так, лицо, которое уполномочено выступать от имени юридического лица, должно действовать добросовестно (ст. 53), лицо, имеющее фактическую возможность определять действия юридического лица, обязано действовать добросовестно (ст. 53.1), ликвидационная комиссия обязана действовать добросовестно (ст. 62), арендатор должен добросовестно осуществлять улучшения арендованного предприятия (ст. 662).

В этих случаях поведение, противоречащее нравственным ценностям, будет считаться неправомерным, и влечь соответствующие санкции. Недобросовестность здесь признак противоправности.

Добросовестность в субъективном смысле – это осознание участником гражданских правоотношений нравственности своего поведения, что чаще всего проявляется в его неосведомленности об определенных обстоятельствах.

Добросовестность в таком смысле обнаруживается в характеристиках субъектов гражданских отношений: лицо, добросовестно полагающееся на данные единого государственного реестра юридических лиц (ст. 51), добросовестный член коллегиальных органов юридического лица, не принимавший участия в голосовании (ст. 53.1), лицо, добросовестно полагавшееся на правопреемство юридического лица (ст. 60.2), лицо, которое, действуя добросовестно, осуществило переработку для себя (ст. 220), лицо, добросовестно владеющее имуществом (ст. 234), добросовестный приобретатель (ст. 147.1, 302), добросовестный залогодержатель (ст. 335) и др.

В некоторых из перечисленных статей ГК РФ законодатель «расшифровывает» понятие добросовестности. В частности, добросовестный приобретатель – это тот, кто не знал и не мог знать, что приобретает имущество у лица, которое не имело права его отчуждать (ст. 302). Аналогично определяется добросовестный залогодержатель – это тот, кто не знал и не должен был знать о том, что вещь передана в залог лицом, которое не являлось ее собственником или иным образом не было надлежаще управомочено распоряжаться имуществом (ст. 335). Подобное понимание добросовестности известно со времен римского права: «Считается, что добросовестным покупателем является тот, кто не знал, что данная вещь – чужая, или считал, что тот, кто продал ему вещь, имеет право продажи...» (D. 50.16.109). В этих случаях добросовестность, получая легальное определение, теряет значение оценочного понятия в гражданском праве.

В других случаях определение добросовестности как характеристики субъектов права будет наполняться судом прежде всего при помощи цивилистической доктрины и формирующейся судебной практики, очевидно, оно далеко не во всех случаях будет основано на осведомленности (неосведомленности) субъектов о каких-либо обстоятельствах. Так, добросовестное лицо, ссылающееся на недействительность сделки, – это, в частности, такое лицо, поведение которого после заключения сделки не давало основание другим лицам полагаться на действительность сделки (ст. 166 ГК РФ).

Интересен вопрос о соотношении добросовестности и невиновности, особенно с учетом одновременного существования в гражданском праве презумпции добросовестности и презумпции вины.

Гражданско-правовая сфера применения категории добросовестности значительно шире, чем вины. Вина и ее презюмирование имеет значение только при совершении гражданского правонарушения, имеющего полный состав (противоправность, вред, причинно-следственная связь, вина). Добросовестность, как признак субъекта или его поведения применяется и в случаях совершения правонарушения с усеченным составом (так называемые «безвиновные» правонарушения).

Однако в случаях, когда и недобросовестность и вина имеют самостоятельное значение как условия привлечения к гражданско-правовой ответственности, содержательно, как свидетельствует судебная практика, они совпадают.

Так, согласно п. 3 ст. 53 ГК РФ лицо, которое в силу закона, иного правового акта или учредительного документа юридического лица уполномочено выступать от его имени, должно действовать в интересах представляемого им юридического лица добросовестно и разумно.

В соответствии с п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 г. № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» добросовестность и разумность при исполнении возложенных на директора обязанностей заключаются в принятии им необходимых и достаточных мер для достижения целей деятельности, ради которых создано юридическое лицо. Следовательно, недобросовестность – это непринятие соответствующих необходимых и достаточных мер. При этом согласно абз. 2 п. 1 ст. 401 ГК РФ и невиновность определяется как непринятие лицом всех мер для надлежащего исполнения обязательства.

Заметим также, что отождествление недобросовестности и вины имеет давние цивилистические корни. Еще римляне определяли недобросовестность как обман и умысел (D. 17.2.3.3). Небезосновательно считается, что если лицо недобросовестно, то оно и виновно.

Более того, признаки виновности правоприменители «закладывают» в понятие недобросовестности. Так, недобросовестность действий (бездействия) директора считается доказанной, в частности, когда директор «совершил сделку (голосовал за ее одобрение) на *заведомо* невыгодных для юридического лица условиях или с *заведомо* неспособным исполнить обязательство лицом ("фирмой-однодневкой" и т.п.)» (подп. 5 п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ № 62). Фактически по таким спорам юридическое лицо, доказав недобросовестность директора, тем самым доказывает и его вину, препятствуя обоснованию последним своей невиновности, что нивелирует значение презумпции вины и «растворяет» вину в недобросовестности.

В заключении отметим, что использование в гражданском законодательстве категории добросовестности является отражением в нормах права принципа добросовестности. Оставаясь оценочной гражданско-правовой категорией, добросовестность не может быть определена через четкие родовидовые признаки, а правоприменительные подходы к ее пониманию не могут быть оторваны от контекста, в котором используется термин «добросовестность» в конкретной гражданско-правовой норме.

И.А. Маньковский

Международный университет «МИТСО», г. Минск

ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА КАК БАЗОВОЙ ОТРАСЛИ ЧАСТНОГО ПРАВА

Система гражданского права современного общества основана на применении диспозитивного метода правового регулирования, который согласно утверждению А.М. Витченко «...слагивается из важнейших составных элементов <...>: правовое положение субъектов, юридические факты, приемы формирования субъективных прав и юридических обязанностей и меры их защиты»¹. Из приведенной совокупности элементов системообразующими следует признать такие, как правовое положение субъектов и приемы формирования субъективных прав и юридических обязанностей. Квинтэссенцией диспозитивного метода следует признать принципы гражданского права, императивы которых определяют основы правового положения участников экономических отношений и устанавливают «приемы формирования субъективных прав и юридических обязанностей»². При этом диспозитивный метод правового регулирования не ограничивается применением лишь диспозитивных правовых норм, а охватывает всю систему гражданского права и ограничивает пределы самостоятельного

усмотрения субъектов в процессе формирования субъективных прав и юридических обязанностей основными началами (принципами) и смыслом гражданского права. основополагающим принципом гражданско-правового регулирования в сформировавшихся демократических обществах следует признать принцип диспозитивности. Диспозитивный метод правового регулирования и включенный в его состав принцип диспозитивности предоставляют субъектам гражданского права автономию в принятии решений о реализации или об отказе от реализации практически любых (за некоторым исключением) субъективных прав независимо от того, какой нормой они предоставлены (диспозитивной или императивной). Применяя диспозитивный метод, согласно утверждению М.М. Агаркова «государственная власть принципиально воздерживается от непосредственного и властного регулирования отношений; здесь она не ставит себя мысленно в положение единственного определяющего центра, а, напротив, предоставляет такое регулирование множеству иных мелких центров...»³. Приведенная цитата достаточно полно отражает основную роль государства в процессе государственного регулирования экономических отношений, позволяет констатировать тот факт, что действующая система гражданского права Республики Беларусь в качестве основного определяющего центра рассматривает государство, которое, в свою очередь, в установленных им же пределах позволяет субъектам гражданского права некоторую вариативность поведения. Вместе с тем применение диспозитивного метода правового регулирования, составляющих его содержание принципов гражданского права предполагает предоставление субъектам возможности отказа от реализации любых прав, в том числе предоставленных императивными правовыми нормами. Исключения составляют императивные нормы первого типа⁴, которые являются нормами всеобщего действия и служат цели создания определенной модели поведения, обязательной для субъектов гражданского права, не содержат запретов, не направлены непосредственно на защиту слабой стороны правоотношения. Анализ системы норм, закрепленных в ГК, показывает, что система гражданского права Республики Беларусь, применяемые подходы к государственному регулированию экономических отношений не в полной мере соответствуют действительному предназначению гражданского права как основной отрасли частного права, в определенной степени сдерживают частную предпринимательскую инициативу, что не может не отразиться на эффективности экономической деятельности, осуществляемой на государственной территории частными субъектами. С целью приведения воспринятых в Беларуси подходов к регулированию экономических отношений, в соответствии с диспозитивным методом правового регулирования, присущим демократическому обществу, каковым в соответствии с нормами ст. 1 Конституции является Республика Беларусь, необходимо в системе принципов гражданского права, закрепленных в ст. 2 ГК отразить содержание основного системообразующего принципа диспозитивного метода правового регулирования – принципа диспозитивности, который должен стоять на вершине системы принципов современного гражданского права, выступать в качестве определяющего для развития как непосредственно системы принципов гражданско-правового регулирования, так и всей системы гражданского права, являющейся непременным атрибутом гражданского общества и правового государства. Императивы, составляющие принцип диспозитивности, предоставляющие субъектам гражданского права юридически обеспеченную возможность совершать любые действия, направленные на приобретение и осуществление гражданских прав и обязанностей, а по сути, принимать участие в любых общественных отношениях, подпадающих под определение предмета гражданско-правового регулирования, за исключением тех, участие в которых прямо запрещено нормами гражданского права, следует признать квинтэссенцией гражданско-правового регулирования, тем элементом системы, который определяет ее развитие.

С целью достижения указанной цели в ст. 2 ГК необходимо включить норму, закрепляющую принцип диспозитивности гражданских прав: «субъекты гражданского права свободны в установлении и осуществлении любых гражданских прав и обязанностей за исключением тех, установление и (или) осуществление которых прямо запрещено нормами гражданского права». Принцип диспозитивности должен возглавить систему принципов гражданского права, которую также следует дополнить принципом оптимального соотношения частных и публичных интересов: «субъекты гражданского права, приобретая и осуществляя свои гражданские права и обязанности, учитывают публичные интересы (интересы общественной безопасности, охраны окружающей среды, историко-культурных ценностей, другие общественно значимые интересы), не могут ущемлять права и защищаемые законом интересы других лиц, государство в процессе реализации функций государственного управления экономикой учитывает частные интересы»⁵, заменив названным принципом принцип приоритета общественных интересов; принципом инициативы субъектов гражданского права: «субъекты гражданского права приобретают и осуществляют свои гражданские права и обязанности по собственной инициативе, на основании свободно сформированной воли и в своих интересах, за ис-

ключением случаев, когда гражданские обязанности возлагаются на субъекта гражданского права на основании решения суда, по собственному усмотрению принимают решение об отказе от реализации принадлежащих им прав».

В целях приведения норм, закрепленных в ст. 2 ГК в соответствии с предлагаемой концепцией гражданско-правового регулирования в них необходимо внести ряд изменений: 1) в абз. 7 и 10 ч. 2 ст. ГК словосочетание «граждане и юридические лица» заменить на словосочетание «субъекты гражданского права» в целях унификации правовых норм, закрепленных в ст. 2 ГК; 2) абз. 8 ч. 2 ст. 2 ГК необходимо дополнить предложением следующего содержания: «субъекты гражданского права, устанавливая свои гражданские права и осуществляя обязанности, должны действовать добросовестно и разумно»; 3) в абз. 11 ч. 2 ст. 2 ГК вместо «других актах законодательства» использовать «других актах гражданского законодательства». Наряду с изменением норм, закрепленных в ст. 2 ГК и на их основе необходимо внести изменения в нормы, закрепленные в п. 2 ст. 5, абз. 1 ч. 2 п. 1 ст. 7, ст. 169 и ст. 392 ГК Республики Беларусь. Так, п. 2 ст. 5 ГК необходимо дополнить предложением: «Спор о праве гражданском, возникший между субъектами на основе заключенного между ними договора, не предусмотренного ГК, разрешается судом исходя из основных начал (ст. 2 настоящего Кодекса) и смысла гражданского права»; п. 3 ст. 5 ГК необходимо дополнить предложением: «Не допускается отказ в разрешении спора о праве гражданском по мотивам отсутствия применимых нормы гражданского права»; абз. 1 ч. 2 п. 1 ст. 7 после внесения изменений будет иметь следующее содержание: «1) из договоров и иных сделок, предусмотренных законодательством, а также из договоров и иных сделок, хотя и не предусмотренных законодательством, но не противоречащих основным началам (ст. 2 настоящего Кодекса) и смыслу гражданского законодательства»; ст. 169 ГК после внесения изменений будет иметь следующее содержание: «Сделка, не соответствующая требованиям основных начал (ст. 2 настоящего Кодекса) и смыслу гражданского права, ничтожна, если законодательный акт не устанавливает, что такая сделка оспорима, или не предусматривает иных последствий нарушения»; ст. 392 ГК предлагается изложить в следующей редакции: «1. Договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный настоящим Кодексом, должен соответствовать обязательным для договоров данного вида требованиям, установленным императивными нормами гражданского законодательства. 2. Если после заключения и до прекращения действия договора принят законодательный акт, устанавливающий обязательные для сторон правила, иные, чем те, которые действовали при заключении договора, условия заключенного договора могут сохранять силу за исключением случаев, когда достижение правовых и (или) экономических последствий исполнения таких условий в соответствии с вновь принятым законодательным актом запрещается».

В соответствии с предложенными изменениями на концептуальном уровне будет закреплена возможность участников экономической деятельности моделировать свои договорные правоотношения в рамках основных начал и смысла гражданского права.

Внедрение предложенного подхода к содержанию системообразующих норм ГК будет способствовать развитию частной предпринимательской инициативы, расширит правовые возможности участников экономических отношений, что должно способствовать повышению эффективности экономической деятельности как осуществляемой отдельными субъектами, так и в рамках государства⁶.

¹ *Витченко А.М.* Метод правового регулирования социалистических общественных отношений. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1974. С. 124.

² *Маньковский И.А., Вабищевич С.С.* Гражданское право. Общая часть: в 3 т. Минск: Междунар. ун-т «МИТ-СО», 2013. Т. 1: Введение в гражданское право. С. 50.

³ *Агарков М.М.* Ценность частного права // Правоведение. 1992. № 1. С. 32.

⁴ *Маньковский И.А.* Императивные нормы в системе гражданского права // Труд. Профсоюзы. Общество. – 2012. № 4. С. 74–78.

⁵ *Маньковский И.А., Вабищевич С.С.* Гражданское право. Общая часть: в 3 т. Минск: Междунар. ун-т «МИТ-СО», 2013. Т. 1: Введение в гражданское право. С. 58.

⁶ *Маньковский И.А.* Действие гражданских законов Республики Беларусь во времени: догматическое закрепление и практическое применение // Научный диалог. 2014. № 7 (31): Экономика. Право. С. 121.

ОБ АНАЛОГИИ В МЕХАНИЗМЕ ИСКЛЮЧЕНИЯ ГРАЖДАНИНА ИЗ КРЕСТЬЯНСКОГО (ФЕРМЕРСКОГО) ХОЗЯЙСТВА

В соответствии с Федеральным законом от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» параграф 2 главы 4 ГК РФ дополнен подпараграфом 3.1, содержащим единственную ст. 86.1 с названием, повторяющим название нового подпараграфа: «Крестьянское (фермерское) хозяйство». Одновременно актуализированы положения ст. 23 ГК РФ о предпринимательской деятельности граждан.

Немного позднее, согласно Федеральному закону 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», обновлен п. 2 ст. 50, введен п. 1 ст. 65.1, ГК РФ и крестьянским фермерским хозяйствам (наряду с товариществами и обществами, хозяйственными партнерствами и производственными кооперативами) предоставлено собственное место в перечне организационно-правовых форм, в рамках которых могут создаваться коммерческие корпоративные юридические лица.

Следует поприветствовать стремление законодателя создать нормативную основу для решения насущных задач российской экономики посредством обеспечения широкого спектра правовых возможностей по конструированию наиболее удобных и подходящих для каждого конкретного случая организационных форм экономической деятельности в аграрном секторе, в том числе за счет расширения использования инвестиционных и организационных преимуществ конструкции корпоративного юридического лица в сфере сельского хозяйства.

Вместе с тем, определив в ст. 86.1 ГК РФ лишь основные черты юридической личности крестьянского (фермерского) хозяйства, закон оставил открытым весьма важный корпоративно-правовой вопрос о возможности исключения из крестьянского (фермерского) хозяйства гражданина, который своими действиями или бездействием причиняет существенный вред хозяйству либо иным образом значительно затрудняет его деятельность и препятствует достижению целей, ради которых оно создавалось, в том числе грубо нарушает свои корпоративные обязанности, шиканирует корпорацию и (или) других ее членов. С учетом имплементации в гражданское законодательство принципа добросовестности (п. 3 ст. 1 ГК РФ) и явной тенденции к его развитию и конкретизации в корпоративной части гражданского права (п. 2 ст. 51, п. 3 ст. 53, п. 2, 3 ст. 53.1 ГК РФ) недостижение нормативной определенности в вопросе наличия или отсутствия у участников крестьянского (фермерского) хозяйства права на самостоятельное исключение недобросовестного участника (или права требовать исключения такого участника судом) выглядит особенно проблемным.

Как следует из п. ст. 86.1 ГК РФ, особенности правового положения крестьянского (фермерского) хозяйства, созданного в качестве юридического лица, должны быть определены отдельным законом. По всей видимости, именно в этом специальном законе предполагается установить основания и порядок исключения членов крестьянских (фермерских) хозяйств либо воспретить принудительное прекращение статуса участника рассматриваемой корпорации. В связи с отсутствием соответствующего закона в настоящее время крайне актуален следующий вопрос: можно ли решить указанную проблему путем использования естественного для гражданского (и включенного в него корпоративного) права приема восполнения правовых пробелов – аналогии (ст. 6 ГК РФ).

При положительном ответе на данный вопрос возникает диалектически связанный с ним подвопрос: отношения в какой корпорации следует признать достаточно сходными с отношениями в крестьянском (фермерском) хозяйстве?

С учетом того что в нормативных материалах крестьянские (фермерские) хозяйства расположены сразу после товариществ и до обществ (подпараграф 3.1 параграфа 2 гл. 4 ГК РФ выглядит то ли как дополнение к параграфу 3, посвященному товариществам на вере, то ли как переход к обществам с ограниченной ответственностью), логичным представляется применение в рассматриваемых случаях по аналогии механизма исключения недобросовестных участников хозяйственных товариществ и обществ. В ст. 67 ГК РФ, обновленной Федеральным законом от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ, право требовать исключения в судебном порядке других (недобросовестных) участников признается неотчуждаемым и не подлежащим ограничению общим корпоративным правом участников всех хозяйственных товариществ и обществ (кроме публичных). Норма указанной статьи уточняет, что исклю-

чение участника возможно: а) по решению суда, б) с выплатой исключаемому участнику действительной стоимости доли участия, в) если такой участник своими действиями (бездействием) причинил существенный вред товариществу или обществу либо иным образом значительно затрудняет его деятельность и достижение целей, ради которых оно создавалось, в том числе грубо нарушая свои обязанности, предусмотренные законом или учредительными документами товарищества или общества.

Схожесть статуса членов артели и крестьянских (фермерских) хозяйств по набору прав и наличию субсидиарной ответственности по долгам корпорации дает повод также подумать о применении по аналогии правила п. 2 ст. 106.5 ГК РФ, согласно которому член производственного кооператива может быть исключен из кооператива не по решению суда, а на основании решения общего собрания членов кооператива в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязанностей, возложенных на него уставом кооператива, а также в других случаях, предусмотренных законом и уставом кооператива.

Однако на главный вопрос о принципиальной применимости аналогии в рассматриваемом случае возможен и отрицательный ответ, мотивированный утверждением о недопустимости ограничения гражданских прав на основании аналогии при отсутствии на то прямого указания закона. Именно такой подход в настоящее время демонстрирует имеющаяся немногочисленная судебная практика (см., в частности, постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 3 февраля 2014 года № 15АП-21036/2013).

Думается, что, каков бы ни был ответ относительно правоприменения, разработка идеи об использовании аналогии для решения проблемы принудительного прекращения членства в крестьянском (фермерском) хозяйстве в любом случае имеет смысл для правотворчества. Механизм аналогии может и должен стать креативной основой для выбора конкретного законодательного подхода.

Г.А. Микрюкова

Московский государственный юридический университет им. О.Е. Кутафина, г. Москва

ПРИРОДА ЮРИДИЧЕСКОЙ ЛИЧНОСТИ КРЕСТЬЯНСКИХ (ФЕРМЕРСКИХ) ХОЗЯЙСТВ

Содержащая исчерпывающий перечень организационно-правовых форм юридических лиц статья 50 ГК РФ в ее обновленном виде указывает в числе коммерческих организаций крестьянские (фермерские) хозяйства. После двадцатилетнего перерыва эти объединения граждан для занятия производственной и иной хозяйственной деятельностью в области сельского хозяйства вновь получили право на существование в статусе юридического лица. Статья 65.1 ГК РФ относит крестьянские (фермерские) хозяйства к корпорациям, т.е. юридическим лицам, учредители (участники) которых обладают правом участия (членства) в них и формируют их высший орган.

Гражданско-правовой статус крестьянских (фермерских) хозяйств раскрывается в подпараграфе 3.1 параграфа 2 гл. 4 ГК РФ, помещенном между подпараграфами, которые посвящены хозяйственным товариществам и обществам с ограниченной ответственностью. Такое расположение правовых норм не может не наводить на мысль о возможном сходстве корпоративной природы крестьянских (фермерских) хозяйств и их ближайших «соседей». Однако изучение отраженных в ст. 86.1 ГК РФ особенностей правового положения крестьянских (фермерских) хозяйств, которое в будущем, согласно этой статье, должно быть подробно регламентировано законом, показывает бесперспективность поиска аргументов в пользу признания крестьянских (фермерских) хозяйств разновидностью товариществ или промежуточной организационно-правовой формой, которая является переходной к обществам с ограниченной ответственностью.

Крестьянские (фермерские) хозяйства, очевидно, не задумывались как объединения предпринимателей, что характерно для простых товариществ, и явно не предусматривают дифференциации их членов на предпринимателей и вкладчиков, имеющей место в товариществах на вере. Сравнение с обществами с ограниченной ответственностью отчетливо демонстрирует, что крестьянское (фермерское) хозяйство предполагает обязательное личное, не ограниченное лишь инвестиционной ролью, участие его членов в производственной и иной хозяйственной деятельности как работников. Кроме того, участники общества с ограниченной ответственностью не отвечают по его обязательствам.

По корпоративной природе крестьянские (фермерские) хозяйства даже на первый взгляд видятся гораздо более близкими к производственным кооперативам, а внимательный сравнительный ана-

лиз гражданско-правового статуса этих организаций позволяет сделать вывод, что крестьянское (фермерское) хозяйство представляет собой разновидность производственного кооператива. В качестве безусловно и сущностно общего между сравниваемыми корпорациями можно отметить следующее:

а) это объединения граждан, основанные на их личном трудовом участии в производственной и иной хозяйственной деятельности и соединении имущественных взносов;

б) члены крестьянских (фермерских) хозяйств и производственных кооперативов несут субсидиарную ответственность по обязательствам этих организаций;

в) для обоих видов юридических лиц законом предусмотрены возможности и механизмы сохранения на период их существования имущества, которое необходимо для осуществления основной деятельности;

г) лицами, уполномоченными на совершение действий от имени корпораций (осуществляющими функции исполнительных органов), могут быть только члены этих корпораций;

д) члены крестьянского (фермерского) хозяйства и производственного кооператива обладают не подлежащим ограничению правом свободного выхода из их состава.

Рассматриваемые юридические лица имеют и отличия, но лишь такие, которые могут расцениваться как образующие разновидности внутри рода артелей. К особым видовым характеристикам крестьянских (фермерских) хозяйств при включении их в разряд производственных кооперативов можно отнести следующие черты:

а) объединяющиеся граждане связаны родством и (или) свойством;

б) крестьянское (фермерское) хозяйство в статусе юридического лица может быть создано только теми гражданами, которые до этого момента уже вели совместную деятельность в области сельского хозяйства на основании соглашения без образования юридического лица.

Последнее обстоятельство следует из буквального толкования абз. 1 п. 1 ст. 86.1 ГК РФ. С одной стороны, возникают опасения, что такой путь может явиться препятствием к появлению в сфере сельского хозяйства большого числа мелких и средних предпринимателей в статусе юридических лиц. Но, с другой стороны, именно этот путь позволит членам неправосубъектных объединений выработать наиболее приемлемые для них правила внутренней корпоративной жизни, отражающие и специфику производства, и определившиеся интересы и возможности отдельных членов, а также многие другие конкретные обстоятельства, без учета которых устойчивое бесконфликтное функционирование крестьянского (фермерского) хозяйства невозможно.

Выявленная артельная сущность юридической личности крестьянского (фермерского) хозяйства позволяет предложить законодателю стремиться не принять отдельный гражданско-правовой закон о крестьянских (фермерских) хозяйствах, а внести необходимые дополнения в закон о производственных кооперативах.

И.Ю. Мирских

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

Ж.А. Мингалева

Пермский национальный исследовательский политехнический университет, г. Пермь

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫХ ПРАВ В УСЛОВИЯХ ГЛОБАЛИЗАЦИИ

Интеллектуальная деятельность – это деятельность, связанная с созданием новых знаний, технологий, произведений, изобретений, полезных моделей, промышленных образцов и иных объектов. Она играет важную роль в осуществлении научно-технического прогресса. С целью стимулирования интеллектуальной деятельности и охраны ее результатов во всем мире признаются имущественные (исключительные) права на интеллектуальную собственность. Эти права изначально принадлежат

© Мирских И.Ю., Мингалева Ж.А., 2015

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»).

субъекту интеллектуальной деятельности, но могут переходить к иным правообладателям на основании договоров или при наследовании.

Исключительные права приобретают особое значение в условиях глобализации. Исключительное право включает в себя ряд правовых возможностей.

Обладатель (обладатели) исключительного права вправе по своему усмотрению использовать результаты интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации любым не противоречащим закону способом. Автор произведения может сам его опубликовать и получить соответствующий доход.

Исключительные права являются абсолютными. Правообладателю противостоит неопределенный круг лиц. Правообладатель по своему усмотрению может разрешать или запрещать другим лицам использование своих результатов интеллектуальной деятельности.

Исключительное право порождает монополию правообладателя, поэтому другие лица могут использовать соответствующие объекты только с согласия правообладателя, за исключением случаев, предусмотренных Гражданским кодексом. Возможно использование объекта интеллектуальной собственности для удовлетворения личных, семейных, домашних или иных не связанных с предпринимательской деятельностью нужд, если целью такого использования не является получение прибыли или дохода.

Использование объекта интеллектуальных прав без согласия обладателя исключительного права влечет гражданско-правовую, административную или уголовную ответственность.

Исключительное право ограничено по времени. По истечении срока действия исключительного права объекты интеллектуальной собственности (произведения науки, литературы и искусства, изобретения, полезные модели и т.д.) переходят в общественное достояние и любое лицо может ими пользоваться без согласия автора и без выплаты вознаграждения за использование.

Процесс глобализации характеризуется ростом взаимозависимости государств (интернационализацией), уменьшением значимости государственных границ и устранением торговых барьеров.

Ярким примером глобализационных процессов является создание единой Европы.

Глобализация мировой экономики требует создания новых форм и методов защиты интеллектуальной собственности. Это объясняется тем, что интеллектуальные права интернациональны по своей природе и отражают экономическую реальность мировой экономики. Глобализация требует изменения политики в области сотрудничества различных государств. Это порождает необходимость сближения и унификации законодательства и социальных институтов. Государства вынуждены объединяться с целью решения межгосударственных и региональных проблем¹.

М.П. Посталюк полагает, что научно-технический прогресс страны в условиях глобализации мировой рыночной экономики зависит от правильности выбора ниши в международном разделении труда по использованию инновационных продуктов интеллектуальной собственности².

Охрана интеллектуальной собственности в условиях глобализации развивается по нескольким направлениям. Принимаются международные законодательные акты, декларации и конвенции, заключаются международные и межправительственные соглашения, создаются международные организации по охране интеллектуальной собственности. Новым шагом стало создание неправительственных организаций, аккредитованных во Всемирной организации интеллектуальной собственности.

Особую роль в охране интеллектуальной собственности играет Генеральное соглашение о тарифах и торговле (ГАТТ). Появление Всемирной торговой организации (ВТО) привело к возникновению целого ряда правовых норм, регулирующих международный обмен не только товарами и услугами, но и объектами интеллектуальной собственности. Обязательным условием вступления любой страны в ВТО является совершенствование правовой охраны интеллектуальной собственности.

Следующим шагом стало принятие в рамках ВТО Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС). Задачей ТРИПС стало стимулирование международной инновационной деятельности путем установления гарантий ее осуществления и защиты.

Были созданы международные организации, участвующие в нормотворчестве в различных государствах в сфере охраны интеллектуальной собственности. Ярким примером могут служить *International Intellectual Property Alliance (ИПА)* – организация, в которую входят Microsoft, Apple, Time Warner и Twentieth Century Fox; и Международная федерация звукозаписывающей индустрии (*International Federation of Phonographic Industry, IFPI*).

Совершенствование действующего законодательства в сфере охраны и использования интеллектуальной собственности является необходимым условием устойчивого инновационного развития страны в условиях глобализации³. В связи с этим изменения, вносимые в часть четвертую Граждан-

ского кодекса Российской Федерации должны способствовать более эффективной коммерциализации объектов интеллектуальной собственности. Новеллы гражданского права должны обеспечивать стимулирование более широкого распространения результатов интеллектуальной деятельности на основе облегчения их трансферта при одновременной более надежной охране интеллектуальных прав, что, в конечном счете, должно способствовать активизации инновационной деятельности в России.

¹ *Мирских И.Ю.* Охрана интеллектуальной собственности в условиях глобализации // Вестн. Перм. ун-та. Юрид. науки. 2012. Вып. 3(17). С. 138.

² *Посталюк М.П.* Инновационные отношения в экономической системе. Теория, методология и механизм реализации. Казань: Казан. гос. ун-т, 2006. С. 56.

³ *Мингалеева Ж.А.* О формировании правового поля в области инновационной и интеллектуальной деятельности // Вестн. Перм. ун-та. Юрид. науки. 2010. Вып. 4. С. 122–126.

С.Г. Михайлов, Н.С. Михайлова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

НАСЛЕДОВАНИЕ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНОГО ПРАВА НА ТОВАРНЫЙ ЗНАК

Согласно ч. 1 ст. 1477 ГК РФ исключительное право на товарный знак удостоверяется свидетельством на товарный знак. Правообладателем товарного знака может быть как юридическое лицо, так и индивидуальный предприниматель.

Исключительное право является правом имущественным и оборотоспособным. Правообладатель может распорядиться исключительным правом любым не противоречащим законодательству способом (ст. 1229 ГК РФ), в том числе передать по наследству (ст. 1241 ГК РФ).

Применительно к праву на товарный знак вопрос о наследовании не возникает, если наследник является индивидуальным предпринимателем. Если же наследник не зарегистрирован в качестве индивидуального предпринимателя, то появляется противоречие между возможностью передачи исключительного права по наследству и ограниченностью круга субъектов права на товарный знак, которое не регулируется должным образом в действующем законодательстве.

Решить данный вопрос попытался Верховный суд в постановлении от 29.05.2012 № 9 «О судебной практике по делам о наследовании». Пунктом 85 постановления предусмотрено, что право на товарный знак, унаследованное гражданином, не зарегистрированным в качестве индивидуального предпринимателя, должно быть отчуждено им в течение года со дня открытия наследства. Данные разъяснения, безусловно, заслуживают поддержки, но, к сожалению, не основаны на действующем законодательстве.

В литературе по вопросам наследования исключительного права на товарный знак не сложилось однозначной позиции. Так, по мнению Э.П. Гаврилова, смерть гражданина-предпринимателя является одним из случаев прекращения предпринимательской деятельности и, соответственно, в этой ситуации можно применять положения ч. 1 ст. 1514 ГК РФ¹. Согласно указанной норме (подп. 4) правовая охрана товарного знака прекращается на основании принятого по заявлению любого лица решения федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака в связи с прекращением деятельности юридического лица – правообладателя или регистрацией гражданином прекращения деятельности в качестве индивидуального предпринимателя – правообладателя. Как справедливо отметила Л. Новоселова, из указанной нормы не следует, что в случае смерти правообладателя-предпринимателя право на товарный знак не переходит в порядке наследования. С ее точки зрения, основанием для прекращения правовой охраны по подп. 4 ч. 1 ст. 1514 ГК РФ служит не сам факт утраты гражданином статуса предпринимателя, а решение уполномоченного органа, который и должен в административном порядке установить возможность или невозможность регистрации права за наследниками с учетом их статуса².

На наш взгляд, указанный подпункт относится в первую очередь не к ситуации смерти гражданина-предпринимателя, а к случаю, когда при жизни правообладатель утрачивает статус индивидуального предпринимателя. Неверным видится возможное предоставление права любому лицу после

смерти гражданина-правообладателя товарного знака обращаться с заявлением о прекращении правовой охраны товарного знака в ущерб интересам наследников.

Полагаем, что поскольку переход права на товарный знак в порядке наследственного правопреемства предусмотрен ГК РФ, то в наследнику должно быть предоставлено право зарегистрироваться в качестве индивидуального предпринимателя либо право отчуждения исключительного права. Указанные варианты поведения наследника должны быть закреплены в отдельной статье гл. 65 ГК РФ. При этом законодатель должен установить единый срок, в течение которого наследник может реализовать предоставленную возможность.

Кроме того, если в течение установленного законодателем срока наследник не совершит одно из указанных действий, правовую охрану товарного знака следует считать прекращенной, что соответственно должно найти отражение в ст. 1514 ГК РФ.

В целях системного регламентирования рассматриваемого вопроса необходимо внести изменения в положения, регулирующие договор об отчуждении исключительного права и договор коммерческой концессии (в последнем случае в ст. 1038 ГК РФ).

¹ Гаврилов Э.П. Наследование интеллектуальных прав в свете постановления Верховного Суда РФ от 29 мая 2012 г. // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2012. № 9.

² Новоселова Л. О наследовании прав на средства индивидуализации // Хозяйство и право. 2014 № 3. С. 33.

Н.С. Михайлова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ВЫСЕЛЕНИЕ ИЗ СПЕЦИАЛИЗИРОВАННЫХ ЖИЛЫХ ПОМЕЩЕНИЙ В СВЯЗИ СО СМЕНОЙ ПРАВООБЛАДАТЕЛЯ ЖИЛОГО ПОМЕЩЕНИЯ

Как указал Конституционный Суд в постановлении от 30 марта 2012 г. № 9П, «в условиях изменения жилищной политики государства, ограничивающего в целях рациональной экономии материальных ресурсов предоставление жилых помещений жилищного фонда социального использования, возросло значение специализированного жилищного фонда». К последнему, в частности, относятся служебные жилые помещения и жилые помещения в общежитиях.

ЖК РФ в традициях ранее действовавшего законодательства устанавливает условия предоставления специализированного жилья и расторжения договора найма в связи с отпадением обстоятельств, послуживших причиной заключения договора, с выселением без предоставления другого жилого помещения, а также определяет, когда договор расторгается с предоставлением другого жилого помещения. В последнем случае, следуя избранной логике, законодатель связывает невозможность выселения без предоставления другого жилого помещения с особыми категориями граждан (ч. 2 ст. 103 ЖК РФ), которые могут претендовать на жилье на условиях социального найма. Ввиду этого связи прекращение трудовых отношений с обозначенными лицами предполагает расторжение договора специализированного найма и выселение в иное жилое помещение на условиях социального найма.

Однако действующим ЖК РФ предусмотрено новое основание расторжения договора, влекущее выселение с предоставлением другого жилого помещения: переход права собственности на помещение, а также передача такого жилого помещения в хозяйственное ведение или оперативное управление другому юридическому лицу (ч. 2 ст. 102).

В судебной практике Пермского края при применении ч. 2 ст. 102 ЖК РФ оформился такой подход, согласно которому и в данном случае выселению с предоставлением другого помещения подлежат только лица, указанные в ч. 2 ст. 103 ЖК РФ.

Тем не менее буквальное толкование норм жилищного кодекса не дает оснований для такой трактовки. Так, ч. 1 ст. 103 ЖК РФ указывает на возможность выселения без предоставления другого жилого помещения граждан, с которыми договор найма специализированного жилого помещения прекращен или расторгнут, кроме случаев, предусмотренных ч. 2 ст. 102 и ч. 2 ст. 103 ЖК РФ, причем это два самостоятельных, независимых друг от друга основания. И категории граждан, названные в ч. 2 ст. 103 ЖК РФ, и требования к жилому помещению, обозначенные в ч. 3 ст. 103 ЖК РФ относятся только к случаю прекращения договора специализированного найма в связи с прекращением трудовых отношений.

Думается, что для устранения неопределенности на практике при применении ч. 2 ст. 102 ЖК РФ необходимо внести коррективы в ст. 103 ЖК РФ. Безусловно, если в служебном жилом помещении или в общежитии проживают граждане, указанные в ч. 2 ст. 103 ЖК РФ, то смена правообладателя таких помещений должна влечь за собой аналогичные последствия, предусмотренные ч. 2 и ч. 3 ст. 103 ЖК РФ, т.е. выселение с предоставлением другого жилого помещения из фонда социального использования. Все иные граждане, проживающие в указанных помещениях, должны выселяться с предоставлением помещений специализированного жилищного фонда. Такой подход, с одной стороны, обеспечит минимальные гарантии лицам, продолжающим трудовые отношения с бывшим правообладателем и лишаящимся специализированного жилья по не зависящим от них причинам, а с другой, соответствуя политике государства относительно предоставления жилья на условиях социального найма только определенной категории граждан, не даст возможности злоупотребления на случай, когда заселение в служебные жилые помещения или общежития будет производиться в преддверии смены собственника или обладателя ограниченного вещного права.

Д.Н. Муравьев

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ТРАНСГРАНИЧНОЙ МЕДИАЦИИ ПРИ РАЗРЕШЕНИИ СЕМЕЙНО-ПРАВОВЫХ СПОРОВ О ДЕТЯХ

Процесс тотальной демократизации общества и, как следствие, общественных отношений, а так же укрепление межгосударственных связей повлекло увеличение количество браков, заключаемых между гражданами различных государств. К сожалению, и такие браки нередко заканчиваются разводами. Следовательно, у разводящихся супругов встает вопрос не только о разделе совместно нажитого имущества, но что самое важное, указанные виды разводов сопровождаются очень тяжелыми спорами о детях. Отметим, что такие споры являются крайне не простыми как точки зрения права, так и с точки зрения психо-эмоциональной составляющей спора.

Уполномоченный при Президенте Российской Федерации по правам ребенка П.А. Астахов отметил, что за последние три года более 150 тысяч россиян заключили браки с иностранными гражданами. На сегодняшний день в адрес детского омбудсмена поступает довольно большое количество обращений с просьбами оказать содействие в разрешении споров с супругом-иностранцем.

Так, например, в российских средствах массовой информации широко освещался инцидент, получивший название «Дело Антона Салонена». В 2008 году, спустя пять лет после развода с финским гражданином Пааво Салоненом, гражданка России Римма Салонен, вывезла своего пятилетнего сына Антона (без получения формального разрешения от отца ребенка) на территорию России в Нижегородскую область. В 2009 г. отец мальчика при содействии сотрудника финского консульства в Санкт-Петербурге похитил ребенка и увез в закрытом багажнике дипломатической машины в Финляндию. По решению Финского суда, единственным опекуном мальчика был назначен отец. Римма Салонен пыталась оспорить это решение в судебных инстанциях Финляндии. Однако Верховный суд Финляндии в июле 2013 г. отказал Римме Салонен в ее требованиях. Ребенок оставлен с отцом, матери позволено видеться с ним два раза в месяц в присутствии соцработников¹.

Другая громкая история связана с конфликтом между родителями Элизы Андре – Ириной Бельской (гражданкой России) и Жаном-Мишелем Андре (гражданином Франции), которые не смогли договориться об определении места жительства дочери. В 2007 году Ирина Бельская тайно, без разрешения Жана-Мишеля вывезла двухлетнюю дочку в Россию. Жан-Мишель приехал в Россию и попытался вернуть дочку на основании постановления французского суда, в соответствии с которым решение вопросов воспитания дочери предоставлено отцу. Однако в отсутствие международного договора между Россией и Францией решение иностранного суда не подлежало обязательному исполнению в Российской Федерации. В 2008 году во время прогулки девочки с няней Жан-Мишель похитил ребенка и увез во Францию. А в 2009 г. Ирина во второй раз организовала похищение ребенка, однако была арестована на венгерской границе. Элизу Андре передали на воспитание отцу².

Согласимся с мнением Н.В. Ростовцевой, которая считает, что трансграничные споры о детях, в частности похищение ребенка одним из родителей приобретает уровень эпидемии мирового масштаба, ежегодно охватывающей несколько тысяч детей³.

В целях адекватного реагирования на сложившуюся ситуацию 25 октября 1980 г. в Гааге была принята Конвенция о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей. Российская Федерация присоединилась к ней в соответствии с Федеральным законом от 31 мая 2011 г. № 102-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к Конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей».

Отметим, что вопросам урегулирования семейно-правовых споров о детях с участием иностранного элемента, в рамках реализации Конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей уделяется значительное внимание, как на международной арене, так и внутри Российской Федерации.

Необходимо заметить, что 7 и 8 мая 2014 г. в Гааге (Нидерланды) прошла международная конференция LEPCA (Lawyers in Europe on Parental Child Abduction), посвященная урегулированию трансграничных споров в связи с похищениями детей родителями. Мероприятие объединило ведущих юристов и медиаторов из 28 стран, которые обсуждали и обменивались опытом по вопросам применения основных международных актов в этой области⁴.

В свою очередь, в Российской Федерации началась подготовка кадров для оказания квалифицированной помощи лицам, участвующим в сложных семейно-правовых спорах о детях. Так, в Москве с 17 по 21 января 2015 г. проходил пятидневный тренинг по международной семейной медиации, который совместно проводили известный британский медиатор Лиза Паркинсон и председатель Гаагской конференции по международному частному праву Керстин Берч. Тренинг был организован Центром медиации и права совместно с Федеральным институтом медиации в рамках подготовки группы международных семейных медиаторов, которые будут привлекаться к работе по урегулированию трансграничных споров, затрагивающих интересы детей и подпадающих под действие Гаагской Конвенции 1980 г.⁵

Важное мероприятие, направленное на поиск оптимальных решений трансграничных семейно-правовых споров о детях, состоялось 22 января 2015 г. в Министерстве образования и науки Российской Федерации. В ходе работы в рамках круглого стола: «Медиация как инструмент повышения квалификации эффективности урегулирования трансграничных семейных споров» были обсуждены возможности применения медиации как правового инструмента, позволяющего разрешать сложные трансграничные семейные споры, а также эффективно защищать в таких ситуациях права и интересы детей⁶.

Как видится из представленных материалов, вопросам урегулирования трансграничных споров о детях уделяется достаточно большое внимание, как в международном масштабе, так и на территории России. Однако на сегодняшний день ощущается явная недостаточность отечественных специалистов, способных качественно проводить переговоры в столь непростой сфере.

¹ *Российская газета*. Россиянка Римма Салонен подаст в суд новый иск об опеке над сыном. URL: <http://www.rg.ru/2012/07/11/salonen-anons.html> (дата обращения: 20.09.2015 г.).

² *Информационное агентство РИА Новости*. Дело Ирины Беленькой, обвиняемой в похищении дочери. URL: http://ria.ru/trend/kidnapping_Belenskaia_17042009 (дата обращения: 20.09.2015 г.).

³ *Ростовцева Н.В.* О применении в России Гаагской конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей // *Судья*. 2014. № 8. С. 45.

⁴ *Паркинсон Л.* Когда расстанутся родители // *Медиация и право*. 2014. № 2 (32). С. 73.

⁵ *Шамликашвили Ц.А.* Новости о медиации в России и за рубежом // *Медиация и право*. 2015. № 1 (35). С. 6

⁶ См.: *Шамликашвили Ц.А.* Новости о медиации в России и за рубежом... С. 8.

К.С. Нессонов, С.И. Реутов

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРИЧИНЫ ВОЗНИКНОВЕНИЯ СПОРТИВНЫХ КОНФЛИКТОВ И СПОСОБЫ ИХ РАЗРЕШЕНИЯ В РОССИИ И ЗА РУБЕЖОМ

На сегодняшний день в России и за рубежом активно развивается спорт как социальный институт. Вокруг него фигурирует все больше известных имен, вкладывается огромное количество финансов и средств, вовлекается множество людей. Таким образом, спорт – это не только зрелище, но и коммерция, борьба за власть, отсюда конфликты в руководстве, между игроками, судьями. Спорт

объединяет огромное количество людей – это участники соревнований, болельщики, зрители, отдельно можно выделить СМИ.

Второе, что мы отмечаем – это ускоренное развитие спортивного законодательства. Говоря о России, мы акцентируем внимание на отсутствие единообразного акта – спортивного кодекса, что в дальнейшем порождает противоречия при разрешении конфликтов. С другой стороны, отдельные спортивные федерации руководствуются специальными актами при разрешении споров, что демонстрирует происходящее развитие в данной отрасли.

Третье, начинает развиваться такое направление как спортивная конфликтология. Это итог обобщения результатов исследований спортивных конфликтов российскими (Андриади Н.П., Демин В.А., Дмитриев А.П., Евтушенко В.Д., Келлер В.С., Петров С.И., Сулейманов И.И., Томилов В.Н. и др.) и зарубежными авторами (Джонсон У., Зигерт В., Ланг Л., Корнелиус Х., Фэйер Ш., Лоренц К., Мартенс Р., Грас Ф., Ленк Х., Люшен Г., Шмидт В. и др.)¹.

В литературе встречаются термины «спортивный спор» и «спортивный конфликт». Так А.М. Бриллиантова в своих работах упоминает термин «спортивный спор», а В.В. Кузин – «спортивный конфликт». Следует согласиться с мнением С.В. Алексеева о том, что термин социальный «конфликт шире понятия «спор»². Ибо спор приобретает собственно статус спора с момента передачи его в соответствующий орган по разрешению такого спора. До этого момента целесообразно говорить о спортивном конфликте.

В юридической литературе спортивные споры классифицируются по разным признакам и основаниям. В зависимости от уровня, на котором возник подлежащий рассмотрению спор, спортивные споры могут быть как международными, так и национальными. По срокам спортивные конфликты можно классифицировать на долговременные (дольше одного олимпийского срока), среднесрочные (от полугода до срока одной Олимпиады) и краткосрочные (до полугода). Примером долговременного конфликта может служить 26-летний конфликт по поводу одновременного участия в Олимпийских играх команд КНР и Тайваня. Можно выделить внутренние и внешние конфликты. Причины последних – политические, например бойкот Игр XXII и XXIII Олимпиад³.

Е.В. Погосян выделяет общие и специальные спортивные споры. В специальных спорах спортсмены выступают в качестве субъектов спортивных отношений. Такие споры возникают в процессе подготовки спортсмена к спортивным соревнованиям, либо в процессе участия в них⁴. А. Малатос выделяет специальную группу спортивных споров – соревновательные споры. Предметом такого спора являются права и обязанности субъекта спорта, связанные с подготовкой, проведением и подведением итогов конкретного соревнования⁵.

Известно, что сущность спорта заключается в конкурентной борьбе. Все участники соревнований должны придерживаться принципа *faire play* (честной игры) и не использовать методы неэтичного и криминального характера⁶. Вместе с тем на практике встречаются многочисленные случаи нарушения равенства возможностей, например, несоответствие требований параметров спортивного инвентаря или амуниции. Примером тому спор Амори Лево и Ороп Монжел с Международной Федерацией Плавания (ФИНА). В марте 2009 г. ФИНА приняла Дубайские правила, в которых содержались требования к материалу и свойствам стартовых плавательных костюмов, запретив применять водоотталкивающие материалы, создающие эффект воздушной подушки. Позднее, в мае этого года Комиссия ФИНА одобрила 202 стартовых плавательных костюма и не одобрила 10, в том числе костюмы Амори Лево и Ороп Монжел компании TYR. ФИНА отказала спортсменам в праве участвовать в 13 чемпионате мира по водным видам спорта в Риме. Спортсмены не согласились с данным решением и подали апелляцию в Спортивный арбитражный суд (CAS) в Лозанне.

Одним из способов недобросовестной конкуренции является применение допинга. Так, антидопинговая комиссия Всероссийской федерации легкой атлетики дисквалифицировала пятерых спортсменов (спринтеры Валерий Кирдяшев и Глеб Ткаченко, стайер Рашида Сафина, бегуны на средние дистанции Елена Каналес и Владимир Ежов) за применение запрещенных препаратов.

Разновидностью методов недобросовестной конкуренции, имеющих в спорте широкое повседневное применение, является силовое давление, которое может проявляться в физическом или психологическом воздействии, оказываемое на спортсменов болельщиками соперников. Например, в сентябре 2014 г. УЕФА вынес свой вердикт в отношении ФК ЦСКА после игры с итальянским клубом «Рома», где в который уже раз отличились фанаты москвичей. Вердикт УЕФА: три ближайших домашних матча – без зрителей, два выездных – без гостевой трибуны и 200 тыс. евро штрафа⁷. В

сентябре 2015 г. Контрольно-дисциплинарный комитет (КДК) Российского футбольного союза (РФС) дисквалифицировал главного тренера ФК «Зенит» Андре Виллаш-Боаша на шесть матчей за конфликт с резервным арбитром во время игры между его подопечными и самарскими «Крыльями Советов».

Проблема разрешения спортивных споров является для современной России весьма актуальной. Спортивное законодательство не содержит понятия спортивный спор. Не раскрывается это понятие и во внутренних нормативных документах спортивных федераций. В законе о спорте отсутствуют какие-либо правовые нормы, посвященные разрешению спортивных споров. По существу отсутствуют серьезные научные исследования данной проблемы. Исключение – монография Е.В. Погосян. В зарубежных странах к этим проблемам относятся более серьезно. В международной практике разрешения спортивных споров главенствующее место занимают альтернативные методы разрешения споров. Такие страны как Франция, Италия, Испания, Португалия, Люксембург считают, что именно государство должно задавать вектор решения спортивного споров. «Например, в Италии, спортсмен, чьи права нарушены, вправе обратиться в судебные органы административной юрисдикции – областные административные трибуналы и Государственный Совет Италии в зависимости от сущности спора. Система спортивной юстиции структурирована по аналогии с судебной системой и предназначена для разрешения споров между субъектами спортивного права»⁸. В таких странах как Австрия, Бельгия, Дания, Финляндия, Германия, Великобритания, Швейцария спортивные споры разрешаются преимущественно в рамках частных организаций, которые создаются участниками спортивного движения (например, футбольные ассоциации).

Мы считаем, что в России модель построения законодательства о физической культуре и спорте является смешанной. Еще не разработан единый подход к определению форм разрешения спортивных споров. На данный момент к органам, которые разрешают спортивные споры, относят: органы общей компетенции и органы специальной компетенции. Органы, общей юрисдикции призваны разрешать все споры, в том числе и спортивные. К ним, прежде всего, следует отнести национальные суды. Эти споры могут разрешаться как судами общей юрисдикции, так и арбитражными судами. Органы общей компетенции обладают специальными знаниями, которые позволяют разрешать им споры, возникающие во многих отраслях права. Однако спортивные споры нередко имеют такую специфику, которая может поставить в затруднение орган, если он не обладает специальными познаниями. Поэтому на практике нередко случаи разрешения спора в суде тогда, когда его разрешение уже не актуально для сторон⁹.

К органам специальной компетенции относятся органы, которые призваны разрешать спортивные споры. Они обладают рядом очевидных преимуществ, таких как узконаправленная специализация, относительная краткосрочность процедуры рассмотрения, зачастую процедура рассмотрения спора в таких органах проще, чем в органах общей компетенции¹⁰. Так, в футболе существует правило, что все споры должны разрешаться до суда в специальных органах по урегулированию конфликтов национальных спортивных федераций. Такое правило закреплено ст. 45 Устава РФС. А ст. 61 Устава ФИФА императивно закрепляет, что обращение в обычные суды запрещается. К органам, разрешающим подобные споры в футболе относятся Палата по разрешению споров и Комитет по статусу игроков РФС, а в хоккее – Дисциплинарный комитет. Большое значение в разрешении спортивных споров имеют спортивные арбитражные суды. С правовой точки зрения они являются третейскими судами и свою деятельность осуществляют в соответствии с ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» № 102 – ФЗ от 24.07. 2002 г.

Можно сказать, что сейчас в нашей стране свою деятельность осуществляют 2 спортивных арбитража: Спортивный арбитражный суд при АНО «Спортивная арбитражная палата» и Спортивный арбитраж при ТПП. Важное значение имеет также Международный спортивный арбитражный суд в Лозанне (CAS), действующий в соответствии с законодательством Швейцарии и Кодексом Спортивного арбитражного суда¹¹. Хорошую репутацию, как среди спортсменов, так и среди теоретиков права завоевали также Бельгийская арбитражная комиссия по спорту (Comission Belge d'arbitrage pour le sport), Палата по решению споров в области спорта в Италии (Camera di Conciliazione e Arbitrate per lo Sport)¹².

Во многих зарубежных странах спортивные споры достаточно эффективно разрешаются также с помощью примирительных процедур (медиации). Использование примирительных процедур в сфере физкультуры и спорта в нашей стране – весьма редкое явление. Прошло более 4 лет с момента

вступления в силу ФЗ № 193–ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» и, по мнению экспертов Федерального института медиации, медиация в России находится на начальной стадии развития¹³.

Сегодня с уверенностью можно сказать, что фактическое отсутствие профессиональных посредников является, пожалуй, серьезным препятствием в достижении одной из основных целей принятия закона о медиации – разгрузки судов¹⁴.

В некоторых зарубежных странах вопросы разрешения спортивных споров достаточно подробно регламентированы действующим законодательством. Так, Спортивный кодекс Франции подробно регламентирует выполнение посреднических функций Французским национальным олимпийским и спортивным комитетом. По закону Французский национальный олимпийский и спортивный комитет отвечает за урегулирование всех конфликтов между спортсменами, спортивными ассоциациями, обществами и признанными спортивными федерациями, за исключением конфликтов, связанных с допингом. Кроме того, обращение во Французский национальный олимпийский и спортивный комитет с целью урегулирования спора является обязательным предварительным условием для предъявления любого иска в суд. В соответствии с нашим законодательством (ст. 382 ТК РФ) эти правила неприемлемы, т.к. индивидуальные трудовые споры являются исключительно прерогативой комиссии по трудовым спорам и суда¹⁵.

В юридической литературе высказано интересное мнение о том, что юрисдикционные досудебные органы в спорте (например, Спортивный арбитражный суд при АНО «Спортивная арбитражная палата»), их деятельность следует рассматривать в качестве альтернативного способа урегулирования конфликтов. М.А. Погорелов считает, что «функции медиации необходимо возложить на систему физической культуры и спорта, для чего в Федеральный закон «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» следует включить специальные нормы о праве таких организаций заниматься медиативной деятельностью»¹⁶.

¹ *Фомин Ю.А.* Конфликтология: конфликты в спорте // Спортивная энциклопедия для систем жизнеобеспечения. Юнеско. 2011. <http://sportWiki.to> (Дата обращения: 10.09.2015).

² *Алексеев С.В.* Спортивное право России: учебник для студентов вузов, обучающихся по направлениям «Юриспруденция» и «Физическая культура и спорт» / под ред. П.В. Крашенинникова. 3-е изд., перераб. и доп. М.: ЮНИТИ ДАНА, Закон и право, 2012. С. 966.

³ *Погосян Е.В.* Формы разрешения спортивных споров; монография. М.: Волтерс Клувер, 2011. 160 с.

⁴ *Юрлов С.А.* Спортивные споры и их разрешение: теория и практика (на примере отдельных видов спорта). М.: Инфотропик Медиа, 2015. – с.21.

⁵ *Попов Д.В.* Медиация как социально-правовая технология разрешения споров в сфере физической культуры и спорта / науч. ред. С.И.Реутов; Перм. гос. нац. иссл. ун-т. Пермь, 2013. С. 39.

⁶ *Реутов С.И., Нессонов К.С.* Спортивные конфликты и возможности их урегулирования с помощью примирительных процедур (медиации) // Проблемы применения примирительных процедур (медиации) в различных сферах юридической практики: материалы круглого стола в рамках V международного Пермского конгресса ученых-юристов (г. Пермь, 24 окт. 2014 г.) / под общ ред. С.И. Реутова, Л.А. Соболевой; Перм. гос. нац. иссл. ун-т. Пермь, 2014. С. 70.

⁷ *Погосян Е.В.* Формы разрешения спортивных споров; монография. М.: Волтерс Клувер, 2011. 160 с.

⁸ *Нессонов К.С.* Некоторые органы разрешающие конфликты в сфере футбола // Научный аспект. 2014. <http://na-journal.ru/3-2014-gumanitarnye-nauki/472-nekotorye-organy-razreshajushhie-konflikty-v-sfere-futbola?format=pdf> (Дата обращения: 10.09.2015).

⁹ *Реутов С.И., Попов Д.В., Нессонов К.С.* Разрешение споров в сфере физкультуры и спорта с помощью примирительных процедур (медиации): проблемы и перспективы развития // Медиация: теория, практика, перспективы развития. Сб. тезисов участников Первой всероссийской научно-практической конференции (23–24 апреля 2015 г. Москва) / отв. ред. О. П. Вечерина. М.: ФГБУ. «ФИМ», 2015. С. 141–145.

¹⁰ *Попов Д.В.* Медиация как социально-правовая технология разрешения споров в сфере физической культуры и спорта. Науч. ред. С.И. Реутов; Перм. гос. нац. иссл. ун-т. Пермь, 2013. С. 51.

¹¹ *Погорелов М.А.* Медиация как способ разрешения трудовых конфликтов с участием спортсменов и тренеров. // Спорт: экономика, право, управление, 2012, №3.

¹² ФИМ подводит итоги минувшего года // Медиация и право. 2014. № 1(31). С. 10–16.

¹³ *Реутов С.И.* Необходимость приоритетного развития в Российской Федерации семейной медиации // Семейная медиация: теория и практика урегулирования споров. Сб. матер. Первой научно-практической конференции. М.: ФГБОУ ДПО ИРДПО. 2015.

¹⁴ *Соловьев А.А.* Институт медиации в России и процедуры урегулирования споров с участием посредника по Спортивному кодексу Франции // Спорт: экономика, право, управление. 2011. №2.

¹⁵ Погорелов М.А. Медиация как способ разрешения трудовых конфликтов с участием спортсменов и тренеров // Спорт: экономика, право, управление, 2012, №3.

¹⁶ Там же.

О.А. Отрадна

Киевский национальный университет им. Тараса Шевченко, г. Киев

«ДЕЛИКТНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА» И «РЕПАРАЦИИ КАК СЛЕДСТВИЕ НАРУШЕНИЯ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА»: СООТНОШЕНИЕ ПОНЯТИЙ

Репарации (в общем понимании) – это компенсация за нарушение или повреждение.

Значение понятия «репарации» в течение последнего столетия менялось. С начала 19 в. в международном праве существовало основное понятие репараций как формы материальной ответственности субъекта международного права за ущерб, причиненный в результате совершенного им международного правонарушения другому субъекту международного права, в частности, возмещение государством в силу мирного договора или иных международных актов ущерба, причиненного им государствам, подвергшимся нападению.

Сегодня под репарациями понимается не только выплата военных убытков, но и выплаты жертвам серьезных нарушений прав человека, в связи с чем возникает необходимость разделения понятий «репарации как следствие нарушения прав человека» и «деликтные обязательства» как институт гражданского права.

	Деликтные обязательства	Репарации
Регулирование	Внутреннее законодательство стран, международные коллизионные нормы	Основные принципы и руководящие положения, касающиеся права на правовую защиту и возмещение ущерба для жертв грубых нарушений международных норм в области прав человека и серьезных нарушений международного гуманитарного права <i>Приняты резолюцией 60/147 Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 2005 г.</i>
Основания возникновения	Причинение внедоговорного вреда	Нарушение прав человека
Субъекты причинения	Все субъекты гражданского права	Государства
Потерпевшие	Физическое, юридическое лицо, государство, территориальная община (все лица, которым причинен вред)	Жертвы: – физические лица, которые понесли ущерб индивидуально или коллективно; – прямой член семьи или иждивенец потерпевшего лица; – лица, которым при вмешательстве с целью оказания помощи находящимся в бедственном положении жертвам был причинен ущерб
Форма	Материальная	Как материальная, так и символическая (в виде публичного признания нарушения, извинения)
Виды	– Компенсация имущественного вреда – Компенсация морального вреда	– Реституция – восстановление первоначального положения жертвы, существовавшего до нарушения (восстановление свободы, документов, удостоверяющих личность, гражданства, возвращение на прежнее место жительства, восстановление на работе, возврат имущества) – Компенсация за любой поддающийся экономической оценке ущерб (физический или психический; упущенные возможности, в том числе в области трудоустройства, образования и получения социальных льгот; материальный ущерб и упущенная выгода; моральный ущерб; расходы на правовую и экспертную помощь)

	Деликтные обязательства	Репарации
		<p>– Реабилитация – оказание медицинской и психологической помощи, юридических и социальных услуг</p> <p>– Сатисфакция (прекращение дящихся нарушений, публичное обнародование фактов о нарушениях; поминовение и воздание должного памяти жертв; принесение публичных извинений; поиск местонахождения исчезнувших лиц, установление личности похищенных, опознание тел убитых)</p> <p>– Гарантии неповторения случившегося (обеспечение эффективного гражданского контроля за вооруженными силами и службой безопасности; укрепление независимости судебных органов; защита юристов, правозащитников, журналистов от нарушений, связанных с их профессиональной деятельностью; пересмотр и реформирование законов, допускающих грубое нарушение прав человека)</p>

Таким образом репарации как институт международного права в области защиты прав человека являются более широким понятием, чем деликтные обязательства, возникающие вследствие причинения внедоговорного вреда. Более того, репарации предполагают не только применение правовых последствий нарушения прав конкретного человека, но и наличие последствий политических, общественных, культурных. Однако в случае необходимости возмещения (компенсации) причиненного вреда потерпевший прежде всего должен руководствоваться нормами гражданского законодательства, что позволит полнее восстановить его нарушенное право и компенсировать причиненный вред.

Г.А. Писарев

Адвокатская палата Рязанской области, г. Рязань

ВОДНЫЕ БИОЛОГИЧЕСКИЕ РЕСУРСЫ КАК ОБЪЕКТ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ: ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕЖИМА

В конце июня 2015 г. в Федеральный закон «О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов» были внесены изменения в части введения запрета на применение плавных (дрифтерных) сетей при рыболовстве анадромных видов рыб¹ во внутренних морских водах, в территориальном море и исключительной экономической зоне России². Цели изменений – сохранение указанных видов рыб на миграционных путях к местам нереста, обеспечение импортозамещения и укрепление продовольственной безопасности страны.

Таким образом, законодатель принятием данного закона поставил две разноплановые задачи – решить актуальные проблемы геополитического плана (ориентированные на те вызовы, с которыми страна столкнулась в последние два года) и сохранить важнейший природный биоресурс, необходимый в том числе и для социально-экономического развития регионов России. Для определения особенностей правового режима рассматриваемого природного ресурса нужно определить, а какая цель является преимущественной? Можно ли ожидать, что с изменением экономической и политической ситуации запрет ловли с использованием плавных (дрифтерных) сетей не будет снят?

К водным биологическим ресурсам (водным биоресурсам) относятся рыбы, водные беспозвоночные, водные млекопитающие, водоросли, другие водные животные и растения, находящиеся в состоянии естественной свободы³. Данные объекты находятся по общему правилу в федеральной собственности и подчинены общим нормам гражданского законодательства, за исключением тех правил, которые введены специальным законом.

В главе 6 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ), посвященной регулированию объектов гражданских прав, водные биоресурсы не выделены в качестве самостоятельного объекта. Не может в полном объеме применяться к данному объекту и ст. 137 ГК РФ, устанавливающая, что к животным как объектам гражданских прав применяются общие правила об имуществе. Однако при осуществлении гражданских прав не допускается жестокое обращение с животными. Невозможно отдельно при-

менять нормы о гуманном обращении к тем морским животным, кто попадал в дрейферные сети. Водные биоресурсы охватывают более широкий спектр объектов природного мира, и гуманность по отношению к ним в большей степени объясняется задачей сохранения данных ресурсов для последующих поколений. Нарушения экобаланса могут привести к недостатку водных биоресурсов уже в следующем поколении. Это вопрос выживания человечества, поэтому правовое регулирование использования водных биоресурсов в гражданском обороте должно строиться на иных принципах, которые не закреплены на сегодняшний день в гражданском законодательстве.

Анадромные виды рыб (лососевые, осетровые) включены в перечень особо ценных и ценных видов биоресурсов, отнесенных к объектам рыболовства⁴. Подобное выделение среди объектов гражданских прав, отнесенных к свободным в гражданском обороте, достаточно часто используется в последние годы в российском законодательстве. Однако на уровне ГК РФ отсутствует определение тех особенностей, которые связаны с отнесением того или иного объекта к категории особо ценного движимого имущества.

В соответствии с Законом о рыболовстве и сохранении водных биоресурсов под сохранением данного объекта понимается поддержание водных биоресурсов или их восстановление до уровней, при которых могут быть обеспечены максимальная устойчивая добыча (вылов) водных биоресурсов и их биологическое разнообразие посредством осуществления на основе научных данных мер по изучению, охране, воспроизводству, рациональному использованию водных биоресурсов и охране среды их обитания (ст. 1). Это обстоятельство, на наш взгляд, также отражает особенность правового режима данного объекта в гражданском обороте. Государство в лице уполномоченных органов должно не только активно контролировать добычу водных биоресурсов, но и в полной мере содействовать их охране и воспроизводству для обеспечения текущих социально-экономических задач, а также для защиты прав последующих поколений.

Критерии принятия хозяйственных решений и показатели устойчивого развития в области водных биоресурсов обязаны обеспечивать гармоничное функционирование триады: природа – рыбное хозяйство – население России⁵. Однако совершенно очевидно, что большинство природных ресурсов в современном мире должно рассматриваться как принадлежность того или иного государства. Водные биоресурсы могут быть сохранены только при активном участии всех стран, участвующих в промышленном ловле рыбы, осуществляющих их хозяйственную эксплуатацию.

Дрейферный промысел относится к одному из самых спорных видов промышленной добычи водных ресурсов. Дрейферные сети называют «стенами смерти». Ущерб, который причиняется ими, значителен и вряд ли сопоставим с оценкой получаемой прибыли. Вопрос о запрете данного промысла поднимался В.В. Путиным еще в 2009 г.⁶ Но только через 6 лет нацеленность на прекращение использования дрейферных сетей получила практическую реализацию. Это позволяет сделать вывод, что не ответ на санкции явился причиной установления запрета, так как и экологи, и представители рыбаков, осуществляющих промысел в прибрежных зонах иными способами ловли, давно настойчиво говорили о необходимости изменения порядка, наносившего существенный вред всей экосистеме Камчатского края.

Это обстоятельство должно учитываться при изменении законодательства РФ в современных условиях. Так, в литературе отмечается, что процессы мировой экономической глобализации требуют совершенствования системы общепризнанных принципов международного права с целью создания благоприятного инвестиционного климата. Одним из таких принципов должен быть принцип обеспечения стабильности правового регулирования⁷. Однако обеспечение экологической безопасности (в широком смысле слова) должно являться приоритетом при регулировании гражданского оборота водных биоресурсов.

¹ К анадромным видам рыб относятся те разновидности рыб, которые воспроизводятся в пресной воде водных объектов в Российской Федерации, затем совершают миграции в море для нагула и возвращаются для нереста в места своего воспроизведения.

² О внесении изменений в Федеральный закон «О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов»: от 29.06.2015. №208-ФЗ. URL: <http://www.pravo.gov.ru>

³ О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов: Федеральный закон от 20.12.2004. №166-ФЗ (ред. от 02.05.2015) // Собрание законодательства РФ. 2004. №52 (часть I). Ст. 5270.

⁴ Об утверждении перечня особо ценных и ценных видов водных биоресурсов, отнесенных к объектам рыболовства: приказ Росрыболовства от 16.03.2009. №191. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁵ URL: <http://www.sevin.ru/bioresrus/classification/water.html> (дата обращения: 29.05.2015).

⁶ URL: http://www.wwf.ru/about/what_we_do/seas/sign_drifter (дата обращения: 15.06.2015).

⁷ Васильев В.В. Стабильность частноправового регулирования как общепризнанный принцип международного права и принцип гражданского права Российской Федерации // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2014. №3. С. 93.

А.Н. Пушкарева

Московская академия экономики и права, г. Москва

СВЕДЕНИЯ, СОСТАВЛЯЮЩИЕ СЕМЕЙНУЮ ТАЙНУ, И ПРАВО СЕМЬИ НА ЕЕ СОХРАНЕНИЕ

В законодательстве не содержится точное определение сведений, которые могут составлять семейную тайну.

А.В. Минбалеев и И.У. Кулдыбаева в качестве сведений, составляющих семейную тайну, указывают те, что касаются

- усыновления;
- частной жизни супругов;
- частной жизни детей;
- личных неимущественных и имущественных отношений, существующих между супругами, и другие.

Предметом семейной тайны могут быть сведения:

- о фактах биографии членов семьи;
- о состоянии их здоровья;
- об имущественном положении;
- о роде занятий и совершенных поступках;
- о взглядах, оценках, убеждениях;
- об отношениях в семье или об отношениях человека с другими людьми¹.

Сбор и хранение такой информации о лицах без согласия самих лиц, а также ее распространение запрещаются. Граждане имеют право самостоятельно охранять любую информацию, исключительными обладателями которой они являются, кроме обязательной к предоставлению или раскрытию в соответствии с законодательством².

Семейная тайна относится к нематериальным благам, которые как в российском, так и в зарубежном праве представляют собой неимущественные ценности, естественные по своему происхождению, имеющие нематериальный характер, обладающие признаками неотчуждаемости и непередаваемости, являющиеся объектом регулирования и защиты личных неимущественных прав.

Различие между личной и семейной тайной заключается в том, что если личная тайна непосредственно затрагивает интересы лишь конкретного лица, то семейная тайна затрагивает интересы нескольких лиц, связанных семейными отношениями.

Полагаем, что субъектом семейной тайны выступает в первую очередь семья. При этом следует учитывать то обстоятельство, что само понятие семьи законодательно не урегулировано (не определено). В теории различают понятие семьи в социологическом и юридическом смысле³.

А.Н. Левушкин, Р.П. Мананкова и другие юристы предлагают внести в СК РФ понятие семьи. Р.П. Мананкова дает следующее определение: семья – это малая социальная группа (объединение, союз лиц), основанная на браке, родстве, усыновлении и иных формах принятия детей на воспитание, связанная общностью жизни, а также семейными правами и обязанностями⁴.

По мнению И.С. Даниловой, с которым следует согласиться, «семья – это круг (союз) лиц, связанных взаимными правами и обязанностями в сфере личных неимущественных и имущественных отношений, возникающих на основании родства, заключения брака, усыновления, создания приемной семьи и иных юридических фактов, лежащих в основе семейных правоотношений, создаваемый с целью укрепления и развития семейных отношений на принципах взаимной любви, уважения и заботы»⁵.

Как справедливо указывает А.Н. Левушкин, «семья при буквальном толковании закона не относится к субъектам семейных отношений, но в целях укрепления авторитета семьи и семейных ценностей, значимости данного явления для каждого из людей считаем необходимым законодательно закрепить понятие семьи и, исходя из этого, признать возможным рассматривать семью как субъект отдельных семейных правоотношений»⁶.

Ему же принадлежит определение семьи, которое можно применить и к жилищным отношениям. «Под семьей следует понимать круг лиц, связанных взаимными правами и обязанностями в сфере личных неимущественных и имущественных отношений, возникающих на основании родства, заключения брака, усыновления и иных юридических фактов, лежащих в основе семейных правоотношений»⁷.

Семья в социологическом смысле может основываться также на фактических брачных отношениях, в том числе и на отношениях между лицами одного пола, которые получают в настоящее время все большее юридическое признание в различных странах⁸.

В действующем российском законодательстве нет института «фактического брака», т.е. закон не признает незарегистрированный брак и не считает браком сожительство мужчины и женщины.

Кроме того, семья в социологическом смысле может распаться в случае прекращения фактических брачных отношений, однако сохраниться в юридическом смысле. Супруги при раздельном проживании, даже если десятилетиями не будут интересоваться жизнью друг друга, но не расторгают свой брак, по действующему законодательству являются семьей, т.к. СК РФ допускает раздельное проживание супругов (ч. 1 ст. 31 СК РФ)⁹.

Таким образом, не все семьи в социологическом смысле составляют семью в юридическом смысле. Для этого необходимо законодательное признание данного союза семьей¹⁰.

Таким образом, исходя из действующего законодательства можно прийти к выводу, что фактические браки не порождают правовых последствий, в том числе и защиты семейной тайны, поскольку в юридическом смысле при фактическом браке как таковой семьи не образуется.

Сведения, затрагивающие интересы членов семьи в юридическом смысле, могут раскрываться только с согласия всех ее членов. Поэтому если нельзя обособить сведения, касающиеся только одного члена семьи, то согласие всех других членов семьи, имеющих право на тайну семейной жизни, должно испрашиваться. Следует отметить, что при этом вопрос не может и не должен решаться количеством голосов. Даже наличие одного «против» должно привести к отказу от раскрытия тайны семейной жизни. Следовательно, члены семьи обладают не только правом на семейную тайну, но и обязанностью ее сохранять¹¹.

В связи с этим необходимо рассмотреть состав семьи и дать понятие члена семьи.

В законодательстве не только не дано понятие члена семьи, но в различных его отраслях по-разному определяется и круг лиц, которые относятся к членам семьи.

Представляется правильным согласиться с Р.П. Мананковой в том, что при оценке служебной роли норм, устанавливающих состав семьи, необходимо акцентировать внимание на той непосредственной цели, которую ставил законодатель. Очевидно, такой целью являлось определение субъектного состава соответствующих правоотношений и юридических фактов, обуславливающих возникновение прав и обязанностей. Тем самым в любой из этих норм субъекты не просто перечисляются, но непременно решается вопрос об условиях признания указанных лиц носителями соответствующих прав и обязанностей, т.е. о юридических фактах. В этом плане членство в семье является, по ее мнению, не чем иным, как одним из юридических фактов, необходимых для приобретения прав и обязанностей, предусматриваемых конкретным нормативным актом.

В связи с изложенным служебная роль норм, закрепляющих состав семьи, может быть оценена двояким образом: во-первых, в них дается перечень возможных субъектов правоотношений (например, ст. 69 ЖК РФ); во-вторых, для каждого из них устанавливаются условия возникновения тех или иных прав и обязанностей. В числе этих условий, как правило, указывается основание семейной связи (брак и др.) с определенным лицом¹².

Это может привести к заключению, что содержание понятия «член семьи» (нанимателя, кормильца, военнослужащего и т.д.) различно в разных отраслях законодательства.

Однако это не верно, поскольку в данном случае отождествляются «член семьи» и «субъект семейных правоотношений».

Как точно указывает Р.П. Мананкова, понятие «член семьи» производно от понятия «семья» и так же, как последнее, имеет только одно содержание: это гражданин, связанный с определенной семьей как малой социальной группой браком, родством, усыновлением или иной формой принятия детей на воспитание, общностью жизни, а также семейными правами и обязанностями. Если отсутствует хотя бы один из указанных существенных признаков, то субъекта нельзя именовать членом семьи¹³.

Действительно, лица, связанные семейными правами и обязанностями, могут никогда не увидеть друг друга (например, бабушка не хочет признавать своих внуков). Естественно, что никакой

семьи эти лица не образуют, это только субъекты семейных правоотношений. И напротив, если эти лица связаны еще и общностью жизни, они являются членами одной семьи.

Таким образом, в настоящее время семейное и иное отраслевое законодательство не дает определения понятия члена семьи, кроме того, в различных отраслях права круг членов семьи различен. В связи с этим возникает проблема определения субъектов права на семейную тайну. В результате анализа вышеизложенного можно сделать вывод, что членом семьи является гражданин, связанный с определенной семьей как малой социальной группой браком, родством, усыновлением или иной формой принятия детей на воспитание, общностью жизни, а также семейными правами и обязанностями. Если отсутствует хотя бы один из указанных существенных признаков, то субъекта нельзя именовать членом семьи. Данное понятие позволяет определить круг субъектов права на семейную тайну.

¹ Минбалеев А.В., Кулдыбаева И.У. Правовое регулирование института личной и семейной тайны // Вестник УрФО. Безопасность в информационной сфере. 2013. № 1. С. 26.

² Там же. С. 27.

³ Гришаев С.П. Право на неприкосновенность частной жизни // Доступ из СПС «КонсультантПлюс». 2012.

⁴ Мананкова Р.П. Пояснительная записка к концепции проекта нового Семейного кодекса Российской Федерации // Семейное и жилищное право. 2012. № 4. С. 30.

⁵ Данилова И.С. К вопросу о понятии «семья» и необходимости его законодательного закрепления в свете развития социальной функции семейного права // Вестник Тверского государственного университета. 2014. № 1. С. 203.

⁶ Левушкин А.Н. Роль принципов (основных начал) семейного права в формировании системы семейного права // Законодательство и экономика. 2012. № 8. С. 30.

⁷ Левушкин А.Н. Теоретическая модель построения системы семейного законодательства Российской Федерации и других государств – участников Содружества Независимых Государств: дис. ... докт. юрид. наук. М., 2013. С. 120.

⁸ Ламейкина Е.Ю. Проблемы правового регулирования фактических брачных отношений // Семейное и жилищное право. 2013. № 1. С. 6.

⁹ Петровская К.Ю. Кто решит проблемы современной российской семьи // Вопросы ювенальной юстиции. 2013. № 6. С. 11.

¹⁰ Ламейкина Е.Ю. Проблемы правового регулирования фактических брачных отношений // Семейное и жилищное право. 2013. № 1. С. 6.

¹¹ Гришаев С.П. Право на неприкосновенность частной жизни. // Доступ из СПС «КонсультантПлюс». 2012.

¹² Мананкова Р.П. Пояснительная записка к концепции проекта нового Семейного кодекса Российской Федерации // Семейное и жилищное право. 2012. № 4. С. 30.

¹³ Мананкова Р.П. Пояснительная записка к концепции проекта нового Семейного кодекса Российской Федерации // Семейное и жилищное право. 2012. № 4. С. 31.

А.Ф. Пьянова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

О ПРАВЕ СОБСТВЕННОСТИ БЫВШИХ СУПРУГОВ

Право собственности бывших супругов на совместно нажитое в браке имущество, не прошедшее процедуру раздела, прямо законом не регулируется. Согласно п. 7 ст. 38 Семейного кодекса РФ (далее – СК РФ) к требованиям супругов о разделе общего имущества супругов, брак которых расторгнут, применяется трехлетний срок исковой давности. Исходя из этого закон допускает ситуацию, при которой у супругов, брак которых расторгнут, сохраняется общая совместная собственность на совместно нажитое имущество¹.

Между тем в литературе высказываются различные точки зрения относительно правового режима имущества бывших супругов. Так, по мнению Н.В. Артемьевой, у бывших супругов возникает общая долевая собственность на нажитое в браке имущество автоматически с момента расторжения брака или по истечении трех лет после его расторжения². Данная позиция, полагаем, не основана на законе. Такая трансформация нигде законодательно не регламентирована: для прекращения отношений совместной собственности необходим другой юридический факт – раздел имущества, производимый либо по соглашению сторон, либо по решению суда. Более того, трехлетний срок исковой давности не прекращает право, а лишь делает невозможным его принудительную защиту³.

Своеобразную позицию занял С.Н. Ермолаев. Он предлагает сопровождать расторжение брака обязательным разделом общей совместной собственности: «При этом раздел совместной собственности возможен как при расторжении брака в судебном порядке, так и при расторжении брака органами записи актов гражданского состояния при предоставлении соглашения супругов о разделе общего имущества»⁴.

С таким решением также согласиться нельзя. Во-первых, оно противоречит общим принципам семейного права, в том числе принципу недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в дела семьи. Если в интересах несовершеннолетних детей выход суда за пределы исковых требований при расторжении брака (п. 2 ст. 24 СК РФ) предусмотрен в целях соблюдения принципа обеспечения приоритетной защиты прав и интересов несовершеннолетних и нетрудоспособных членов семьи, то в рассматриваемом случае выход суда за пределы исковых требований абсолютно не соответствует принципу диспозитивности гражданского процесса.

Во-вторых, на практике предлагаемое С. Н. Ермолаевым решение будет неосуществимо. При расторжении брака в органе ЗАГС данный административный орган не наделен правом проверять законность представленного соглашения о разделе имущества, полноту содержащегося в нем перечня общего имущества – это возложит на органы ЗАГС выполнение не свойственных им функций. Более того, проверка полноты представленного к разделу перечня имущества представляется затруднительной и для суда (в части имущества, не подлежащего какой-либо регистрации). Бывший супруг, который уже после расторжения брака узнает о нарушении своих прав (например, о сокрытии другим супругом какого-либо имущества), не сможет защитить свои имущественные права.

Ряд ученых настаивают, что к отношениям бывших супругов подлежит применению лишь ст. 253 ГК РФ, но не ст. 35 СК РФ⁵.

Так, О.В. Мананников, основываясь на том, что семейное законодательство регулирует личные неимущественные и имущественные отношения между **членами семьи**: супругами, родителями и детьми (ст. 2 СК РФ), а гражданское законодательство регулирует имущественные и личные неимущественные отношения между различными участниками гражданского оборота (п. 1 ст. 2 ГК РФ), делает вывод, что, поскольку бывшие супруги не относятся к членам семьи, «к отношениям между бывшими супругами нормы семейного законодательства применению не подлежат»⁶, их имущественные отношения должны регулироваться нормами гражданского права.

Именно такую позицию высказал и Верховный суд РФ в Определении от 14.01.2005 по делу №12-В04-8: «Нормы статьи 35 СК РФ распространяются на правоотношения, возникшие между супругами, и не регулируют отношения, возникшие между иными участниками гражданского оборота. К указанным правоотношениям должна применяться статья 253 ГК РФ»⁷.

Между тем и этот подход не основан на законе. Согласно п. 3 ст. 244 ГК РФ общая совместная собственность на имущество возникает лишь в случаях, прямо предусмотренных законом. Действующее законодательство не содержит такого особого вида общей совместной собственности, как собственность бывших супругов. По смыслу п. 4 ст. 253 ГК РФ общие положения данной статьи могут применяться только к установленным законом видам общей совместной собственности, если специальными нормами о таких видах совместной собственности не введены иные правила. То есть в отсутствие такого вида установленного законом общей совместной собственности, как собственность бывших супругов, и соответствующих специальных норм, положения статьи 253 ГК РФ не могут регулировать их имущественные отношения. Считаем, что Верховный суд РФ необоснованно расширительно истолковал нормы ст. 253 ГК РФ⁸.

Если следовать логике сторонников данной точки зрения, правовой режим общей совместной собственности бывших супругов расщепляется: в части раздела имущества по-прежнему действуют специальные нормы СК РФ (ст. 38–39), а в части распоряжения – общие нормы ст. 253 ГК РФ. Считаем необоснованным такое расщепление правового режима одного и того же имущества. Полагаем, что и в ст. 35 СК РФ применительно к порядку распоряжения общей совместной собственностью слово «супруг» должно толковаться распространительно и включать в себя не только лиц, находящихся в браке, но и лиц, брак между которыми расторгнут. Никакой принципиальной разницы для применения распространительного толкования к ст. 38–39 СК РФ и неприменения его к ст. 35 СК РФ не существует. Поэтому совершенно правильной представляется позиция юристов, считающих, что «факт приобретения имущества на совместно нажитые в период брака средства имеет явно более существенное значение, чем факт расторжения брака»⁹.

Таким образом, и для бывших супругов должен действовать такой же правовой режим распоряжения совместно нажитым имуществом, как в период брака.

Справедливости ради следует отметить, что правовой режим общей совместной собственности бывших супругов может создавать неопределенность для участников имущественного оборота в связи с отсутствием обязанности указания на общую совместную собственность при государственной регистрации прав на недвижимое имущество. Поэтому совершенно правильным является высказанное уже давно предложение внести в закон обязанность регистрирующих органов автоматически вносить имя обоих супругов в правоустанавливающие документы, подтверждающие право собственности на общее имущество каждого из них (за исключением случаев, когда законный режим супружеского имущества изменен условиями брачного контракта)¹⁰. Такое правовое решение обеспечит защиту и стабильности имущественного оборота, и интересов супругов, в том числе бывших.

В целях достижения правовой определенности в рассматриваемом вопросе и недопустимости нарушения прав и законных интересов супругов предлагаем дополнить статью 35 Семейного кодекса РФ пунктом 4 следующего содержания:

«4. Положения настоящей статьи применяются к случаям совершения сделок бывшими супругами».

¹ Здесь, правда, возникает закономерный вопрос о том, что происходит с имуществом, в отношении которого срок исковой давности пропущен. Однако этот вопрос находится за рамками данной статьи.

² *Артемова Н.В.* Совместная собственность супругов: актуальные вопросы правового регулирования и практика применения // Бюллетень нотариальной практики. 2003. №6. С. 8.

³ Критика данной позиции дана, в частности, Ж.С. Труш. См.: *Труш Ж.С.* Право собственности супругов в современном российском законодательстве и роль нотариата в его осуществлении // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2011. № 1. С. 115.

⁴ *Ермолаев С.Н.* Множественность лиц в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2014. С. 11.

⁵ *Ходырев П.М.* Правоотношения собственности бывших супругов // Нотариус. 2007. №2. С. 42; *Мананников О.В.* Права на имущество бывших супругов // Бюллетень нотариальной практики. 2004. №3. С. 20–26; *Гладковская Е.И.* Реализация семейных прав: вопросы правоприменения // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2012. №2. С. 92.

⁶ *Мананников О.В.* Указ. соч. С. 22.

⁷ [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁸ Следует отметить, что не все нижестоящие суды придерживаются позиции, высказанной Верховным судом РФ. Так, в соответствии с п. 4 Обзора Приморского краевого суда от 30.06.2011 г. правила ст. 35 Семейного кодекса РФ о владении, пользовании и распоряжении общим имуществом супругов по обоюдному согласию распространяются также на сделки по распоряжению общим имуществом, нажитым в браке, которые совершены бывшим супругом после расторжения брака. См.: *Обзор судебной практики Приморского краевого суда по рассмотрению гражданских дел в кассационном и надзорном порядке в первом полугодии 2011 года от 30.06.2011* [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Аналогичным образом нормы семейного права применены Омским областным судом (*Апелляционное определение от 06.06.2012 по делу №33-3180/2012* [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»).

⁹ *Настольная книга нотариуса: в 2 т. Т. 1 / Б.М. Гонгалло, Т.И. Зайцева, П.В. Крашенинников, Е.Ю. Юшкова, В.В. Ярков. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 347.*

¹⁰ *Каминская Я.А.* Некоторые проблемы возникновения и регистрации права общей собственности на недвижимое имущество // Юрист. 2008. № 1. С. 64.

С.И. Реутов

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ РАЗВИТИЯ СЕМЕЙНОЙ МЕДИАЦИИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Конституция РФ провозглашает, что «материнство, детство, семья находятся под защитой государства» (ст. 38). В настоящее время российский институт семьи переживает кризис, о чем свидетельствуют такие явления, как, ухудшение демографической ситуации, низкая рождаемость и высокая смертность; большое количество разводов; рост числа внебрачных рождений, альтернативных форм семейно-брачных отношений, растущая беспризорность и безнадзорность детей и т.п.¹

Одним из проявлений кризиса института семьи является рост числа разводов. По данным Федеральной службы государственной статистики Российской Федерации в 2014 г. в России было зарегистрировано 1 млн. 225 тыс. браков и 693 681 разводов. При этом в большинстве случаев за разводами обращались супруги, имеющие детей.

При расторжении брака между супругами возникают различного рода конфликты: о разделе совместно нажитого имущества, о месте жительства несовершеннолетних детей, о порядке выплаты средств на содержание детей, о порядке осуществления родительских прав родителем, проживающим отдельно от ребенка. Развод усугубляет конфликт между супругами. Споры, вытекающие из брачно-семейных отношений, наиболее сложные, запутанные, их рассмотрение занимает длительное время. Развод, как и другие семейно-правовые споры, касающиеся детей, – это мощная стрессовая ситуация, не только для супружеской пары, но и для детей. Распад семьи оказывает негативное воздействие здоровье и психологическое состояние супругов и, что самое важное, ребенка.

На сегодня в Российской Федерации основным способом защиты прав и интересов несовершеннолетних детей при разрешении семейных споров, является судебный порядок. Суды перегружены. При расторжении брака конфликт между супругами усугубляется, одна из сторон всегда остается недовольна результатом, так как решение суда не учитывает ее интересы. Это приводит к увеличению числа неисполняемых судебных актов. Нередко все это заканчивается похищением детей и незаконным вывозом их с целью сокрытия за пределы Российской Федерации. Указанные обстоятельства препятствуют нормальной коммуникации².

1 января 2011 г. вступил в силу Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)». Мирное разрешение конфликтов – показатель уровня развития гражданского общества. Для нас крайне важно использовать примирительные процедуры для того, чтобы помочь людям и разгрузить суды³. Следует отметить, что семейные споры признаются одними из самых «благоприятных» для проведения процедур медиации, поскольку именно в этом случае вероятность заключения медиативного соглашения считается максимально высокой. На это обстоятельство указывают ученые в круг научных интересов которых входят, в том числе, вопросы применения медиации при разрешении споров, вытекающих из семейных отношений (Величкова О.И., Загайнова С.К., Калашникова С.И., Михеева О.Ю., Нечаева А.М., Носырева Е.И., Сафронова С.С., Ситкова О.Ю., Шамликашвили Ц.А. и др.).

Семейная медиация является одним из первых и наиболее распространенных видов медиации за рубежом. При разрешении споров о ребенке, как бы родители ни были обижены друг на друга, они должны понимать, что им просто необходимо примириться, хотя бы ради их ребенка. Как отмечает Худякова Т.М., «следует помнить, что семейные конфликты всегда лучше разрешать мирно, чтобы ребенок запомнил развод не как войну, а как цивилизованный процесс»⁴.

Семейная медиация, как отмечает Лиза Паркинсон, должна начинаться на максимально ранней стадии по возможности до или во время развода и начала раздельного проживания, чтобы предотвратить потерю контакта и уменьшить страдания детей. По ее данным 30% отцов, живущие отдельно от семьи, как правило, теряют контакт с детьми в течение двух лет после начала раздельного проживания⁵.

Закон о медиации в нашей стране действует уже около 5 лет. Однако, по мнению экспертов Федерального института медиации, медиация в России находится на начальной стадии развития⁶. Семейная медиация в нашей стране должна развиваться в приоритетном порядке. На наш взгляд для успешного внедрения семейной медиации в российскую практику в первую очередь необходимо понимание истинной сущности этого нового института, кроме того, необходима действенная поддержка судебной системы, поскольку судьи являются одним «из держателей доступа (ключа) к медиации»⁷.

Мы полагаем, российское семейное законодательство в своей основе расположено к проведению примирительных процедур. Однако, к большому сожалению, в Семейном кодексе отсутствуют какие-либо нормы, которые касались бы вопросов применения семейной медиации. На наш взгляд, в ст. 22 СК РФ целесообразно предусмотреть правило, согласно которому судья мог бы направлять стороны на консультацию к медиатору. Кроме того, следует согласиться с мнением Л.Ю. Михеевой о том, что давно назрела необходимость изменения редакции ст. 24 СК. Существующая редакция указанной нормы создает неопределенность для разводящихся супругов, имеющих детей. Для того, чтобы убедить судью, что спора о детях нет и такой спор не возникнет в будущем, родители на наш взгляд должны представить суду текст нотариально удостоверенного соглашения о порядке осуществления родительских прав родителем, который проживает отдельно от ребенка, либо представить суду письменный текст подобного соглашения, которое суд оформляет как мировое соглашение со всеми вытекающими отсюда правовыми последствиями. Такие действия судьи снизили бы остроту другого вопроса – о краже ребенка⁸.

Этот вопрос удачно решен во Франции, где судья при рассмотрении дела о расторжении брака имеет право направить стороны к медиатору, для того чтобы супруги составили соглашение, регламентирующее последствия развода, которое судья должен утвердить. Если соглашение не соответ-

ствуется интересам детей либо в случае повторного отказа судом в утверждении этого соглашения, заявление о разводе утрачивает силу⁹. На наш взгляд, целесообразно в нашем законодательстве закрепить возможность внедрения обязательной примирительной процедуры. Эту идею поддержал В.Ф. Яковлев – советник Президента РФ по правовым вопросам, выступая на Первой всероссийской научно-практической конференции с международным участием «Медиация: теория, практика, перспективы развития» (23–24 апреля 2015 г. Москва). При этом он отметил, что «в наших условиях было бы уместно использовать обязательную медиацию, скажем, перед бракоразводными процессами, однако ... для этого нужно в достаточной мере подготовить общественное мнение, широко пропагандируя это метод внесудебного разрешения споров»¹⁰. Уполномоченный по правам ребенка в РФ – Павел Астахов также всецело поддерживает идею введения обязательной процедуры медиации именно до принятия решения в суде общей юрисдикции о расторжении брака¹¹.

На наш взгляд, целесообразно разработать и принять специализированные нормы о семейной медиации¹². В законодательстве многих зарубежных стран (Австрия, Великобритания, Франция, Италия, Испания, Португалия, Сербия и др.) такие нормы приняты и они работают эффективно. В Финляндии есть Закон о браке, гл. 5 которого называется «Семейная медиация». При этом эти споры разрешают местные органы опеки¹³.

Считаем целесообразным разработать и законодательно закрепить самостоятельный регламент, правила проведения семейной медиации, которые бы учитывали специфику семейных отношений. Важно и то, что в Европейском союзе в 1998 г. принята Рекомендация № R (98)1 «О семейной медиации», в которой раскрыты основные принципы и правила семейной медиации. Опыт зарубежных стран свидетельствует, что семейные споры, передаваемые на рассмотрение медиаторам, разрешаются успешно при этом стороны остаются довольны результатами проведенной медиации. Так, в Швеции около 90% споров о детях успешно разрешаются в процедуре медиации¹⁴.

Следует подумать о создании Ассоциации семейных медиаторов – как в отдельных регионах, так и общероссийской. А вопрос о подготовке семейных медиаторов заслуживает самого серьезного внимания, так как специалисты в этой сфере (особенно это касается споров о детях) помимо правовых знаний должны иметь представления о семейной, детской и подростковой психологии, обладать особыми личностными качествами¹⁵.

Государство должно всячески поддерживать семейную медиацию, а органы исполнительной власти субъектов РФ, местные администрации муниципальных образований, исходя из своих возможностей, должны взять на себя финансовую поддержку по внедрению в практику семейной медиации. Указанные вопросы должны быть решены на законодательном уровне. Семейная медиация должна быть доступна для каждой российской семьи¹⁶. Необходимо совершенствовать законодательную базу. Мы всецело поддерживаем предложение С.И. Калашниковой о том, что для выполнения задач, поставленных Указом Президента РФ от 09.10.2007 № 1351 «Об утверждении Концепции демографической политики Российской Федерации на период до 2025 г.» и Указом Президента РФ от 01 июня 2012 г. № 761 «Об утверждении Национальной стратегии действий в интересах детей на 2012–2017 годы», по государственной поддержке и укреплению института семьи, обеспечению прав и интересов детей, необходимо создать сеть государственных служб примирения по семейным делам. Финансирование деятельности указанных служб, разработка и принятие соответствующих законодательных материалов должно производиться субъектами Российской Федерации. Вопросами подготовки штата служб примирения по семейным делам из числа юристов, психологов, социальных педагогов, конфликтологов, также должны заниматься компетентные службы субъектов РФ¹⁷.

Сегодня можно уверенно сказать, что фактическое отсутствие профессиональных посредников является, пожалуй, весьма серьезным препятствием в достижении одной из основных целей принятия Закона о медиации – разгрузки судов. Мы считаем, что юридическая подготовка является базовым условием эффективной работы медиатора, и дело не только в том, что без нее просто невозможно разбираться в предмете и сути спора¹⁸. Для эффективной работы профессиональный медиатор должен быть «юридически подкован». Одним из способов подготовки таких медиаторов – пожалуй, наиболее простым и экономичным – является специализированная подготовка профессиональных юристов. В.Ф. Яковлев справедливо отмечает, что тем, кто готовится стать юристом, сегодня нужно начинать знакомство с медиацией еще со студенческой семьи¹⁹. В связи с этим целесообразно в учебные планы студентов юридических вузов ввести курсы по альтернативным способам разрешения споров, в том числе курсы по медиации и третейскому разбирательству²⁰, так как сегодня такое образование не может считаться современным²¹.

Концепция развития до 2017 г. сети служб медиации, разработанная в соответствии с Конституцией РФ, федеральными законами с учетом российского и международного опыта развития медиации

ции определяет, что создание сети служб медиации является организационной основой реализации поставленных задач, нацеливает на подготовку специалистов-медиаторов из студентов близких специальностей. Нам представляется, что кафедра социальной работы и конфликтологии юридического факультета Пермского государственного национального исследовательского университета вполне могла бы готовить специалистов-медиаторов, которые впоследствии могут работать и как семейные медиаторы, и как будущие помощники судей для работы в качестве специалистов для осуществления правосудия с применением восстановительных ювенальных технологий²².

На сегодняшний день помимо судов споры, возникающие из семейных правоотношений, относятся к компетенции следующих органов: органы опеки и попечительства, записи актов гражданского состояния и нотариата.

Специалисты (медиаторы), занимающиеся разрешением семейных споров, непременно должны иметь специальную подготовку и должны иметь определенный уровень квалификации. Кроме того, у медиатора либо должно быть юридическое образование, либо некоторая юридическая подготовка, и, естественно, навыки в области посредничества. Поэтому целесообразно закрепить подобного рода квалификационные требования к семейному медиатору в соответствующих нормативных актах.

Важно, чтобы судьи, адвокаты, нотариусы и другие юристы прошли соответствующие курсы по медиации. В Великобритании, Нидерландах, Польше и других странах некоторые судьи уже прошли такую подготовку, как семейные медиаторы. Определенный опыт подготовки таких специалистов начинает появляться и в нашей стране. В 2014 г. Федеральное государственное бюджетное учреждение Федеральный институт медиации объявил о наборе в группу бесплатного обучения международных семейных медиаторов. А кафедра медиации в социальной сфере Московского городского психолого-педагогического университета совместно с Центром медиации и права осуществляет подготовку по одноименной магистерской программе²³. Не менее важно привлекать к развитию семейной медиации влиятельных людей. Мы полагаем, что проблемой приоритетного развития в нашей стране семейной медиации всерьез должны задуматься Комитет Государственной Думы по вопросам семьи, женщин и детей, Министерство труда и социальной защиты РФ, соответствующие министерства, ведомства в субъектах Российской Федерации.

Семейная медиация непременно войдет в нашу жизнь. И большинство разводящихся супругов за разрешением своих имущественных, финансовых вопросов, споров о детях, прежде всего, будут обращаться к семейным терапевтам, медиаторам.

¹ *Реутов С.И., Муравьев Д.Н.* Применение примирительных процедур (медиации) при разрешении семейных споров. // Социальная безопасность и защита человека в условиях новой общественной реальности: сб. мат. IV Межд. науч.-практ. конф. (г. Пермь, Перм. гос. нац. иссл. ун-т, 22 ноября 2012 г.). Перм. гос. нац. иссл. ун-т.-Пермь, 2012. С. 183.

² *Калашикова С.И.* Медиация в сфере гражданской юрисдикции. М.: Инфотропик Медиа. 2011. С. 184.

³ *Яковлев В.Ф.* Медиация и право. 2012. № 2 (21).

⁴ *Худякова О.Ю.* Осуществление родительских прав после развода родителей по законодательству США. // Семейное и жилищное право. 2008. № 6/ С. 7.

⁵ *Паркинсон Лиза.* Когда расстанутся родители // Медиация и право. 2014. № 2(32)/ С. 66.

⁶ *ФИМ* подводит итоги минувшего года // Медиация и право. 2014. № 1(31), с. 12.

⁷ *Шаликашвили Ц.В.* Медиацию будут применять наиболее умные, творческие и смелые специалисты // Нотариальный вестник. 2010. № 10.

⁸ *Михеева О.Ю.* О реформах семейного законодательства: законотворчество и здравый смысл // Семейное право на рубеже XX–XI веков. К 20-летию Конвенции ООН о правах ребенка: Материалы межд. науч.-практ. конф., г. Казань / Казан. (Приволжский) федеральный ун-т. 18 дек. 2010 г. / отв. ред. О.Н. Низамиева. М.: Статут, с. 79.

⁹ *Закалина И.С., Реутов С.И., Спиридонова Е.И.* Необходимость применения примирительных процедур (медиации) при разрешении споров о детях: какие специалисты применяют и могли бы применять медиативные технологии // Проблемы применения примирительных процедур (медиации) в различных сферах юридической практики: материалы круглого стола в рамках V Пермского международного конгресса ученых-юристов (г. Пермь, 24 окт. 2014 г.) / под общ. ред. С.И. Реутова, Л.А. Соболевой; Перм. гос. нац. иссл. ун-т. Пермь, 2014. С. 21.

¹⁰ *Яковлев В.Ф.* Медиация и право. 2015. № 2(36). С. 16.

¹¹ *Астахов П.* За медиацией – будущее цивилизованного общества // Медиация и право. 2014. № 3(33). С. 40–41.

¹² *Реутов С.И., Муравьев Д.Н.* Указ. работа. С. 187.

¹³ *Сафронова С.С., Ситкова О.Ю.* Право ребенка на общение с родителями: значение семейной медиации // Развитие медиации в России: теория, практика, образование: сб. ст. / под ред. Е.И. Носыревой, Д.Г. Фильченко. М.: Инфотропик Медиа; Берлин, 2012. С. 239.

¹⁴ *Калашикова С.И.* Указ. соч. С. 184.

¹⁵ *Калашикова С.И.* Указ. соч. С. 188.

¹⁶ Сафронова С.С., Ситкова О.Ю. Указ. работа. С. 235.

¹⁷ Калашиникова С.И. Указ. соч. С. 185–188.

¹⁸ Реутов С.И., Нессонов К.С. Некоторые вопросы применения примирительных процедур (медиации) в сфере футбола // Медиация как культура согласия. Материалы Межд. науч.- практ. конф. (г. Пермь, 9–10 апреля 2014 г.), под ред. Т.И. Марголиной, Л.А. Ясыревой. – Пермь, 2014, с. 136.

¹⁹ Яковлев В.Ф. Медиация и право. 2015. № 2(36). С. 15

²⁰ Аболонин В.О. Судебная медиация: теория, практика, перспективы. М.: Инфотропик Медиа, 2014. 408 с.

²¹ Sternlight J.R. Lawyerless Disput Resolution: Rethinking a Paradigm. Fordham URB Legal Jurnal. Vol. 37, 2010. P. 394.

²² Реутов С.И. Проблемы и перспективы применения примирительных процедур (медиации) при урегулировании конфликтов в сфере брачно-семейных отношений // Проблемы применения примирительных процедур (медиации) в различных сферах юридической практики: материалы круглого стола в рамках V Пермского международного конгресса ученых-юристов (г. Пермь, 24 окт. 2014 г.) / под общ. ред. С.И.Реутова, Л.А. Соболевой; Перм. гос. нац. иссл. ун-т. Пермь, 2014. С. 54–55.

²³ Медиация и право. 2014. № 2 (32). С. 6–8.

С.И. Реутов, Т.В. Шершень

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

К ВОПРОСУ О ЗАКОННОСТИ БЕБИ-БОКСОВ

Материнство, детство, семья находятся под защитой государства (ст. 38 Конституции Российской Федерации). Ухудшение демографической ситуации; низкая рождаемость и высокая смертность; большое количество разводов; рост числа внебрачных рождений, неполных семей, родителей-одиночек, брошенных детей, неблагополучных семей все это свидетельствует о кризисном положении семьи в современной России. На вывод семьи из кризиса направлены положения Национальной стратегии в интересах детей на период 2012–2017 гг., утвержденной Указом Президента Российской Федерации от 01.06.2012 № 761 и Концепции государственной семейной политики в Российской Федерации на период до 2025 года, утвержденной распоряжением Правительства Российской Федерации от 25.08.2014 № 1618-р. В Национальной стратегии действий в интересах детей отмечены такие проблемы детства, как распространенность семейного неблагополучия, жестокого обращения с детьми и всех форм насилия в отношении детей, социальная исключенность уязвимых категорий детей, низкая эффективность профилактической работы с неблагополучными семьями и детьми.

Несмотря на обширную законодательную базу в отношении детей, их безопасность в современной России не гарантируется на должном уровне. Отношение к детям – это тот показатель, по которому можно судить о зрелости общества в целом, об уровне его развития.

Ежегодно судами рассматривается 200 уголовных дел по ст. 106 УК РФ. По официальным данным Уполномоченного Президента РФ по правам ребенка П.Астахова в 2011 г. было убито собственными матерями 100 новорожденных, в 2010 г. – 108, это те случаи, которые удалось доказать. По неофициальным данным только в Москве и Московской области еженедельно находят 2–3 мертвых младенцев и еще 2–3 живых подкидышей.

Одним из способов предотвращения преступлений в отношении новорожденных детей и обеспечения спасения жизни ребенка (хотя бы некоторых детей), является организация и размещение в крупных населенных пунктах бэби-боксов (в других странах другое название: «окно жизни», «двери надежды»). Дети, особенно новорожденные, являются наиболее уязвимой и максимально незащищенной в социально и правовом смысле категорией населения. Государство, как гарант защиты прав детей, обязано не только обеспечивать гарантии прав ребенка на рождение, но и максимально защищать его жизнь в период новорожденности.

Вопрос о законности размещения бэби-боксов на территории нашей страны требует анализа и оценки с позиции существующей нормативно-правовой базы, а также практики применения уже обобщенных на территории отдельных субъектов Российской Федерации бэби-боксов. Создание безопасных для жизни и здоровья ребенка, специализированных мест для анонимного оставления детей после их рождения в бэби-боксах необходимо оценить также на предмет соответствия положениям международного законодательства?

«Колыбель жизни» уходит истоками еще во время Царской России, при Петре 1. Зарубежный опыт показывает: «окна жизни», «двери надежды» успешно зарекомендовали себя в Германии, Ита-

лии, Австрии, Венгрии, Польше, Швейцарии, Чехии, Украине, Индии и других странах. С учетом положительного опыта бэби-боксы стали реальностью в нашей стране. В настоящее время «окна жизни» функционируют в 9 регионах. Всего установлено 20 бэби-боксов. Инициатором организации и развития бэби-боксов в нашей стране стала организация – «Благотворительный фонд социальной поддержки и защиты прав ребенка на жизнь и воспитание в семье «Колыбель надежды» (г. Пермь). На территории Пермского края размещено 3 пункта анонимного приема (бэби-бокс). Эти пункты созданы в целях предупреждения инфантицида и размещены непосредственно в медицинских организациях, имеющих лицензию на осуществление медицинской деятельности.

Конвенция о правах ребенка закрепляет право ребенка знать своих родителей и право на их заботу (ст. 7). В силу ст. 6 Конвенции ООН о правах ребенка **«каждый ребенок имеет неотъемлемое право на жизнь»**. А что касается права ребенка знать своих родителей и права на их заботу, то в ст. 7 Конвенции подчеркивается, что это право у ребенка может быть не всегда и не во всех случаях, а лишь тогда, с учетом особых обстоятельств: **«насколько это возможно»**. Иными словами, смысл указанных статей Конвенции заключается в том, что право знать своих родителей вторично по отношению к праву на жизнь. Подобные оговорки («насколько это возможно») употребляет законодатель в редакции ст. 54 Семейного кодекса РФ: **«каждый ребенок имеет право жить и воспитываться в семье, насколько это возможно, право знать своих родителей, право на их заботу, право на совместное с ними проживание, за исключением случаев, когда это противоречит их интересам»**. Разумеется, «окна жизни» не было бы в других государствах, если их размещение противоречило бы нормам Конвенции ООН о правах ребенка.

Приводит ли установление бэби-боксов к нарушению установленного порядка по выявлению и устройству детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей? Происходит ли в таких случаях подмена полномочий органов опеки и попечительства по выявлению и устройству детей, оставшихся без попечения родителей?

На территории Пермского края все 3 пункта анонимного приема детей (бэби-боксы) размещены в медицинских организациях, которые четко выполняют требования семейного законодательства – статьи 122 СК РФ, своевременно сообщают органам опеки и попечительства сведения об обнаружении детей, оставшихся без попечения родителей. При этом, они не допускают подмены полномочий, предусмотренных ст. 121–123 Семейного кодекса. Законодатель наделяет полномочиями по выявлению и устройству детей, оставшихся без попечения родителей только органы опеки и попечительства, не допуская к осуществлению таких функций юридических и физических лиц. Строгому соблюдению правил статей 121–123 Семейного кодекса РФ способствует разработанный алгоритм действий медицинского персонала по проекту «Колыбель Надежды» при попадании новорожденного ребенка в «бэби-бокс». В этом документе четко прописаны действия медицинского персонала, начиная от извлечения ребенка из «бэби-боксов» и помещения его в палату интенсивной терапии до незамедлительного сообщения о факте оставления ребенка в органы опеки и попечительства и Дежурную часть отдела полиции и последующей передачи ребенка органам опеки и попечительства. Анализ представленных документов позволяет сделать вывод, что в этих документах не закрепляется какое-либо участие Фонда «Колыбель Надежды» ни в процессе передачи ребенка органам опеки и попечительства, ни в процессе усыновления детей.

Разработанная и проверенная на практике четкая процедура позволяет сделать вывод об отсутствии каких-либо нарушений установленного порядка по выявлению и устройству детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей. Не происходит и подмены полномочий органов опеки и попечительства по выявлению и устройству детей, оставшихся без попечения родителей (ст. 121–123 СК РФ).

Инициатива создания в России сети центров для оставления нежеланных новорожденных детей их матерями, которые при этом желают сохранить анонимность, поддержана Уполномоченным по правам ребенка в Пермском крае, Следственным комитетом Российской Федерации, правоохранительными органами, Министерством социального развития Пермского края, Пермской епархией Русской Православной Церкви.

Таким образом, проблема смертности новорожденных детей, насильственных действий их матерей, действительно существует и является весьма актуальной для нашей страны. В силу ст. 2 Конституции России «человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства». С позиции Конституции РФ важнее спасти жизнь брошенного ребенка, нежели выполнить задачу найти и наказать мать ребенка. Мы полагаем, что высшим приоритетом для государства и общества однозначно является сохранение жизни беспомощного малыша. Иными словами, данную проблему надо решать с позиции

прав и интересов ребенка, прежде всего, права ребенка на жизнь, ибо для ребенка, которого выбросили сегодня, завтрашнего дня не наступит. Создание безопасных для жизни и здоровья ребенка, специализированных мест для анонимного оставления детей после их рождения в бэби-боксах – одна из задач современного общества и государства, также как и формирование нормативно-правовой базы и социально-экономических условий, необходимых для их функционирования.

Учитывая, что новорожденные дети являются наиболее уязвимой и максимально незащищенной в социально и правовом смысле категорией населения, организация и размещение в крупных населенных пунктах нашей страны бэби-боксов является одним из способов предотвращения преступлений в отношении новорожденных детей. Создание безопасных для жизни и здоровья ребенка, специализированных мест для анонимного оставления детей после их рождения в бэби-боксах не противоречит нормам как международного, так и действующего российского законодательства.

Имеющийся положительный опыт практического применения бэби-боксов на территории Пермского края уже позволил сохранить жизнь и здоровье ребенка. Очевидность необходимости создания соответствующей нормативно-правовой базы в данной сфере с ожидаемыми прогнозами в перспективе будет способствовать сокращению числа аборт и убийств новорожденных детей.

Государство, гарантируя право на жизнь, обязано максимально поддерживать и обеспечивать выживание и здоровое развитие каждого ребенка, равно как и социальные инициативы, и проекты, подобные социальному проекту «Колыбель Надежды», направленные на сохранение жизни и здоровья ребенку. Это и есть один из показателей формирования гражданского общества как неотъемлемого признака правового государства.

Считаем целесообразным внести соответствующие изменения в действующее законодательство. Важно уже сейчас обобщить имеющийся опыт применения подобного рода центров в России и зарубежных странах. Важными в этот период времени будут формирование общественного мнения и широкая информационная компания.

Э.Н. Сабитова

Ульяновский государственный университет, г. Ульяновск

ПОНЯТИЕ И СИСТЕМА СПОСОБОВ ЗАЩИТЫ СЕМЕЙНЫХ ПРАВ

Защита семейных прав, свобод и интересов предполагает применение участником правоотношения и органами власти предусмотренных законом формы и способов защиты. Такая защита прав учитывает то обстоятельство, что никто не застрахован от неудачно заключенного брака, следствием которого является нарушение прав, предусмотренных семейным законодательством. Сложность изучения проблем, связанных с применением мер по защите нарушенных семейных прав, обусловлена тем, что как таковая защита прав в данной отрасли правоотношений не только основывается на семейном законодательстве, но и затрагивает другие отрасли права.

Защита семейных прав осуществляется согласно ст. 8 Семейного кодекса РФ¹:

- по правилам гражданского судопроизводства судом;
- в административном порядке государственными органами и органами опеки и попечительства².

Общие принципиальные положения об осуществлении и защите прав, вытекающих из семейных отношений, закреплены в ст. 7–9 Семейного кодекса РФ и конкретизируются в последующих статьях СК РФ. В ст. 7 СК РФ говорится о том, что граждане по своему усмотрению распоряжаются принадлежащими им правами, вытекающими из семейных отношений, в том числе и правом на защиту этих прав. Также в этой статье подтверждается гарантия охраны и защиты семейных прав в соответствии с законом.

Закон предоставляет самим членам семьи право решать, будут ли они осуществлять и защищать свои права и совершать для этого необходимые действия. Например, нетрудоспособные нуждающиеся родители, имеющие право на получение средств на содержание (алиментов) от своих совершеннолетних детей, в жизни свое право часто не реализуют и не обращаются в суд с требованием о взыскании алиментов.

Однако возможность выбора варианта поведения в семейных отношениях, свобода решать, осуществлять ли свое право или нет, не означает безграничной свободы, возможности нарушения закона, прав, свобод и законных интересов других членов семьи и иных граждан.

В СК РФ четко определено, что семейные права охраняются законом, за исключением случаев, когда они осуществляются в противоречии с назначением этих прав.

Осуществление семейных прав в соответствии с их назначением предполагает такую их реализацию, которая всемерно содействовала бы укреплению семьи, обеспечивала надлежащее воспитание детей, создавала благоприятные условия для всестороннего развития всех членов семьи. Поэтому в тех случаях, когда семейные права хотя формально и основаны на законе, но осуществляются в противоречии с их назначением, а именно когда граждане злоупотребляют своими правами, они не охраняются законом. Например, суд вправе освободить супруга от обязанности по содержанию другого супруга (хотя и нетрудоспособного и нуждающегося), если последний недостойно вел себя в семье (пренебрегал семейными обязанностями, постоянно пьянствовал, жестоко обращался женой (мужем), детьми и др.); суд также вправе отступить от принципа равенства долей супругов при разделе их общего имущества, если один из супругов расходовал его в ущерб интересам своей семьи.

Регулирование семейных отношений относится к юрисдикции не только семейного законодательства, но и гражданского. Так, в ст. 4 СК РФ «Применение к семейным отношениям гражданского законодательства» к названным в Кодексе имущественным и личным неимущественным отношениям между членами семьи, не урегулированным семейным законодательством, применяется гражданское законодательство постольку, поскольку это не противоречит существу семейных отношений.

Семейные отношения опираются на взаимные права и обязанности членов семьи, а следовательно, какое-либо нарушение этих прав приводит к применению мер по защите нарушенных прав и интересов.

Таким образом, значение способов защиты семейных прав заключается в том, что права и свобода гражданину гарантированы Конституцией РФ и иными федеральными законами, это означает свободу осуществления прав, с одной стороны, и ограничение и обязанность совершения действий законными интересами других участников семейных отношений – с другой. Поэтому при нарушении прав или злоупотреблении ими правами необходимо применять механизмы защиты своих прав и законных интересов, выражающиеся в соответствующих формах – юрисдикционных или неюрисдикционных, которым соответствует определенный перечень установленных законом способов.

В науке семейного права дано несколько определений понятия способа защиты, а также используются различные термины для обозначения мер принуждения, применяемых для защиты семейных прав граждан.

Например, З.В. Ромовская определяет способ защиты как концентрированное выражение меры государственного принуждения, с помощью которого происходит достижение желаемого правового результата³.

Л.М. Звягинцева, употребляя термин «мера защиты», понимает под ним средства правового воздействия (санкции), направленные на защиту субъективных семейных прав и охраняемых законом интересов путем пресечения и предупреждения правонарушения, устранения препятствий в осуществлении семейных прав и применяемые независимо от субъективных оснований в порядке и пределах установленных законом⁴.

Термин «меры защиты» используют и другие ученые, например:

Е.М. Белгородская меры принуждения, применяемые для защиты семейных прав, называет приемами защиты⁵.

Н.И. Кострова считает способом судебной защиты семейных прав исковой порядок защиты⁶.

А.М. Нечаева обращение в суд рассматривает как способ защиты семейных прав⁷.

Многочисленные определения одного и того же правового явления затрудняют исследование проблемы защиты семейных прав. Для обозначения мер, восстанавливающих нарушенное право, необходимо употреблять, закрепленный в семейном законодательстве термин «способ защиты».

В судебной практике существует много примеров осуществления защиты семейных прав соответствующими способами, раскрывающими их сущность.

- самозащита (передача супругом на хранение родственникам имущества, составляющего его долю в совместной собственности);
- признание права судом (установление отцовства);
- пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения (отобрание ребенка у родителей или у других лиц, на попечении которых он находится);
- признание сделки недействительной (признание недействительным брачного договора);
- принуждение к исполнению обязанности (взыскание алиментов в судебном порядке);
- прекращение, изменение правоотношения (отмена усыновления);

– иные способы, предусмотренные законом (сокращение объема семейных прав: суд может отступить от принципа равенства долей супругов в их общем имуществе)⁸.

Среди новых способов защиты гражданских прав, предусмотренных ст.12 ГК РФ, особое место занимает самозащита гражданских прав и медиация. Эти способы пока недостаточно исследованы в науке гражданского права, так как судебная практика по этим вопросам не наработана. В то же время правильное определение содержания этого способа, условий и пределов его применения имеет важное значение для защиты права собственности.

Медиация, в свою очередь, достаточно новый способ защиты семейных прав, который даже не включен в перечень законодательства (а именно ст. 12 Гражданского Кодекса РФ⁹), но, так как перечень является открытым, медиацию возможно рассматривать в качестве способа защиты семейных прав. В свою очередь, медиация в качестве способа урегулирования спора предусмотрена в Гражданском процессуальном кодексе Российской Федерации¹⁰.

Итак, защита семейных прав, свобод и интересов предполагает применение участником правоотношения и органами власти предусмотренных законом формы и способов защиты.

Семейные права охраняются законом, за исключением случаев, если они осуществляются в противоречии с назначением этих прав. Если семейное право осуществляется в противоречии с его назначением, то соответствующие действия признаются злоупотреблением правом. Если, к примеру, суд установит, что лицо, обязанное уплачивать алименты, совершило умышленные действия, которые привели к ухудшению его материального положения, а следовательно, к снижению размера алиментов, то в удовлетворении требования об этом данному лицу будет отказано. Семейный кодекс РФ предусматривает санкции за случаи злоупотребления правами, т.е. право может не только не охраняться, но и повлечь негативные последствия. Например, одним из оснований лишения родительских прав является злоупотребление родительскими правами.

¹ Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. №223-ФЗ (ред. от 20.04.2015 №101-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. 1996. №1. Ст. 16; Официальный интернет – портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 15.07.2015).

² Семейное право: схемы, комментарии. URL: <http://www.bibliotekar.ru/semeynoe-pravo-3/30.htm> (дата обращения: 21.07.2015).

³ Ромовская З.В. Защита в советском семейном праве // Семейное право: учебник. Львов: Вища школа,1985. С. 31.

⁴ Звягинцева Л.М. Меры защиты в советском семейном праве. Свердловск, 1980. С.5.

⁵ Белгородская Е.М. Применение законодательства об усыновлении // Советская юстиция. 1978. №14. С. 18.

⁶ Кострова Н.И., Кострова Н.М. Судебная защита семейных прав – Семейное право. URL: <http://www.to-1.ru/articles/273> (дата обращения: 11.06.2015).

⁷ Нечаева А.М. Правонарушение в сфере личных семейных отношений // Семейное право: учебник. М.: Волтерс Клувер, 2011. С. 58–62.

⁸ Семейное право: Вопросы и ответы: Тема 5. Осуществление семейных прав и исполнение обязанностей. Меры защиты и ответственности в семейном праве. Пределы осуществления семейных прав. URL: <http://www.bibliotekar.ru/semeynoe-pravo-2/13.htm> (дата обращения: 15.06.2015).

⁹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая). Федеральный закон № 51-ФЗ, принят 30.11.1994. (ред. от 06.04.2015) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

¹⁰ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации. Федеральный закон № 138-ФЗ, принят 14.11.2002 (ред. от 06.04.2015) // СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532.

О.А. Серова

Балтийский федеральный университет имени И. Канта, г. Калининград

СОЦИАЛИЗАЦИЯ ПРАВА КАК ОСНОВА РАЗВИТИЯ РОССИЙСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

В Конституции РФ 1992 г. сформулирована основная цель нашего общества – создание социально-правового государства. В соответствии с п.1 ст. 7 Конституции Российская Федерация признается социальным государством, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека. Однако понимание этой цели, шаги к ее практической реализации могут быть различными.

Процесс эволюции гражданского права в направлении учета интересов всего общества перед интересами индивида Л. Дюги называл социализацией гражданского права¹. В настоящее время именно социализация может выступить основным направлением не только развития российского права, но и сближения его с международными нормами. В качестве примера может служить сформулированная позиция Верховного Суда РФ в отношении признания незаконным отказа в удовлетворении иска о восстановлении на работе в связи с тем, что суд первой инстанции не применил нормы Конституции РФ, международного и трудового права в их взаимосвязи, что привело к лишению лица установленных для беременных женщин гарантий при расторжении трудового договора по инициативе работодателя².

Несмотря на очевидность сформулированной цели, ее достижение представляется довольно сложной задачей, в том числе и в экономическом плане. Большинство граждан страны интуитивно воспринимают понятие социального государства через категорию справедливости, не имеющей четкой закрепленности и определенности в законодательстве. Вместе с тем и идея создания в России правового государства также в последние годы ориентирована на реализацию идеи справедливости, что «осознается на самом высоком уровне политической власти»³. Причем справедливость рассматривается через призму сочетания «свободы и равных возможностей, с одной стороны, и обеспечения достойной жизни, в том числе и тем лицам, которые нуждаются в особой заботе со стороны государства и общества, с другой»⁴.

Попытки нормативного определения категории «справедливость», «добросовестность» и других, сталкиваются с их поддержкой (принятием) или отторжением общественным сознанием. Не случайно отмечается, что «в отличие от правовой культуры, которая включает в себя только позитивные проявления (здесь имеется в виду то, что нормативно-правовые акты или иные источники права, закрепляющие произвол и противоправное поведение, в правовую культуру не входят), правовой менталитет имеет более широкую сферу деятельности и отображает устойчивое мировоззрение той или иной социальной группы, класса, нации, личности на существование и функционирование государства и права, особое видение роли правовой и политической реальности в жизни общества»⁵. Не учитывать эти особенности при проведении различных реформ правовых актов и юридических процедур невозможно. Как правило, это приводит к неэффективности вводимых норм, отторжению нормативных установлений на уровне общественного правосознания, усилению правового нигилизма.

Социальная поддержка до сих пор воспринимается многими как форма социального обеспечения, реализуемая через предоставление бесплатных услуг и выплату денежных средств. Однако и недостаточность государственных ресурсов, и неэффективность подобного подхода предопределили использование гражданско-правовых механизмов регулирования в социальной сфере.

Федеральный закон «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации»⁶ основан на понятии «социальная услуга», имеющем гражданско-правовую природу. Также одним из приоритетов государственной семейной политики является оказание семье специальной поддержки в рамках социального контракта⁷. Такое «проникновение» гражданско-правовых механизмов регулирования в социальные сферы требует дополнительного внимания. Данный процесс можно назвать как «социализация наоборот», когда применяемые правовые средства основываются на иной правовой идеологии. Гражданское право ориентировано на частную автономию и свободу волеизъявления субъектов. Не случайно отмечается, что рост социальной ориентированности права совпадает с периодами подъема в экономике, а стремление к экономии на издержках правоприменения с периодами спада⁸.

Стремление к активному применению частноправовых средств регулирования в социальной сфере может быть продиктовано и потребностью сокращения издержек, что является фактическим отрицанием самой идеи социализации права. Найти баланс между указанными целями и потребностями чрезвычайно сложно. Однако необходимость проведения социально-экономических преобразований, стремление к построению социально ориентированной экономики продиктовано и требованиями Конституции РФ, и общими интеграционными тенденциями, проявляющимися во всем мире.

¹ Богданов Е.В. Влияние научных взглядов Леона Дюги на развитие гражданского права // Журнал российского права. 2008. №6 // СПС «КонсультантПлюс».

² Раздел IV Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации №2 (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 26.06.2015) // СПС «КонсультантПлюс».

³ Пресняков М.В. Конституционная концепция принципа справедливости / под ред. Г.Н. Комковой. М.: ДМК Пресс, 2009. 384 с. // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Пресняков М.В. Конституционная концепция принципа справедливости / под ред. Г.Н. Комковой. М.: ДМК Пресс, 2009. 384 с. // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Родионова Е.В. Роль социальной ответственности в общественной жизни // Социальное и пенсионное право. 2007. № 4. С. 37.

⁶ Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации: федеральный закон от 28.12.2013. № 442-ФЗ (ред. от 21.07.2014) // Собрание законодательства РФ. 2013. №52 (ч. I). Ст. 7007.

⁷ Ильина О.Ю. Совершеннолетие Семейного кодекса Российской Федерации как повод для совершенствования российского семейного законодательства // Вестник Тверского государственного университета. Серия: Право. 2014. №2. С. 76–80.

⁸ Ларин А.А. Проблема обусловленности развития права социально-экономическими факторами // Юридический мир. 2007. №8 // СПС «КонсультантПлюс».

Т.И. Султонова

Российско-Таджикский (славянский) университет, г. Душанбе

СОЦИАЛЬНАЯ ОБУСЛОВЛЕННОСТЬ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ АЗАРТНЫХ ИГР

Динамичное использование института азартных игр в гражданском обороте требует качественного гражданско-правового регулирования общественных отношений, возникающих по поводу организации данного вида развлечений и участия в них. Однако вместо эффективной регламентации названных отношений Гражданский кодекс РТ содержит лишь две статьи, направленные на их регулирование (ст. 1077, 1078). Первая из них ограничивается тем, что указывает на натуральный (неисковый) характер обязательств, возникающих из азартных игр, вторая в общем виде отображает регламентацию лотерей и других лицензированных азартных игр.

Что касается специального законодательства, определяющего основы государственного регулирования деятельности по организации и проведению азартных игр, то оно ограничивается всего лишь тремя подзаконными актами – Порядком проведения лотерей в Республике Таджикистан, утвержденным Постановлением Правительства РТ от 3 июля 2002 г. № 274, Порядком выдачи свидетельства субъектам лотерей на организацию лотерейной деятельности, утвержденным Приказом Министерства финансов РТ от 16 мая 2003 г. №36, и Положением «О порядке лицензирования в области организации азартно-развлекательных и компьютерных игр, игровых автоматов (кроме организации и проведения денежно-вещевых лотерей и казино), утвержденным Министерством культуры РТ от 14 июня 2002 г. Названные подзаконные акты большей частью регламентируют отношения организационного характера, связанные с лицензированием и проведением лотерей и других игр, и не содержат норм, регулирующих игры и пари как институт гражданского права.

Крайняя неполнота отображения рассматриваемого гражданско-правового института характерна для гражданских законодательств большинства государств, суть регулирования азартных игр в которых сводится к тому, что в различных формах подчеркивается недопустимость обращения в суд с требованиями, связанными с играми и пари. Такое отсутствие ясных следов юридической регламентации азартных игр является данью исторических традиций. Государство во все времена проявляло негативное отношение к азартным развлечениям, рассматривая их скорее как неблагопристойное социальное явление, нежели необходимый элемент гражданского оборота.

Степень современного гражданско-правового регулирования азартных игр – яркий показатель того, что отношение к азарту до сих пор не вышло из стадии исторических традиций. На азартных играх и поныне лежат вековые наслоения различных предубеждений и недоверий, которые препятствуют их здоровому и правильному развитию как институту гражданского права. Однако азартные игры сегодня – это не обязательно казино, бесконтрольно установленные игровые автоматы, неумные картежники и куморбатчи, преступления и деформация общественной морали. Есть множество сфер современного гражданского оборота, некоторые из которых нами уже упоминались выше, где азартные игры могут находить свое цивилизованное, не разлагающее общественную нравственность применение. Ввиду этого на обязанности нынешнего законодателя и гражданско-правовой науки лежит необходимость очистить рассматриваемое правовое явление от негативных представлений и недоверий прошлого. Современный гражданский оборот требует юридической зрелости азартных игр именно как института гражданского права. Коль уж законодатель признал за ними статус гражданско-правового договора, таковое их положение должно быть надлежащим образом определено в Гражданском кодексе, как это сделано в отношении иных договорных конструкций. А то получается,

что статус договора за азартными играми закреплён, а юридическая суть их как договорного института осталась за рамками гражданско-правового регулирования, что вынуждает субъектов права полагаться на механизмы саморегулирования договорных отношений, возникающих по поводу организации и проведения азартных игр.

Необходимость в продуманной гражданско-правовой регламентации азартных игр обуславливает также тот факт, что закрепление их нового правового режима определенным образом влияет на социальную атмосферу современного общества. Получение предпринимателями наибольших выгод от использования рассматриваемого правового института в гражданском обороте требует максимальной вовлеченности населения в сферу азартных услуг в качестве потребителей этих услуг. Чрезмерное увлечение азартными играми, в свою очередь, может представлять реальную опасность для общественной нравственности и здоровья населения.

Таджикский народ издревле был известен своим страстным отношением к различного рода азартным увлечениям. Однако, как показывает все та же история, запретительный способ их регулирования не обусловил их искоренению. Чувство азарта свойственно человеческой психике, его невозможно подавить. Поэтому законодательный запрет азартных игр не приведет к искоренению самой азартной потребности человека. Тот, кто играл, будет продолжать это делать, находя всевозможные способы удовлетворения чувства азарта. Об этом много написано в книгах по психиатрии. Возникнут подпольные игорные заведения, активно наживающиеся на средствах игроков.

Но если явление нельзя искоренить, его необходимо организовать и направить его реализацию в безопасное русло. Поэтому задача правового регулирования азартных игр должна заключаться не в изничтожении азартной потребности человека, а в том, чтобы способствовать цивилизованному развитию данной сферы досуга. Гражданское законодательство должно играть ключевую роль в реализации этой задачи. Именно от уровня совершенства гражданско-правовых норм, регламентирующих проведение игр и пари, во многом зависит материальное благополучие граждан, их образ жизни и, наконец, стабильность социальной среды. Нами уже обращалось внимание на стремительное проникновение азарта в современную жизнь общества, у которого нет сдерживающих границ. В стремлении увеличить собственную клиентуру букмекерские заведения все чаще устанавливают свои центры обслуживания вблизи образовательных учреждений, что приводит к росту вовлеченности молодежи к азартным видам досуга. А предоставляемая букмекерскими компаниями возможность принимать участие в ставках посредством использования сети интернет любым зарегистрированным клиентам вовсе не позволяет определить возраст участников и тем самым делает азартные игры доступными даже для несовершеннолетних граждан. Кстати, и отправляемые со стороны мобильных компаний СМС с предложением выиграть ценный приз одинаково приходят как взрослым, так и детям, что еще раз свидетельствует о вовлечении несовершеннолетних в сферу азарта. Более того, развитие информационных технологий и всемирной сети интернет позволяет пользоваться услугами различных онлайн казино каждому желающему, не покидая стен родного дома, поскольку для принятия участия в предлагаемых играх на деньги в интернете достаточно простых навыков пользования персональным компьютером. Как правильно отмечает Ш.К. Гаюров, «информация, получаемая и используемая людьми в различных сферах деятельности, является социальной по своей природе, ибо ее движение формируется и направляется обществом»¹.

Такое бесконтрольное использование института азартных игр в гражданском обороте может стать серьезной проблемой для современного общества. А игромания (или научное название этого термина «лудомания») еще в 1994 г. признана Всемирной организацией здравоохранения при ООН психическим заболеванием, которое, по мнению специалистов в области психиатрии, поддается лечению труднее, чем алкоголизм или наркомания. Не случайно в гражданских законодательствах некоторых государств, в том числе и России, расширен перечень оснований ограничения дееспособности граждан посредством включения в него также такого основания, как пристрастие к азартным играм.

А сколько граждан, вовлеченных в сферу азарта, становятся жертвами обманов и надувательств со стороны организаторов игр! И почвой для таких злоупотреблений в большинстве случаев частью является незавершенность правового регулирования азартных игр, прежде всего, как института гражданского права.

Отсутствие должного регламентирования договорных взаимоотношений организатора игр и их участников ставит под сомнение смысл провозглашения азартных игр в качестве договорной конструкции. Возникает вопрос, в чем ценность такого договора, если его юридическая природа только лишь в виде домыслов отобразена в юридической литературе? В связи с этим проблема незавершен-

ности гражданско-правового регулирования договорных отношений, возникающих по поводу азартных игр, требует скорейшего решения.

¹ Гаюров Ш.К. Личное информационное право граждан: проблемы гражданско-правового регулирования в Республике Таджикистан. М.: Спутник+, 2010. С. 21.

С.И. Сулова

*Иркутский юридический институт (филиал) Российской правовой академии
Министерства юстиции Российской Федерации, г. Иркутского*

ПОЛЬЗОВАНИЕ ЖИЛЫМ ПОМЕЩЕНИЕМ: ДОКТРИНАЛЬНЫЕ ПОДХОДЫ И ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНАЯ ПРАКТИКА

Научные работы по жилищному праву часто посвящены анализу пользования жилым помещением и прекращению пользования¹. Кроме того, имеется несчетное количество требований, обращенных к суду, в названии которых фигурировало бы требование о признании права пользования (или о признании права пользования прекращенным). Вместе с тем самостоятельный анализ категории «пользование» в настоящее время не проводится, что приводит к ошибочным требованиям к суду и, как следствие, отказу в защите права.

Научная полемика по данному вопросу развернулась в советской юридической литературе и, несмотря на ее содержательное наполнение, была перенесена в рамки дискуссии о соотношении вещных и обязательственных прав. Мнения ученых данной научной дискуссии можно сгруппировать следующим образом.

– право на жилое помещение заключается в возможности им пользоваться (проживать) и является вещным правомочием, иные правомочия носят либо тоже вещный характер (владение, распоряжение), либо обязательственный характер (право требовать проведения ремонта и т.п.). Таким образом, доказывалось возможность существования комплексных или смешанных прав, в которых сосуществуют вещные и обязательственные правомочия (например, Ю. Г. Басин²);

– у нанимателя отсутствуют вещные правомочия. Все его правомочия являются элементами обязательственных отношений (например, С. И. Аскназий, И. Л. Брауде, А. И. Пергамент³).

Каждая из данных позиций последовательно отстаивается ее авторами и сторонниками, однако именно ракурс приведенных позиций заставляет отказаться от дальнейшего, более детального анализа указанных точек зрения.

Среди современных взглядов на данный вопрос следует отметить позицию А. Б. Бабаева,⁴ Д.А. Формакидова⁵, которые наряду с правомочием пользования в субъективных правах на жилые помещения обосновывают существование вещного права пользования для отдельных категорий проживающих. Поддержать указанные позиции не представляется возможным по следующим соображениям.

Если согласиться с утверждением, что пользование (проживание) в жилье есть самостоятельное субъективное вещное право, то следует признать, что оно едино для всех случаев нахождения человека в жилье и не имеет значения правовое основание проживания. В противном случае все равно придется каждый раз уточнять, о каком правомочии (пользования или праве пользования) ведется речь: о договоре социального, коммерческого найма, члене семьи и т. п. Подобный взгляд имел бы право на существование, если бы содержание данных субъективных прав исчерпывалось единственным правомочием – пользованием. Вместе с тем любое субъективное право на жилое помещение не сводится только к пользованию: в содержании данных прав существует и правомочие владения, и правомочие распоряжения. Таким образом, нет препятствий в том, чтобы называть субъективные права на жилые помещения одноименно с законодательными формулировками (субъективное право члена семьи собственника, субъективное право члена семьи нанимателя, субъективное право лиц, постоянно проживающих с нанимателем в жилом помещении), а пользование (наряду с владением и распоряжением) считать правомочиями данных субъективных прав. При этом возможности, составляющие содержание субъективных прав указанных лиц, будут существенно различаться, что вряд ли дает основание объединять их в единое субъективное вещное право пользования.

Еще одним аспектом указанной дискуссии является проблема определения объекта признания в случае обращения в суд с исками о признании права пользования. Законодательство говорит о признании права, что, соответственно, дает основание для безапелляционного ответа: объектом призна-

ний должны выступать субъективные права. Однако многозначность термина «права» требует уточнения используемой терминологии. Признание определенной правовой возможности – не всегда есть признание существования субъективного права. Такая возможность может быть лишь элементом правомочия субъективного права (право на вселение в жилое помещение или право на приватизацию жилого помещения) либо (в зависимости от научных взглядов исследователя) рассматриваться как секундарное право, а право вступить в жилищный кооператив можно рассматривать и как признание существования возможности, составляющей содержание правоспособности.

Другими словами, предъявляя иск о признании жилищного права, необходимо различать те «права», которые являются объектами признания, в качестве которых могут выступать самостоятельные субъективные права, секундарные права, правомочия субъективных прав, а также элементы правоспособности. Именно поэтому сложно согласиться с утверждением Л.В. Маркарян о том, что «к субъективным жилищным правам, способным быть объектом как позитивного, так и негативного признания, относятся: право пользования жилыми помещениями; право на вселение в жилое помещение; право пользования общим имуществом в многоквартирном доме; корпоративные жилищные права (право на участие в жилищно-строительном и жилищном кооперативах, в товариществе собственников жилья); право на приватизацию жилого помещения»⁶.

Для дальнейшего развития этого вопроса необходимо высказать соображения по сложившейся в правоприменении практике предъявления исков о признании *права пользования* жилыми помещениями. Думается, что бесспорным является утверждение о том, что право пользования не является самостоятельным субъективным правом, а включается в качестве одного из правомочий в содержание всех без исключений субъективных прав на жилые помещения: правомочие пользования есть и у собственника жилого помещения, и у члена семьи собственника, и у отказополучателя, и нанимателя по всем видам найма и пр. Соответственно, предъявляя иск о *признании права пользования*, обязательно необходимо указывать то субъективное право, в содержание которого данное правомочие пользования входит. В этой связи правильными являются искивые требования, например, следующего содержания: о признании права пользования жилым помещением на условиях договора социального найма⁷, признании права пользования жилым помещением в качестве нанимателя⁸, о признании права пользования жилой площадью как членом семьи нанимателя⁹, о признании права пользования служебным жилым помещением¹⁰. Исковые требования, сформулированные без таких уточнений, а с использованием общей формулировки: о признании права пользования жилым помещением¹¹, представляются не корректными и не соответствующими действующему законодательству и базовым доктринальным положениям. Причем анализ текста данных судебных решений свидетельствует о том, что речь идет о признании права пользования в составе различных субъективных прав: и прав нанимателя по договору социального найма, и прав членов семьи нанимателя, и прав члена семьи собственника. Отсутствие конкретизации субъективного права на жилое помещение, которое судом признается, ставит под сомнение эффективность вынесенного судебного решения, поскольку целью искового заявления является не признание лишь одного правомочия – правомочия пользования, а признание существующим всего субъективного права, включающего и правомочие владения и правомочие распоряжения (пусть и частичного).

Исходя из изложенного, представляется правильным вообще отказаться от подобных формулировок исковых заявлений и не использовать термин «право пользования жилым помещением». Более отражающими суть заявленных требований будут искивые заявления, например, о признании нанимателем по договору служебного найма, о признании членом семьи нанимателя по договору социального найма, о признании нанимателем по договору коммерческого найма и аналогичных. Термин «право пользования» используется исключительно для противопоставления искам о признании права собственности. Однако в подобном противопоставлении нет ни теоретического, ни практического смысла.

¹ Ганчин Т.В. Право пользования жилым помещением лиц, не являющихся собственниками: теоретический и практический аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. 25 с.; Кисляк В.Ф. Прекращение права пользования жилыми помещениями, основанного на договоре найма: дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2004. 206 с.; Харитонов Д.М. Споры о признании нанимателя, члена семьи или бывшего члена семьи нанимателя, утратившими право пользования жилым помещением по договору социального найма: вопросы теории и практики // Российский следователь. 2013. № 22. С. 35–39; Бобровская О.Н. К проблеме соотношения вещных и обязательственных начал в праве пользования жилым помещением членами семьи собственника // Семейное и жилищное право. 2012. № 3. С. 7–11; Кириченко О.В. Утрата права пользования жилым помещением, предоставленным по договору коммерческого найма // Современное право. 2013. № 9. С. 69–70

- ² *Басин Ю. Г.* Вопросы советского жилищного права. С. 114. Противником данной позиции выступал В.Ф. Чигир (см.: *Чигир В.Ф.* К вопросу об особенностях жилищных правоотношений // Проблемы совершенствования советского законодательства и деятельности государственных органов.: тезисы докл. республик. науч. конф. Минск, 1969. С. 118).
- ³ *Аскназий С.И., Брауде И.Л., Пергамент А.И.* Жилищное право. М.: Юрид. лит.-ра, 1956.
- ⁴ См., например: *Бабаев А.Б.* Система вещных прав: монография. М., 2006. С. 252–258.
- ⁵ *Формакидов Д.А.* Вещное право проживания: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Пермь, 2005. 191 с.
- ⁶ *Маркарян Л.В.* Признание права как способ защиты жилищных прав: автор. дис. ... к.ю.н. С. 10.; *Маркарян Л.В.* Соотношение признания права с иными способами защиты жилищных прав // Вестник Пермского университета. 2013. № 1(19). С. 152–160.
- ⁷ *Решение* Железнодорожного районного суда г. Читы. Дело № 2-1473-2010. Режим доступа: rospravosudie.com/court-zheleznodorozhnyj-rajonnyj-sud-g-chity-zabajkalskij-kraj-s/act-100995997.
- ⁸ *Решение* Усольского городского суда (Иркутская область) от 12.09.2012. Режим доступа: rospravosudie.com/court-usolskij-gorodskoj-sud-irkutskaya-oblast-s/act-106559674/.
- ⁹ *Решение* Советского района г. Томска от 22.02.2011 г. Режим доступа: rospravosudie.com/court-sovetskij-rajonnyj-sud-g-tomska-tomskaaya-oblast-s/act-100400690.
- ¹⁰ *Решение* Петрозаводского городского суда Республики Карелия от 03 мая 2011 года. Режим доступа: rospravosudie.com/court-petrozavodskij-gorodskoj-sud-respublika-kareliya-s/act-100083744/.
- ¹¹ Таких примеров очень большое количество. См., например, *Решение* Железнодорожного суда г. Барнаула №2-1256/11 от 23 мая 2011 г.; *Решение* Борзинского городского суда Забайкальского края № 2-700-10 от 23 апреля 2010 г.; *Решение* Сыктывкарского городского суда Республики Коми №2-1633/12 от 02 марта 2012 года и мн. др. Режим доступа: rospravosudie.com.

Е.А. Татаринцева

Светлоградский филиал Института Дружбы народов Кавказа, г. Ставрополь

ДОГОВОР СУРРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА КАК ОСНОВАНИЕ ВОЗНИКНОВЕНИЯ, ИЗМЕНЕНИЯ И ПРЕКРАЩЕНИЯ ПРАВООТНОШЕНИЙ ПО ВОСПИТАНИЮ РЕБЕНКА В СЕМЬЕ

Современное разнообразие форм семейной жизни приводит к необходимости более детального правового регулирования вопросов, связанных с правоотношениями по воспитанию ребенка в семье, возникающими из договора. Одним из видов договора, получающим сегодня все большее признание в обществе из-за технических преимуществ вспомогательных репродуктивных технологий (далее-ВРТ), является договор суррогатного материнства. Использование метода суррогатного материнства, с одной стороны, значительно расширяет возможности лиц по рождению и воспитанию детей, которые не могут появиться у них естественным способом, а с другой, – создает сложные правовые ситуации, в основе которых лежит неопределенность природы биологических связей между родителями и детьми. Признание и содействие развитию прав человека в контексте «семейной жизни» на международном уровне только углубляет степень конфликтности в родителско-детских правоотношениях, возникших из договора суррогатного материнства. Не случайно данный договор относится к числу крайне дискуссионных как в науке, так и в правоприменительной практике.

По законодательству Российской Федерации договор суррогатного материнства представляет собой договор, заключаемый между суррогатной матерью (женщиной, вынашивающей плод после переноса донорского эмбриона) и потенциальными родителями, чьи половые клетки использовались для оплодотворения, либо одинокой женщиной, для которых вынашивание и рождение ребенка невозможно по медицинским показаниям (п. 9 ст. 55 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ (ред. от 13.07.2015) «Об основах охраны здоровья граждан») ¹. При этом использование ВРТ предусмотрено только в качестве методов лечения бесплодия, что выступает правопрепятствующим юридическим фактом для гетеросексуальной пары, способной к деторождению, создать ребенка из собственных гамет, используя сомнительные поводы.

Центральным субъектом договора суррогатного материнства является сама суррогатная мать. В числе обязательных юридических условий, предъявляемых к ней, закон называет возраст потенциальной суррогатной матери, устанавливая его нижний и верхний пределы – суррогатная мать не должна быть младше 20 лет и старше 35 лет; наличие не менее одного здорового собственного ребенка и удовлетворительное состояние здоровья, подтвержденное медицинским заключением. Для того, чтобы стать суррогатной матерью, женщина, удовлетворяющая вышеизложенным требованиям,

должна дать предварительное согласие на медицинское вмешательство. Данное согласие следует рассматривать в качестве правоподготавливающего юридического факта – обстоятельства, имеющего юридическое значение для наступления правовых последствий, но, как указывал В.Б. Исаков, – связанных с ним не прямо, а через одно или несколько промежуточных звеньев². Согласие женщины будет считаться действительным, если оно является: добровольным, информированным и дано в письменной форме (п. 10 ст. 55 ФЗ от 21.11.2011. № 323-ФЗ). Информированное согласие означает, что медицинским работником в доступной форме потенциальной суррогатной матери предоставлена полная информация о целях, методах оказания медицинской помощи, связанном с ними риске, возможных вариантах медицинского вмешательства, последствиях и предполагаемых результатах оказания медицинской помощи (п. 1 ст. 20 ФЗ от 21.11.2011. № 323-ФЗ). В то же время закон не предусматривает оказания аналогичных правовых, психологических, страховых услуг, которые крайне необходимы женщине, дающей согласие на медицинское вмешательство, как участника договора. Осознанное согласие, полученное на основании надлежащей консультации, позволяет соотносить дальнейшее поведение суррогатной матери с моделью, установленной на основании нормы права, то есть осознавать свои права и обязанности в период вынашивания ребенка, а также правовые последствия в виде выраженного понимания того, что после рождения ребенка она не будет субъектом родительских прав и обязанностей.

Кроме письменного согласия самой потенциальной суррогатной матери, состоящей в браке, зарегистрированном в установленном законом порядке, обязательным условием того, чтобы женщина стала суррогатной матерью, является согласие ее супруга (п. 10 ФЗ от 21.11.2011. № 323-ФЗ). Несмотря на то, что закон не предъявляет к согласию супруга никаких других требований, кроме его письменной формы, предполагается, что оно также должно быть добровольным и информированным.

Следует отметить, что на практике специализированные медицинские организации требуют нотариально удостоверенного согласия супруга потенциальной суррогатной матери. В силу презумпции отцовства супруга матери ребенка, когда отцом ребенка признается ее супруг (бывший супруг), в случае отказа суррогатной матери от передачи ребенка ее генетическим родителям, отцом этого ребенка будет записан супруг суррогатной матери. Таким образом, согласие супруга суррогатной матери необходимо рассматривать как порождающий юридический факт. Н.Н. Тарусина справедливо относит согласие потенциальной суррогатной матери и ее супруга к разновидности правомерного акта³. Наступление данного юридического факта, с одной стороны, дает право потенциальной суррогатной матери заключить договор о суррогатном материнстве, а с другой, – в случае ее отказа дать согласие на запись родителей ребенка его генетических родителей, – создать родительские права и обязанности в отношении рожденного ей ребенка со своим супругом, который и будет записан отцом ребенка. Отсутствие согласия супруга суррогатной матери выступает в качестве правопрепятствующего юридического факта, который тормозит развитие юридико-фактического состава и теоретически не позволяет заключить договор о суррогатном материнстве.

По отношению к другим субъектам договора суррогатного материнства – потенциальным родителям – российское законодательство устанавливает минимальные требования: ими могут быть как супруги, так и женщина и мужчина, не состоящие между собой в браке (партнеры), а также одинокая женщина. Следует отметить, что согласно п. 9 ФЗ от 21.11.2011 № 323-ФЗ субъектами договора суррогатного материнства могут быть только лица, чьи половые клетки использовались для оплодотворения – генетическая мать и генетический отец ребенка. На наш взгляд, такой законодательный подход резко сужает сферу использования ВРТ, в том числе метода суррогатного материнства, и не учитывает последние изменения в практике Европейского Суда по правам человека, который признал законными родительско-детские правоотношения, возникающие из договора суррогатного материнства, не только в случаях, когда хотя бы один из родителей ребенка связан с ним генетически, но и независимо от наличия между ними генетической связи⁴.

Из-за изначально возникающего дисбаланса между правом потенциальных родителей «иметь» ребенка, которое является приоритетным по отношению к праву ребенка получать заботу и воспитание от своих родителей, представляется необходимым установить ряд законодательных требований и к самим потенциальным родителям. Поскольку государство должно учитывать наилучшие интересы ребенка, одним из основных критериев должна стать способность потенциальных родителей обеспечить заботу и воспитание ребенка. Это требует, в частности, проверки дееспособности супругов-заказчиков (одинокого родителя), а также наличия (отсутствия) у них судимости по аналогичным основаниям, препятствующим лицам быть усыновителями, предусмотренным пп. 9–11 п. 1 ст. 127 Семейного кодекса РФ.

Договор суррогатного материнства, заключаемый между суррогатной матерью и потенциальными родителями, должен включать в себя существенные условия договора. В качестве существенных условий данного договора, которые следовало бы определить императивно, могут быть названы: обязанности суррогатной матери выполнять предписания врачей, включая требования о режиме дня, режиме питания, принятие лекарственных препаратов, прохождение всех медицинских процедур, соблюдения общепринятых норм гигиены и т.д.; стоимость и порядок возмещения расходов суррогатной матери в период вынашивания ребенка, родовой и послеродовой периоды; указание медицинской организации, где будет проводиться процедура по применению ВРТ. Кроме того, как справедливо отмечает Т.В. Шершень, такой договор может быть включать вопросы «... о порядке общения биологических родителей будущего ребенка и суррогатной матери в период ее беременности, а также после рождения ею ребенка;... о тайне донорства»⁵. В юридической литературе в качестве положительного примера для российских законодателей приводится Постановление Совета Министров Республики Беларусь № 1470 «О существенных условиях договора суррогатного материнства», в котором закреплены все существенные условия такого договора. Среди них установлена и обязанность суррогатной матери по передаче ребенка после рождения в установленный договором срок, что предполагается предусмотреть и в российском законодательстве⁶. Однако следует помнить, что в отличие от белорусского законодательства в РФ суррогатная мать имеет право, а не обязанность передать ребенка потенциальным родителям, которые записываются таковыми только с согласия суррогатной матери (абз. 2 п. 4 ст. 51 СК РФ) – юридического факта, которому российский закон придает приоритетное значение.

Особого внимания в качестве существенного условия договора требует вопрос о месте жительства суррогатной матери. От того, где будет определено место жительства суррогатной матери зависит соблюдение ее прав и свобод как человека и гражданина, а также ее семейных прав. Исходя из толкования ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации, предусматривающей основания, при которых могут быть ограничены права и свободы человека и гражданина, следует отметить, что в случае недостижения соглашения по вопросу о месте жительства суррогатной матери на период действия указанного договора, могут быть нарушены не только конституционные права самой суррогатной матери, но и права других членов ее семье – супруга и ребенка (детей). Сложной является и морально-этическая сторона этого вопроса. При определении места жительства или места пребывания суррогатной матери вне своей семьи, а, например, по месту жительства генетических родителей или другому определенному ими месту с целью осуществления постоянного контроля со стороны последних, возникает реальная угроза нарушения прав собственного ребенка (детей) суррогатной матери на воспитание своими родителями. Если потенциальная суррогатная мать состоит в браке, то при получении письменного согласия супруга на то, чтобы стать суррогатной матерью, следует определить, с кем будут проживать дети, каков будет порядок общения с ними и остальные вопросы, возникающие в связи с раздельным проживанием одного из родителей. Это также должны учитывать потенциальные родители при заключении договора.

Договор суррогатного материнства следует рассматривать и как правоизменяющий юридический факт. В соответствии со ст. 450 ГК РФ изменение и расторжение договора возможны по соглашению сторон, если иное не предусмотрено законом или договором. Например, в случае рождения мертвого ребенка по независящим от сторон обстоятельствам ими может быть согласован вопрос об изменении размера вознаграждения суррогатной матери⁷; в случае многоплодной беременности размер вознаграждения суррогатной матери может быть увеличен и т.п.

По общему правилу односторонний отказ от исполнения обязательств не допускается (п. 1 ст. 310 ГК РФ). Однако ст. 450.1 ГК РФ предусматривает право на односторонний отказ от исполнения договора или осуществления прав по договору в определенных законом случаях. Применительно к договору суррогатного материнства право на односторонний отказ от исполнения договора должно быть связано с существенным изменением обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора. Реализуя свое право на одностороннее изменение договора, сторона, осуществляющая это право должна действовать добросовестно и разумно (п. 4 ст. 450 ГК РФ). Представляется справедливым недопустимость одностороннего отказа от исполнения договора со стороны супругов-заказчиков по отношению к суррогатной матери после наступления у нее беременности. Кроме того, право на односторонний отказ от исполнения договора со стороны супругов-заказчиков (одиночкой матери) должно быть ограничено в случае рождения ребенка с ослабленным здоровьем, врожденными дефектами. Как показывает практика, договоры суррогатного материнства зачастую включают условие о запрете на искусственное прерывание беременности суррогатной матери при отсутствии медицинских показаний и без согласия генетических родителей. Следует заметить, что это не отно-

сится к случаям редукции эмбрионов, число которых по российскому законодательству определяется самой суррогатной матерью с учетом рекомендации лечащего врача (п. 29 Приказа Минздрава России от 30.08.2012 № 107н (ред. от 11.06.2015) «О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению»).

Очевидно, что условие о вынашивании ребенка полный период беременности отвечает правовой цели договора. Однако в силу нормы, содержащейся в ст. 56 ФЗ от 21.11.2011 № 323-ФЗ, которая предусматривает право каждой женщины самостоятельно решать вопрос о материнстве, такое условие договора является ничтожным. Поэтому прерывать или не прерывать беременность зависит только от желания суррогатной матери при условии дачи ей информированного добровольного согласия на эту операцию.

Наиболее сложным с юридической и этической точек зрения является прекращение договора суррогатного материнства. Основаниями прекращения данного договора, предусмотренными в законе, являются рождение ребенка, в том числе и недоношенного ребенка (при преждевременных родах). Однако поскольку вынашивание и рождение ребенка относятся к сложным физиологическим процессам, подчас не зависящим или не полностью зависящим от воли человека, основаниями прекращения договора о суррогатном материнстве могут выступать и иные факты, которые следует предусмотреть в договоре как юридически значимые. Следует учитывать, что после наступления беременности суррогатной матери, о равенстве сторон договора не может речи, так как суррогатная мать заведомо является более слабой стороной в договоре в силу своего состояния здоровья. Наступление беременности суррогатной матери следует рассматривать как юридический факт-состояние, который влечет за собой недопустимость расторжения договора о суррогатном материнстве, на что указывала Т.Е. Борисова⁸. Другие авторы считают, что расторжение такого договора возможно в случае намеренного нарушения суррогатной матерью режима вынашивания беременности⁹ (например, в целях шантажа потенциальных родителей с помощью угрозы употребления спиртных напитков, курения). Однако для предупреждения таких случаев необходимо прибегать не к гражданско-правовым средствам воздействия на личность суррогатной матери, а прежде всего, к морально-нравственным регуляторам и именно с этих позиций тщательнее осуществлять подбор кандидатов в суррогатные матери. Заниматься этим должны медицинские организации, имеющие лицензию и соответствующий штат юристов и психологов.

В качестве юридических фактов, служащих основанием расторжения договора о суррогатном материнстве также могут выступать: искусственное прерывание беременности суррогатной матерью по медицинским показаниям или без таковых; самопроизвольный аборт; рождение мертвого ребенка; смерть потенциальных родителей или суррогатной матери; неисполнение или ненадлежащее исполнение сторонами принятых обязательств, которое может выражаться в различных формах. Примером последнего является случай из судебной практики Свердловского областного суда, где в качестве основания прекращения договора явилось неисполнение договора суррогатного материнства в виде неявки суррогатной матери в Центр семейной медицины г. Екатеринбурга для процедуры экстракорпорального оплодотворения в назначенный срок, что вызвало гибель эмбриона¹⁰. Это еще раз подтверждает мысль о том, что условия, предотвращающие неисполнение или ненадлежащее исполнение договора, связанного с применением ВРТ в целом и метода суррогатного материнства, в частности, лежат вне сферы гражданско-правового регулирования. Они относятся к семейно-правовой сфере, основу которой составляют лично-доверительные отношения, которые должны поддерживаться потенциальными родителями и суррогатной матерью на всем протяжении их отношений. Ведь даже при согласии суррогатной матери на запись потенциальных родителей родителями ребенка в книге записей рождений, ребенок будет связан с ней биологически. Духовно-нравственная составляющая при заключении договора суррогатного материнства относится к тем обстоятельствам, которые не являются юридически значимыми, но имеют принципиальное значение для его надлежащего исполнения сторонами.

Следует отметить, что перечень всех правопрекращающих юридических фактов договора суррогатного материнства не может являться исчерпывающим, что объясняется не только индивидуальностью каждой семейной ситуации, но и стремительным развитием ВРТ. Однако для того, чтобы в договоре суррогатного материнства не нарушались права всех его участников и еще неродившегося ребенка, такой перечень должен быть предусмотрен законодателем для придания указанным основаниям юридического значения.

Таким образом, юридический состав правоотношений между родителями и детьми, возникающих из договора суррогатного материнства, включает в себя наличие самого договора суррогатного материнства, рождение ребенка и согласие суррогатной матери на запись супругов родителями ре-

бенка. Последнее является тем юридическим фактом, который делает этот юридико-фактический состав законченным, вызывает осуществление нормы, содержащейся в п. 4 ст. 51 Семейного кодекса РФ. Однако независимо от наличия или отсутствия согласия суррогатной матери, договор суррогатного материнства является тем самостоятельным юридическим фактом, который влечет возникновение, изменение или прекращение правоотношений по воспитанию ребенка в семье, прав и обязанностей лиц, заключивших его.

¹ Собрание законодательства РФ. 28.11.2011. № 48. Ст. 6724.

² См.: *Исаков В.Б.* Юридические факты в советском праве. М.: Юридическая литература, 1984. // http://www.pravo.vuzlib.su/book_z091_page_3.html.

³ См.: *Тарусина Н.Н.* Репродуктивные технологии: семейно-правовой аспект // Вестник Ярославского государственного университета. 2008. № 10. С. 27.

⁴ См.: *Постановления Европейского Суда по правам человека от 26 июня 2014 г.* Дела «Лабассе против Франции» [Labassee v. France] (жалоба № 65941/11), «Маннессон против Франции» [Mennesson v. France] (жалоба № 65192/11) (V Секция) (извлечение) // Система АРАНТ: <http://base.garant.ru/70857888/#ixzz3m7OJ9VnP>; Информация о Постановлении ЕСПЧ от 27.01.2015 по делу «Парадизо и Кампанелли (Paradiso and Campanelli) против Италии» (жалоба № 25358/12) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2015. № 4(154).

⁵ *Шершень Т.В.* Частный и публичный интерес в семейном праве // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2009. Вып. 2(4). С. 160.

⁶ См.: *Кристафорова А.В.* Суррогатное материнство в Российской Федерации: основные понятия, проблемы правового регулирования, роль нотариуса // Семейное и жилищное право. 2014. № 3. С. 24–28.

⁷ См.: *Борисова Т.Е.* Ответственность по договору суррогатного материнства // Законность. 2011. № 11. С. 47–50.

⁸ См.: *Борисова Т.Е.* Ответственность по договору суррогатного материнства. С. 47–50.

⁹ См.: *Афанасьева И.В.* Правовое регулирование суррогатного материнства // Медицинское право. 2007. № 2. // СПС КонсультантПлюс.

¹⁰ См.: *Определение Судебной коллегии по гражданским делам Свердловского областного суда от 28 августа 2007 г. по делу № 33-5744/2007* // СПС КонсультантПлюс.

Е.М. Тужилова-Орданская

Институт права Башкирского государственного университета, г. Уфа

ИМПЕРАТИВНОСТЬ В СОДЕРЖАНИИ ВЕЩНЫХ ПРАВ

В процессе анализа норм Гражданского кодекса РФ, регламентирующих право собственности и иные вещные права, было выявлено, что в отличие от норм договорного права среди этих норм намного реже встречаются диспозитивные нормы, что, на наш взгляд, неслучайно.

Еще Е.А. Сухановым было отмечено, что вещные правоотношения – это правоотношения, фиксирующие статику имущественного положения субъектов¹. Так, гражданско-правовые нормы, которыми урегулировано вещное право, устанавливают понятие, элементы и виды вещных прав, способы их осуществления и защиты, практически не допуская свободного выбора субъектами правоотношений варианта поведения.

Одним из разделов вещного права, выпадающим из общего ряда, для которого преобладающим в отличие от остальных служит диспозитивное начало, является институт общей собственности, который стал предметом нашего исследования в этой части работы. Специфика его заключается в том, что собственность в данном контексте не выступает в своей классической форме, так как общее имущество, одновременно принадлежа каждому из сособственников, в то же время не принадлежит полностью ни одному из них. Доказательством этому служит, в частности, ограничение правомочия распоряжения общим имуществом только с согласия всех собственников.

Властные предписания в нормах ГК РФ об общей собственности ограничиваются констатацией и дублированием смысла тех правил, которые уже императивно закреплены в общих положениях о вещных правах с учетом особенностей данного института. Так, законодатель указал на обязанность каждого из сособственников содержать общее имущество и принимать меры к его охране (статья 249 ГК РФ), что соотносится с нормой статьи 210 ГК РФ о том, что собственник несет бремя содержания своего имущества.

По нашему мнению, сам факт наличия множественности лиц на стороне собственника порождает необходимость в регламентации отношений между ними, а возможно это лишь путем зачисле-

ния различного рода соглашений, которые а priori предполагают диспозитивность. Именно поэтому в нормах, регулирующих вопросы общей собственности, в отличие от остальных разделов вещного права диспозитивность проявляется наиболее ярко.

Следует отметить, что спорных вопросов в части квалификации норм вещного права в качестве императивных или диспозитивных практически не возникает, так как в данной ситуации, как правило, действует формально-атрибутивная теория. В связи с этим предлагаем рассмотреть нормы, вызывающие наибольший интерес с позиции императивности и диспозитивности.

Конструкцию императивной нормы имеет статья 250 ГК РФ, закрепляющая преимущественное право покупки доли участником общей долевой собственности. Считаем необходимым обратиться к телеологическому толкованию данной нормы и выяснить, насколько оправданно установление законодателем подобного ограничения правомочий собственника по распоряжению своей долей, а также определить, могут ли стороны своим соглашением исключить действие правила о преимущественном праве покупки.

Общеизвестно, что преимущественные права всегда были предметом бурных дискуссий. Резкой критике еще на самом раннем этапе развития его подвергал А.Б. Кусиков, называя «прямо нарушающим нормальный гражданский правооборот институтом права» и указывая на необходимость исключения из «живого организма его мертвой части»². В поддержку этой позиции высказывалась и М.В. Зимелева, рассматривая право преимущественной покупки в качестве стесняющего собственника в распоряжении своим имуществом³. В то же время ряд цивилистов, в числе которых С.Н. Братусь и Б.И. Утевский, выступили за дальнейшую разработку и применение доктрины преимущественных прав, которая в дальнейшем была воспринята разработчиками Гражданского кодекса РСФСР 1922 г.⁴.

Интересной и новаторской, на наш взгляд, является позиция Д.В. Ломакина, который считает, что правомочия собственника по распоряжению своим имуществом в данном случае не ограничиваются, просто в случае продажи законодатель устанавливает особый способ осуществления этого права⁵. Действительно, собственник по-прежнему может любым образом определить дальнейшую судьбу принадлежащей ему вещи, при этом ему необходимо будет соблюсти ряд установленных законом требований. Однако полностью согласиться с изложенным мнением нам не представляется возможным, так как право собственника распорядиться принадлежащим ему имуществом в действительности претерпевает определенные ограничения.

Особый способ реализации права собственности, о котором говорил Д.В. Ломакин, в данном случае выражается в обязанности собственника осуществить дополнительные действия по уведомлению иных собственников, прежде чем распорядиться своим имуществом. Но при этом он фактически лишается права на выбор контрагента, что свидетельствует о невозможности реализации им своего права собственности в полной мере.

Считаем, что закрепление императивности правила о преимущественном праве покупки участниками общей долевой собственности в первую очередь вызвано необходимостью соблюдения интересов собственников в недопущении третьих лиц к владению, пользованию и распоряжению общей вещью, и, соответственно, установление возможности сторон предусмотреть соглашением отказ от него необоснованно.

На данной позиции строится вся судебная практика.

В частности, Ленинским районным судом г. Уфы Республики Башкортостан № 2-23/15 (2-5161/2014) от 24 февраля 2015 г.⁶ и Кировским районным судом г. Уфы Республики Башкортостан по делу № 2-1933/2015 от 16 апреля 2015 г.⁷ установлено, что обход императивного правила о преимущественной покупке недопустим.

Еще одной нормой, вызвавшей широкие дискуссии в научных кругах, стала статья 216 ГК РФ, устанавливающая перечень вещных прав лиц, не являющихся собственниками. При первой, визуальной, оценке норма выглядит как императивная, поскольку не содержит в себе указания на то, что этот перечень может включать и иные права, не упомянутые в нем, однако мнения по этому поводу далеко не однозначные.

А.Б. Бабаев делает акцент на формулировке самой статьи, содержащей словосочетание «в частности», которое прямо указывает на возможность существования иных вещных прав⁸. То есть перечисленные в норме статьи 216 ГК РФ ограниченные вещные права, по его мнению, являются лишь частными примерами таких прав, названных для раскрытия и конкретизации данного гражданско-правового института.

В поддержку такой позиции высказываются и ряд ученых, даже не осуществляя буквального толкования статьи 216 ГК РФ, и указывают на необходимость установления открытого перечня вещных прав, ссылаясь на требования современного гражданского оборота. Е.А. Суханов, напротив,

настаивает на необходимости исчерпывающего перечня ограниченных вещных прав, считая, что вещные правоотношения возникают не только по воле их участников, в связи с чем последние не вправе самостоятельно определять их содержание⁹.

Попытка разрешить назревшую проблему была предпринята законодателем в Законопроекте № 47538-6 «Изменения положений Гражданского кодекса РФ о вещных правах», который был принят в первом чтении 27 апреля 2012 г. (далее – Проект)¹⁰ и которым предлагалось закрепить понятие, виды и признаки вещных прав.

Вещным правом согласно Проекту является предоставление лицу непосредственного господства над вещью совокупно с основаниями осуществления вместе или по отдельности правомочий владения, пользования и распоряжения вещью в пределах, установленных ГК РФ.

В Проекте были закреплены следующие признаки вещных прав:

1. Право непосредственно обременяет вещь и следует за ней.
2. Право не имеет срока действия.
3. Утрата владения вещью не прекращает вещного права на нее.
4. Право обладает абсолютным характером.
5. Вещным является только то право, которое прямо названо таковым в ГК РФ.

Таким образом, законодатель, с одной стороны, выработав и закрепив в ГК РФ общие признаки вещных прав, теоретически сделал возможным отнесение к числу вещных ранее неизвестных обороту прав, которые обладают всеми этими характеристиками, и, следовательно, косвенно способствовал установлению открытого перечня вещных прав. Однако, прямо указав на то, что вещными являются только те права, которые прямо названы таковыми в ГК РФ, разработчики Проекта внесли иную ясность в решение анализируемого нами вопроса, исключив возможность участников гражданских правоотношений самостоятельно трактовать то или иное право, не включенное в статью 216 ГК РФ, в качестве вещного.

Предлагаемые Проектом в этой части новеллы, безусловно, способны положительно повлиять на гражданский оборот, так как вносят определенную конкретику, но в настоящее время они все еще остаются только идеей, которая требует своего законодательного закрепления.

По нашему мнению, установление диспозитивности нормы статьи 216 ГК РФ повлечет за собой возникновение трудностей и разрозненности в судебной практике при определении того, является ли то или иное право вещным, в связи с чем считаем такой шаг на данном этапе неоправданным.

Значительная роль императивных начал в нормах вещного права, на наш взгляд, имеет ряд причин.

Первой причиной является абсолютный характер вещных прав, который заключается в субъективной возможности лица осуществлять их исключительно и независимо от других лиц¹¹. Закрепляя пределы возможного поведения неограниченного круга лиц по отношению к правам обладателя на вещь, законодатель обратился к использованию именно императивных норм, что было вызвано необходимостью защиты интересов собственника (титularного владельца). Вторая причина, по нашему мнению, состоит в особой общественной значимости некоторых объектов вещных прав (земельные участки, жилые помещения), которые требуют установления большого количества правовых ограничений, выраженных в императивных нормах¹².

Таким образом, одной из специфических черт вещного права, отличающей его от иных подотраслей гражданского права, является количественное превосходство и существенное значение императивных норм, что обусловлено самой сущностью вещных прав.

Но нельзя утверждать об исключительной презумпции императивности в вещном праве, поскольку реализации вещных прав, в частности, одного из основных – права собственности, будет действовать основополагающее диспозитивное правило статьи 209 ГК РФ о том, что собственник распоряжается принадлежащим ему имуществом по своему усмотрению. То есть законодатель прямо указал на общую диспозитивную направленность вещных прав, что еще раз подчеркивает специфику всей отрасли гражданского права.

¹ См.: Суханов Е.А. Развитие института вещных прав при переходе к рынку // Гражданское право России при переходе к рынку: сб. науч. статей, посвященный памяти проф. В.П. Грибанова / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 1995. С. 83.

² Кусиков А.Б. О праве совладельца на преимущественную покупку продающейся доли соучастника // Вестник советской юстиции. 1992. № 4. С. 792.

³ См.: Зимелева М.В. Общая собственность в советском гражданском праве. Часть вторая // Вестник гражданского права. 2010. № 1. С. 202.

⁴ См.: *Братусь С.Н., Утевский Б.И.* Рецензия на «Ученые записки Всесоюзного института юридических наук НКЮ СССР». Вып. 2 // Социалистическая законность. 1941. № 3–4. С. 23–26.

⁵ См.: *Ломакин Д.В.* Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М., 2008. С. 200.

⁶ *Решение* Ленинского районного суда г. Уфы Республики Башкортостан № 2-23/15 (2-5161/2014) от 24 февраля 2015 года // Архив Ленинского районного суда г. Уфы Республики Башкортостан.

⁷ *Решение* Кировского районного суда г. Уфы Республики Башкортостан по делу № 2-1933/2015 от 16 апреля 2015 года // Архив Кировского районного суда г. Уфы Республики Башкортостан.

⁸ См.: *Бабаев А.Б.* Система вещных прав: Монография. М., 2006. С. 316.

⁹ См.: *Гражданское право*. В 4 т. Т. 1. Общая часть: учебник / отв. ред. Е.А. Суханов. 3-е изд., перераб. и доп. М.: ВолтерсКлувер, 2008. С. 591-592.

¹⁰ *КонсультантПлюс*: Правовые новости. Специальный выпуск «Изменения положений Гражданского кодекса РФ о вещных правах и договорах» (законопроект N 47538-6, принят в I чтении 27 апреля 2012 года) // Справ.-прав. система «КонсультантПлюс». [Электронный ресурс]. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_113134/?frame=1#p89 (дата обращения: 15.04.2015).

¹¹ См.: *Гражданское право: учебник*: в 3 т. Т. 1 / отв. ред. А.П. Сергеев. М., 2008. С. 593.

¹² См.: *Грушевская Е.В.* Императивность в гражданском праве: автореф. дис...канд. юрид. наук. Краснодар, 2010. С. 18.

К.М. Файзрахманов

Казанский (Приволжский) федеральный университет, г. Казань

ИСКОВАЯ ДАВНОСТЬ ПРИ ПРИЗНАНИИ ВЕЩНОГО ПРАВА ОТСУТСТВУЮЩИМ

Институт исковой давности, выступая одной из наиболее разработанных областей цивилистики, по-прежнему вызывает некоторые трудности в практике правоприменения. Особенно ярко это проявляется на примере исков о признании в сравнении с требованиями о присуждении, относительно которых у субъектов не возникает стольких вопросов практического характера.

Достаточно обратиться к исследованиям настоящего вопроса в науке, чтобы констатировать, что еще в советский период были предприняты попытки обосновать подверженность требований о признании права погасительной давности¹. Не способствуют формированию ясности и положения ст. 208 действующего Гражданского кодекса РФ (далее ГК РФ)², в которой не содержится исключений для преюдициальных исков. Тем не менее, следует признать, что несмотря на встречающиеся противоречия в судебной практике, в большинстве специальных исследований подчеркивается недопустимость применения исковой давности к искам о признании в силу природы как самого иска, так и защищаемого права³.

С принятием Постановления Пленумов ВС и ВАС РФ № 10/22 от 29 апреля 2010 года (далее Постановление № 10/22)⁴ настоящие вопросы не только не были сняты, но и появились новые, требующие немедленного разрешения. В их числе – применимость исковой давности к требованиям о признании права или обременения отсутствующим. Данное правовое средство не известно законодателю, при этом абз. 4 п. 52 Постановления № 10/22 ограничивается лишь указанием типов разрешаемых им правовых конфликтов. В интересующем нас вопросе Постановление № 10/22 отсылает к п. 57, согласно которому течение исковой давности по требованиям об оспаривании зарегистрированного начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о соответствующей записи в ЕГРП. Исключение составляют лишь случаи, когда владеющий истец оспаривает зарегистрированное право, здесь разработчики усматривают применимость абз. 5 ст. 208 ГК РФ.

Не говоря уже о том, что в указанном абз. 5 ст. 208 ГК РФ речь идет о негаторном иске, которому традиционно в цивилистике не принято придавать столь расширительное значение, приведенное правило вызывает и некоторые другие возражения. Заметим, что не существует единого требования об оспаривании зарегистрированного права, в контексте Постановления № 10/22 это родовая категория объединяющая достаточно широкий спектр правовых средств. В данной связи, совершенно не справедливо сводить проблему применимости исковой давности к установлению одного лишь факта владения. По замыслу разработчиков, алгоритм прост, если истец не владеет, значит применимы давностные сроки. Это удобно и, казалось бы, вписывается в контекст ст. 208 ГК РФ, тем не менее, не соответствует реальному многообразию и сложности охранительных отношений.

Приведенные наблюдения не могли не отразиться на практике разрешения споров о признании права или обременения отсутствующим. Вопреки господствующим представлениям о неприменимости давностных сроков к преюдициальным требованиям, к которым относимы и отрицательные иски, появились судебные акты, основанные на прямо противоположном. Одним из источников противоречий служит Постановление Президиума ВАС РФ от 04 сентября 2012 года по делу № 3809/12⁵, на которое, как показывает анализ многочисленных судебных актов, неоднократно ссылаются суды в обосновании принятых решений. Правовой конфликт в данном деле возник между органом местного самоуправления и коммерческой организацией по поводу признания отсутствующим прав на торговый комплекс, который, по мнению администрации, не является недвижимым имуществом. Из материалов дела известно, что земельный участок, на котором было возведено спорное имущество, был предоставлен коммерческой организации на основании договора аренды, на момент рассмотрения дела данный договор расторгнут не был, с момента регистрации прав на спорное имущество прошло более двенадцати лет. Отменяя принятые судебные акты, Президиум ВАС РФ указал на ошибочность вывода судов о неприменении срока исковой давности к рассматриваемому требованию. По мнению надзорной инстанции, положения абз. 3 п. 57 Постановления № 10/22 не могут быть применены, поскольку доказательств, свидетельствующих о том, что истец является собственником или владельцем здания, в деле не имеется, а ответчик, напротив, является владельцем здания, а также занимает спорный земельный участок на законных основаниях.

На наш взгляд, с логикой суда надзорной инстанции нельзя согласиться. Как верно было замечено в Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда № 09АП-21071/2011-ГК от 15 сентября 2011 года по делу № А40-7912/11-28-61⁶, данный спор направлен на восстановление положения, существовавшего до нарушения права путем установления действительно существующего правового режима имущества (отнесение вещи к движимой либо недвижимой). Остается открытым вопрос о том, какое отношение к рассматриваемому спору имеют обстоятельства, связанные с выяснением принадлежности владения имуществом, правовые свойства которого оспариваются. Ни для одной из сторон данные обстоятельства не служат источником конфликта, вовсе не для их разрешения стороны прибегают к помощи суда. Притязания истца направлены на защиту права собственности на земельный участок, владение которым истец не утратил. Передача имущества во временное владение и пользование является одной из форм реализации субъективного права собственности, что очевидно отличается от случаев лишения владения.

Обратный подход демонстрируют суды при рассмотрении правовых конфликтов, в основании которых правонарушения, выраженные в юридическом присвоении зарегистрированного вещного права. По данной категории дел суды принципиально исходят из того, что правила об исковой давности не распространяются на признание отсутствия вещных прав.

Вне всяких сомнений, подобный двойственный подход не отвечает потребностям гражданского оборота. Как известно, исковая давность призвана содействовать устранению неустойчивости, неопределенности в отношениях гражданского оборота⁷. Представляется, что причины, по которым исковая давность не распространяется на конфликты, разрешаемые посредством признания права или обременения отсутствующим, вовсе не связаны с выяснением вопроса о владении. В ситуации присвоения зарегистрированного вещного права, в результате которого возникает одновременно два зарегистрированных вещных права на один и тот же объект, а равно в случае неопределенности свойств объекта имущественных прав, действие исковой давности будет иметь противоположный задачам данного института эффект: содействовать неустойчивости, неопределенности гражданских правоотношений. Конфликты, разрешаемые посредством исследуемого средства, носят характер правовой аномалии, требующей скорейшего разрешения в интересах стабильности гражданского оборота. Устраняемые нарушения, вне всяких сомнений, носят длящийся противоправный характер.

Таким образом, формирующаяся судебная практика применения исковой давности к требованиям о признании вещного права отсутствующим носит небесспорный характер, предопределяя необходимость формирования единых правил организации деятельности с использованием данного правового средства.

¹ Беллювский Д.И. Иски о признании и исковая давность по ним // Известия вузов. Правоведение. 1970. № 3. С. 130-133.

² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 года №51-ФЗ // Российская газета. 1994. № 238-239.

³ Люшня А.В. Иск о признании права собственности и исковая давность // Журнал российского права. 2005. № 11. С. 62-66.

⁴ *Постановление* Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации №10/22 от 29 апреля 2010 года «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» // Вестник ВАС РФ. 2010. № 6.

⁵ *Постановление* Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 04 сентября 2012 года №3809/12 [электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶ *Постановление* Девятого арбитражного апелляционного суда №09АП-21071/2011-ГК от 15 сентября 2011 года по делу №А40-7912/11-28-61 [электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷ *Белов В.А.* Гражданское право: в 4 т. Т. II. Общая часть: в 2 кн. Кн. II.1. Лица, блага: учебник для бакалавриата и магистратуры: 2-е изд., перераб. и доп. М.: Издательство Юрайт, 2015. С. 432.

Е.В. Федорова

Уральский государственный юридический университет, г. Екатеринбург

ФАКТ ПРИЧИНЕНИЯ ВРЕДА КАК ОСНОВАНИЕ ПРИВЛЕЧЕНИЯ К ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ: СООТНОШЕНИЕ ОБЩИХ И ОСОБЕННЫХ НОРМ (НА ПРИМЕРЕ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА ВРЕД, ПРИЧИНЕННЫЙ АКТАМИ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ ПРИ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ ПРАВОСУДИЯ)¹

Факт причинения вреда действием либо бездействием правонарушителя является основанием возникновения деликтного обязательства.

Вред, причиненный личности или имуществу гражданина, а также вред, причиненный имуществу юридического лица, подлежит возмещению в полном объеме лицом, причинившим вред (п. 1 ст. 1064 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК).

В гражданском праве существует проблема, связанная с решением вопроса о соотношении таких понятий, как «вред», «ущерб» и «убытки». В связи с этим можно выделить следующие два подхода к пониманию указанных терминов:

1) понятия «вред» и «ущерб» рассматриваются как тождественные², при этом под «убытками» понимают денежную оценку причиненного вреда (имущественного ущерба)³. В частности К.М. Варшавский указывал на то, что «под вредом следует понимать некомпенсированный имущественный ущерб»⁴;

2) с другой стороны, как определял М.М. Агарков, под вредом следует понимать «всякое умаление того или иного личного или имущественного блага»⁵. В таком случае вследствие совершения противоправного деяния вред может быть причинен как имущественной, так и неимущественной сфере потерпевшего.

На самостоятельность рассматриваемых юридических категорий указывали и другие авторы⁶. При этом, как отмечал Г.Ф. Шершеневич, вред является более общим (родовым) понятием, а вид его зависит от объекта посягательства⁷.

Таким образом, вред – это отрицательные последствия действий (бездействия) его причинителя, выражающиеся в умалении имущественных и/или личных неимущественных прав потерпевшего в результате повреждения или уничтожения принадлежащего ему имущества, а также в результате причинения увечья или смерти гражданину (физическому лицу)⁸.

Однако следует отметить, что в приведенном определении не дана расшифровка такого вреда, который в результате совершения гражданского правонарушения может быть причинен неимущественной сфере лица, в частности деловой репутации юридического лица или гражданина - индивидуального предпринимателя (например, в случае приостановления их деятельности в административном порядке). К категории неимущественного вреда также необходимо отнести моральный вред, причиняемый физическому лицу.

Следовательно, если обращаться к ответственности за вред, причиненный актами судебной власти при осуществлении правосудия, то и в этом случае вред может быть причинен как имущественной сфере физического или юридического лица (утрата или неполучение определенного материального блага), так и личностной сфере, когда речь идет о компенсации морального вреда физическому лицу или о восстановлении деловой репутации юридического или физического лица, а также о возмещении иного неимущественного вреда.

Следовательно, если под «вредом» подразумевать всякое умаление личного или имущественного блага, то с данной позиции необходимо выделять вред материальный и моральный⁹.

Следует отметить, что судебная практика по делам о возмещении вреда, причиненного в результате незаконного осуждения, незаконного содержания под стражей и проч. (п. 1 ст. 1070 ГК), исходит из того, что причинение морального вреда потерпевшему в таких случаях является очевидным и безусловным. Как правило, суды обращают внимание на то, что нарушение таких неимущественных прав лица, как достоинство личности, честное и доброе имя, деловая репутация, право свободного передвижения, выбора места пребывания и жительства, а также нарушение права не быть привлеченным к уголовной ответственности за преступления, которые лицо не совершало, причиняет истцу нравственные страдания, поскольку «он не мог не переживать и не испытывать чувство унижения и стыда (выделено нами. – Е.Ф.) по поводу того, что подвергся уголовному преследованию» и претерпевал в связи с этим соответствующие лишения¹⁰.

Таким образом, исходя из позиции, изложенной в материалах судебной практики, нарушение конституционных прав личности, в том числе таких, как право на свободу и личную неприкосновенность (статья 22 Конституции РФ), достоинство личности (ст. 21 Конституции РФ), на неприкосновенность частной жизни, защиту чести и доброго имени (ст. 23 Конституции РФ), на свободу передвижения (ст. 27 Конституции РФ), дает основание для применения презумпции наличия морального вреда. В связи с этим целесообразным представляется включение указанной презумпции в текст нормы п. 1 ст. 1070 ГК.

Под убытками в науке гражданского права, как уже указывалось выше, понимают стоимостное выражение ущерба (имущественного вреда). Гражданский кодекс при этом в качестве составных частей категории «убытки» выделяет реальный ущерб и упущенную выгоду (п. 2 ст. 15 ГК).

Представляется, что законодатель в данном случае в отношении используемой терминологии занял не совсем верную позицию. Как видится, более правильным для обозначения вреда, выразившегося в утрате или повреждении имущества, а также в произведенных на восстановление права расходах, будет использование такого термина, как «наличный убыток» («реальный убыток») вместо законодательно установленного термина «реальный ущерб». Сохранение законодательной терминологии будет означать смешение понятий, поскольку под ущербом вообще следует понимать всякое умаление имущественных благ, связанное как с их утратой (реальный убыток), так и с их неполучением (упущенная выгода).

Таким образом, из изложенного следует, что вред, причиненный актом государственной власти, в том числе актом судебной власти, может проявляться не только в материальных последствиях в виде умаления имущественной сферы потерпевшего, но и в последствиях в виде умаления его неимущественной сферы, которые выражаются, в том числе, в претерпевании физическим лицом нравственных и физических страданий (моральный вред) или в причинении вреда деловой репутации как юридического, так и физического лица (репутационный вред).

При сравнении положений п. 1 ст. 1064 и ст. 1070 ГК следует обратить внимание на имеющееся противоречие в вопросе о том, какой вред подлежит возмещению. Согласно п. 1 ст. 1064 ГК возмещению подлежит такой вред, который был причинен «личности или имуществу гражданина», а также «имуществу юридического лица». Более общим образом сформулирована ст. 1070 ГК, в соответствии с положениями которой как гражданину, так и юридическому лицу будет возмещен любой вред, который был причинен актом судебной власти. Таким образом, в ст. 1070 ГК закреплено более широкое понимание вреда: имеется в виду как имущественный, так и неимущественный вред, который может быть причинен актом судебно-следственного органа, его действием (бездействием) любому субъекту права.

Вред, причиняемый юридическому лицу, таким образом, не обязательно будет носить исключительно имущественный характер; он может быть выражен и в неимущественной форме, на что неоднократно указывалось в юридической литературе¹¹, а также обращалось внимание Конституционного Суда РФ¹². Высказывания ученых о том, что неимущественный вред должен возмещаться наравне с имущественным¹³, следует считать обоснованными, поскольку п. 1 ст. 1064 ГК закрепляет принцип полного возмещения вреда, ставшего результатом противоправных действий (бездействия).

Однако поскольку, как уже указывалось, п. 1 ст. 1064 ГК не указывает на возможность возмещения *любого* неимущественного вреда как юридическому лицу, так и физическому лицу, следует внести в данную норму соответствующие изменения и сформулировать ее следующим образом:

«Имущественный и неимущественный вред, причиненный физическому или юридическому лицу, а также публично-правовому образованию, подлежит возмещению в полном объеме лицом, причинившим вред».

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации. Ст. 1064, 1070.

² Гражданское право: учебник: в 2 т. / под ред. Е.А. Суханова. М., 2004. Т.2, полутом II. С. 439; См. также: Болдинов В.М. Ответственность за причинение вреда источником повышенной опасности. СПб., 2002. С. 71; Варшавский К.М. Обязательства, возникающие вследствие причинения вреда другому. М., 1929. С. 24; Кузнецова Л.В. Спорные вопросы деликтной ответственности. М.: Статут, 2010. С. 356.

³ Гражданское право / под ред. Е.А. Суханова. С. 439; Новицкий И.Б., Луц Л.А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 365; Нуртдинов А.А. Некоторые проблемы участия казны в механизме ответственности государства / Юрист. 2007. № 10. С. 5.

⁴ Варшавский К.М. Указ. соч. С. 24.

⁵ Агарков М.М. Гражданское право / под ред. М.М. Агаркова, Д.М. Генкина. М., 1944. Т. 1. С. 328.

⁶ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М., 1998. С. 514–515; Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность. М., 1976. С. 202; Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. С. 100; Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1912. С. 611.

⁷ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 611.

⁸ См.: Гражданское право / под ред. Е.А. Суханова. С. 439; Федосеева С.В. Условия ответственности за вред, причиненный актами власти // Налоги (газета). 2009. № 28.

⁹ См.: Гражданское право / отв. ред. Е.А. Суханов. С. 601 (автор главы – Е.А. Суханов).

¹⁰ См.: Определение Свердловского областного суда от 05.07.2011 г. по делу № 33-9084/2011; Определение Свердловского областного суда от 06.06.2012 г. по делу № 33-6115/2012; Определение Свердловского областного суда от 15.03.2012 по делу № 33-2792/2012; Апелляционное определение Свердловского областного суда от 16.09.2014 по делу № 33-11922/2014 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹¹ Гаврилов Е.В. Компенсация морального (нематериального) вреда, причиненного юридическим лицам органами государственной власти, органами местного самоуправления, их должностными лицами: обзор судеб. практики // Вестник арбитражной практики. 2011. № 4. С. 34 и след.; Красавчикова Л.О. Компенсация морального вреда субъектам экономической деятельности в случаях причинения вреда их деловой репутации // Аналит. юрид. журнал. 2001. № 2. С. 41–45; Кудинов О.А. Обязательства вследствие причинения вреда и неосновательного обогащения: юрид. коммент. М., 2006. [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Малейна М.Н. Компенсация за немущественный вред // Вестник Верхов. Суда СССР. 1991. № 5. С. 29; Ее же. Нематериальные блага и перспективы их развития // Закон. 1995. № 10. С. 103; Шишенина А.В. Возмещение морального вреда юридическому лицу // Законодательство и экономика. 2008. № 7. [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹² См.: Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Шлафмана Владимира Аркадьевича на нарушение его конституционных прав пунктом 7 статьи 152 Гражданского кодекса Российской Федерации: Определение Конституционного Суда РФ от 4 дек. 2003 г. № 508-О // Вестник Конституц. Суда РФ. 2004. № 3.

¹³ См., напр.: Федосеева С.В. Условия ответственности за вред, причиненный актами власти // Налоги. 2009. № 28. [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

А.Л. Хавкина

ПКОО «Ассоциация медиаторов Пермского края», г. Пермь

СТАНОВЛЕНИЕ И РАЗВИТИЕ СООБЩЕСТВА МЕДИАТОРОВ В ПЕРМСКОМ КРАЕ

Под профессиональным сообществом понимается группа людей из двух и более человек, которые регулярно вступают между собой в коммуникацию (лично или виртуально) с целью обмена опытом и практиками, выработки знаний и поиска новых, более эффективных подходов к решению поставленных перед ними профессиональных задач.

Профессиональные сообщества являются мощным средством поддержки профессиональной деятельности. Они позволяют специалистам постоянно расти, развиваться. Общаясь с коллегами, профессионал начинает чувствовать себя частью большего, чем просто место его работы, расширяются горизонты его профессионального видения.

Наиболее важными характеристиками профессиональных сообществ являются:

– сообщества преимущественно являются неформальными и существуют отдельно от традиционных подразделений организации;

– участие в деятельности профессиональных сообществ является добровольным и основывается на личной заинтересованности каждого из участников в такой деятельности (их можно назвать самоорганизующимися системами, ведь складываясь зачастую стихийно, сообщества принимают ту форму существования, которая наиболее адекватна их целям).

Однако не все специалисты стремятся к вступлению в профессиональные сообщества. Так, количество специалистов, прошедших обучение по теме медиации, всегда меньше тех, кто начинает применять технологию медиации или ее элементы в своей деятельности. А среди тех, кто применяет технологию или ее элементы, еще меньше тех, кто желает совершенствоваться в этом и вступать в профессиональное сообщество.

По информации на январь 2015 г., в Пермском крае существует 7 организаций, занимающихся оказанием услуг в сфере медиации, специалисты которых позиционируют себя в качестве медиаторов и общаются в профессиональной среде.

Появление и развитие данных организаций является результатом различных проектов – своеобразных исторических вех в истории медиации Пермского края.

1. В 2000–2001г. в рамках проекта, реализуемого в Приволжском федеральном округе была подготовлена группа посредников в разрешении межличностных и общественных конфликтов.

В 2001 г. был создан *центр посредничества в переговорах и разрешении конфликтов «Согласие»* (руководитель Клейн М.Г.), действующий до настоящего дня. Основными направлениями его деятельности являются проведение обучающих семинаров и тренингов, направленных на развитие коммуникативных умений, переговорных навыков, навыков разрешения конфликтов в различных сферах, на данное время преимущественно в жилищно-коммунальной сфере.

2. Практически одновременно с 2000 г. и по настоящее время под руководством Т.И. Марголиной начала внедряться модель восстановительной медиации в работе с несовершеннолетними.

Сначала в пилотном режиме (2002–2006 гг. – областной пилотный проект «Разработка стандарта и системы профилактики преступности несовершеннолетних», направленный на разработку и реализацию мер, направленных на предупреждение безнадзорности и подростковой преступности), а потом и повсеместно (2006–2010 гг. – краевой проект «Внедрение восстановительных технологий в систему профилактики правонарушений несовершеннолетних в Пермском крае», направленный на снижение численности несовершеннолетних, совершивших правонарушения, через внедрение восстановительных технологий в деятельность субъектов профилактики) начали создаваться школьные и муниципальные службы медиации (в Пермском крае более распространен и используется термин «Примирения», ставший брендом), которые, работая в тесной связке с другими органами системы профилактики: КДНиЗП, полицией, судом, социальными службами, образовательными учреждениями, помогали снижать и предупреждать подростковую преступность. На данный момент в каждой территории Пермского края действует муниципальная служба примирения и подросток, совершивший правонарушение, при добровольном желании имеет возможность принять участие в восстановительных (медиативных) процедурах.

Для развития профессионального сообщества участие в реализации вышеперечисленных проектов позволило обеспечить регулярную подготовку медиаторов (ведущих восстановительных программ), систему их методической поддержки, создание и поддержание инфраструктуры для работы медиаторов (нормативно-правовая база, передача случаев для проведения медиации, обеспечение взаимодействия со специалистами других ведомств и пр.).

Специалисты в сфере восстановительной медиации составили костяк Пермской краевой общественной организации *«Ассоциация медиаторов Пермского края»* (председатель правления Хавкина А.Л.), созданной в 2009 г., а в 2011 г. получившей статус юридического лица.

Деятельность ПКОО «Ассоциация медиаторов Пермского края» направлена на внедрение, применение и продвижение альтернативных подходов в разрешении конфликтов, основанных на принципах медиации (посредничества). Ассоциация объединяет медиаторов, имеющих практический опыт работы в сфере посредничества, и занимается продвижением идей медиации в разных сферах.

Основные направления деятельности Ассоциации – восстановительные технологии при работе с несовершеннолетними, школьная медиация, семейная медиация, медиация и переговоры в бизнес конфликтах, медиация в сфере жилищно-коммунального хозяйства, здравоохранения, трудовых конфликтах и конфликтах представителей органов власти и граждан, в сотрудничестве с Пермским государственным научно-исследовательским университетом проводится обучение по медиации.

3. В 2010–2011 гг. на территории Пермского края был реализован международный проект «Расширение сферы прозрачности и гражданской активности на местном уровне», одним из направлений которого являлось – «Посредничество» (конфликты представителей органов власти и граждан).

В рамках данного проекта была разработана программа подготовки медиаторов «Практика урегулирования конфликтов на местном уровне», по которой прошли обучение свыше 50 специалистов,

созданы местные сообщества медиаторов в г.Оханск, Кизел, п.Суксун, которые занимались разрешением конфликтов в местном сообществе на волонтерских началах.

В настоящее время в двух территориях Пермского края работают местные сообщества медиаторов:

– *Ассоциация медиаторов г. Оханска*, созданная в 2011 г. (председатель – Жигулева Л.Ю.). К основным задачам Ассоциации относятся: оказание содействия гражданам в удовлетворении жалоб и посредничества между местными органами власти, поставщиками общественных услуг и населением; уменьшение количества споров в процессе местного самоуправления; снижение числа конфликтов, рассматриваемых в досудебном порядке; проведение просветительской деятельности объединения.

– *Сектор посредничества п. Суксун*, созданный в 2011г. (руководитель – Сергеева О.С.). В Сектор посредничества жители района обращаются за помощью в разрешении конфликтных ситуаций. Обычно рассматриваются споры между соседями, семейные взаимоотношения, вопросы раздела имущества, споры между работниками и работодателями, родителями учащихся и администрацией школ и др.

4. Профессиональная медиация.

В 2011г. в Пермском крае появилось *представительство Лиги медиаторов* г. Санкт-Петербурга (директор Яковлева Ю.А.). Появление организации было обусловлено, с одной стороны, накоплением критической массы специалистов, прошедших обучение по теме медиации, а с другой – вступившим в силу федеральным законом Российской Федерации от 27.07.2010 г. №193 «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)».

В 2013 г. оформилось в качестве юридического лица *Некоммерческое партнерство профессиональных медиаторов Пермского края* (руководитель – Яковлева Ю.А.), действующее в сотрудничестве с третейским судом. Одно из направлений деятельности – подготовка медиаторов на профессиональной основе в сотрудничестве с НИУ «Высшая школа экономики».

Специалисты, прошедшие в свое время такую подготовку, открывают свои организации. Так, при Пермском государственном гуманитарно-педагогическом университете действует *Центр школьной и семейной медиации*, возглавляемый Новиковой Н.В., заведующей кафедрой правовых дисциплин и методики преподавания права, кандидатом юридических наук.

Основные функции центра: оказание услуг физическим и юридическим лицам по проведению медиации (внесудебной процедуры урегулирования споров, методическая помощь школьным службам примирения, действующим в Пермском крае, участие в реализации различных курсов дисциплин в области конфликтологии и медиации в социальной сфере.

Наиболее интенсивно медиация в Пермском крае развивалась в последние четыре года и на данный момент можно говорить о том, что достигнуто:

- расширение информационного пространства по данной тематике;
- на базе ВУЗов разработаны и реализуются программы по подготовке медиаторов;
- проводятся процедуры медиации и переговоров с разрешения социально значимых проблем;
- заключены и реализуются соглашения с органами исполнительной власти в части обучения государственных и муниципальных служащих, специалистов основам урегулирования конфликтов;
- продвигается внедрение медиации в самых разных сферах деятельности (жилищно-коммунальная сфера, здравоохранение, образование, работа с семьей и пр.).

Е.М. Хазиева

Ленинский районный суд, г. Екатеринбург

ОРГАНИЗАЦИОННЫЕ ПРЕДПОСЫЛОЧНЫЕ ПРАВООТНОШЕНИЯ ГРУЗОПЕРЕВОЗКИ ЖЕЛЕЗНОДОРОЖНЫМ ТРАНСПОРТОМ

В российском законодательстве договор перевозки груза железнодорожным транспортом сформулирован как реальный договор, который полагается заключенным только в момент вверения груза перевозчику. В связи с этим за его пределами остаются отношения, предшествующие вверению уже согласованного с перевозчиком конкретного груза, перевозчики, организующие перфекцию реального договора грузоперевозки.

В современной правовой действительности существует целый ряд юридических фактов, которые направлены на организацию грузоперевозки в прямом сообщении: во-первых, договор об органи-

зации перевозок грузов и так называемая «акцептованная заявка на перевозку», узловое соглашение, договор о централизованном завозе (вывозе); во-вторых, договор транспортной экспедиции, договор на эксплуатацию транспортной инфраструктуры, договор буксировки или пользования локомотивной тяги, договор аренды подвижного состава и проч. Первые представляют собой организационные соглашения, опосредующие организационные неимущественные правоотношения¹, вторые – имущественные соглашения² с объектами гражданских прав – имуществом, услугами, работами (материальными благами).

Организационные отношения также не являются безобъектными – «упорядоченность отношений является таким же востребованным благом, как имущество»³. При этом речь идет не об организованности как свойстве общественных отношений, а именно об отдельной от имущественных группе отношений⁴. Поэтому не все договоры или иные сделки, которые так или иначе предусматривают организацию чего-либо, являются организационными. Организационные сделки являются альтернативным нормативно-правовым актам регулятором отношений, посредством их осуществляется индивидуальное правовое регулирование⁵.

В советской юридической литературе любые отношения по организации перевозок грузов ассоциировались с имущественным «договором на полное экспедиционное обслуживание», что, в свою очередь, предопределяло восприятие продукта организационных отношений как услуг. Происходило смешение таких разнопорядковых явлений, как фактические действия по организации перевозки (подыскание контрагентов, подвижного состава, заполнение железнодорожной накладной и прочее), юридические действия по упорядочению взаимоотношений между перевозчиком и грузовладельцем (грузоотправителем, грузополучателем) по перевозке грузов.

В имущественном договоре транспортной экспедиции экспедитор вступает с заказчиком в имущественные правоотношения по оказанию транспортно-экспедиционных услуг. В свою очередь, во исполнение договора возмездного оказания транспортно-экспедиционных услуг по организации грузоперевозки для заказчика (конечного потребителя транспортных услуг), чтобы освободить последнего за плату от бремени начально-конечных операций на транспорте, экспедитор зачастую вступает от своего имени (уже как грузоотправитель или грузополучатель) в организационные правоотношения с перевозчиком по взаимопорядочиванию действий относительно необходимой клиенту перевозки. Заключаются факультативный организационный договор об организации грузоперевозок в планируемом объеме, а также обязательные к заключению до реального договора грузоперевозки организационные договоры на подачу подвижного состава и его использование для конкретной грузоперевозки (акцептованные перевозчиком заявки грузоотправителя на перевозку конкретного груза).

Проблема ограничения договора экспедиции и договора об организации перевозок грузов связана с нечетким пониманием содержания транспортной экспедиции в русской правовой традиции. Законодательно закреплено (ст. 801 ГК РФ), что по договору транспортной экспедиции экспедитор оказывает клиенту дополнительные по отношению к перевозке услуги, в частности услуги по организации перевозки, но не услуги по перевозке. Вместе с тем в последних тенденциях приближения к мировым стандартам оказания услуг экспедиторское обслуживание «от двери до двери» поглощает перевозку, что особенно проявляется на автомобильном транспорте⁶. Аналогичные тенденции намечаются и на железнодорожном транспорте⁷, что нивелирует существующее правовое обособление «реальной» грузоперевозки от «консенсуальной» транспортной экспедиции.

Отличительной особенностью организационных отношений является отсутствие экономического содержания (приращения материальных благ). Возможные манипуляции с имуществом в организационных сделках выступают не как экономическое содержание сделки, но как средство ее исполнения. В отличие от наиболее похожего имущественного договора возмездного оказания услуг, в рамках организационного договора удовлетворяется потребность обоих контрагентов за счет действий друг друга, а не только одного заказчика услуг. Более того, удовлетворение потребности в соорганизации действий осуществляется без относительно непосредственного и (или) немедленного достижения экономического потребляемого эффекта, оплачиваемого заказчиком (возмездность и взаимность сделки - разные правовые явления).

Наличие в составе провозной платы не только базового тарифа за прохождение определенного километража, но и тарифа за начально-конечные операции также не характеризует организационные предпосылочные правоотношения на транспорте как возмездные. Взимание последнего представляет собой компенсацию расходов перевозчика на совершение фактических действий по исполнению организационного договора (фактически понесенные расходы)⁸, размер которой определяется для перевозчика через усредненный показатель тарифов прейскуранта №10-01 (утвержден постановлением

ФЗК России от 17 июня 2003 г. №47-т/5), а не плату за отдельную самостоятельную транспортную услугу.

Кроме того, не меняет неимущественный характер организационных правоотношений предусмотренная законом и (или) договором имущественная ответственность. В гражданском праве ответственность преимущественно существует в виде меры воздействия на имущественные интересы правонарушителя, вне зависимости от характера нарушенных прав и охраняемых законом интересов. Возможность применения имущественной ответственности за нарушение организационных обязательств не противоречит их существу, поскольку не затрагивает содержания самого нарушенного обязательства, следовательно, имущественная ответственность не придает охраняемым с ее помощью отношениям имущественного содержания⁹. Ответственность всегда следствие нарушения обязательства, а не его причина.

Организационные сделки порождают обязательство¹⁰, в силу которого должник обязан совершить в пользу кредитора действие по упорядочению взаимоотношений либо воздержаться от направленного на дезорганизацию действия, а кредитор вправе требовать от должника этого исполнения.

Договор об организации перевозок грузов, который был поименован в законе (ст. 798 ГК РФ) еще до введения в оборот определения рамочного договора (ст. 429.1 ГК РФ), предусматривал общие условия взаимоотношений сторон по планируемому ими объему грузооборота, срокам и другим условиям предоставления транспортных средств (подвижного состава), порядку расчетов и иным условиям организации будущих перевозок, т.е. создавал «рамку» предполагаемых перевозочных отношений. В то же время данный договор предусматривал организационное обязательство, по которому перевозчик обязуется в установленные сроки принимать, а грузовладелец (грузоотправитель) - предъявлять к перевозке грузы в обусловленном объеме.

Рамочный договор «представляет собой только схему предполагаемых отношений, рамку - отсюда его название... Складывается система договорных связей, состоящая из базового договора (contract de base), в котором согласовываются основы будущих экономических отношений сторон, и зависимых от него договоров-сателлитов, направленных на исполнение рамочного договора... или исполнительских сделок»¹¹. Законодательно закрепленный рамочный договор («генеральное соглашение», «соглашение об общих условиях») сам по себе не является юридическим фактом и не порождает правоотношений, не влечет обязанности кредитора по подаче заявки или совершению иных действий, к исполнению которой можно понудить¹². Рамочный договор, наряду с иными в классификации (договор и субдоговор, договор в пользу третьего лица, предварительный и основной договоры и т.д.), воплощает способ, юридическую форму обособления содержания сделки. Тогда как характеристика договора как организационного или имущественного отражает содержание сделки (правоотношения).

Поскольку рамочный договор не наполняет содержанием возникающие правоотношения, а выражает способ построения договорных связей (архитектонику договора), то по его типу могут быть построены любые договоры, например организационный договор об организации перевозок грузов – акцептованная перевозчиком заявка грузоотправителя на перевозку конкретного груза, имущественный договор транспортной экспедиции – акцептованная экспедитором заявка клиента на дополнительные к перевозке услуги.

Изучение организационных предпосылочных правоотношений перевозки грузов железнодорожным транспортом в прямом сообщении между перевозчиком (не экспедитором) и грузоотправителем, представленных организационным факультативным рамочным договором об организации перевозок грузов и обязательным до заключения договора перевозки организационным договором на подачу подвижного состава и его использованию для перевозки («акцептованная заявка на перевозку»), выявляет две описанные выше ключевые проблемы разграничения имущественных возмездных отношений по организации перевозки между экспедитором и его клиентом (конечным потребителем транспортных услуг) и организационных правоотношений между перевозчиком и заказчиком перевозки (грузоотправителем), разграничения формы и содержания предшествующих перевозке организационных сделок, определения их места в юридической конструкции грузоперевозки. Представляется, что последующие разработки в данном направлении позволят вывести цивилистику на качественно новый уровень, на уровень генерирования прогрессивных экономических отношений с эффективной защитой конечного потребителя транспортных услуг.

¹ Однажды сформулированная О.А. Красавчиковым концепция организационных отношений, которые «складываются из действий организационных (неимущественных, неличных, нетрудовых и т.д.), направленных на упорядочение (нормализацию) «организуемых» отношений» (Гражданские организационно-правовые отноше-

ния // Советское государство и право. 1966, №10), сделала прорыв в понимании сущности опосредуемых правом отношений, по сути, предопределила развитие целого направления в цивилистических исследованиях.

² *Васевой Н.В.* Терминология. Имущественные и организационные гражданско-правовые договоры // Гражданско-правовой договор и его функции: межвуз. сб. науч. тр. Свердловск, 1980. С. 53–69.

³ *Морозов М.Ю.* Система транспортных организационных договоров. М., 2011. С. 14.

⁴ *Гонгало Б.М.* Предмет гражданского права // Проблемы теории гражданского права. М., 2003. С. 19.

⁵ «Под индивидуальным правовым регулированием понимаются решение участниками правовых отношений юридически значимых вопросов, которым законодатель не дал исчерпывающей нормативной регламентации» (*Кашанина Т.В.* Децентрализация в правовом регулировании (структурный анализ): дис.... д-ра юрид. наук. М., 1992. С. 11).

⁶ Например, консолидированная перевозка ФИАТА (Международной федерации экспедиторских ассоциаций) выписывают экспедиторы, принимая ответственность за всю перевозку согласно Положению Союза экспедиторов северных стран.

⁷ Союз транспортников России давно выступает за оптимизацию логистических транспортных потоков с созданием на базе ОАО «РЖД» мощной транснациональной экспедиторско-перевозочной компании» (*Ефимов В.Б.* Транспорт России: Анализ. Проблемы. Перспективы. М., 2006. Вып. 4. С. 64). «Договор полного транспортно-экспедиционного обслуживания с обязательством экспедитора собственными средствами доставить груз является единым обязательством смешанного типа, выделить в котором договора перевозки и транспортной экспедиции можно только теоретически» (*Ребриков А.В.* Договор транспортной экспедиции: дисс. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2006. С. 9).

⁸ Разграничение возмездности сделки и компенсации расходов иллюстрирует пример нормы п. 1 ст. 782 ГК РФ, регулирующей те случаи, когда исполнитель понес расходы в счет еще не оказанных услуг в связи с односторонним отказом заказчика от договора (п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 дек. 2005г. №104). Расходы – «необходимые в повседневной хозяйственной деятельности дополнительные затраты, который падают на производящее их лицо» (*Садиков О.Н.* Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М., 2009. С. 53–54).

⁹ *Васева Н.В.* Указ.соч. С. 62; *Хаснутдинов А.И.* Вспомогательные договоры на транспорте: дисс. ... д-ра юрид. наук. Иркутск, 1995. С. 39.

¹⁰ В российской гражданском праве нет запрета на неимущественные обязательства (ст. 307 ГК РФ), закон содержит пример таковых (предварительный договор, учредительный договор). Согласно определению в Институтах Юстиниана, «обязательство – это правовые узы, в силу которых мы связаны необходимостью что-либо исполнить в согласии с правом нашего государства» (*Римское частное право: учебник / под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского.* М., 2010. С.293). Само деление на вещные и обязательственные правоотношения условно и является продуктом рецепции римского права, которое его не знало (выделялись иски) (*Пассек Е.В.* Неимущественный интерес и непреодолимая сила в гражданском праве. М., 2003. С. 178).

¹¹ *Ефимова Л.Г.* Рамочные (организационные) договоры. М., 2006. С. 1-2.

¹² *С.В. Морозов, Е.А. Скеценко.* Генеральное соглашение как разновидность организационного транспортного договора. // Транспортное право. 2006 . №2 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; *Ефимова Л.Г.* Указ. соч. М., 2006. С. 45.

Х.Н. Химатов

Таджикский национальный университет, г. Душанбе

О НЕКОТОРЫХ ВОПРОСАХ ПРЕЗУМПЦИИ СОГЛАСИЯ НА РАСПОРЯЖЕНИЕ СОВМЕСТНОЙ СОБСТВЕННОСТЬЮ

В гражданском законодательстве предусмотрено предположение, в соответствии с которым участники совместной собственности совершают распорядительные сделки в отношении общего имущества, находящегося в совместной собственности, по согласию всех участников. Юридическое предположение, предусмотренное этой нормой, означает, что участник, заключающий сделку, не должен представлять доказательства согласия всех участников на ее совершение. С другой стороны, контрагент также не обязан проверять наличие согласия остальных участников на акт распоряжения общим имуществом и вправе предполагать, что участник, совершающий сделку, распоряжается имуществом с их согласия.

Презумпция правомерности вступления в сделку, как отмечал В.А. Ойгензихт, означает, что до оспаривания действует предположение правомерности этой сделки, соответствия волеизъявлений¹. Дальнейшее нормальное, обычное развитие отношений между лицами, совершившими сделку в отношении имущества, находящегося в совместной собственности, а также между участниками сов-

местной собственности, зависит от того, насколько предположение соответствует действительности, ибо «всякое предположение, обладающее даже максимально высокой степенью вероятности, является приблизительным, условным суждением до тех пор, пока не будет опровергнуто или превращено в достоверное знание»².

В случае несоответствия предположения действительности презумпция о наличии согласия участников на совершение сделки по распоряжению совместной собственности другим участником может быть опровергнута. Иными словами, в таком случае правомерность совершенной сделки ставится под вопрос путем оспаривания этой сделки в судебном порядке со стороны участников совместной собственности, не участвовавших в распорядительной сделке. Установление факта, что другие участники совместной собственности не были согласны на совершение сделки, не является достаточным доказательством для признания ее недействительной. Для полноты доказывания неправомочности действий участника, совершившего сделку, необходимо также установить тот факт, что другая сторона в сделке (контрагент) действовала недобросовестно, или, говоря языком закона, «другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать» об отсутствии соответствующих полномочий у лица, совершившего распорядительные действия.

Правило об осуществлении участниками совместной собственности правомочий распоряжения имуществом по согласию всех участников, установленное в Гражданском кодексе Республики Таджикистан (далее – ГК РТ), закреплено и в ст. 35 Семейного кодекса Республики Таджикистан (далее – СК РТ). Как следует из правила ст. 35 СК РТ, сделка, заключенная без согласия другого супруга, является оспоримой. В юридической литературе отмечается, что эта сделка представляется недействительной, с правовыми последствиями сделки, совершенной с превышением полномочий³.

Действительно, при признании указанной сделки недействительной по причине отсутствия согласия другого супруга и недобросовестности третьего лица, как и сделки, недействительной по основаниям превышения полномочий (ст. 199 ГК РТ), происходит двусторонняя реституция. Другими словами, каждая из сторон должна вернуть другой стороне все приобретенное по сделке. В случае невозможности возратить полученное в натуре сторона должна возмещать его стоимость в деньгах (ч. 2 ст. 192 ГК РТ). Однако правовые последствия, предусмотренные ст. 192 ГК РТ, являются общим правилом и применяются в отношении всех недействительных сделок. Сопоставить правовые последствия сделки, заключенной без согласия другого супруга, с правовыми последствиями сделки, совершенной с превышением полномочий, на наш взгляд, является, по крайней мере, некорректным из-за того, что вышеуказанное правовое последствие, указанное в ч. 2 ст. 192 ГК РТ относительно случая, предусмотренного ст. 199 ГК РТ, возникает лишь тогда, когда полномочия лица на совершение сделки ограничены договором или учредительными документами юридического лица.

Сделка, совершенная одним из супругов по распоряжению совместным имуществом без согласия другого супруга, признается недействительной не как совершенная с превышением полномочий, а как не соответствующая законодательству (ст. 193 ГК РТ), а именно как не отвечающая требованиям ч. 1 ст. 35 СК РТ. Таким образом, указанное основание недействительности сделок, как не отвечающее требованиям законодательства, является типичным нарушением нормы закона относительно условия действительности сделок.

Как вытекает из положений закона, при действии одного из супругов по распоряжению общим имуществом предпочтение отдается именно защите интересов добросовестных контрагентов и обеспечению стабильности гражданского оборота, тем самым пренебрегая в определенной мере имущественными интересами супруга, не участвовавшего в сделке.

В юридической литературе высказываются различные точки зрения по поводу защиты интересов супруга, не являющегося участником сделки по распоряжению супружеским имуществом. Некоторые авторы полагают, что возможность возврата отчужденного имущества в семью от добросовестного приобретателя существует. Так, Н.М. Ершова отмечает, что если приобретатель имущества в сделке является добросовестным, супруг, как и всякий собственник, вправе истребовать вещь по основаниям, предусмотренным ГК⁴, т.е. в случае, когда имущество выбыло из владения супруга помимо его воли. Другие авторы, ограничивая сферу применения презумпции согласия только рамками возмездных сделок, полагают, что если один из супругов без согласия другого супруга подарил какую-либо вещь иному лицу, и это лицо даже не знало и не должно было знать о наличии возражений со стороны второго супруга, то второй супруг все-таки может истребовать отчужденное имущество⁵. Автор данного посыла в своем умозаключении исходит из норм гражданского законодательства о том, что если имущество приобретено безвозмездно от лица, которое не имело права его отчуждать, то собственник вправе истребовать имущество во всех случаях.

В постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 21 апреля 2003 г. № 6-П

отмечается, что поскольку добросовестное приобретение в смысле статьи 302 ГК Российской Федерации возможно только тогда, когда имущество приобретается не непосредственно у собственника, а у лица, которое не имело права отчуждать это имущество, то последствием сделки, совершенной с таким нарушением, является не двусторонняя реституция, а возврат имущества из незаконного владения (виндикация). Права лица, считающего себя собственником имущества, не подлежат защите путем удовлетворения виндикационного иска к добросовестному приобретателю с использованием правового механизма, установленного п. 1 и 2 ст. 167 ГК РФ. Такая защита возможна лишь путем удовлетворения виндикационного иска, если для этого имеются те предусмотренные ст. 302 ГК РФ основания, которые дают право истребовать имущество и у добросовестного приобретателя (безвозмездность приобретения имущества добросовестным приобретателем, выбытие имущества из владения собственника помимо его воли и др.)⁶.

На первый взгляд кажется, что согласно нормам ст. 323 ГК РТ и 302 ГК РФ супруг имеет права виндцировать вещь от добросовестного приобретателя. Однако анализ норм ч. 2 ст. 301 ГК РТ и ч. 2 ст. 35 СК РТ (соответственно п. 2 ст. 253 Гражданского кодекса (далее – ГК РФ) и п. 2 ст. 35 Семейного кодекса РФ (далее - СК РФ) показывает обратное. В соответствии с указанными нормами этих законодательных актов установлена презумпция согласия другого супруга на акт распоряжения общим имуществом. Иными словами, в распорядительной сделке одного супруга волеизъявление другого супруга предполагается. В связи с этим следует указать на ошибочность позиций тех авторов, которые считают возможной виндикацию супружеского имущества от добросовестного приобретателя. Сторонники этой точки зрения не учитывают того, что правила ч. 1 ст. 323 ГК РТ и п. 1 ст. 302 ГК РФ рассчитаны на случай, когда отчуждатель не правомочен на отчуждение имущества (об этом речь идет и в постановлении СК РФ от 21 апреля 2003 г. № 6-П), тогда как каждый супруг в силу ч. 2 ст. 301 ГК РТ и ч. 2 ст. 35 СК РТ (соответственно п. 2 ст. 253 ГК РФ и п. 2 ст. 35 СК РФ) имеет право на отчуждение общего имущества.

Следовательно, в данном случае применение такого правового механизма защиты права собственности супруга, не участвовавшего в сделке, как удовлетворение виндикационного иска, невозможно. В этом случае единственным механизмом защиты права данного супруга остается предъявление иска о признании сделки недействительной. Удовлетворение этого иска возможно только в случае, когда контрагент по сделке является недобросовестным.

Такое обстоятельство должно быть учтено и при совершении безвозмездной сделки одним из супругов. В нормах ч. 2 ст. 323 ГК РТ и п. 2 ст. 302 ГК РФ также речь идет об истребовании имущества, приобретенного у лица, которое не имело права его отчуждать, а супруг, совершивший безвозмездную сделку, считается правомочным на это в силу законодательного предположения, состоящего в том, что супруг, совершающий сделку по распоряжению общим имуществом, предполагается уже получившим согласие на эту сделку со стороны второго супруга.

¹ *Ойгензихт В.А.* Презумпции в советском гражданском праве. Душанбе : Ирфон, 1976. С. 57.

² *Качур Н.Ф.* Презумпция согласия супругов по распоряжению имуществом // Законодательство о браке и семье и практика его применения (к 20-летию Основ и КоБС РСФСР): межвуз. сб. науч. тр. Свердловск: Свердлов. юрид. ин-т, 1989. С. 29–30.

³ *Комментарий* к Семейному кодексу Российской Федерации /отв. ред. И.М. Кузнецова. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2002. С. 132.

⁴ *Ершова Н.М.* Вопросы семьи в гражданском праве. М.: Юрид. лит., 1977. С. 87–88.

⁵ *Функ Я.И.* Брачный договор. Имущественные отношения супругов, их участие в хозяйственных обществах и товариществах: по законодательству Российской Федерации и Республики Беларусь: учеб.-практ. пособие. Минск: Амалфея, 2003. С. 15.

⁶ *По делу о проверке конституционности положений пунктов 1 и 2 статьи 167 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан О.М. Мариничевой, А.В. Немировской, З.А. Скляновой, Р.М. Скляновой и В.М. Ширяева [Электронный ресурс]: постановление Конституц. Суда РФ от 21 апр. 2003 г. № 6-П. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».*

НЕПРИНЯТИЕ НАСЛЕДСТВА КАК СПОСОБ ОПРОВЕРЖЕНИЯ ПРЕЗУМПЦИИ ФАКТИЧЕСКОГО ПРИНЯТИЯ НАСЛЕДСТВА

Непринятие наследства – малоисследованное явление в цивилистической доктрине. Понятие «непринятие наследства» встречается в нормах ГК РФ (ст.1121, 1154, 1161), но законом не определены ряд значимых вопросов. Так не указаны субъекты, имеющие право заявить о непринятии наследства. Не определены сроки, в течении которых субъекты могут заявить о непринятии наследства. Не установлен порядок признания лица принявшим наследство.¹ Кроме того само понятие «непринятие наследства» также не изучено в литературе. Сложившаяся «частноправовая ситуация не может быть разрешена...при помощи принципов гражданского права»², поэтому возникает необходимость ее анализа и разрешения.

Обращаясь к словарю русского языка, находим, что «непринятие» – это отказ в приеме, уклонение от принятия.³ В этом случае «непринятие» с одной стороны отождествляется с отказом от принятия, а с другой стороны противопоставляется по смыслу с принятием. По нормам части 3 ГК РФ проведено разграничение между отказом от наследства и непринятием наследства.

Но что следует понимать под непринятием наследства? Непринятие наследства может быть вызвано различными причинами: смертью наследника до или после открытия наследства, недостойностью наследника, отказом от наследства, тяжелой болезнью наследника и некоторыми другими. Так, вряд ли можно будет говорить о наследнике, отказавшимся от наследства как о субъекте, принявшим наследственное имущество. Безусловно, он является лицом, не принявшим наследство. Или лицо, признанное недостойным наследником по п. 2 ст.1117 ГК РФ не сможет принять наследство, а, значит, также будет являться лицом, не принявшим наследство. При таком широком понимании отказ от наследства приводит к его непринятию. Поэтому в этом смысле (широком) понятием «непринятия наследства» охватывается результат действия любых фактических и юридических обстоятельств, которые не позволили лицу реализовать право на принятие наследства.

Но с другой стороны, по смыслу норм части 3 ГК РФ непринятием наследства может быть признано такое фактическое положение, при котором субъект, призванный к наследованию, никаким образом не проявил своего отношения к приобретению наследства в течение установленного для этого срока: не подал заявления о принятии наследства или заявления о выдаче свидетельства о праве на наследство, не совершил фактических действий, свидетельствующих о принятии наследства. Такое непринятие наследства (в узком смысле) противоположно по смыслу с принятием наследства и отличается от отказа от наследства. Именно такому состоянию закон придает юридическое значение, когда устанавливает специальные сроки для принятия наследства (п. 3 ст.1154 ГК РФ), правила применения правил о приращении наследственных долей (ст.1161 ГК РФ), раскрывает основания подназначения наследника (наследственной субституции) (п. 2 ст.1121 ГК РФ).

Однако исходя из анализа п. 2 ст. 1153 ГК РФ и п. 37 Постановления Пленума ВС РФ от 29.05.2012г. № 9 «О судебной практике по делам о наследовании» (далее – Постановление №9) непринятие наследства может быть связано не только с фактическим бездействием субъекта, но и представлять собой способ опровержения презумпции фактического принятия наследства.

В юридической литературе и науке подход к пониманию правовых презумпций, их роли и функциям неоднозначен.⁴ Презумпция, это, безусловно, предположение, имеющее определенное значение. Исходя из возможных видов презумпций, презумпция принятия наследства по своему характеру – есть правовая (а не фактическая) презумпция, имеющая юридическое значение. По форме закрепления – прямая (а не косвенная), так как норма права непосредственно излагает презумптивное положение: «пока не доказано иное».⁵ Презумпция принятия наследства является опровержимой (не является неопровержимой), так как она считается истинной, пока не установлено иное. Будучи опровержимой такая презумпция носит специальный (отраслевой) характер и не является общей (общеправовой) презумпцией.⁶ Исходя из того, что презумпция принятия наследства закреплена в нормах ГК РФ, ее можно отнести к числу материально-правовых презумпций. Тем не менее она имеет и процессуальное значение, поскольку позволяет суду правильно разрешить гражданско-правовой спор по существу.

С учетом положения п. 2 ст. 1153 ГК РФ («признается, пока не доказано иное») изначально возможность заявлять о непринятии наследства была закреплена в п. 41 Методических рекомендаций по оформлению наследственных прав от 28.02.2006 г. Они устанавливали: «если по истечении установленного для принятия наследства срока наследник, о котором у нотариуса имеются сведения о фактическом принятии им наследства, отрицает этот факт, то факт непринятия наследником наследства может быть решен в судебном порядке». Но в дальнейшем нотариальная практика стала складываться таким образом, что допускала возможность оформления заявлений о непринятии наследства у нотариуса. Это фактическое положение уже было закреплено в п. 37 Постановления № 9 и наследник вправе заявлять о непринятии наследства, в т.ч. по истечении установленного срока для принятия наследства, нотариусу либо суду.

В практике судов не всегда придавали такому заявлению должного юридического значения. Так, судебная коллегия по гражданским делам Нижегородского областного суда оставила в силе решение Павловского городского суда Нижегородской области от 30.11.2007 года о признании права собственности на квартиру за М.Н.М., несмотря на то, что им же ранее было составлено у нотариуса письменное заявление, по условиям которого М.Н.М. не принял наследственное имущество, на него не претендует⁷.

Исходя из п. 37 Постановления №9 заявить о непринятии наследства, опровергая презумпцию фактического принятия, безусловно, вправе сам наследник. При каких условиях будет применен судебный или нотариальный порядок подачи такого заявления? Для наследника, фактически принявшего наследство, и желающего заявить об обратном должен быть применен нотариальный порядок.

Суды могут принимать заявления об установлении фактов, имеющих юридическое значение (дела об установлении фактов непринятия наследства представляют собой разновидность дел об установлении фактов, имеющих юридическое значение) и рассматривать их в порядке особого производства, при соблюдении определенных условий, если:

а) согласно закону такие факты порождают юридические последствия (возникновение, изменение или прекращение личных либо имущественных прав граждан или организаций); Так, суд отказал в принятии заявления об установлении факта непринятия наследства от наследников по закону первой очереди поскольку «установление факта непринятия наследства заявителем и ее несовершеннолетними детьми не влечет для них возникновение, изменение, прекращение их личных или имущественных прав»⁸. б) установление факта не связывается с последующим разрешением спора о праве, подведомственного суду; в) заявитель не имеет другой возможности получить или восстановить надлежащие документы, удостоверяющие факт, имеющий юридическое значение.⁹ Необходимость соблюдения последнего условия вызывает вопрос: мог ли наследник, не обращаясь в суд, подтвердить факт непринятия наследства? Да, так как убедительным доказательством непринятия наследства может быть признано заявление самого наследника, обращенное к нотариусу.

В судебном порядке факт непринятия наследства может быть установлен по инициативе других наследников при соблюдении всех вышеобозначенных условий. Тем более что с заявлением об установлении юридических фактов вправе обратиться любое заинтересованное лицо. Представляется, что третьим лицам опровергнуть презумпцию фактического принятия наследства сложнее, ведь они должны оспорить содержание воли иного лица. Исходя из п. 37 Постановления №9 и анализа судебной практики такое требование может быть заявлено как при жизни, так и после смерти наследника. Но в последнем случае суды, как правило, требования не удовлетворяют, ссылаясь на предусмотренную в п. 2 ст. 1153 ГК РФ презумпцию принятия наследства и на отсутствие воли лица при жизни заявить об обратном.¹⁰

Таким образом, несмотря на отсутствие должного правового регулирования, вопросы непринятия наследства находят свое отражение и решение в правоприменительной деятельности.

¹ На необходимость решения этих вопросов указывались автором и ранее (См.: *Ходырева Е.А.* Способы опровержения презумпции фактического принятия наследства // *Вестник Удмуртского университета. Сер. Экономика и право.* 2014. Вып. 4. С. 197–201).

² *Кузнецова О.А.* Научная проблема и названия цивилистических исследований // *Вестник Пермского университета. Юридические науки.* 2013. № 4(22).

³ *Толковый словарь Д.Н. Ушакова* // <http://slovarik-ushakov.info>

⁴ Обзор мнений по этому поводу системно представлен в ряде работ, напр.: *Кузнецова О.А.* Презумпции в гражданском праве. Спб.: Юрид.центр «Пресс», 2004. 349с.; *Сериков Ю.А.* Презумпции в гражданском судопроизводстве / науч. ред. В.В. Ярков. М.: Волтерс Клувер, 2008. 184 с.

⁵ Сериков Ю.А. Презумпции в гражданском судопроизводстве / науч. ред. В.В. Ярков. М.: Волтерс Клувер, 2008.

⁶ Виды общеправовых опровержимых презумпций представлены в работе: Федотов А.В. Понятие и классификация доказательственных презумпций // Журнал российского права. №4. 2001.

⁷ Определение Нижегородского областного суда от 12.10.2010 по делу №33-8185/10 // СПС «КонсультантПлюс».

⁸ Кассационное определение Рязанского областного суда от 25.01.2012 №33-127 Аналогичный вывод можно увидеть и в апелляционном определении Нижегородского областного суда от 10.07.2012 по делу №33-4861/2012 // СПС «КонсультантПлюс».

⁹ Гражданский процесс: Учебник / под ред. М.К. Треушников. М., 2007 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ См., например, Кассационное определение Оренбургского областного суда от 07.12.2011г. по делу № 33-7473/2011; Апелляционное определение Верховного Суда Республики Коми от 21.04.2014 по делу № 33-1808/2014; Апелляционное определение Пермского краевого суда от 19.02.2014 по делу № 33-1543 // СПС «КонсультантПлюс».

П.М. Ходырев

Удмуртский государственный университет, г. Ижевск

ОСНОВАНИЯ ОДНОСТОРОННЕГО РАСТОРЖЕНИЯ ДОГОВОРА ОБ ОКАЗАНИИ ПЛАТНЫХ ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫХ УСЛУГ

После принятия Федерального закона от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации»¹ договор об оказании платных образовательных услуг приобрел специальное правовое регулирование (ст. 54 указанного закона, Постановление Правительства РФ от 15 августа 2013 г. № 706 «Об утверждении Правил оказания платных образовательных услуг»²). Впервые достаточно полно урегулированы основания и порядок одностороннего отказа организации, осуществляющей образовательную деятельность, от исполнения договора.

Пункт 2 ч. 2 ст. 61 Федерального закона «Об образовании в Российской Федерации» предусматривает следующие основания расторжения договора в одностороннем порядке по инициативе организации, осуществляющей образовательную деятельность: применение к обучающемуся, достигшему возраста пятнадцати лет, отчисления как меры дисциплинарного взыскания; невыполнение обучающимся по профессиональной образовательной программе обязанностей по добросовестному освоению такой образовательной программы и выполнению учебного плана; установление нарушения порядка приема в образовательную организацию, повлекшее по вине обучающегося его незаконное зачисление в образовательную организацию. Дополнительные основания расторжения договора в одностороннем порядке по инициативе организации, осуществляющей образовательную деятельность, предусмотрены ч. 7 ст. 54 Федерального закона «Об образовании в Российской Федерации»: просрочка оплаты стоимости платных образовательных услуг; невозможность надлежащего исполнения обязательства по оказанию платных образовательных услуг вследствие действий (бездействия) обучающегося. Все указанные основания обобщенно перечислены также в п. 21 Правил оказания платных образовательных услуг.

Из содержания ч. 4 статьи 61 Федерального закона «Об образовании в Российской Федерации» следует, что расторжение договора по инициативе организации, осуществляющей образовательную деятельность, осуществляется во внесудебном порядке: на основании распорядительного акта об отчислении обучающегося из этой организации.

Судебная практика обоснованно исходит из того, что названный в законе перечень оснований одностороннего отказа от исполнения договора является исчерпывающим, а включение в договор дополнительных оснований одностороннего отказа от исполнения договора по инициативе организации, осуществляющей образовательную деятельность, не основано на законе³. В этой связи представляется нелогичным положение ч. 8 ст. 54 Федерального закона «Об образовании в Российской Федерации» об обязательном указании в договоре об оказании платных образовательных услуг оснований расторжения договора в одностороннем порядке организацией, осуществляющей образовательную деятельность. Мы не можем согласиться с признанием такого указания существенным условием договора⁴, поскольку стороны не могут своим волеизъявлением скорректировать установленный законодательством исчерпывающий перечень оснований, и поэтому отсутствие в договоре такого перечня не должно влиять на юридические отношения между сторонами.

В то же время одной из особенностей договора возмездного оказания услуг является безусловное право его стороны отказаться от исполнения договора. Так, в соответствии с п. 2 ст. 782 ГК РФ исполнитель вправе отказаться от исполнения обязательств по договору возмездного оказания услуг лишь при условии полного возмещения заказчику убытков. В литературе уже высказывались сомнения относительно целесообразности сохранения такой нормы, учитывая нефидуциарный характер договора возмездного оказания услуг⁵. Вполне очевидны также возражения против использования права на односторонний отказ от исполнения договора в публичных договорах. В Определении от 6 июня 2002 г. № 115-О Конституционный Суд РФ отметил: «Обязательность заключения публичного договора, каковым является договор о предоставлении платных медицинских услуг, при наличии возможности предоставить соответствующие услуги означает и недопустимость одностороннего отказа исполнителя от исполнения обязательств по договору, если у него имеется возможность исполнить свои обязательства (предоставить лицу соответствующие услуги), поскольку в противном случае требование закона об обязательном заключении договора лишалось бы какого бы то ни было смысла и правового значения»⁶.

Квалификация договора об оказании платных образовательных услуг в качестве публичного договора вызвала затруднения в связи с тем, что согласно ч. 1 ст. 22 Федерального закона «Об образовании в Российской Федерации» образовательная организация создается в форме, установленной гражданским законодательством для некоммерческих организаций, тогда как в силу п. 1 ст. 426 ГК РФ стороной публичного договора могла быть только коммерческая организация. Однако с 1 июня 2015 г. новая редакция ст. 426 ГК РФ⁷ признает стороной публичного договора любое лицо, осуществляющее приносящую доход деятельность. Следовательно, таким лицом может быть и организация, осуществляющая образовательную деятельность.

Однако и в настоящее время правила о публичном договоре не могут быть, на наш взгляд, в полном объеме применены к договорам об оказании платных образовательных услуг. Так, в соответствии с п. 3 ст. 426 ГК РФ отказ лица, осуществляющего предпринимательскую или иную приносящую доход деятельность, от заключения публичного договора при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары, услуги, выполнить для него соответствующие работы не допускается. Такое правило вытекает из легального определения публичного договора, согласно которому стороной договора является лицо, которое по характеру своей деятельности должно осуществлять соответствующую деятельность в отношении каждого, кто к нему обратится. В то же время законодательство об образовании исходит из того, что условиями приема на обучение по основным профессиональным образовательным программам должно быть гарантировано зачисление только тех граждан из числа поступающих, имеющих соответствующий уровень образования, которые наиболее способны и подготовлены к освоению образовательной программы соответствующего уровня и соответствующей направленности лиц (ч. 6 ст. 55 Федерального закона «Об образовании в Российской Федерации»). Исходя из этого, прием на обучение бывает обусловлен необходимостью выполнения дополнительных требований и условий (например, при поступлении на обучение по программам высшего образования – наличие определенного уровня образования, успешное прохождение вступительных испытаний и конкурсный отбор), которые делают невозможным заключение договор об оказании платных образовательных услуг с «каждым», кто пожелает заключить такой договор.

Исходя из вышеизложенного, признание договора об оказании платных образовательных услуг публичным договором требует внесения соответствующих поправок в гражданское законодательство. Так, публичный договор в п. 1 ст. 426 ГК РФ следует определить как договор, заключенный лицом, осуществляющим предпринимательскую или иную приносящую доход деятельность, и устанавливающий его обязанности по продаже товаров, выполнению работ либо оказанию услуг, которые такое лицо по характеру своей деятельности должно осуществлять в отношении каждого, кто к нему обратится *и выполнит установленные законом требования и условия*. Требует изменения и п. 3 ст. 426 ГК РФ: «Отказ лица, осуществляющего предпринимательскую или иную приносящую доход деятельность, от заключения публичного договора при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары, услуги, выполнить для него соответствующие работы не допускается, *за исключением случаев, предусмотренных законом*».

Что касается п. 2 ст. 782 ГК РФ, то его применение также должно быть ограничено в отношении договоров об оказании платных образовательных услуг, для которых характерно существенное фактическое неравенство сторон (обучающийся – это экономически более слабая сторона) и особый характер предмета договора, которым является обучение как целенаправленный процесс организации деятельности обучающихся по овладению знаниями, умениями, навыками и компетенцией, приобретению опыта деятельности, развитию способностей, приобретению опыта применения знаний в по-

вседневной жизни и формированию у обучающихся мотивации получения образования в течение всей жизни (ст. 2 Федерального закона «Об образовании в Российской Федерации»). Такой подход, направленный на выравнивание экономически несопоставимого положения сторон правоотношений, наглядно иллюстрирует реализацию требования о соблюдении баланса их интересов⁸.

¹ *Собрание законодательства РФ*. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7598.

² *Собрание законодательства РФ*. 2013. № 34. Ст. 4437.

³ См., например: *Постановление* Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.05.2015 по делу № А13-15563/2014; *Постановление* Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 29.05.2014 по делу № А44-129/2014

⁴ См.: *Научно-практический комментарий к Федеральному закону «Об образовании в Российской Федерации» (постатейный)*. / Н.С. Волкова, Ю.А. Дмитриев, О.Ю. Еремина, Т.В. Жукова, А.А. Кирилловых, А.В. Павлушкин, Е.В. Пуляева, Н.В. Путило М.: Деловой двор, 2013 (автор комментария – Т.В. Жукова).

⁵ См., например: *Санникова Л.В.* Обязательства об оказании услуг в российском гражданском праве. М.: Волтерс Клувер, 2007. Здесь и далее использованы тексты, размещенные в СПС «КонсультантПлюс».

⁶ *Вестник Конституционного Суда РФ*. 2003. № 1.

⁷ *Федеральный закон* от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» // *Собрание законодательства РФ*. 2015. № 10. Ст. 1412.

⁸ См., например: *Пьянкова А.Ф.* Концепция баланса интересов и ее место в гражданском праве России // *Вестник Пермского университета. Юридические науки*. 2014. Вып. 2(24). С. 122. URL: http://www.jurvestnik.psu.ru/images/stories/vestnik/pdf/2014_2_24.pdf (дата обращения: 30.05.2015).

К.А. Чепурная

Ульяновский государственный университет, г. Ульяновск

СУЩНОСТЬ И СОДЕРЖАНИЕ СОГЛАШЕНИЯ ОБ УПЛАТЕ АЛИМЕНТОВ

Определение содержания соглашения об уплате алиментов является необходимым для достижения целей выполнения алиментных обязательств. В то же время в СК РФ¹ не содержится статей, позволяющих четко установить условия, его составляющие. С другой стороны, в СК РФ есть нормы, регламентирующие форму соглашения (ст. 100 СК РФ), размер алиментов (ст. 103 СК РФ), способы, порядок уплаты алиментов (ст. 104 СК РФ). В связи с этим возникает вопрос: являются ли условия обязательными и достаточными для признания соглашения об уплате алиментов действительным?

По мнению Л.В. Дзюбровской, при определении содержания соглашения об уплате алиментов необходимо учитывать его двойственную природу. Содержание соглашения, по мнению исследователя, с одной стороны, выступает как перечень условий, необходимых для соглашения как договора, с другой стороны, перечень реквизитов, характеризующих соглашение об уплате алиментов, – как исполнительный документ².

Проведенный нами самостоятельно анализ норм главы 16 СК РФ показывает, что в соглашениях об уплате алиментов должны быть обязательно определены:

- размер алиментов (ст. 99, ст. 103);
- условия выплаты алиментов (ст. 99) или условия предоставления содержания несовершеннолетнему ребенку или совершеннолетнему недееспособному члену семьи (ст. 103);
- порядок выплаты алиментов (ст. 99) или порядок уплаты алиментов (ст. 104);
- способы уплаты алиментов (ст. 104);
- индексация размера алиментов (ст. 105).

В то же время анализ нормы ст. 105 СК РФ свидетельствует, что именно условие об индексации размера алиментов, уплачиваемых по соглашению об уплате алиментов, должно в нем содержаться, а не условие о порядке индексации алиментов. В том случае, если в соглашении об уплате алиментов не предусмотрен порядок индексации, индексация производится в соответствии со ст. 117 СК РФ. Хотя, с другой стороны, данная норма сформулирована неточно, потому что из содержания ст. 105 СК РФ не понятно: должно ли быть обязательно указано в соглашении об уплате алиментов условие об индексации размера алиментов или нет, так как в этом случае будет применяться ст. 117 СК РФ.

В нотариальной практике, как считает Президент Нотариальной палаты Ульяновской области В.А. Браташова, данное условие воспринимается как необязательное условие соглашения об уплате

алиментов³. Однако буквальное толкование нормы ст. 105 СК РФ не позволяет сделать однозначный вывод и трактуется нами как норма, допускающая двоякое понимание. В то время как такое условие соглашения об уплате алиментов, как сроки уплаты алиментов, а также иные условия, фиксирующие решение сторон по всем другим важным вопросам, должны и могут выступать его обязательными условиями.

Бесспорно, руководствуясь ст. 103, 104 СК РФ к обязательным условиям соглашения об уплате алиментов необходимо отнести размер алиментов и способ их уплаты, которые определяются сторонами.

Есть интересное мнение Н.Ф. Звенигородской, которая, рассматривая соглашение об уплате алиментов как алиментный договор, называет размер подлежащих уплате алиментов ценой договора. Она, по мнению исследователя, может быть абсолютно-определенной или потенциально определенной⁴. При этом Н.Ф. Звенигородская считает, что для защиты интересов несовершеннолетних детей законодатель применяет принцип «недопустимости поворота к худшему»⁵. Это означает, что размер алиментов, устанавливаемый по соглашению об уплате алиментов на несовершеннолетних детей, не может быть ниже размера алиментов, которые они могли бы получить при взыскании алиментов в судебном порядке (ч. 2 ст. 103 СК РФ).

При определении размера алиментов необходимо учитывать императивную норму ст. 81 СК РФ, регламентирующую минимальный размер алиментов на несовершеннолетних детей:

- на одного ребенка – одна четверть;
- на двух детей – одна треть;
- на трех и более детей – половина заработка и (или) иного дохода родителей.

Наиболее приемлемым способом уплаты алиментов следует признать выплаты в долевом отношении к заработку и (или) иному доходу плательщика, а также выплаты в твердой денежной сумме, уплачиваемой периодически, поскольку эти способы максимально позволяют обеспечить текущие жизненные потребности получателей алиментов.

Что касается единовременной уплаты алиментов, то такой способ в юридической литературе признается не всеми авторами. Так, Т.А. Ништ считает, что единовременная выплата не позволяет учесть социальное назначение алиментных обязательств и обеспечение текущих жизненных потребностей получателей алиментов⁶.

Мы, вслед за А.М. Рабец⁷, полагаем, что единовременная уплата алиментов может повлечь за собой существенное нарушение интересов несовершеннолетнего или недееспособного получателя алиментов, не имеющего представления о сумме поступивших денежных средств, так как законные представители, располагая большой суммой денег, могут либо потратить их на собственные неотложные нужды, либо вложить их в рискованные финансовые операции, полагая, что это делается в интересах представляемых.

В ряде случаев единовременная выплата алиментов является целесообразной, например при выезде плательщика на постоянное место жительства в иностранное государство (ст. 118 СК РФ), или стороны не желают продолжать какие-либо отношения между собой и хотят разрешить все имущественные проблемы сразу. При этом итоговая сумма не может быть менее размера алиментов, установленного СК РФ.

Возможность заключать соглашение о предоставлении алиментов путем передачи имущества, на наш взгляд, имеет существенный недостаток: на получателя алиментов возлагается риск случайной гибели имущества, переданного по соглашению об уплате алиментов, когда по тем или иным причинам имущество не сохранилось (например, в результате стихийного бедствия, пожара). Поскольку алиментные отношения являются длящимися, получателем алиментов является сторона, которая ввиду стечения жизненных обстоятельств зачастую находится в тяжелом материальном положении, поэтому перекладывать на нее риск случайной гибели имущества недопустимо. Поэтому практически невозможно защитить нарушенные права получателя алиментов.

Случается, что плательщик в счет алиментов передает другой стороне жилой дом, квартиру. Конечно, само по себе такое имущество призвано обеспечивать жизненные потребности лица в жилье. Но чаще всего ребенок фактически проживает со своим законным представителем, а значит, на соответствующий период времени реальной потребности в жилье не испытывает, хотя иные его потребности остаются не в полной мере удовлетворенными, например в полноценном питании, отдыхе, обучении и т.д. Кроме того, могут возникнуть следующие вопросы: на каких условиях алиментоправомоченное лицо приобретает имущество – до совершеннолетия (поскольку с этого времени алиментная обязанность родителя прекращается) или навсегда, в пользование или владение и пользование, или в собственность, как оформить правомочия и т.д.

Полагаем, что для защиты периодических алиментных платежей от инфляции в соглашении может быть установлена индексация размера алиментов (ст. 105 СК РФ) соответственно числу минимальных размеров оплаты труда, курсу валют (но уплата в рублях) и т.д. Если порядок индексации в соглашении не предусматривается, то индексация производится в соответствии со ст. 117 СК РФ, то есть администрацией организации по месту удержания алиментов пропорционально увеличению установленного законом минимального размера оплаты труда.

¹ Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 № 223-ФЗ (ред. от 20.04.2015 №101-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. 1996. №1. Ст. 16; *Официальный интернет – портал правовой информации*. URL: <http://www.pravo.gov.ru>. (дата обращения: 15.08.2015).

² *Дзюбровская Л.В.* Содержание соглашения об уплате алиментов как исполнительного документа // Семейное и жилищное право. 2010. № 2. С. 32.

³ *Браташова В.А.* Соглашение об уплате алиментов // Правовой компас: Информационное издание Правительства Ульяновской области и Ассоциации юристов России. 2011. № 1(3). С. 28.

⁴ *Звенигородская Н.Ф.* Взаимосвязь формы алиментного соглашения и порядка его исполнения // Научные труды РАЮН. В 3 т. М.: Юрист, 2009. Т.2. С. 1025; *Юридическая библиотека Юристлиб*. URL: http://www.juristlib.ru/book_5337.html. (дата обращения: 10.08.2015).

⁵ *Звенигородская Н.Ф.* Проблемы исполнения семейно-правовых договоров // Нотариус. 2009. № 3. С. 3.

⁶ Ништ Т.А. Конституционные предпосылки защиты имущественных прав детей и некоторые проблемы их практической реализации // Вопросы ювенальной юстиции. 2009. № 6. С. 32.

⁷ *Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / отв. ред. А. М. Нечаева*. М.: Юрайт-Издат, 2011. С. 320 (автор комментария к главе 16 – А.М. Рабец).

С.А. Чиркаев

Саратовская государственная юридическая академия, г. Саратов

О ПОДХОДАХ К ОПРЕДЕЛЕНИЮ ПЕРИОДА ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПО ДОГОВОРУ МЕЖДУНАРОДНОЙ СМЕШАННОЙ ПЕРЕВОЗКИ ГРУЗОВ

Обращение к вопросам ответственности оператора смешанной перевозки представляется нам крайне важным и актуальным. О.А. Кузнецова совершенно обоснованно отмечает особую значимость института ответственности и оправданность постоянного внимания к нему исследователей¹. Важнейшее значение имеют вопросы ответственности и в транспортной сфере. Мы полностью соглашались с А.А. Ананьевой в том, что ответственность транспортных организаций, включая и операторов смешанной перевозки, остается одной из основных и наиболее острых проблем международного транспортного права и от решения вопроса об условиях и пределах ответственности зависит эффективность унификации норм в сфере транспорта². Особую остроту приобретает данное утверждение применительно к международным мультимодальным перевозкам, ведь до настоящего времени единственная предложенная к подписанию конвенция, посвященная им, так и не вступила в силу.

В отсутствие конвенционного регулирования смешанных перевозок важнейшее значение получают условия договора, а также положения факультативных документов, в случае, если стороны считают целесообразным оформить на них ссылку в своем контракте. Первое, на что следует обратить внимание при решении вопроса об определении условий и пределов ответственности контрагента грузоотправителя, это тот правовой статус, в котором он действует. Если он выступает в качестве оператора смешанной перевозки, он принимает на себя ответственность за весь период перевозки, с момента принятия груза до момента его выдачи, вне зависимости от того, на каком этапе произошло причинение вреда.

Если же он не принимает на себя такой функции, то будет иметь место «система сегментации»³, и ответственность перед грузовладельцем будут нести все участвующие в транспортировке перевозчики – каждый за свой отрезок пути. В таком случае грузовладельцу в случае утраты или повреждения груза необходимо будет доказать, что причинение вреда имело место на данном конкретном участке пути. Сама претензия может быть им направлена либо непосредственно перевозчику этого этапа, либо перевозчику, выдавшему груз, а тот в свою очередь будет иметь право после рассмотрения претензии передать ее виновному, по его мнению, в причинении вреда соисполнителю. Последний способ, без сомнения, может очень сильно затянуть процедуру возмещения. И, соответственно, к условиям и пределам ответственности в таком случае будут применяться юнимодальные конвенции.

Снова обратимся к первому из обозначенных ранее статусов контрагента грузоотправителя. Пределы ответственности оператора международной комбинированной перевозки определяются непосредственно условиями самого договора, факультативными правилами, если стороны, а точнее сказать, сам оператор в силу преимущественного своего положения относительно возможности повлиять на содержание контракта, пожелали включить их в контракт, а также нормами национального законодательства. Применение последних, к слову, также вызывает много вопросов, так как во многих странах, включая Российскую Федерацию, такие нормы отсутствуют. К числу же факультативных на сегодняшний день можно отнести, во-первых, саму Конвенцию 1980 г., которая вполне может использоваться сторонами на добровольной основе, во-вторых, Правила МТП 1975 г. № 298, в-третьих, Правила ЮНКТАД/МТП, действующие в настоящее время в редакции 1995 г. Достаточно часто сторонами используются стандартные проформы мультимодального коносамента, которые включают ссылку на тот или иной факультативный документ. Чаще всего такая ссылка в проформах оформляется на Правила ЮНКТАД/МТП 95 г. В целом подход всех обозначенных документов в определении периода ответственности оператора совпадает. Так, например, согласно ст. 14 Женевской конвенции, ответственность оператора смешанной перевозки за груз охватывает период с момента принятия им груза в свое ведение до момента выдачи груза. При этом считается, что груз находится в ведении оператора смешанной перевозки с момента, когда он принял груз от уполномоченного лица, до момента, когда он выдал его либо путем вручения, либо путем предоставления в распоряжение грузополучателя.

В случае, когда обозначенные нами правовые источники не применимы к данному договору, грузоотправителю следует внимательно изучать условия контракта, ведь просто использование термина «оператор» далеко не всегда будет означать применения подходов, используемых данными факультативными документами. В такой ситуации условия и пределы своей ответственности они вполне могут определить на собственное усмотрение. И на практике такие случаи, к сожалению, имеют место. Так, например, операторы развитых стран часто избегают полной ответственности за работу всех звеньев транспортной цепочки, если доставка товара осуществляется в развивающиеся страны. Они принимают на себя ответственность как принципалы между местом начала операции и портом выгрузки в развивающейся стране, а от порта выгрузки до пункта конечного назначения несут ответственность только как агенты отправителя.

Не решают обозначенную нами проблему и те юнимодальные конвенции, которые содержат отдельные положения о смешанной перевозке: Соглашение о международном железнодорожном грузовом сообщении (СМГС), Конвенция о договоре международной дорожной перевозки грузов (КДПГ), Таможенная конвенция о международной перевозке грузов с применением книжки Международной дорожной перевозки, Бернская конвенция о международных железнодорожных перевозках (КОТИФ). Варшавская и Монреальская конвенции для унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок, посвятили смешанным перевозкам лишь по одной статье, носящие, к тому же, скорее декларативный характер. Да и в целом можно отметить, что все обозначенные конвенции не только не решают данную проблему, но и основываются на разных подходах к определению периода ответственности перевозчика.

В заключение отметим, что в настоящее время ведется работа по созданию нового международного документа, призванного урегулировать перевозку грузов в смешанном сообщении, в том числе вопросы ответственности мультимодального оператора и перевозчиков. В этих целях в рамках ЮНКТАД было проведено масштабное исследование, направленное на выявление позиции представителей государственных ведомств, международных перевозчиков, операторов и представителей организаций, объединяющих пользователей транспорта, относительно потребности в разработке такого документа. Однако до настоящего времени мировому сообществу не был представлен проект аналогичного Женевской конвенции соглашения.

Вместо этого в рамках ЮНСИТРАЛ был подготовлен и открыт к подписанию другой документ, частично охватывающий комбинированные перевозки – Роттердамские правила, до настоящего времени пока не вступивший в силу. Правила применяются к перевозкам различными видами транспорта, если один из этапов является морским. Мы негативно высказываемся относительно стремления урегулировать смешанную перевозку в отдельных юнимодальных конвенциях. По нашему мнению, они не могут создать надлежащую правовую основу для смешанного сообщения. Более того, действительно, это может привести к «эффекту, прямо противоположному тому, который ожидается от подобной унификации, а потому данный подход вызывает опасения»⁴. Нам представляется, что в силу целого ряда причин, лишь принятие специальной конвенции, посвященной мультимодальным перевозкам, сможет решить проблему определения условий и пределов, в том числе и периода, ответ-

ственности оператора смешанной перевозки. За основу в этой новой Конвенции, как нам кажется, должны быть положены подходы, предложенные в Женевской конвенции 1980 г.

¹ Кузнецова О.А. Применение мер гражданско-правовой ответственности // Вестник Пермского университета. 2012. № 4. С. 97

² Ananyeva A. About the prospects of the legal consolidation of the single responsibility of the international multimodal transport operator // Italian Science Review. 2015. № 1. P. 25

³ Прокопьева Е.З. Международные комбинированные перевозки грузов и разрешение споров, связанных с ними. Дисс. канд. юр. наук. СПб., 1996. С. 119

⁴ Ananyeva A. Op. Cit. P. 27–28.

Т.В. Шершень

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

О НЕОБХОДИМОСТИ ПЕРЕХОДА К ОТКРЫТОМУ УСЫНОВЛЕНИЮ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В 2014 году гражданами Российской Федерации было усыновлено (удочерено) 7654 ребенка, из них в Пермском крае – 487 детей, иностранными гражданами было усыновлено 1038 детей. Во многих европейских государствах (Франции, Германии, Италии и др.) отсутствует законодательно закрепленная тайна усыновления; усыновление считается таким же естественным явлением как появление ребенка на свет, оно поддерживается и стимулируется государством и обществом.

Переход к открытому усыновлению с отказом от тайны усыновления станет возможным в России благодаря реализации утвержденной 1 июня 2012 года Указом Президента РФ № 761 Национальной стратегии действий в интересах детей на 2012–2017 годы.

16 июня 2015 года Конституционный Суд РФ рассмотрел жалобу граждан Г.Ф. Грубич и Т.Г. Гущиной и вынес Постановление № 15-П по делу о проверке конституционности положений статьи 139 Семейного кодекса РФ и статьи 47 Федерального закона «Об актах гражданского состояния». В Постановлении Конституционного Суда РФ обращено внимание на то, что суды общей юрисдикции могут в каждом конкретном случае «решать вопрос о возможности предоставления потомкам усыновленного сведений об усыновлении после смерти усыновленного и усыновителей в объеме, необходимом для реализации ими права знать свое происхождение (происхождение своих родителей)». Толкование Конституционного Суда РФ касается случаев, когда о состоявшемся много лет назад усыновлении потомкам стало известно только после смерти усыновленного и его усыновителей, то есть получить их согласие на раскрытие сведений об усыновлении уже невозможно.

Следует констатировать, что по состоянию на 1 сентября 2015 года тайна усыновления в России существует и обеспечивается нормами о юридической ответственности за ее разглашение.

Как следует из содержания V раздела Национальной стратегии: переход к открытому усыновлению является мерой, направленной на защиту прав и интересов детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей. Право ребенка знать своих родителей, знать о своем происхождении вытекает из целого ряда нормативных положений. При наличии тайны усыновления это право ребенка, провозглашенное в ст. 7 Конвенции ООН «О правах ребенка», нарушается, как и не обеспечивается право гражданина на получение информации, предусмотренное ч. 4 ст. 29 Конституции Российской Федерации.

Вместе с тем, в России до настоящего времени и не разработана программа реализации положений Национальной стратегии по переходу к открытому усыновлению. В План мероприятий по реализации Национальной стратегии на 2012-2014 годы, также как и в план мероприятий на 2015–2017 годы по реализации важнейших ее положений, утвержденный распоряжением Правительства РФ от 5 февраля 2015 года этот вопрос не включен.

Не вызывает сомнений необходимость раскрытия тайны усыновления исключительно в отношении усыновленных, достигших совершеннолетия. Считаем необходимым дополнить статьи 139 СК РФ положением о праве усыновленных, достигших совершеннолетия и желающих получить информацию о своем происхождении, в том числе о кровных родителях (родственниках), обратиться за получением указанной информации в органы записи актов гражданского состояния. Обязанность органов ЗАГС предоставить эту информацию посредством ознакомления лица с документами, свидетель-

ствующими о происхождении лица закрепить в Федеральном законе «Об актах гражданского состояния».

Проблема сохранения тайны усыновления присуща странам, где она предусматривается законодательно. В странах СНГ и Балтии тайна усыновления ребенка охраняется законом и за ее разглашение наступает ответственность. Примером могут служить ст. 130 Семейного кодекса Азербайджанской Республики, ст. 136 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье, ст. 102 Кодекса Республики Казахстан «О браке (супружестве) и семье», ст. 60 Кодекса Кыргызской Республики о детях, ст. 139 СК Республики Таджикистан, ст. 153 СК Республики Узбекистан.

В действующем российском законодательстве разглашение тайны усыновления не допускается при отсутствии на то воли усыновителей, даже при достижении ребенком совершеннолетия.

Аналогичным образом ситуация обстоит и в законодательстве таких стран, как Азербайджан, Казахстан, Кыргызстан, Таджикистан. Исключение составляют положения Кодекса Республики Беларусь о браке и семье и СК Республики Узбекистан, позволяющие получить усыновленным лицам сведения об их происхождении.

В ст. 228 СК Украины предоставлено право суду с согласия усыновителей предоставить сведения об усыновлении, а также без такового в тех случаях, когда сведения требуются правоохранительным органам, суду в связи с гражданским делом или уголовным производством.

Уголовная ответственность за нарушение тайны усыновления закреплена в нормах ст. ст. 168 УК Украины, 177 УК Беларуси, 135 УК Казахстана, 125 УК Узбекистана, 175 УК Азербайджанской Республики, 169 УК Республики Армения, 173 УК Республики Таджикистан, в ст. 155 УК РФ.

Согласно §77 Закона Эстонской Республики «О семье», лицо, которое знает об усыновлении, должно хранить тайну усыновления. Существует особый порядок выдачи сведений об усыновлении. В России сведения об усыновлении, если усыновление совершалось тайно, могут быть выданы только с согласия усыновителей, согласно ч. 2. ст. 139 СК РФ. За нарушение тайны усыновления лицо также несет ответственность. В силу ст. 1281 УК Эстонской республики «разглашение врачом, фельдшером, медицинской сестрой, акушером, психологом, адвокатом, нотариусом или иным лицом конфиденциальной информации о происхождении, искусственном оплодотворении, семье или здоровье лица, ставшей им известной в связи с профессиональной деятельностью, если этим нарушались правовые акты, регулирующие профессиональную деятельность, или иные правовые акты, наказывается штрафом или лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью».

Тайна усыновления закреплена в ст. 171 ГК Латвийской республики, а ответственность за ее разглашение против воли усыновления предусмотрена ст. 125 УК Латвийской республики. В Литве тайна усыновления закреплена в статье 3.221 Гражданского кодекса Литовской Республики и до достижения возраста совершеннолетия разглашение тайны допускается, если на это дано согласие усыновителей. В силу п. 3 статьи 3.221 ГК Литовской Республики: информация об усыновлении детей может быть предоставлена детям с 14 лет, родственникам детей по крови или другим людям по решению суда который рассмотрел иск на принятие при условии, что сведения, необходимые для рассмотрения по причинам, связанным со здоровьем ребенка, его близких родственников или других лиц, а также по другим важным причинам.

В России необходимо проработать механизм реализации положений Национальной стратегии в интересах детей на 2012–2017 годы в части поэтапного перехода к открытому усыновлению и постепенного отказа от существующей тайны усыновления. Законодательное регулирование в области отказа от тайны усыновления должно ориентироваться на принципы и нормы международного права, учитывая при этом особенности российского менталитета и культуры.

IV. ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО, ГРАЖДАНСКИЙ И АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕСС

В.В. Акинфиева

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

МЕДИАТИВНОЕ СОГЛАШЕНИЕ ИЛИ РЕШЕНИЕ ТРЕТЕЙСКОГО СУДА ПРИМЕНИТЕЛЬНО К ДОСТИЖЕНИЮ РЕЗУЛЬТАТА СПОРА

Разрешение конфликтной ситуации в третейском суде или с помощью применения медиативных процедур – это всегда спор и стороны отношений находятся в конфликте интересов, т.е. разрешить возникшие разногласия самостоятельно не могут. И к этому привело недобросовестное, не устраивающее оппонирующую сторону исполнение принятых на себя обязательств стороной (сторонами).

В случае недобросовестности стороны (сторон) необходимо независимое «понуждение» (обязание) к исполнению обязательств, закрепленных в договоре, одной из сторон или обоюдных обязательств, и такое «понуждение» должно быть закреплено либо в медиативном соглашении, либо в решении третейского суда.

В соответствии со ст. 12 Федерального закона от 27.07.2010 № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»¹ (далее по тексту – Закон о медиации) медиативное соглашение по возникшему из гражданских правоотношений спору, достигнутое сторонами в результате процедуры медиации, проведенной без передачи спора на рассмотрение суда или третейского суда, представляет собой гражданско-правовую сделку, направленную на установление, изменение или прекращение прав и обязанностей сторон. Защита прав, нарушенных в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения такого медиативного соглашения, осуществляется способами, предусмотренными гражданским законодательством для защиты нарушенных договорных обязательств.

При медиативном разрешении спора может смутить уже то, что однажды стороны уже пришли к конфликту своих отношений и интересов, конфликту добросовестности и доверия и не смогли разрешить его без проведения процедуры медиации. Что мешает им или одной из сторон вновь не исполнить достигнутые в ходе примирительных переговоров при медиаторе обязательства, закрепленные в медиативном соглашении?

В правовом сообществе нередко высказывалось мнение, что институт медиации в России – это «мертвый» правовой институт. Мы не стали бы так однозначно скептически отзываться об относительно новой для правовой действительности процедуре медиации, подчеркнув при этом, что, действительно, в настоящее время в России мало известно о таком способе мирного разрешения спора, как медиация, поэтому он мало распространен и пока достаточно редко применяется. К тому же Закон о медиации был принят относительно недавно и, к сожалению, он не дает четкого представления об особенностях процедуры, методологии ее проведения. Плюс ко всему, по нашему мнению, недоверчивое отношение к процедуре медиации сохраняется из-за укоренившихся в российском правосознании традиций ведения переговоров с позиции силы.

Согласно Закону о медиации *медиативное соглашение не подлежит принудительному исполнению*.

В этом его кардинальное отличие от решения третейского суда, которое в соответствии со ст. 45 Федерального закона от 24.07.2002 № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации»² (далее по тексту – Закон о третейских судах) в случае его неисполнения добровольно в установленный срок подлежит принудительному исполнению по правилам исполнительного производства, действующим на момент исполнения решения третейского суда, на основе выданного компетентным судом исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда.

В общих чертах разрешение спора в третейском суде имеет почти тот же характер, что и разрешение конфликта при медиации:

- это может быть любой спор из гражданских правоотношений;
- в обоих случаях стороны достигают соглашения о таком разрешении спора добровольно;
- при обеих процедурах, как в третейском суде, так и при медиации, целью является оптимальное для сторон разрешение конфликта.

Безусловно, принцип «мирного», внесудебного урегулирования споров сторон гражданских правоотношений превалирует, с такой точки зрения медиация была бы предпочтительнее.

Это становится очевидным при анализе п. 5 ст. 5 Закона о третейских судах, устанавливающего, что спор не может быть передан на разрешение третейского суда при наличии в договоре медиативной оговорки, а также п. 2 ст. 4 Закона о медиации, согласно которому если спор передан на рассмотрение суда или третейского суда, то стороны могут применить процедуру медиации в любой момент до принятия решения по спору соответствующим или третейским судом.

Соблюдение условий медиативного соглашения, достигнутого по результатам примирительных переговоров, обеспечивается общими нормами гражданского законодательства. Если соглашение достигнуто после передачи спора на рассмотрение суда или третейского суда, то суд может утвердить его в качестве мирового соглашения. Между тем стороны спора могут прийти к соглашению, которое не регулируется Гражданским кодексом Российской Федерации. Обратим внимание, что в настоящее время в российском законодательстве этот момент пока не урегулирован. По этому поводу высказывается мнение, что при разрешении спора в медиации ничего не мешает сторонам заключить медиативное соглашение, которое будет регулироваться нормами трудового или семейного права, но в этом случае форма такого соглашения и его содержание должны соотноситься с требованиями соответствующего отраслевого законодательства³.

Как уже указывалось выше, медиативное соглашение по своему характеру – это гражданско-правовая сделка, направленная на установление, изменение или прекращение прав и обязанностей сторон. Как при и любой сделке, здесь есть риск для сторон неисполнения достигнутого соглашения. И тогда им все равно придется обращаться в суд для разрешения спора и вынесения акта на принудительное исполнение.

Поэтому вследствие инертности института медиации в России в настоящее время в целях целесообразности достижения результата спора в отношениях сторон (исполнение неисполненного, установление факта), а также экономии временных затрат при наличии всегда риска неисполнения медиативного соглашения как неисполнения любой сделки сочтем более целесообразным и предпочтительным разрешение спора путем передачи его рассмотрения в третейский суд и вынесение решения третейского суда по делу.

¹ *Российская газета*. 2010. 30 июля; *Собрание законодательства РФ*. 2010. № 31. Ст. 4162.

² *Парламентская газета*. 2002. 27 июля; *Российская газета*. 2002. 27 июля; *Собрание законодательства РФ*. № 30. Ст. 3019.

³ *Шамликашвили Ц.А.* Внедрение медиации в России // *Право Украины*. 2011. № 6.

А.В. Гапанович

Тюменский государственный нефтегазовый университет, г. Тюмень

ЭФФЕКТИВНОСТЬ СПОСОБОВ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ КОНТРАКТА В ДОСТИЖЕНИИ ЦЕЛЕЙ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О КОНТРАКТНОЙ СИСТЕМЕ

Основными целями участия государства, его субъектов, муниципальных образований и иных получателей бюджетных средств в гражданско-правовых отношениях являются обеспечение потребностей указанных структур в определенных товарах, работах, услугах для разрешения поставленных перед ними задач.

Порядок участия публично-правовых образований в гражданских правоотношениях помимо ГК РФ регулируется Федеральным законом от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о контрактной системе).

Одной из основных целей контрактной системы в сфере закупок как раз и является повышение эффективности и результативности осуществления закупок товаров, работ, услуг (ч. 1 ст. 1 Закона о контрактной системе). Указанной цели служит, в том числе, институт обеспечения исполнения контракта (ст. 96), являющийся одним из основных способов охраны прав заказчиков от недобросовестных действий поставщиков (подрядчиков, исполнителей), определенный Законом о контрактной системе.

В настоящей статье автор рассматривает, насколько данные меры (способы) соответствуют целям участия заказчиков в гражданских правоотношениях и каким образом в действительности они способствуют эффективности и результативности проводимых закупок.

Отметим, что предложенная Законом о контрактной системе конструкция «обеспечение исполнения контракта» терминологически не в полной мере соответствует по своей юридической природе институту обеспечения исполнения обязательств, установленному главой 23 ГК РФ.

По смыслу ГК РФ обеспечивается именно обязательство, в силу которого одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как-то: передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги, внести вклад в совместную деятельность и т.п., либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности (п. 1 ст. 307 ГК РФ).

Таким образом, обязательство фактически представляет собой гражданское правоотношение, состоящее из требования (права требования) и корреспондирующей ему юридической обязанности совершить определенное действие, в то время как «контракт» («договор») является юридическим фактом, основанием возникновения обязательства (п. 2 ст. 307 ГК РФ) и устанавливает права и обязанности каждой из его сторон.

Закон о контрактной системе определяет «исполнение контракта» через категорию комплекса мер, реализуемых путем взаимодействия заказчика с поставщиком (подрядчиком, исполнителем), конкретизируя его действиями обеих сторон контракта в пп. 1–3 п. 1 ст. 94. Вместе с тем, основной целью исполнения контракта является совершение должником, т.е. поставщиком (подрядчиком, исполнителем) действий, направленных на исполнение условия о предмете исполнения обязательства – предмете договора (которое в силу ст. 432 ГК РФ является существенным условием любого договора), а именно совершение конкретных юридических действий, составляющих существо обязательства.

В связи с этим для целей законодательства о контрактной системе значение имеет не обеспечение исполнения контракта как совокупности прав и обязанностей всех его сторон, а только обеспечение исполнения обязательств поставщика (подрядчика, исполнителя). В связи с этим представляется, что формулировка термина «обеспечение исполнения контракта» выбрана законодателем некорректно.

По общему правилу, способы обеспечения исполнения обязательств призваны обеспечить реальное исполнение обязательства поставщиком (подрядчиком, исполнителем), предусмотренного контрактом.

Гонгало Б.М. определяет следующим образом функциональную направленность указанных способов: «Создать такие условия, при которых обязательства исполнялись бы надлежащим образом и (или) гарантировался бы имущественный интерес кредитора»¹.

Как отмечает Белых В.С., в отечественной литературе утвердилось мнение, согласно которому принцип реального исполнения обязательства сводится к следующему положению. Денежная компенсация не может заменить реального исполнения должником своих договорных обязательств. В практическом плане это означает обязанность участников экономических отношений исполнять обязательство в полном соответствии с условиями договора о предмете. Причем уплата неустойки (штрафа, пени) или возмещение убытков не освобождает стороны от исполнения обязательства в натуре, кроме случаев, предусмотренных законодательством или договором².

Подобные выводы о вторичном характере обеспечительных мер содержатся в трудах цивилистов дореволюционного периода. Так, проф. Шершеневич Г.Ф. отмечал, что «иногда кредитор бывает чрезвычайно заинтересован в том, чтобы должник исполнил то именно действие, к которому он обязался. Поэтому он старается побудить его к точному выполнению опасением еще более невыгодных последствий при уклонении»³. Также он отмечает, что «обязательство дает право требовать, но не принуждать к исполнению действия, обещанного должником. Если с этой стороны нет и не может быть никакого обеспечения в том, что установленное обязательство будет в точности исполнено, то, по крайней мере, необходимо обеспечить верителю тот имущественный интерес, который для него связывается с обязательством»⁴.

Как отмечает Покровский И.А., «теоретически наиболее идеальным средством было бы такое, которое доставляло бы кредитору именно то, что составляет содержание обязательства <...> И не следует забывать, что денежное взыскание является прямым удовлетворением кредитора лишь в тех случаях, где содержание обязательства состояло в определенной денежной сумме; во всех же остальных оно служит лишь косвенным средством для побуждения должника и суррогатом исполнения для кредитора»⁵.

Данный вывод как нельзя актуален при определении правоотношений заказчиков и их контрагентов, вытекающих из законодательства о контрактной системе.

Указанные отношения *a priori* не носят предпринимательского характера в силу особого статуса публично-правовых образований, выступающих на стороне заказчиков. Данные субъекты участвуют в гражданских правоотношениях в целях исполнения возложенных на них функций. Данный вывод соответствует целям осуществления закупок, установленным ст. 13 Закона о контрактной системе. Посредством приобретения товаров, работ, услуг удовлетворяются соответствующие нужды публичных образований, ввиду чего участвуя в гражданском обороте, они рассчитывают на добросовестное исполнение контрагентами своих обязательств.

Ввиду этого для данных субъектов особое значение приобретает именно реальное исполнение контракта, т.е. конечный имущественный результат, который достигается исполнением предмета контракта, а не предоставление им каких-либо финансовых гарантий исполнения контракта.

В силу данной целевой направленности законодательства о контрактной системе способы воздействия на контрагента должны носить равноценный характер существу контракта, т.е. соответствовать характеру основного обязательства (предмету договора).

Закон о контрактной системе предусматривает два способа обеспечения исполнения контракта: банковская гарантия, выданная банком и соответствующая требованиям ст. 45 данного закона, и внесение денежных средств на указанный заказчиком счет, на котором в соответствии с законодательством Российской Федерации учитываются операции со средствами, поступающими заказчику (п. 3 ст. 96 Закона о контрактной системе). Данные способы являются финансово-обеспечительными мерами и представляют собой в понимании Покровского И.А. «суррогат исполнения», т.к. фактически не имеют своей непосредственной целью способствовать получению заказчиком того имущественного результата, на который он рассчитывал, заключая контракт. Получая в случае нарушения обязательства данный «суррогат», заказчик не получает конечный результат, в котором и состоял его имущественный интерес.

Учитывая изложенное, в целях удовлетворения основной потребности публично-правовых образований данный подход не всегда является приемлемым. В связи с этим актуальным представляется новый концептуальный подход к решению вопроса об обеспечении исполнения обязательств контрагентами публично-правовых образований в сфере договорных отношений, способствующий надлежащему удовлетворению нужд заказчиков в необходимых товарах, работах, услугах с предоставлением последним дополнительных гарантий реального исполнения контракта со стороны поставщиков (исполнителей, подрядчиков).

¹ Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств (2-й завод). М.: Статут, 2004. С. 35.

² Белых В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. М.: Проспект, 2010 // Система ГАРАНТ ЭКСПЕРТ.

³ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2. М.: Статут, 2005. С. 47.

⁴ Там же.

⁵ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Изд. 4-е, испр. М.: Статут, 2003. С. 241.

В.Г. Голубцов

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

КРИТЕРИИ ДОБРОСОВЕСТНОСТИ В НОВОЙ ПАРАДИГМЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОГО ПРАВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

С 1 июня 2015 года вступил в силу Федеральный закон Российской Федерации от 8 марта 2015 года № 42-ФЗ (далее – Закон № 42-ФЗ) «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации»¹, предусматривающий целый ряд новаций в правовом регулировании обязательственных правоотношений. Остановимся на одной из новелл, введенной этим законом, – критериях общетраслевого принципа добросовестности применительно к обязательственному праву.

Ранее Федеральным законом РФ от 30.12.2012 № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Закон № 302-ФЗ)², вступившим в силу 1 марта 2013 принцип добросовестности был легально закреплен в числе основных

начал гражданского законодательства и конкретизирован в презумпции добросовестности действий участников гражданских правоотношений.

Так, принцип добросовестности получил выражение в п. 3 ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ)³: «При установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно».

Собственно презумпция добросовестности нормативно закреплена в п. 5 ст. 10 ГК РФ: «Добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются».

П. 2 ст. 10 ГК РФ было закреплено также правило о применении способов защиты гражданских прав в случаях их заведомо недобросовестного осуществления: при наличии «заведомо недобросовестного осуществления гражданских прав» суд «с учетом характера и последствий допущенного злоупотребления отказывает лицу в защите принадлежащего ему права полностью или частично, а также применяет иные меры, предусмотренные законом».

Известно, что указанные изменения стали результатом последовательного воплощения в жизнь положений Концепции развития гражданского законодательства⁴, в которой неоднократно указывалось на необходимость усиления роли принципа добросовестности с учетом положительного опыта современных зарубежных стран.

Нельзя не отметить, что принцип добросовестности широко применялся в российском гражданском праве и судебно-арбитражной практике и до 1 марта 2013 года.

К примеру, рассматриваемый принцип нормативно закреплён в Федеральных законах РФ «О рекламе»⁵, «О рынке ценных бумаг»⁶, «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»⁷, «Об акционерных обществах»⁸ и т.д. Необходимо отметить, что принцип добросовестности активно применялся Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации (далее – ВАС РФ). Так, в постановлении Президиума ВАС РФ от 11 сентября 2012 г. № 3378/12⁹ установлено, что предоставление судебной защиты субъекту, длительное время совершавшему противоправные действия, которые влекли нарушение прав неопределенного круга лиц, и осознававшему противоправный характер своих действий, не соответствует принципам добросовестного ведения деятельности участниками гражданского оборота и баланса публичных и частных интересов.

Однако, как справедливо отмечается в юридической литературе, если подобная практика с учетом существовавших на то время законодательных установлений была неочевидной, то теперь для применения данного принципа появились «солидные юридические основания».

В цивилистической доктрине нередко встречаются сетования на то, что в гражданском законодательстве отсутствует легальная дефиниция термина «добросовестность». В этой связи осмысление понятия добросовестности протекает во многом через призму отдельных гражданско-правовых институтов (например, приобретательной давности, злоупотребления правом, виндикации и т.д.).

Автономные исследования принципа добросовестности, его функциональной нагрузки, связанной с конструктивными, правоприменительными и правозащитными функциями указанного принципа стали проводиться в юридической литературе только в последнее время.

Трендом современных цивилистических исследований стало пристальное внимание ученых-юристов к конкретным юридико-техническим приемам утверждения принципа добросовестности в законодательстве и его регулятивном потенциале.

Отмечается, что проводимая крупномасштабная реформа гражданского законодательства, способствовала утверждению этого общеправового принципа и в обязательственном праве. Так, Законом №42-ФЗ ст. 307 ГК РФ была дополнена п. 3 следующего содержания: «При установлении, исполнении обязательства и после его прекращения стороны обязаны действовать добросовестно, учитывая права и законные интересы друг друга, взаимно оказывая необходимое содействие для достижения цели обязательства, а также предоставляя друг другу необходимую информацию».

Однако, несмотря на законодательные новеллы и детализацию, а также научный интерес к упомянутой проблематике, необходимо признать, что в юридической доктрине отсутствует системное представление о критериях добросовестности. Особый интерес в этой связи представляет рассмотрение критериев добросовестности участников обязательственного права. Необходимость их установления вызвана не только теоретическими потребностями, но и практической значимостью исследования этих проблем, каковую прямо признает даже правоприменитель, указывая на необходимость более эффективного использования исследуемого принципа в целях совершенствования гражданского оборота. В частности, в письме Роспотребнадзора справедливо указано, что п. 3 ст. 307 ГК РФ «дополняет и развивает принцип изначально подразумеваемой добросовестности любых гражданских правоотношений, в целом сформулированный в статье 10 ГК РФ»¹⁰.

Из анализа п. 3 ст. 307 ГК РФ усматриваются конкретизированные критерии добросовестности поведения участников обязательственного права:

- учет прав и законных интересов друг друга;
- оказание необходимого содействия друг другу;
- предоставление необходимой информации.

Учет прав и интересов друг друга – это наиболее общее правило поведения в обществе. Поэтому, когда недостаточно конкретных норм, необходимо обращаться к принципу социальной справедливости.

Обратим особое внимание на такой критерий, как оказание необходимого содействия друг другу. Следует поддержать Т.В. Богачеву, которая заметила, что «...особенно ярко принцип содействия сторон в договорных обязательствах характеризуется совершением сторонами в интересах друг друга дополнительных действий, не предусмотренных договором, а предписываемых сложившейся конкретной ситуацией»¹¹.

Действительно, необходимое содействие – это не только и не столько строгое следование условиям обязательства, сколько проявление необходимой инициативы сторонами обязательства, которые должны руководствоваться, в первую очередь, принципами справедливости и разумности.

Безусловно прав В.В. Кулаков, определивший принципы права «квинтэссенцией многовекового опыта правового регулирования определенной сферы общественных отношений»¹²¹². При этом важно отметить, что ценность принципа гражданского права заключается в его адекватности современным экономическим отношениям. Полагаем, что появление в гражданском законодательстве такого критерия добросовестности поведения сторон обязательства, как предоставление необходимой информации, имеет огромную правоприменительную ценность с учетом значения информации в современном гражданском обороте. Своевременное обладание информацией, корректно отражающей действительность, – одно из необходимых условий эффективной реализации права.

Резюмируя вышеизложенное, отметим, что Гражданский кодекс Российской Федерации, верно названный «экономической конституцией» Российской Федерации, требует регулярного обновления с целью актуализации и приведения его в соответствие с изменяющимися общественными отношениями. Достижение указанной цели возможно только при условии соответствующего доктринального осмысления законодательных новелл. Только верное понимание содержания принципа добросовестности и в особенности критериев добросовестного поведения участников правоотношений позволит эффективно использовать закрепляющие данный принцип гражданско-правовые нормы и избежать судебных ошибок.

Полагаем, что введение в гражданское законодательство критериев добросовестности применительно к обязательственному праву способно снять также часто упоминаемую в этой связи проблему неконтролируемого расширения сферы судейского усмотрения.

Критерии добросовестности участников обязательственного права и их корректное применение в практической плоскости, безусловно, будут способствовать установлению оптимального баланса интересов кредитора и должника, что является необходимой гарантией предотвращения юридических конфликтов и достижения цели наиболее полного удовлетворения интересов участников имущественного оборота.

Принцип добросовестности нуждается и в дальнейшем поступательном внедрении в специальные нормы ГК РФ, поскольку является одной из существенных гарантий реализации субъективных гражданских прав.

¹ *О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации*: Федеральный закон РФ от 08.03.2015 № 42-ФЗ // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru>. (дата обращения: 09.03.2015).

² *О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации*: Федеральный закон РФ от 30.12.2012 № 302-ФЗ // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru>. (дата обращения: 31.12.2012).

³ *Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)*: Федеральный закон РФ от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 23.05.2015) // Собр. законодательства РФ. 05.12.1994. № 32. Ст. 3301.

⁴ *Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации* // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11. С. 6–99; *О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации*: Указ Президента РФ от 18.07.2008 № 1108 (ред. от 29.07.2014) // Собр. законодательства РФ. 21.07.2008. № 29 (ч. 1). Ст. 3482.

⁵ *О рекламе*: Федеральный закон РФ от 13.03.2006 № 38-ФЗ (ред. от 08.03.2015) // Собр. законодательства РФ. 20.03.2006. № 12. Ст. 1232.

⁶ *О рынке ценных бумаг*: Федеральный закон РФ от 22.04.1996 № 39-ФЗ (ред. от 13.07.2015) // Собр. законодательства РФ. 22.04.1996. № 17. Ст. 1918.

⁷ *О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках*: Закон РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 (ред. от 26.07.2006) // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 18.04.1991. № 16. Ст. 499.

⁸ *Об акционерных обществах*: Федеральный закон РФ от 26.12.1995 № 208-ФЗ (ред. от 29.06.2015) // Собр. законодательства РФ. 01.01.1996. № 1. Ст. 1.

⁹ *Постановление Президиума ВАС РФ от 11 сентября 2012 г. № 3378/12* [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 17.08. 2015).

¹⁰ *О вступающих в силу 1 июня 2015 года изменениях в Гражданский кодекс Российской Федерации*: письмо Роспотребнадзора от 05.05.2015 // [Электронный ресурс]. URL: <http://rosпотребнадзор.ru> (дата обращения: 05.05.2015).

¹¹ *Богачева Т.В.* Принципы взаимного содействия сторон и экономичности в договорных обязательствах: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1982. С. 16.

¹² *Кулаков В.В.* О роли принципов гражданского права в правовом регулировании общественных отношений // Научные воззрения профессора Г.Ф. Шершеневича в современных условиях конвергенции частного и публичного права (к 150-летию со дня рождения): сб. материалов междунар. науч.-практ. конф. (г. Казань, 1–2 марта 2013 г.) / под ред. Д.Х. Валеева, К. Рончки, З.Ф. Сафина, М.Ю. Чельшева. М.: Статут, 2014. С. 50.

Т.М. Жукова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ОСОБЕННОСТИ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ (БАНКРОТСТВА) КРЕДИТНЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ

Институт банкротства, безусловно, является важнейшим правовым инструментом регулирования имущественного оборота. Переход России к рыночной экономике сделал правовые проблемы несостоятельности и банкротства юридических лиц чрезвычайно актуальными.

Кредитным организациям в современной российской экономике отводится особая роль, так как они являются составной частью банковской системы страны, которая оказывает огромное разнонаправленное воздействие на жизнедеятельность общества в целом, представляя собой важнейший элемент экономики любого государства. В силу указанных обстоятельств исследование основ правового регулирования несостоятельности (банкротства) кредитных организаций нельзя не признать чрезвычайно актуальным и своевременным.

Несостоятельность кредитных организаций регулируется § 4.1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» (в ред. от 22 декабря 2014 г.), вступившего в силу с 23 декабря 2014 г., за исключением отдельных положений. Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. № 40-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций», ранее регулировавший несостоятельность (банкротство) кредитных организаций, утратил силу (подп. 1 п. 1 ст. 14 Федерального закона от 22 декабря 2014 г. № 432-ФЗ).

Нормами действующего Закона урегулированы порядок и условия осуществления мер по предупреждению несостоятельности кредитных организаций, а также особенности их ликвидации в порядке конкурсного производства.

К отношениям, связанным с санацией кредитных организаций, применяются также иные федеральные законы и принимаемые в соответствии с ними нормативные акты Банка России, если они не урегулированы Федеральным законом «О несостоятельности (банкротстве)».

Отношения, связанные с несостоятельностью кредитной организации и не урегулированные § 4.1 Закона, регулируются в субсидиарном порядке нормами глав I, III, III.1, VII, XI Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)», а также нормативными актами Банка России в случаях, предусмотренных Законом.

Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» распространяет свое действие на коммерческие банки и небанковские кредитные организации. Небанковские кредитные организации вправе осуществлять лишь отдельные виды банковской деятельности, перечень которых определяется ЦБ РФ. К небанковским кредитным организациям предъявляются иные требования по размеру уставного капитала. Кроме того, к ним ЦБ РФ предъявляет иные пруденциальные требования.

Легальное определение несостоятельности кредитной организации содержится в п. 1 ст. 189.8 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)».

Признаками несостоятельности кредитной организации выступают: во-первых, ее неплатежеспособность, определяемая как неспособность удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей (п. 1 ст. 189.8 Закона) в течение 14 дней; во-вторых, недостаточность имущества, понимаемая как недостаточность стоимости имущества (активов) для исполнения обязательств кредитной организации перед ее кредиторами и (или) обязанности по уплате обязательных платежей (п. 1 ст. 189.8 Закона).

Поскольку несостоятельность кредитной организации способна оказать негативное влияние на деятельность ее контрагентов, постольку законодателем приняты меры для незамедлительного признания кредитной организации несостоятельной. Поэтому Законом установлен более короткий срок неплатежеспособности по сравнению с другими должниками, по истечении которого кредиторы кредитной организации и должник вправе обратиться с заявлением о признании кредитной организации несостоятельной. Этот срок составляет 14 дней.

Недостаточность имущества как признак несостоятельности также может быть использована по смыслу закона. Недостаточность имущества используется как признак несостоятельности в случае отзыва лицензии у кредитной организации (п. 1 ст. 189.64 Закона).

Особенностью несостоятельности кредитных организаций является то, что при определении неспособности кредитной организации исполнить обязанность по уплате обязательных платежей учитываются ее обязанности не только как самостоятельного налогоплательщика, но и как кредитной организации по исполнению поручений ее клиентов о перечислении обязательных платежей в бюджет (п. 2 ст. 189.8 Закона). Указанная новелла появилась еще в Федеральном законе «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций» в связи с внесением в него изменений Федеральным законом от 20 августа 2004 г. № 121-ФЗ и воспроизводится в действующем Законе.

К кредитным организациям не применяются меры судебной санации в ходе процедур финансового оздоровления и внешнего управления (п. 2 ст. 189.13 Закона). Однако при обнаружении признаков неплатежеспособности кредитные организации подлежат санации в досудебном порядке. Федеральным законом «О несостоятельности (банкротстве)» регулируются процедуры досудебной санации. К таким процедурам относятся финансовое оздоровление кредитной организации, временная администрация, реорганизация кредитной организации, процедура предупреждения банкротства банка, привлекающего денежные средства физических лиц, с участием АСВ (ст. 189.9 Закона).

Процедура финансового оздоровления кредитной организации является процедурой досудебной санации. Ее следует отличать от судебной процедуры финансового оздоровления по гл. V Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)». Судебного контроля за ходом процедуры не осуществляется.

Временная администрация как процедура досудебной санации назначается по основаниям, предусмотренным ст. 189.26 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)».

Реорганизация кредитной организации осуществляется в случае ее неплатежеспособности по основаниям, указанным в подп. 1–3 ст. 189.26 Закона. Реорганизация кредитной организации может быть произведена как по добровольному решению ее органов, так и по требованию Банка России.

Процедура предупреждения несостоятельности (банкротства) или урегулирования обязательств банка, применяемая к банкам, привлекающим денежные средства физических лиц, с участием Агентства по страхованию вкладов применяется к банкам при наличии признаков неустойчивого финансового положения.

Конкурсное производство несостоятельных кредитных организаций отличается некоторыми особенностями, характерными для этой категории должников.

Правом на обращение с заявлением в арбитражный суд о признании кредитной организации несостоятельной при наличии у нее признаков несостоятельности наряду с должником, конкурсными кредиторами, уполномоченными органами обладает и Банк России (подп. 4 п. 1 ст. 189.61 Закона) после отзыва у нее лицензии, если их требования по денежным обязательствам подтверждены вступившим в законную силу решением или иным актом суда, арбитражного суда, определением о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, а по обязательным платежам – решением налогового или таможенного органа, или до отзыва лицензии, если должник, конкурсный кредитор или уполномоченный орган обратились в Банк России с заявлением об отзыве лицензии и не получили ответа после истечения двухмесячного срока со дня обращения в Банк России об отзыве лицензии на осуществление банковских операций либо получили отказ в этом (ст. 189.61 Закона).

Заявление о признании кредитной организации несостоятельной может быть принято только после отзыва у нее лицензии на осуществление банковской деятельности (п. 1 ст. 189.64).

Резюмируя вышеизложенное, отметим, что широкомасштабная реформа законодательства о несостоятельности (банкротстве), коснувшаяся в том числе кредитных организаций, и Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» еще ожидают своих комментаторов и исследователей.

И.Ю. Загоруйко, Ж.В. Эстерлейн

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

СОВРЕМЕННЫЕ ПОДХОДЫ К ПРОБЛЕМАМ ДУАЛИЗМА В ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Наиболее глубокие изменения в свое время претерпела российская правовая система. И, пожалуй, коренным изменением является возрождение дуализма – характерного для всех современных развитых правовых систем деления права на частное и публичное.

Это деление имеет свои материальные основы в виде возникших в обществе принципиально иных экономических отношений, базирующихся на частной собственности и частном предпринимательстве. Юридическая основа деления права на частное и публичное учреждается Конституцией Российской Федерации.

Конституция обуславливает само существование в российской правовой системе частного права и фиксирует основные его положения. К числу таких положений относится ст. 8 Конституции, гарантирующая признание и равную защиту частной, государственной, муниципальной и иных форм собственности. Граждане и их объединения вправе иметь в частной собственности землю (ст. 36). Каждый имеет право на свободное использование имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (ст. 34).

Конституция Российской Федерации закрепляет также исходные положения и отрасли публичного права. Например, ст. 57 устанавливает обязанность каждого платить предусмотренные законом налоги и сборы, ст. 58 фиксирует обязанность каждого сохранять природу и окружающую среду, бережно относиться к природным богатствам.

Приведенные положения, как и все содержание Конституции в целом, формируют дуалистическую правовую систему и фундаментальные положения как частного, так и публичного права.

Рассмотрим один из важных вопросов, – Дуализм в частном праве. К частному праву относится, прежде всего, гражданское¹. И можно утверждать, что это основная составляющая частного права. Именно гражданское право по своему содержанию и правовым чертам принадлежит к числу классических отраслей частного права. Оно регулирует такие важнейшие сферы, традиционно являющиеся предметом частного права, как отношения собственности, товарно-денежного оборота, отношения, складывающиеся по поводу результатов творческой деятельности. В п. 2 ч. 1 Гражданского кодекса четко прописали отношения, которые регулируются гражданским законодательством².

Торговое право возникло благодаря дуализму частного права. Обособление торгового права от гражданского произошло еще в Средние века, когда выявилась непригодность гражданского права к регулированию договоров купли-продажи.

В процессе перехода страны к рыночной экономике некоторыми учеными ставился вопрос о возрождении торгового права в качестве самостоятельной отрасли российского права, регулирующей все виды предпринимательских отношений³. В различных учебниках торговое право рассматривается как часть гражданского права. Это объясняется тем, что коммерческое право тесно связано с гражданским⁴.

Таким образом, торговое право выступает специальной частью гражданского, образуя вместе с ним определенную целостность. Поэтому нет оснований для противопоставления их друг другу, как это предполагает дуалистическая концепция. Понятие «дуализм» подразумевает раздельное существование торгового и гражданского законодательства, а также наряду с этим встречается дуализм частного и публичного права, о чем мы говорили ранее.

И для публичного, и для частного права единой целью, в соответствии со ст. 2 Конституции являются человек, его интересы, его права и свободы, сами же они выступают разными средствами ее достижения. И именно поэтому их применение должно быть синхронизировано. Публичное право должно обеспечивать полную реализацию частного права.

Отечественный опыт указывает на то, что оптимальное сочетание частного и публичного права обязательно должно быть обеспечено в следующих сферах:

– Первая сфера – использование природных ресурсов. Например, оборот земель сельскохозяйственного значения должен иметь существенные особенности, позволяющие сохранять и рационально использовать эти земли.

– Вторая сфера тесного соединения публичного и частного права – это публичная собственность. С одной стороны, юридические лица, базирующиеся на публичной собственности, являются участниками товарно-денежного оборота, регулируемого гражданским правом. С другой стороны, внутренние отношения в этом виде собственности между государством и государственными предприятиями и учреждениями должны быть надлежащим образом урегулированы посредством нового публичного права, обеспечивающего должный контроль за рациональным использованием государственного имущества как в натуральном, так и в денежном его выражении.

– Третья сфера – это внешняя торговля и вообще внешние экономические связи, где, с одной стороны, опять-таки применяются нормы торгового права, а, с другой – осуществляется необходимый экспортно-импортный, валютный, таможенный и иной контроль с использованием инструментов публичного права.

– Четвертая сфера – взаимодействия публичного и частного права – это сфера рыночного оборота, где должны обеспечиваться свободная конкуренция и пресекаться установление и использование монопольного или доминирующего положения на рынке.

– Пятая сфера – защита экономически слабой стороны от возможного злоупотребления своим положением со стороны экономически более сильного субъекта, являющаяся одной из причин вторжения публичного права в сферу применения частного права⁵.

Так, взаимодействие публичного и частного права во всех указанных сферах в современной правовой системе России еще не достигло оптимального уровня. Требуется дальнейшая разработка механизмов соотношения частноправового и публично-правового регулирования во всех обозначенных аспектах.

¹ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. М., 2010.

² *Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)* от 30 нояб. 1994 № 51-ФЗ (ред. от 06.04.2015) // www.pravo.gov.ru (дата обращения: 07.04.2015).

³ *Андреева Л.В.* Коммерческое (торговое) право: учебник. 3-е изд., перераб. и доп. М.: КНОРУС, 2012.

⁴ *Садикова О.Н.* Гражданское право: учебник. М., 2009.

⁵ *Яковлев В.Ф.* Правовое государство: вопросы формирования. М.: Статут, 2012.

А.П. Згонников

Российская академия правосудия, г. Воронеж

ВЗАИМНОЕ СТРАХОВАНИЕ В РОССИИ: ПУТИ РАЗВИТИЯ И СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Страхование как система защиты имущества и имущественных интересов граждан, организаций и государства является необходимым элементом социально - экономической системы общества.

Составной частью страхования выступает взаимное страхование, являющееся специфической формой организации страховых отношений. Организационный принцип взаимного страхования состоит в разложении суммы убытка при наступлении страхового случая на всех членов общества взаимного страхования. Происходит так называемая предыдущая раскладка ущерба, когда сначала создается страховой фонд, средства которого расходуются по мере наступления убытков.

К сожалению, в России, из-за не востребованности накопленного дореволюционного, а также зарубежного опыта по взаимному страхованию, не сформирована стройная система знаний в области его теории и практики применения в условиях становления рыночной экономики. Непонимание на государственном и потребительском уровне сущности, форм и методов организации страховой защиты в рамках обществ взаимного страхования (ОВС) привело к отсутствию последовательного и продуманного подхода к данной проблеме. Незначительное наличие обществ взаимного страхования негативно сказывается на реализации потенциала института страхования в целом, на характере и тенденциях развития страхового рынка России.

В связи с этим особую значимость приобретает правовое обеспечение процедур создания и деятельности обществ взаимного страхования, которое в данный момент не отличается стройностью и последовательностью. Законодательные положения, затрагивающие различные аспекты взаимного

страхования противоречивы и не дают ясного представления о сущности деятельности обществ взаимного страхования.

В тоже время практически отсутствуют научные разработки фундаментального и прикладного характера по теории взаимного страхования в современных условиях. Данное положение напрямую сказалось на качестве законопроекта «О взаимном страховании», который разрабатывался более 20 лет, но прошел только первое обсуждение в Государственной Думе РФ. Указанный законопроект имеет значительные ограничения в решении проблем и обеспечения правовой базы для создания и последующего развития системы взаимного страхования в Российской Федерации.

В этой связи особую значимость приобретают научные исследования в области теории, методологии и принципов взаимного страхования. Особую востребованность имеют научные труды, затрагивающие гражданско-правовые основы создания и деятельности обществ взаимного страхования.

Глубокий анализ проблем вхождения граждан и юридических лиц в пространство взаимного страхования, то есть исследование правовых и организационных основ процесса создания обществ взаимного страхования в России позволяет сделать следующие выводы и предложения по совершенствованию страхового законодательства.

В настоящее время в России происходит процесс осмысления идеи взаимного страхования, которое является одной из форм предоставления страховой защиты наряду с государственным и коммерческим страхованием. Взаимное страхование в силу своей философии и главного стержня, которым является «взаимовыручка», «взаимопомощь», «взаимная ответственность», имеет богатую историю развития в дореволюционной России и достаточно заметную – в современной зарубежной страховой практике.

Изучение различных точек зрения, как юристов, так и экономистов, на различных этапах развития государства, показало, что единых взглядов к определению понятия «взаимное страхование» наукой не выработано. В связи с этим предлагаем авторское определение понятия «взаимное страхование». Взаимное страхование – совокупность, урегулированных нормами права, экономических и юридических отношений между группой физических или юридических лиц, имеющих схожие имущественные интересы и риски в хозяйственной или повседневной жизни, по поводу объединения в специфической форме обществ взаимного страхования, и формирования (аккумуляции) и использованию (перераспределению) денежных средств, (страховой фонд - сформированный из вступительных, членских и дополнительных взносов), с целью защиты имущества и иных имущественных интересов, посредством возмещения друг другу возможных убытков в определенных долях согласно принятым условиям.

Полагаем, что приведенная дефиниция позволяет сформулировать определение общества взаимного страхования. Обществом взаимного страхования признается объединение физических или юридических лиц, созданное на основе добровольного соглашения между ними для взаимной страховой защиты своего имущества и иных имущественных интересов.

Как и любой сложный вид деятельности, взаимное страхование имеет свою внутреннюю логику, которая в наиболее акцентированном виде находит выражение в базовых принципах. Разработчики законопроекта «О взаимном страховании» в качестве базовых принципов называют следующие: общность (однородность) страховых имущественных интересов (рисков) членов общества; добровольность вступления в общество; обязательность уплаты вступительного и страхового взноса (страховой премии) и членских взносов всеми членами общества; равенство прав и обязанностей членов общества; доступности информации о деятельности общества для всех его членов. Однако, по нашему мнению, помимо указанных принципов, требуется законодательное закрепление в Федеральном законе «О взаимном страховании» в качестве основных начал организации и осуществления взаимного страхования следующих принципов:

-принцип взаимности, принцип взаимопомощи лежащий в основе взаимного страхования. Взаимность выражается в формировании и использовании страхового фонда, а также возможной раскладкой ущерба среди участников страхования;

-принцип отражающий бесприбыльный (некоммерческий) характер страховых операций проводимых обществами взаимного страхования. Принцип бесприбыльности реализуется при подведении результатов деятельности ОВС за отчетный период, в ходе которого возможное превышение страхового фонда и доходов от инвестиционной деятельности является собственностью страхователей и используется для уменьшения цены страхования, укрепления финансовой устойчивости общества, финансирования предупредительных мероприятий и др;

– принцип наивысшей добросовестности, который одинаково важен и для страхователей, и для страховщиков. Единство сторон во взаимном страховании обеспечивает наиболее благоприятные

условия реализации принципа наивысшей добросовестности. Кроме того, осуществление этого принципа во взаимном страховании способствует его распространению и на участников коммерческого страхования и повышению общей культуры страхования;

– принципа солидарности, раскладки ущерба. Реализация принципа солидарности, раскладки ущерба, означает, что при наступлении страхового случая страховые выплаты пострадавшим участникам страхования (страхователям) складываются из страховых взносов всех участников страхования независимо от того, произошел с каждым из них страховой случай или нет.

В принятом 27 ноября 1992 года Федеральном законе № 4015-1 «Об организации страхового дела в Российской Федерации»¹ в статье 7 указанного закона было закреплено положение о том, что «Юридические и физические лица для страховой защиты своих имущественных интересов могут создавать общества взаимного страхования в порядке и на условиях, определяемых Положением об обществе взаимного страхования, утверждаемым Верховным Советом Российской Федерации». Но «Положение об обществе взаимного страхования» Верховным Советом Российской Федерации так и не было принято. На современном этапе развития страхового дела в России, Государственной Думой проект Федерального закона «О взаимном страховании» принят только в первом чтении². Анализ проекта, проведенный в ходе нашего исследования, показал, что разработчиками закона допущены существенные просчеты, нарушающие последовательность концепции правового регулирования института взаимного страхования.

Проанализированные законы, проекты законов, страховые правила, касающиеся взаимного страхования, свидетельствуют, что в них мало учтен опыт страхового законодательства дореволюционной России, а также развитых зарубежных стран. Это проявляется в сходстве и сопоставимости ключевых понятий затрагивающих различные аспекты взаимного страхования.

Отсутствие стройной и последовательной правовой базы деятельности ОВС, а также единообразной практики применения и, самое главное, толкования нормативных актов создает серьезное препятствие для нормального функционирования ОВС.

Несмотря на отсутствие специального закона «О взаимном страховании», действующее законодательство Российской Федерации не запрещает и не препятствует созданию обществ взаимного страхования, поэтому многие ОВС зарегистрированы и осуществляют свою деятельность.

Процесс создания обществ взаимного страхования в России может быть существенно облегчен при использовании отечественного (дореволюционного) и богатейшего мирового опыта взаимного страхования. Однако, следует помнить, что на сегодняшний день Россия находится только в начале пути возрождения взаимного страхования, поэтому простое перенесение международного опыта на нашу российскую действительность вряд ли будет оправданным, но несомненно, очень полезным, и внесет существенный вклад в развитие российского страхового дела.

Таким образом, разработка вопросов, касающихся взаимного страхования, вопросов создания и деятельности ОВС невозможна одновременного совершенствования Гражданского кодекса РФ в целом. Иными словами, было бы в стратегическом плане неверным пытаться решать одну задачу в отрыве от решения иных задач. К сожалению, такие ситуации встречаются нередко, когда, например, благодаря ведомственному лоббированию в Государственной Думе РФ принимаются правовые акты, вступающие в противоречия с другими правовыми актами. Необходимо признать, что настала пора прекратить келейность и ведомственность в разработке гражданско-правовых актов, а функционирование всякого рода групп должно носить характер не хорошо оплачиваемой подрядной работы, заканчивающейся лишь выдачей конкретного законопроекта, но быть подчинено общей идее, смыслу и целесообразности регулирования гражданских правоотношений. Разрабатываемые и принимаемые нормативные правовые акты должны быть с юридической точки зрения грамотны и логичны.

¹ Закон РФ от 27.11.1992 N 4015-1 (ред. от 08.03.2015) «Об организации страхового дела в Российской Федерации» // Российская газета. 1993. N 6.

² Постановление Государственной Думы РФ от 17 сентября 2003 г. № 4352-III Д.

УНИФИКАЦИЯ ЦИВИЛИСТИЧЕСКОГО ПРОЦЕССА В РОССИИ

Судебная защита в порядке гражданского и арбитражного судопроизводства всегда предоставляла и продолжает предоставлять заинтересованным в защите лицам достаточный уровень эффективности для достижения истины и справедливости, гарантирует применение мер государственного принуждения при восстановлении нарушенных или оспоренных прав. Действительно, «с психологической точки зрения заявитель, как правило, рассматривает судебный процесс как единственную оставшуюся возможность восстановить справедливость»¹. Так исторически сложилось, что реформирование гражданского процесса (как, впрочем, и реформирование многих других процессов в нашей стране) носит перманентный характер, при достаточно четко определенном моменте начала реформы обозначить даже приблизительно окончание процесса реформирования обычно либо невозможно, либо сильно затруднено. Возможно, именно поэтому почти всегда приводятся лишь даты начала процесса реформирования, большинство реформ так и не были закончены, по крайней мере, не достигали той цели, для которой проводилась – обеспечение эффективного судопроизводства, т.е. своевременное вынесение судами законных и обоснованных решений, полная и действенная защита прав, свобод и охраняемых законом интересов всех субъектов. Однако мы все же попробуем внести некоторый посильный вклад в то, чтобы современное реформирование гражданского процесса все-таки достигло своей вышеобозначенной цели.

Даже на первый взгляд современные тенденции российского гражданского процессуального права характеризуются двойственностью: с одной стороны, стремление законодателя к унификации цивилистического процесса, к единению гражданского и арбитражного судопроизводства, а, с другой стороны, принятие 8 марта 2015 г. Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации изымает с 15 сентября 2015 г. из гражданского судопроизводства рассмотрение дел, возникающих из публичных правоотношений, и придает гражданскому процессу «цивилистическую чистоту», скорее всего, даже излишнюю.

В недавних публикациях российских ученых-правоведов выделяются как минимум два пути развития событий, касающихся реформирования гражданского процесса: первый путь – формирование новой, измененной системы рассмотрения и разрешения споров, внесение многочисленных поправок в сотни нормативно-правовых актов и второй путь – это принятие нового, общего Гражданского процессуального кодекса в процессе унификации законодательства в области гражданского и арбитражного процессов².

Процесс унификации гражданского судопроизводства России начался около года назад с объединения Верховного суда Российской Федерации и Высшего арбитражного суда Российской Федерации, которые вызвало много споров в юридической среде. Следующий за объединением высших судебных инстанций этап реформирования гражданского судопроизводства, а именно разработка Концепции Единого гражданского процессуального кодекса Российской Федерации³ по плану рабочей группы по унификации процессуального законодательства Комитета Государственной думы Российской Федерации по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству под руководством П.В. Крашенинникова должна соединить гражданский и арбитражный процесс, унифицировав нормы действующих АПК РФ и ГПК РФ.

В первом номере журнала «Арбитражный и гражданский процесс» за 2015 г. был опубликован достаточно объемный материал, посвященный первому обсуждению названного проекта в Екатеринбурге 28 октября 2014 г.⁴ Чуть позже, в майском номере того же журнала, дайджест обсуждаемых на конференции в Саратове 21 февраля 2015 г. вопросов реформирования гражданского процессуального права также складывался в основном из докладов ведущих ученых-процессуалистов России и стран ближнего зарубежья, посвященных проектной работе над объединенным ГПК РФ⁵. Без всякого сомнения, такие публикации важны для ученых и практиков. Неизбежность реформы, как справедливо замечают правоведы, к счастью или сожалению, но уже «является данностью, опираясь на которую теоретики и практики российского гражданского процесса должны приложить максимум усилий для того, чтобы реформа гражданского процессуального права привела к действительному обеспечению права на судебную защиту, равенству всех перед законом и судом укреплению судебной власти»⁶.

Итак, необходимость унификации и одновременно «чистоты» гражданского процесса признана в Российской Федерации на законодательном уровне. И то, что сделали авторы концепции, разработав осто́в содержания соединенного кодифицированного источника российского гражданского процессуального права в самом объемном понимании данной отрасли права, трудно переоценить. Если законодатель решит первые четыре из девяти поставленных авторами концепции нового процессуального кодекса задач, можно будет считать, что сделано практически все что можно и должно, и исходя из этого следует определить основные тенденции развития российского гражданского процессуального права.

Попробуем проанализировать, что же следует сделать и что из это уже сделано.

Первая цель, которую поставили перед собой авторы концепции нового процессуального кодекса – это «устранить противоречия между существующими двумя отраслями процессуального права (гражданский и арбитражный процесс) с учетом разработанного проекта Кодекса административного судопроизводства». В данном случае можно говорить о концептуальном решении задачи уже самим тем обстоятельством, что Кодекс гражданского судопроизводства будет единым. Для предположения о возможных последствиях предлагаемых перемен, стоит обратиться к опыту действия серии ФКЗ от 5 февраля 2014 г. (в частности, № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации» и № 4-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон “О судебной системе Российской Федерации”»), которые, казалось бы, дали надежду на устранение законодательных предпосылок к отсутствию единства судебной практики по гражданским делам. Но к таковым объективным предпосылкам до настоящего времени относится различное регулирование отдельных процессуальных вопросов гражданским процессуальным и арбитражным процессуальным законодательством. Более подробно об этом мы писали в журнале «Закон», который предоставил основную часть третьего номера дискуссии о реорганизации судебной системы.

Следующую цель, которую поставили перед собой разработчики – это установить новые правила разрешения спорных правовых вопросов. Цель, без сомнения, самая благая, но насколько эти правила окажутся эффективнее прежних, нам посчастливится узнать только после вступления в силу обновленного процессуального законодательства и некоторого опыта его действия.

Особо хотелось бы отметить как заслуживающее внимания предложение единой терминологии в отношении судебных актов, это привело бы к единству и прекращению ненужной дискуссии о наименовании постановлений. А вот введение в п. 1.3 принципа справедливости, несмотря на значительное число посвященных ему научных работ и практики ЕСПЧ, представляется преждевременным, тем более что формулировка справедливости пока еще размыта и вряд ли сможет помочь в прикладном значении принципов – применении аналогии права.

Третья, совершенно правильная задача, которую ставили перед собой разработчики – это сохранить наиболее удачные наработки существующих АПК и ГПК, распространив их на весь гражданский процесс. Эта задача вполне заслуживает быть на первом месте, т.е. следует посмотреть, где регулирование производства более эффективно, «удачно» (по термину авторов концепции), и затем уже это регулирование брать за основу. Хотелось бы отметить, что не вызывает сомнения средство достижения цели предлагаемой реформы – унификация гражданского процессуального, арбитражного процессуального кодексов.

Между тем, характеризуя структурные подходы к общей части, авторы Концепции называют только три вида процесса – исковое, особое производства и производство из публичных правоотношений (которое в перспективе своей в ближайшее время уже отделится от гражданского судопроизводства), хотя далее предлагаются и другие виды, в частности, предлагается установить как вид компенсаторное производство, не устранять, а лишь скорректировать приказное производство, останутся и производство по делам, возникающим из исполнительных правоотношений, производство по делам из третейских правоотношений и т.п. Кроме того, добавляется из арбитражного процесса упрощенное производство, что представляется излишним, по крайней мере, в предлагаемом варианте.

Что касается участников объединенного гражданского процесса, то не понятна позиция относительно исключения из участников, содействующих осуществлению правосудия, секретаря судебного заседания. Предлагаемое регулирование вряд ли согласуется с вышеназванной целью разработчиков Концепции – сохранить наиболее удачные наработки существующих АПК и ГПК, распространив их на весь гражданский процесс. Важность функций секретаря судебного заседания не ставится под сомнение, как и важность функций эксперта, переводчика и других участников, содействующих осуществлению правосудия. Аргумент относительно высокой ответственности секретаря за содержание протоколов принять сложно, так как у экспертов и переводчиков ответственность не менее «высокая», принимая во внимание ст. 307 УК РФ.

Четвертая задача – укрепить альтернативные способы разрешения споров, примирительных процедур – тоже вполне своевременна. Тем более, что в последнее время создается впечатление о преобладающем развитии научного направления по исследованию альтернативных форм, а не самих форм, судить по опережению роста количества диссертаций и статей относительно количества дел, по которым альтернативные способы разрешения споров были использованы.

Мы присоединяемся к желанию авторов Концепции более активно развивать и стимулировать досудебное примирение между сторонами. Действительно, несмотря на пятилетний срок, прошедший с момента принятия Федерального закона от 27 июля 2010 г. №193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредников (процедуре медиации)» с соответствующими изменениями АПК РФ и ГПК РФ, процедура медиации продолжает находиться на начальном этапе своего развития, а само медиативное направление реформирования гражданского судопроизводства вызывает жаркие споры среди ученых-правоведов. Отсутствие централизованной системы медиации является серьезным препятствием как в ее прогрессивном развитии, так и в территориальном распространении. Помимо традиционного негативного отношения к привнесенным новеллам, несколько чуждым консервативному менталитету большинства наших граждан, сложность практического внедрения медиации связана еще и с нарушением правил законодательной техники, которым, например, не соответствует уже ст. 1 Федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредников (процедуре медиации)», где в качестве отдельной цели медиации названа гармонизация социальных отношений, что больше напоминает фразу из научной статьи или монографии, нежели правовую норму. Всего этого в процессуальных кодексах избежать будет легче, во-первых, потому что кодификация гражданских процессуальных норм (в отличие от законодательного регулирования медиации) имеет в России весьма солидный опыт, насчитывая 150-летнюю историю, и, во-вторых, ею занимаются известные специалисты в области процессуального права.

В Концепции говорится о взятии за основу конструкции ст.2 ГПК РФ, где термин «примирение» как задача судопроизводства не упоминается, ст. 148 действующего ГПК РФ называет примирение сторон задачей лишь отдельной стадии гражданского судопроизводства, а именно подготовки дела. Полагаем, для реальной медиации, которую мы хотим видеть в российском процессе, необходимо уже на уровне общей части кодекса, а именно ст.2 назвать примирение в качестве одной из задач гражданского судопроизводства.

К сожалению, Концепция Единого гражданского процессуального кодекса Российской Федерации не вносит окончательной стабильности в вопрос о медиации, несмотря на наличие предложения о введении главы 15 «Примирительные процедуры. Мировое соглашение». В нормах указанной главы планируется закрепить, что любые лица, содействовавшие примирению сторон (разработчиками приводятся в качестве примера медиаторы, лица, участвовавшие в переговорах) должны сохранять конфиденциальность любой процедуры примирения (не только медиации), однако далее, помимо медиации, в качестве примирительных процедур выделяются только переговоры, сверки расчетов и судебное примирение. Таким образом, необходимо будет установить ограничение принципа гласности в отношении планируемого нового участка судопроизводства – «судебного примирения», но этого в Концепции пока мы не видим.

Судя по Концепции, где указано на нецелесообразность, учитывая наличие специального закона в данной сфере, определять правила медиации (кроме общих принципов проведения примирительных процедур) в Кодексе гражданского судопроизводства (15.3.3) и невозможность рассматривать судебного примирителя в роли непрофессионального медиатора, работающего в суде, на том основании, что судебное примирение не должно подменять собой процедуру медиации, место норм о медиации фактически оказывается за пределами гражданского процессуального регулирования. Однако наличие оговорки об общих принципах проведения примирительных процедур, которые должны иметь место в кодифицированном процессуальном законе о гражданском судопроизводстве делает данный тезис небезупречным.

В самом общем виде можно выделить следующую основную перспективу развития гражданского и арбитражного процессов в России: разработка эффективных норм унифицированного источника гражданского процессуального права, регулирующего гражданское судопроизводство в судах общей юрисдикции и арбитражных судах, но с изъятием из предмета регулирования отдельных правоотношений публично-правового характера. При этом основной целью унификации процессов остается обеспечение государством эффективности судопроизводства по гражданским делам, т.е. своевременное вынесение судами законных и обоснованных решений, полная и действенная защита прав, свобод и охраняемых законом интересов всех субъектов. Кроме того, именно новый кодифицированный источник гражданского процессуального права должен содержать конкретные нормы, которые

будут стимулировать досудебное примирение между сторонами, придавая большее значение решению задачи примирения сторон гражданско-правовых конфликтов.

¹ См.: Синцов Г.В. Проблемы реализации конституционного права на судебную защиту в арбитражном процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2015. №7. С. 50.

² См.: Пащенко И.Ю., Зыкова Е.Е. Перспективы объединения гражданского и арбитражного судопроизводства в российском процессуальном праве // ScienceTime. 2014. № 12. С.392.

³ См.: Концепция Единого гражданского процессуального кодекса Российской Федерации. URL: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/70726874/?prime> (дата обращения: 7 августа 2015 г.).

⁴ См.: Кудрявцева В.П., Малюшин К.А. Унификация процессуального законодательства // Арбитражный и гражданский процесс. 2015. № 1. С. 31–37.

⁵ См.: Исаенкова О.В. О некоторых вопросах реформирования гражданского процессуального права, обсуждаемых на конференции в Саратове 21 февраля 2015 года // Там же. 2015. № 5. С. 60–63.

⁶ См.: Бардин Л.Н. Перспективы как неизбежность реформы / Перспективы реформирования гражданского процессуального права: сб. ст. по матер. Междунар. науч.- практ. конф. (г. Саратов, 21 февраля 2015 года) / под ред. О.В. Исаенковой ; – Саратов: Изд-во ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия», 2015. С.43.

А.О. Казаков

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПОНЯТИЕ «ПАРТНЕР» В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О ГОСУДАРСТВЕННО-ЧАСТНОМ ПАРТНЕРСТВЕ

На сегодняшний день легальное определение понятия «партнер» отсутствует в федеральном законодательстве о государственно-частном партнерстве (далее по тексту – ГЧП). Это можно объяснить в том числе чрезмерно широким толкованием понятия государственно-частное партнерство в юридической науке, где ГЧП часто понимается как разновидность сотрудничества органов публичной власти с частными лицами. Тем не менее, отчасти сфера ГЧП уже давно регулируется федеральным законодательством. Поэтому в вопросе о понятии «партнер» в законодательстве о ГЧП следует сначала обратиться к закону о концессионных соглашениях как наиболее проработанному действующему российскому нормативно-правовому акту в этой области.

Действующий федеральный закон о концессионных соглашениях устанавливает, что сторонами такого соглашения являются концедент и концессионер. Согласно подп. 1 п. 1 ст. 5 концедент – это Российская Федерация, от имени которой выступает Правительство Российской Федерации или уполномоченный им федеральный орган исполнительной власти, либо субъект Российской Федерации, от имени которого выступает орган государственной власти субъекта Российской Федерации, либо муниципальное образование, от имени которого выступает орган местного самоуправления. В соответствии с подп. 2 п. 1 ст. 5 концессионер – это индивидуальный предприниматель, российское или иностранное юридическое лицо либо действующие без образования юридического лица по договору про-

с
т В этом смысле интересен подход разработчиков федерального законопроекта о ГЧП, рассматриваемого в настоящее время в Государственной думе². Он не приводит единого понятия «партнер», ограничиваясь перечнем лиц, которых следует отнести к сторонам соглашения о ГЧП. Законопроект устанавливает, что публичный партнер – это Российская Федерация, от имени которой выступает федеральный орган исполнительной власти, либо субъект Российской Федерации, от имени которого выступает исполнительный орган государственной власти субъекта Российской Федерации, либо муниципальное образование, от имени которого выступает орган местного самоуправления (подп. 4 п. 1 ст. 3 законопроекта). Под частным партнером понимается индивидуальный предприниматель, российское или иностранное юридическое лицо либо действующее без образования юридического лица по договору об объединении (договору о совместной деятельности) двух и более указанных индивидуальных предпринимателей, юридических лиц, с которым заключено соглашение о государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве (подп. 5 п. 1 ст. 3 законопроекта о ГЧП). Не трудно заметить, что представленные законопроектом о ГЧП понятия почти полностью совпадают с понятиями, данными в федеральном законе о концессионных соглашениях.

т Отметим, что в соответствии с действующим законодательством участие публичного субъекта в любых гражданско-правовых отношениях подчиняется общим правилам ст. 125 ГК РФ, положения

а
© Казаков А.О., 2015

(
д
о
г
о

которой на сегодняшний день распространяются и на сферу ГЧП. В соответствии с ней в случаях и в порядке, предусмотренных федеральными законами, указами Президента Российской Федерации и постановлениями Правительства Российской Федерации, нормативными актами субъектов Российской Федерации и муниципальных образований, по их специальному поручению от их имени могут выступать государственные органы, органы местного самоуправления, а также юридические лица и граждане. Как отмечает Ю. Халимовский, для публичного партнера в ГЧП характерно в том числе участие с его стороны частных юридических лиц, что, по мнению ученого, подтверждается в п. 1 ч. 1 ст. 5 федерального закона о концессионных соглашениях, а также в подп. 4 п. 1 ст. 4 Закона Санкт-Петербурга о ГЧП³. Рассматриваемый в настоящий момент законопроект о ГЧП также имеет аналогичную норму (п. 4 ст. 5 законопроекта).

В региональном законодательстве о ГЧП можно найти различные формулировки понятия «партнер». Например, указанный закон Санкт-Петербурга «Об участии Санкт-Петербурга в государственно-частных партнерствах» раскрывает понятие «партнер», под которым понимает российское или иностранное юридическое или физическое лицо либо действующее без образования юридического лица по договору простого товарищества (договору о совместной деятельности) объединение юридических лиц, осуществляющее деятельность на основании соглашения (подп. 3 п. 1 ст. 4)⁴. Очевидно, что речь идет только о частном партнере, самих понятий «частный партнер» и «публичный партнер» закон не приводит.

Вместе с тем констатируем, что большинство законов субъектов РФ о ГЧП являются декларативными документами, практически не имеющими значения на практике, а их содержание практически без изменений заимствовано из Модельного закона субъекта Российской Федерации «Об участии

с

у

б

По нашему мнению, в вопросе о понятии «партнер» большое значение имеют цели заключения соглашения о ГЧП между его участниками. Частный партнер в силу своего статуса предпринимателя заключает такое соглашение с целью получить прибыль, при этом обладая более широкой, чем публичный партнер, свободой действий. Он вправе без ограничения вступать или не вступать во взаимоотношения с субъектами государственного управления, использовать для реализации ГЧП-проекта собственные (заемные) средства, осуществлять сотрудничество с российскими или иностранными инвесторами. Публичный партнер в силу своего положения вступает в партнерские отношения для привлечения в экономику частных инвестиций, которые в свою очередь и необходимы для достижения общепользовательских целей (например, для строительства необходимой социальной инфраструктуры в сфере образования, здравоохранения и т.п.). Цели обоих партнеров, несмотря на кажущуюся разницу, органично дополняют друг друга: происходит взаимовыгодное решение задач, стоящих перед партнерами как участниками гражданско-правовых отношений. Вследствие этого необходимо сформулировать три понятия: «партнер», «публичный партнер» и «частный партнер».

Таким образом, партнер в ГЧП – это участник ГЧП, осуществляющий на основании соглашения в государственно-частном партнерстве выполнение взятых на себя обязательств по реализации условий такого соглашения в установленных законом формах. Публичный партнер – это Российская Федерация, субъект Российской Федерации, муниципальное образование в лице своих уполномоченных органов. Частный партнер – это российское (иностранное) юридическое или индивидуальный предприниматель либо действующее без образования юридического лица по договору простого товарищества (договору о совместной деятельности) объединение юридических лиц, осуществляющее деятельность на основании соглашения.

е

¹ Федеральный закон от 21.07.2005 № 115-ФЗ (ред. от 29.12.2014) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2005. № 30 (ч. II). Ст. 3126.

² Проект федерального закона № 238827-6 [Электронный ресурс] // URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=238827-6&02> (дата обращения: 01.05.2015).

³ Халимовский Ю. Региональное государственно-частное партнерство: трудности эффективного регулирования // Хозяйство и право. 2011. № 6. С. 52.

⁴ Закон Санкт-Петербурга от 25.12.2006 № 627-100 [Электронный ресурс] // URL: <http://gov.spb.ru/law?d&nd=8442332&nh=0> (дата обращения: 01.05.2015).

Модельный Закон субъекта Российской Федерации «Об участии субъекта Российской Федерации, муниципального образования в проектах государственно-частного партнерства» [Электронный ресурс] // URL: http://economy.gov.ru/minrec/activity/sections/privgovpartnerdev/doc20110222_08_temp (дата обращения: 01.05.2015).

и

ц

и

п

а

л

ь

ХОЗЯЙСТВЕННОЕ ПАРТНЕРСТВО КАК НОВАЯ ФОРМА ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ УЧРЕДИТЕЛЕЙ ОРГАНИЗАЦИИ

Реформа гражданского законодательства закрепила новую систему юридических лиц в Российской Федерации. Подтверждено наличие среди коммерческих организаций хозяйственного партнерства. Эта организационно-правовая форма в момент своего появления в России¹ вызвала в научном сообществе серьезные споры.

Хозяйственным партнерством признается созданная двумя или более лицами коммерческая организация, в управлении деятельностью которой в соответствии с федеральным законом принимают участие участники партнерства, а также иные лица в пределах и объеме, которые предусмотрены соглашением об управлении партнерством (ст. 2 Закона о хозяйственных партнерствах).

Таким образом, из самого определения этого юридического лица вытекают две основные особенности правовой природы хозяйственного партнерства. Во-первых, партнерство не может быть создано одним лицом. Во-вторых, данная организационно-правовая форма наделяет его участников большой свободой (которой нет в иных видах коммерческих организаций) по определению условий управления этой организацией, решения вопроса о распределении полномочий между участниками. Более того, в управлении хозяйственным партнерством могут принимать и иные лица в тех пределах, которые участники соглашения об управлении партнерством определяют сами.

В литературе обоснованно отмечается проблема несогласованного внедрения новой организационно-правовой формы коммерческой организации в систему юридических лиц РФ². Для российской правовой системы такой вид коммерческой организации явился существенной новеллой, чьи плюсы и минусы по настоящее время не оценены должным образом.

Но многие авторы восприняли принятие закона о хозяйственных партнерствах как значимое продвижение вперед. Считается, что изменения гражданского законодательства в сравнении с экономическими преобразованиями отстают на десятки лет, хозяйственное партнерство позволило внедрить модель, обеспечивающую сохранность экономической привлекательности бизнеса в инновационной сфере³. Однако связь хозяйственного партнерства с инновационной сферой при анализе закона прослеживается слабо. Лишь в п. 4 ст. 3 устанавливается, что в случае отсутствия или недостаточности у партнерства имущества для удовлетворения обязательств партнерства потребуется обращение взыскания на принадлежащие партнерству исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности, обязательства партнерства перед его кредиторами могут быть полностью или частично исполнены от имени партнерства одним участником или несколькими (всеми) участниками партнерства. Наличие данного пункта в законе позволяет косвенно говорить о том, что в составе имущества хозяйственного партнерства может быть ценный интеллектуальный объект. В остальном наличие универсальной (общей) правоспособности у хозяйственного партнерства позволяет его учредителям использовать данный вид коммерческой организации для любых видов деятельности, не требующей рекламы. В пункте 5 ст. 2 Закона введен запрет на размещение партнерством своей рекламы.

Таким образом, несмотря на то, что в литературе хозяйственное партнерство связывается с инфраструктурой для инновационной деятельности, «венчурному предпринимательству имманентно присуща проблема минимизации возможных рисков»⁴, реализация этой цели проявляется в законе слабо.

Еще одной особенностью хозяйственного партнерства является участие двух категорий лиц: участники партнерства, непосредственно формирующие его имущественную базу, складочный капитал; иные лица, включенные в состав участников партнерства на основании соглашения об управлении деятельностью партнерства. Они привносят в организацию свой интеллектуальный вклад, не финансируют реализацию проектов партнерства⁵. На наш взгляд, анализ ст. 6 Закона о хозяйственных партнерствах позволяет сделать иной вывод. Соглашением об управлении партнерством вполне возможно наделить участников соглашения об управлении партнерством практически теми же правами, которые есть у участников партнерства. Суть соглашения об управлении партнерством как раз в том, что оно позволяет на уровне договора с неограниченным кругом лиц (имеется в виду отсутствие ограничений в Законе) определить условия управления партнерством, включающие в себя все существенные аспекты внутренней деятельности организации.

Создавая хозяйственное общество, кооператив, учредители (участники) действуют в достаточно четких законодательных рамках. В хозяйственном партнерстве таких рамок нет. Это считается одной из наиболее отрицательных черт данного вида коммерческих организаций. «Воплощенная в законе свобода договорного регулирования корпоративных отношений обратной своей стороной имеет ослабление законных гарантий для участников партнерства, чьи права могут быть необоснованно ущемлены соглашением»⁶. Однако создание хозяйственного партнерства, равно как и заключение соглашения об управлении партнерством, является исключительной прерогативой участников. Они действуют свободно, вследствие автономии, на которой строится частно-правовое регулирование. Единственным сложным моментом остается то, что «непрозрачность процессов управления как следствие конфиденциальности соглашения об управлении может создать прямую угрозу интересам кредиторов и стабильности гражданского оборота»⁷. Однако данное обстоятельство связано с более системными проблемами – общим уровнем недобросовестности в гражданском обороте.

Считается, что «современная цивилизация находится в состоянии глубокого системного кризиса», который проявляется и в кризисе «традиционно применяемых средств и методов решения возникающих проблем»⁸. Ранее используемые в стране формы коммерческих организаций, регламентирование которых было основано на постоянных изменениях законодательных правил «вдогонку» экономическим и организационным схемам злоупотребления правами различных категорий участников этих организаций, существенно не улучшили ситуацию. Расширение договорной свободы требует более активного участия, ответственного подхода к заключаемым сделкам в корпоративных отношениях. Именно активизация правовой позиции каждого участника хозяйственного партнерства является гарантией соблюдения его права и прав иных лиц.

¹ *О хозяйственных партнерствах* : федеральный закон от 03.12.2011. № 380-ФЗ (ред. от 23.07.2013) // Собрание законодательства РФ. 2011. № 49, ч. 5. Ст. 7058.

² *Серова О.А.* Проблема адаптации хозяйственного партнерства к системе юридических лиц Российской Федерации // *Право и бизнес: прилож. к журн. «Предпринимательское право»*. 2013. № 3. С. 18–21.

³ *Чернущ Н.Ю.* Хозяйственное партнерство – новая организационно-правовая форма коммерческой юридической личности // *Вестник Новосибирского государственного университета. Сер.: Право*. 2013. Т. 9, вып. 1. С. 52–55.

⁴ *Чернущ Н.Ю.* Хозяйственное партнерство – новая организационно-правовая форма коммерческой юридической личности // *Вестник Новосибирского государственного университета. Сер.: Право*. 2013. Т. 9, вып. 1. С. 52.

⁵ Там же. С. 53.

⁶ *Быковская Е.А.* Хозяйственное партнерство как организационно-правовая форма юридического лица // *Вестник Сибирского государственного университета путей сообщений*. 2013. № 29. С. 90.

⁷ Там же.

⁸ *Мусаелян Л.А.* Кризис международного права: цивилизационный и геополитические факторы // *Вестник Пермского университета. Юридические науки*. 2014. Вып. 4. С. 212.

А.А. Клячин

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

РЕШЕНИЕ СОБРАНИЯ КАК ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКТ В КОРПОРАТИВНОМ ПРАВЕ

Решение собрания является одним из наименее изученных юридических фактов, существующих в отечественном праве. Это обусловлено отсутствием легального определения данного понятия и единообразия способов регулирования данных отношений. Указанному правовому институту уделялось внимание лишь в отдельных законах и подзаконных актах, отражающих различные подходы.

Однако единство не было достигнуто и после законодательного закрепления данного института в Гражданском кодексе. Причем сам процесс легализации включал два этапа: сначала посредством закрепления в составе юридических фактов¹, являющихся основанием возникновения гражданских правоотношений (ст. 8 ГК РФ); затем посредством выделения специальной главы Гражданского кодекса Российской Федерации², содержащей определение понятия общего собрания (ст. 181.1 ГК РФ), требования к порядку проведения собрания и оформления его решения (ст. 181.2 ГК РФ), а также нормы о признании решения общего собрания недействительным (ст. 181.3, 181.4, 181.5 ГК РФ).

В соответствии со ст. 181.1 ГК РФ решение собрания порождает правовые последствия для всех лиц, имевших право участвовать в нем (участников юридического лица, собственников, кре-

диторов при банкротстве и других участников гражданско-правового сообщества), а также для иных лиц, если это установлено законом или вытекает из существа отношений.

Как видно из данного определения, законодатель фактически разделил решения собрания на два вида - порождающие правовые последствия и не порождающие, при этом не раскрыв их правовой природы. Все это привело к тому, что имевшая место ранее научная дискуссия по этому поводу началась с новой силой.

Полемика преимущественно развернулась по вопросу соотношения данного правового института с институтом сделки. Можно выделить четыре основные научные точки зрения на эту проблему:

- правовая природа решения собрания тождественна многосторонней сделке³;
- необходимо различать «решения-сделки» и «решения-не сделки»⁴;
- решение собрания ничего общего со сделкой не имеет⁵;
- решение собрания должно рассматриваться как сложный юридический состав⁶.

Так, Н.В. Козлова, рассматривая правосубъектность юридических лиц, приходит к выводу, что решение учредителей (будь то гражданин, юридическое лицо или публично-правовое образование) о создании нового субъекта права является по своей природе гражданско-правовой сделкой корпоративного характера. При этом решение общего собрания учредителей она определяет как многостороннюю корпоративную сделку⁷.

Развивая данную мысль, К.И. Труханов, ссылаясь на законодательство Германии и Австрии, в свою очередь последовательно обосновывает, что решение собрания является сделкой. При этом он отмечает: «Решения общих собраний акционеров (участников) хотя и отличаются заметным своеобразием с позиций волеобразования (которое заключается главным образом в том, что для придания решению юридической силы не нужно получать согласие всех участников, имеющих право участвовать в принятии решения), но все же рассматриваются в качестве отдельного вида сделки»⁸. Исходя из этого, он делает вывод, что указанная особенность такого вида сделок является главным основанием для их отграничения от договоров, которые представляют собой вид гражданско-правовых сделок, требующих согласованного волеизъявления всех сторон договора⁹.

Н.С. Терентьева считает, что законодатель подразумевает разделение решений собраний на решения, которые возможно рассматривать как юридический факт, т.е. соответствующие требованиям, предъявляемым к сделкам, и решения, которые не рассматриваются как юридический факт, т.е. не приводящие к наступлению правовых последствий для всех участников общества. Критерием для классификации выступает наличие либо отсутствие правовых последствий для всех участников собрания¹⁰.

Развивая данную теорию, другие исследователи подчеркивают необходимость дифференциации решений собраний по правовым последствиям на решения - юридические факты и решения, не являющиеся юридическими фактами¹¹. Причем они отмечают, что, бесспорно, существуют решения собраний, которые не имеют юридического значения и не являются юридическими фактами в принципе. Но если рассматривать решение собрания как юридический факт, то становится очевидно, что каждое подобное решение является действием, т.к. имеет сознательно-волевой характер и направлено на достижение общей цели собрания – принятие юридического акта. По мнению приверженцев описанного подхода, это подтверждается совпадением признаков решения собрания как юридического факта и как гражданско-правовой сделки. На этом основании делается вывод, что любое решение собрания, которое можно считать юридическим фактом, необходимо именовать гражданско-правовой сделкой¹².

Не является сторонником сделочной природы решений собраний Д.В. Ломакин. В своем исследовании, посвященном теории акционерного права, он приходит к заключению, что решение собрания не относится к волеизъявляющим актам-сделкам, а является волеобразующим актом юридического лица¹³.

Обобщая существующие научные воззрения, хотелось бы отметить, что решение собрания в корпоративных правоотношениях, по нашему мнению, всегда является юридическим фактом, поскольку всякое выражение воли субъектом корпоративных правоотношений направлено на повышение эффективности деятельности корпоративного образования и, как следствие, получение какого-либо правового результата. Сама природа корпоративных правоотношений предполагает, что принимаемые в их рамках решения имеют свойства юридического факта. Причем не важно, на что направлено это решение (будь то создание или реорганизация юридического лица, решение об утверждении годового отчета в акционерном обществе, назначение директора и т.п.), во всех случаях оно будет иметь правовые последствия. В связи с этим, нельзя согласиться с мнением некоторых исследовате-

лей, считающих, что в корпоративных правоотношениях возможно существование решений собраний, не обладающих свойствами юридического факта¹⁴.

Представляется, что особенностью принимаемых в рамках корпоративных образований решений является то, что по своей правовой природе они представляют собой согласованную волю большинства участников сообщества, а в случаях, предусмотренных законом или корпоративными правилами (договором), единогласную волю, направленную на установление, изменение и прекращение прав и обязанностей как для корпоративного сообщества в целом, так и для отдельных его участников.

Признавая за решением собрания свойство действия, выраженного в согласованности воли большинства, к которому присоединяется несогласное меньшинство в силу прямого указания закона или ранее принятых условий корпоративного сосуществования (договора, устава), мы тем самым признаем за ним определенные признаки сделки. Верным будет называть подобное правовое явление **особой гражданско-правовой сделкой**, учитывая, что эта сделка не является гражданско-правовым договором.

При этом мы разделяем мнение ученых¹⁵, считающих, что существующее в настоящее время определение решения собрания не только не раскрывает сущности данного правового явления, но и по своей юридической технике является неудачным.

Таким образом, полагаем, что определение решения собрания, изложенное в ст. 181.1 ГК РФ, требует корректировки, и считаем целесообразным ввести в гражданский оборот определение, данное П.З. Иванишиным еще на стадии обсуждения законопроекта о внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации. В предлагаемой редакции определение должно выглядеть следующим образом: «Решение собрания представляет собою волеизъявление участников юридического сообщества (участников юридического лица, собственников, кредиторов при банкротстве и т.п.), выраженное в виде юридического акта (протокола собрания), направленное на создание гражданско-правовых последствий для всех лиц, имевших право участвовать в данном собрании, а также для иных лиц, и осуществленное по заранее определенным (повестке собрания) или следующим из характера отношений, в порядке, предусмотренном законом. К решениям собраний применяются общие положения о сделках, если иное не предусмотрено законом и не вытекает из существа отношений»¹⁶.

¹ О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации: Федер. закон от 30 дек. 2012 г. № 302-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2012. № 53, ч. I. Ст. 7627.

² О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации: Федер. закон от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. № 19, ст. 2327.

³ См.: Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица. М., 2005. С. 227; Иванишин П.З. Решение собрания как основание возникновения гражданских прав и обязанностей // Гражданское право. 2011. № 2; Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Односторонние и многосторонние сделки // Вестник ВАС РФ. 2012. № 7. С. 46–50; Труханов К.И. Решения собраний – новая категория в Гражданском кодексе РФ // Закон. 2013. № 10. С. 126; Забоев К.И. Публичная достоверность Единого государственного реестра юридических лиц и воля юридического лица // Закон. 2015. № 3.

⁴ См.: Ценов Г.В. Акционерные общества: теория и практика: учеб. пособие. М., 2007. С. 145.; Терентьева Н.С. К вопросу о правовой природе решения общего собрания участников общества с ограниченной ответственностью в свете реформирования гражданского законодательства // Юрист. 2013. № 9. С. 26–29.

⁵ См.: Ломакин Д.В. Очерки теории акционерного права и практики применения акционерного законодательства. М.: Статут, 2005. С. 156–157; Ганижев А.Я. Акты органов управления юридических лиц по российскому гражданскому праву (на примере хозяйственных обществ): автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 2012. С. 15; Андреев В.К. Решения собраний // Цивилист. 2013. № 3; Романова, Н.Б. О правовой природе общего собрания акционеров // Вестник Удмуртского университета. 2013. № 3. С. 180–183.

⁶ См.: Архитов Б.П. Юридическая природа фактического состава, опосредующего реорганизацию акционерного общества // Законодательство. 2002. № 3. С. 52.

⁷ Козлова Н.В. Указ. соч. С. 203.

⁸ Труханов К.И. Указ. соч. С. 126.

⁹ Там же.

¹⁰ Труханов К.И. Указ. соч. С. 126..

¹¹ Беджаше Л.К., Степанов Ю.Г. Правовая природа решений собраний // Теория и практика общественного развития. 2014. № 15. С. 133–136.

¹² Там же.

¹³ Ломакин Д.В. Указ. соч.

¹⁴ См.: Беджаше Л.К., Степанов Ю.Г. Указ. соч.

¹⁵ См., напр.: Иванишин П.З. Указ. соч.; Забоев К.И. Указ. соч.

¹⁶ Там же.

Д.Б. Коротков

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРИМЕНЕНИЕ СТАТЕЙ 10 И 168 ГК РФ ПРИ ОСПАРИВАНИИ СДЕЛОК ДОЛЖНИКА В ПРОЦЕДУРЕ БАНКРОТСТВА

В делах о банкротстве широко распространены попытки заинтересованных лиц обжаловать совершенные должником сделки как ничтожные с применением правил ст. 10 и 168 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ)¹, не используя при этом специальные основания оспаривания сделок согласно гл. 3.1 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее – Закон о банкротстве)².

Применение ст. 10 и 168 ГК РФ как «своеобразного резервного механизма защиты от недобросовестных действий» известно также и в науке³.

Повсеместное использование данной практики без дифференцирования сделок должника на «сделки с предпочтением или подозрительные сделки», которые должны оспариваться по специальным правилам гл. 3.1 Закона о банкротстве и на «сделки с пороками, выходящими за пределы дефектов сделок с предпочтением или подозрительных сделок», порождает нестабильность гражданского оборота и делает «связку» ст. 10 и 168 ГК РФ каучуковой нормой, под которую можно ситуационно подводить любую фабулу об оспаривании сделок должника в банкротстве.

В настоящей статье предлагаем поднять вопрос о соотношении норм ст. 10 и 168 ГК РФ с нормами гл. 3.1 Закона о банкротстве в вопросе оспаривания сделок должника.

1. В силу ст. 10 ГК РФ не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом).

Судебная практика позволяет признавать сделки недействительными, если совершение сделки нарушает запрет, установленный п. 1 ст. 10 ГК РФ. В этом случае в зависимости от обстоятельств дела такая сделка может быть признана судом недействительной (п. 1 или 2 ст. 168 ГК РФ). К сделке, совершенной в обход закона с противоправной целью, подлежат применению нормы гражданского законодательства, в обход которых она была совершена. В частности, такая сделка может быть признана недействительной на основании положений ст. 10 и п. 1 или 2 ст. 168 ГК РФ. При наличии в законе специального основания недействительности такая сделка признается недействительной по этому основанию (например, по правилам статьи 170 ГК РФ)⁴.

Для применения ст. 10 ГК РФ доказыванию подлежат обстоятельства, свидетельствующие о заведомо или очевидно недобросовестном поведении сторон, об их действиях в обход закона (императивных норм).

2. Законодательство о банкротстве предусматривает специальные основания оспаривания заинтересованными лицами (внешние и конкурсные управляющие, конкурсные кредиторы) сделок с предпочтением или подозрительных сделок (гл. 3.1 Закона о банкротстве).

Особенностью оспаривания сделок по данным основаниям является, в частности, сокращенный срок исковой давности.

Предусмотренные ст. 61.2 и 61.3 Закона о банкротстве основания недействительности сделок влекут оспоримость, а не ничтожность соответствующих сделок⁵. Заявление об оспаривании сделки на основании ст. 61.2 или 61.3 Закона о банкротстве может быть подано в течение годичного срока исковой давности (п. 2 ст. 181 ГК РФ), который исчисляется с момента, когда первоначально утвержденный внешний или конкурсный управляющий узнал или должен был узнать о наличии оснований для оспаривания сделки. При этом необходимо принимать во внимание, что разумный управляющий оперативно запрашивает всю необходимую ему для осуществления своих полномочий информацию, в том числе такую, которая может свидетельствовать о совершении сделок, подпадающих под ст. 61.2 или 61.3 Закона о банкротстве⁶.

Истечение срока исковой давности, о применении которой заявлено стороной в споре, является основанием к вынесению судом решения об отказе в иске (ст. 199 ГК РФ).

Таким образом, для оспаривания сделок по специальным основаниям ст. 61.2 или 61.3 Закона о банкротстве арбитражный управляющий должен оперативно выявлять соответствующие признаки

сделок с предпочтением или подозрительных сделок и не менее оперативно обращаться в суд с соответствующими заявлениями.

3. Для исключения конкуренции между ст. 10, 168 ГК РФ и нормами гл. 3.1 Закона о банкротстве, а также для стимулирования заинтересованных лиц пользоваться надлежащими способами судебной защиты ВАС РФ разъяснил, что наличие в законодательстве о банкротстве специальных оснований оспаривания сделок само по себе не препятствует суду квалифицировать сделку, при совершении которой допущено злоупотребление правом, как ничтожную (ст. 10 и 168 ГК РФ)⁷. При этом ВАС РФ уточнил, что в упомянутых разъяснениях речь идет о сделках с пороками, выходящими за пределы дефектов сделок с предпочтением или подозрительных сделок⁸.

Судебной практикой подтверждается, что в делах о банкротстве в рамках ст. 10 ГК РФ признаются недействительными следующие сделки:

– Совершение мнимой сделки, когда был признан недействительным по ст. 10 ГК РФ договор возмездного оказания услуг, заключенный банкротом в преддверии банкротства, без намерения реального исполнения договора, а лишь с намерением создания видимости совершения сделки⁹.

– Распоряжение имуществом, не принадлежащим банкроту, когда было признано недействительным по ст. 10 ГК РФ списание банком со счета должника в преддверии банкротства денежных средств, являющихся средствами целевого финансирования (средства на обязательное медицинское страхование, не являющиеся собственностью банкрота)¹⁰.

Таким образом, суды не считают «связку» ст. 10 и 168 ГК РФ универсальной альтернативой нормам гл. 3.1 Закона о банкротстве, когда последние не могут быть применены, например, по причине пропуска заявителем срока исковой давности.

4. Проведенный анализ норм ГК РФ, Закона о банкротстве, а также соответствующей правоприменительной практики приводит нас к выводу о том, что позиция о возможности признания сделки недействительной по ст. 10 и 168 ГК РФ в деле о банкротстве иногда бывает направлена на обход специальных правил о сроке исковой давности по оспоримым сделкам. Недопустима ситуация, когда истец не заявляет специальных оснований признания сделки недействительной, предусмотренных ст. 61.2–61.3 Закона о банкротстве, только потому, что по ним пропущен срок исковой давности.

В связи с этим одной из задач арбитражного суда, рассматривающего требование о признании недействительной сделки должника в процедуре банкротства, видится неукоснительное разграничение «сделок с предпочтением или подозрительных сделок», которые должны оспариваться по специальным правилам гл. 3.1 Закона о банкротстве и «сделок с пороками, выходящими за пределы дефектов сделок с предпочтением или подозрительных сделок», которые могут оспариваться как ничтожные с применением норм ст. 10 и 168 ГК РФ.

¹ *Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)* от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 13.07.2015) // Собр. законодательства РФ. 05.12.1994. № 32. Ст. 3301.

² *Федеральный закон* от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (ред. от 13.07.2015) // Рос. газета. 02.11.2002. № 209–210.

³ *Рыженков А.Я.* Юридический состав кабальной сделки: проблемы теории и практики // *Вестн. Перм. ун-та. Юрид. науки.* 2012. Вып. 2(16).

⁴ Пункты 7, 8 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 №25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Пункт 4 Пленума ВАС РФ от 23.12.2010 г. №63 «О некоторых вопросах, связанных с применением главы 3.1 ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)"» // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Пункт 32 Постановления Пленума ВАС РФ от 23.12.2010 № 63 «О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)"» // СПС «КонсультантПлюс»; *Определение* ВС РФ от 15.06.2015 г. №309-ЭС 15-1959 // СПС «КонсультантПлюс».

⁷ Абзац 4 п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 23.12.2010 N 63 «О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)"» // СПС «КонсультантПлюс»; Пункт 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 30.04.2009 № 32 «О некоторых вопросах, связанных с оспариванием сделок по основаниям, предусмотренным Федеральным законом "О несостоятельности (банкротстве)"» // СПС «КонсультантПлюс».

⁸ *Постановление* Президиума ВАС РФ от 17.06.2014 N 10044/11 по делу № А32-26991/2009 // СПС «КонсультантПлюс».

⁹ *Постановление* Арбитражного суда Уральского округа от 13.08.2014 г. по делу №А71-13039/2010 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ *Постановление* Арбитражного суда Дальневосточного округа от 06.02.2015 по делу №А51-13382/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь
**ОСОБЕННОСТИ РАСТОРЖЕНИЯ КОНТРАКТОВ НА ВЫПОЛНЕНИЕ РАБОТ
ДЛЯ ГОСУДАРСТВЕННЫХ НУЖД ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

Право на односторонний отказ от исполнения договора является крайне важным для защиты интересов участников гражданского оборота от недобросовестных контрагентов. Особую важность приобретает это право при заключении контрактов для государственных нужд. При этом на практике такая возможность в большинстве случаев используется для прекращения взаимоотношений, прежде всего, государственными заказчиками.

В недавнем прошлом, при действии Федерального закона от 21.07.2005 №94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее – ФЗ №94), такая возможность у заказчика отсутствовала и контракт можно было расторгнуть лишь по соглашению сторон и в судебном порядке¹. Такое положение находило обоснованную критику у практических работников в связи, прежде всего, с тем, что это приводило к значительному затягиванию процесса расторжения контракта и необходимые для государства или муниципалитета работы могли быть выполнены со значительным опозданием или не выполнены вообще.

Законодатель воспринял обозначенные замечания и Федеральным законом от 07.06.2013 № 114-ФЗ в ФЗ №94 была внесена статья 19.2, которая предусматривала возможность расторжения контракта в связи с односторонним отказом стороны контракта от исполнения контракта.

Как известно 05.04.2013 был принят Федеральный закон №44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – ФЗ № 44), заменивший в регулировании закупок для государственных и муниципальных нужд ФЗ №94. Данный акт содержит в себе аналогичные нормы о расторжении контракта в связи с односторонним отказом.

Так, заказчик вправе принять решение об одностороннем отказе от исполнения контракта по основаниям, предусмотренным в ГК РФ при условии, если это было предусмотрено контрактом². Интерес представляет порядок доведения информации об одностороннем отказе до подрядчика.

В соответствии с частью 12 статьи 95 ФЗ №44 решение заказчика об одностороннем отказе от исполнения контракта не позднее чем в течение трех рабочих дней с даты принятия указанного решения размещается в единой информационной системе и направляется поставщику (подрядчику, исполнителю) по почте заказным письмом с уведомлением о вручении. При этом датой надлежащего уведомления считается дата получения заказчиком подтверждения о вручении указанного уведомления или дата получения информации об отсутствии поставщика (подрядчика, исполнителя) по его адресу, указанному в контракте, а при невозможности их получить дата по истечению тридцати дней с момента опубликования информации.

В связи с вышеизложенным, возникает вопрос о цели размещения информации об одностороннем отказе от контракта в единой информационной системе – довести информацию до недобросовестного контрагента или же довести такую информацию до неопределенного круга лиц?

Если исходить из содержания части 12 статьи 95 ФЗ №44, то можно сделать вывод о том, что размещение такой информации является, прежде всего, способом доведения информации до контрагента и позволяет также исчислять срок до даты расторжения контракта.

В то же время, необходимо учитывать принципы открытости и прозрачности, закрепленные в статье 7 ФЗ № 44. В соответствии с ними, в Российской Федерации обеспечивается свободный и безвозмездный доступ к полной и достоверной информации о контрактной системе в сфере закупок, что обеспечивается, в частности, путем размещения информации в единой информационной системе. Для понимания содержания указанных принципов представляется необходимым обратиться к понятию контрактной системы.

В соответствии с п. 1 ст. 3 ФЗ № 44 в содержание понятия контрактной системы в сфере закупок включается совокупность участников контрактной системы в сфере закупок и осуществляемых ими действий на обеспечение государственных и муниципальных нужд. Можно ли отнести опубли-

кование информации об одностороннем отказе от исполнения контракта к перечню действий, направленных на обеспечение государственных и муниципальных нужд? По нашему мнению ответ будет утвердительным ввиду того, что государственный или муниципальный заказчик, совершает такие действия для наиболее полного и своевременного удовлетворения нужд государства или муниципалитета.

Исходя из проведенного выше анализа, можно сделать вывод о том, что размещение в публичном доступе информации о решении заказчика об одностороннем отказе от исполнения контракта является также реализацией принципов открытости и прозрачности и направлено, в том числе, и на доведение такой информации до неопределенного круга лиц.

Решение об одностороннем отказе от исполнения контракта вступает в силу через десять дней с даты надлежащего уведомления контрагента³. В случае если подрядчик в течение десяти дней с момента его оповещения о предполагаемом расторжении контракта устранит допущенные нарушения, заказчик обязан отменить не вступившее в силу решение об одностороннем отказе от исполнения контракта⁴.

Исходя из буквального толкования указанных норм, можно сделать вывод о том, что заказчик, отменивший свое решение об одностороннем отказе от исполнения контракта, не обязан публиковать информацию об этом в единой информационной системе. На наш взгляд, такое упущение может приводить к негативным последствиям в связи со следующим.

Отсутствие информации об отказе заказчика от расторжения контракта может повлиять на деловую репутацию контрагента государства или муниципалитета и на дальнейшую работу в целом. Так, информация об одностороннем отказе заказчика от исполнения контракта, находящаяся в открытом доступе в единой информационной системе, может быть использована недобросовестными конкурентами поставщика (подрядчика, исполнителя) по контракту для подрыва его деловой репутации. Также такая информация может быть учтена неопределенным кругом потенциальных контрагентов такого поставщика при их выборе поставщиков (подрядчиков, исполнителей) для удовлетворения своих потребностей. Акционеры такого лица могут использовать информацию о предполагаемом расторжении контракта в качестве аргумента для смены руководства организации. Работники же, узнав такую информацию, могут сделать неверное предположение о невозможности дальнейшей работы в таком предприятии. В то же время, устранение всех указанных негативных последствий будет весьма затруднительным в связи с тем, что информация об отказе заказчика от расторжения контракта не находится в открытом доступе в единой информационной системе.

В связи с вышеизложенным, представляется два варианта решения указанной проблемы после принятия решения об отказе от расторжения контракта в одностороннем порядке: удалить из единой информационной системы информацию о ранее принятом решении об отказе или опубликовать информацию об отмене заказчиком не вступившего в силу решения об одностороннем отказе от исполнения контракта.

Так заказчик может после принятия решения об отказе от расторжения контракта в одностороннем порядке удалить из единой информационной системы информацию о ранее принятом решении. При таком решении проблемы все негативные моменты, указанные выше, минимизируются и права поставщика (подрядчика, исполнителя) будут не нарушены. Однако это не будет соответствовать требованиям принципов открытости и прозрачности, так как информация о возможном расторжении контракта и о дальнейшем отказе от расторжения контракта не будет доступна всем заинтересованным лицам.

При опубликовании в единой информационной системе информации об отмене заказчиком не вступившего в силу решения об одностороннем отказе от исполнения контракта будут устраняться все потенциальные риски поставщика (подрядчика, исполнителя) и при этом это будет отвечать принципам открытости и прозрачности, закрепленным в ФЗ № 44.

В связи с вышеизложенным, предлагается в часть 14 статьи 95 ФЗ № 44 внести указание на то, что решение заказчика об отмене не вступившего в силу решения об одностороннем отказе от исполнения контракта не позднее чем в течение трех рабочих дней с даты принятия указанного решения, размещается в единой информационной системе и направляется поставщику (подрядчику, исполнителю) по почте заказным письмом с уведомлением о вручении по адресу поставщика (подрядчика, исполнителя), указанному в контракте.

¹ Ч. 8 ст. 9 Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ (ред. от 30.12.2012) «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» // СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. 1). Ст. 3105.

² Ч. 8 ст. 95 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ (ред. от 29.06.2015) «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // СЗ РФ.2013. № 14. Ст. 1652.

³ Ч. 13 ст. 95 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ (ред. от 29.06.2015) «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // СЗ РФ.2013. № 14. Ст. 1652.

⁴ Ч. 14 ст. 95 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ (ред. от 29.06.2015) «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // СЗ РФ.2013. № 14. Ст. 1652.

Е.В. Любимова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРОБЛЕМЫ ИНСТАНЦИОННОЙ ПОДСУДНОСТИ ГРАЖДАНСКИХ ДЕЛ

В современной научной литературе сложилось три основных направления к определению понятия «подсудность», которые рассматривают данное явление через (1) компетенцию (полномочия, юрисдикцию), (2) круг дел, (3) относимость (свойство) дела, зачастую отмечая, что подсудность характеризует деятельность суда первой инстанции.

Однако в отдельных работах современных процессуалистов в числе видов подсудности называется инстанционная подсудность¹, такой же вид признается Конституционным Судом РФ². Можно предположить, что в данном случае поддерживается идея, заложенная Е.В. Васьковским, которым функциональная подсудность понималась через перечень процессуальных действий, которые имеет право совершать данный суд³.

Акцент на проявление подсудности при изучении работы суда первой инстанции впервые сделан Ю.К. Юдельсоном⁴ и получил развитие в монографии А.Ф. Козлова, посвященной суду первой инстанции⁵. В дальнейшем процессуалисты стали дополнять определение подсудности словосочетанием «суд первой инстанции» без изложения дополнительных к тому аргументов. При таком понимании не было оснований для выделения в отдельный вид инстанционной подсудности.

Автором фундаментальных исследований вопросов подведомственности и подсудности Ю.К. Осиповым указывалось на то, что «функция правосудия складывается из деятельности судов первой, второй инстанций и органов судебного надзора. В связи с этим принято говорить о функциях суда первой инстанции, функций суда второй инстанции и функций органов судебного надзора. Права органов государства на осуществление определенных функций (видов деятельности) представляют собой функциональные полномочия этих органов, а совокупность функциональных полномочий образует их функциональную компетенцию»⁶.

Здесь следует отметить, что, по мнению профессора, под подсудностью следует понимать круг материально-правовых вопросов индивидуального значения (т.е. вопросов, касающихся прав и обязанностей конкретных субъектов), отнесенных к ведению определенного судебного органа⁷. Однако в Курсе советского гражданского процессуального права им было дано иное определение: подсудность – относимость подведомственного судам дела к ведению определенного суда⁸.

Таким образом, в советском процессуальном праве не признавалась инстанционная подсудность, взамен которой объектом исследования была функциональная компетенция.

В настоящее время выделение инстанционной подсудности является спорным, и, как следствие, данный вид подсудности можно признать не изученным в полной мере явлением.

В ГПК РФ (ст. 379.1, 391.4), КАС РФ (ст. 321, 335) и АПК РФ (ст. 291.5, 308.3) термин «подсудность» используется в отношении жалоб, рассматриваемых кассационной и надзорной инстанциями. В названных кодексах применительно к кассационному и надзорному пересмотру предусмотрено, что в случае нарушения правил подсудности при подаче жалобы она подлежит возврату; в случае же если такая ошибка будет обнаружена в ходе рассмотрения жалобы в судебном заседании, то суд вправе оставить жалобу без рассмотрения по существу.

Согласно правовой позиции Конституционного Суда РФ взаимосвязанные положения п. 3 части второй ст. 377 и п. 3 части первой ст. 379.1 ГПК РФ, предусматривавшие возвращение надзорной жалобы без рассмотрения по существу в том случае, если она подана с нарушением правил подсудности, не препятствовали заинтересованному лицу в пересмотре судебного постановления в порядке

надзора, поскольку это лицо было вправе подать надзорную жалобу в суд надзорной инстанции с соблюдением правил подсудности, определенных в ст. 377 ГПК Российской Федерации⁹.

Соблюдение правил инстанционной подсудности может оказаться непростой задачей из-за отсутствия правила как такового, а использования законодателем метода перечисления объектов обжалования.

Метод перечисления, использованный законодателем при установлении подсудности кассационных жалоб в ст. 377 ГПК РФ, привел к серьезной ошибке – отсутствию в п. 3 ч. 2 названной статьи постановлений мировых судей. Такой пробел был устранен Пленумом Верховного Суда РФ¹⁰ спустя 2 года после реформирования кассационной инстанции.

Норма инстанционной подсудности, содержащаяся в п. 3 ч. 2 ст. 319 КАС РФ, предусматривает дополнительное требование к объекту обжалования: апелляционное определение суда субъекта, если им оставлено без изменения решение суда первой инстанции, может быть объектом второго кассационного обжалования только в случае, если в данном апелляционном определении есть новые мотивы в поддержку решения суда первой инстанции и заявитель в кассационной жалобе выражает несогласие именно с ними.

Такое новшество создает обязанность для суда кассационной инстанции на стадии возбуждения производства 1) сопоставить тексты судебных актов первой и апелляционной инстанций с целью установления новых мотивов; 2) изучить кассационную жалобу для выявления аргументов против новых доводов апелляционной инстанции. В случае несоблюдения двух названных условий в совокупности суд должен вернуть жалобу в связи с нарушением правил инстанционной подсудности (поскольку именно в данных правилах предъявляется такое требование к кассационной жалобе).

Основной проблемой инстанционной подсудности, по нашему мнению, является возможность выделения подсудности у коллегий и президиумов судов субъектов и Верховного Суда РФ. Во-первых, подсудность является свойством иска (заявления), но никак не структурной единиц суда, во-вторых, возвращение жалобы из-за отсутствия в ней указания на обращение именно в Судебную коллегию Верховного Суда РФ (в случае когда заявитель ограничился словами «Верховный Суд РФ») нарушает доступность правосудия, потому как законодатель до конца не предусмотрел разделение полномочий между коллегиями Верховного Суда РФ. Неопределенность допущена в ст. 291.1 АПК РФ, где предусмотрено право на второе кассационное обжалование в Судебную коллегию (какую?) Верховного Суда РФ; в тексте нормы нет также упоминания о Коллегии по экономическим спорам ВС РФ. В то время как ГПК РФ и КАС РФ предполагают выполнение второй кассации коллегией по гражданским делам и коллегией по административным делам соответственно. В этой связи уместно отметить, что предметная подсудность Верховного Суда РФ среди его коллегий не урегулирована на уровне закона.

В теории процессуального права является обоснованным и доказанным довод о том, что эффективность процедуры пересмотра судебных актов напрямую зависит от недопустимости совмещения в одном суде нескольких функций (первой, апелляционной, кассационной и (или) надзорной инстанций)¹¹.

Возможность оставления кассационной и надзорной жалоб без рассмотрения, очевидно, является излишней мерой, поскольку жалоба подлежит рассмотрению в заседании суда только после прохождения «фильтра» жалоб путем признания ее обоснованной и вынесения определения о передаче ее для рассмотрения в судебном заседании.

При установлении правил подачи апелляционной жалобы в ГПК РФ и КАС РФ законодатель предусмотрел иное последствие нарушения подсудности: апелляционные жалоба, представление подаются через суд, принявший решение; апелляционные жалоба, представление, поступившие непосредственно в апелляционную инстанцию, подлежат направлению в суд, вынесший решение, для дальнейших действий в соответствии с требованиями Кодекса.

Приведенное правило указывает на то, что ошибка заявителя не влияет на возможность возбуждения апелляционного производства.

В АПК РФ на случай ошибки заявителя при совершении аналогичного процессуального действия не предусмотрена обязанность суда передать дело в суд первой инстанции. По мнению Высшего Арбитражного Суда РФ, в данном случае апелляционная жалоба на судебный акт, в том числе на определение суда первой инстанции, подлежит возвращению¹². Если же апелляционная жалоба подана непосредственно в суд апелляционной инстанции после возбуждения в нем апелляционного производства по жалобе другого лица, то суд в целях соблюдения принципа процессуальной экономии решает вопрос о принятии этой жалобы к производству, не возвращая ее заявителю¹³.

На первый взгляд это дополнение о возможности принятия жалобы к производству носит характер нового правила, однако теоретические представления о роли постановлений высших судебных инстанций¹⁴ позволяют предположить, что суд в данном случае все же истолковал АПК РФ с использованием «элементов расширительного характера».

¹ *Валеев Д.Х.* Комментарий к положениям ГПК РФ о подведомственности судам гражданско-правовых споров // Вестн. гражданского процесса. 2014. 3. С. 88–104.

² *Определение Конституционного Суда РФ от 23.06.2015 №1480-О* «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Печникова Дениса Владимировича на нарушение его конституционных прав статьей 195 и частью второй статьи 391.1 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, а также статьями 1, 7 и 8 Федерального закона "О социальной защите инвалидов в Российской Федерации"» // СПС «Консультант Плюс».

³ См.: *Васьковский Е.В.* Учебник гражданского процесса / под ред. В.А. Томсинова. М.: Зерцало, 2003. С. 130–131.

⁴ См.: *Юдельсон К.С.* Советский гражданский процесс. М., 1956. С. 189.

⁵ См.: *Козлов А.Ф.* Суд первой инстанции как субъект советского процессуального права. Томск, 1983. С. 80.

⁶ *Осипов Ю.К.* Подведомственность и подсудность гражданских дел. М., 1962. С. 12–13.

⁷ Там же. С. 29.

⁸ *Курс советского гражданского процессуального права.* М., 1981. Т. 2. С. 19.

⁹ *Определение Конституционного Суда РФ от 25.01.2012 № 220-О-О* «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Иошкина Андрея Дмитриевича на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 30, пунктом 5 части второй статьи 131, частью второй статьи 376, пунктом 3 части второй статьи 377 и пунктом 3 части первой статьи 379.1 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ Пункт 7 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 11.12.2012 № 29 "О применении судами норм гражданского процессуального законодательства, регулирующих производство в суде кассационной инстанции" // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹ См.: *Терехова Л.А.* Исправление судебных ошибок как компонент судебной защиты. Омск. 2006. С. 185.

¹² Пункт 9 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 28.05.2009 № 36 (ред. от 10.11.2011) «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде апелляционной инстанции» // СПС «Консультант Плюс».

¹³ Там же.

¹⁴ См.: *Гонцов Н.И., Реутов В.П.* О юридической природе и видах предписаний, содержащихся в Постановлениях Пленума Верховного Суда Российской Федерации // Вестн. Перм. ун-та. Юрид. науки. 2014. Вып. 3(25). С. 10–22.

А.Г. Матвеев

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

**ИНСТИТУТ ГОСУДАРСТВЕННОЙ АККРЕДИТАЦИИ ОРГАНИЗАЦИЙ
ПО КОЛЛЕКТИВНОМУ УПРАВЛЕНИЮ АВТОРСКИМИ ПРАВАМИ
И ВСТУПЛЕНИЕ РОССИИ В ВТО**

**Обещать – не значит жениться
*Русская народная поговорка***

1. Коллективное управление авторскими правами является очень удобным институтом как для авторов, так и для лиц, использующих произведения. Например, с одной стороны, автор популярной песни не имеет возможности следить за всеми видами ее использования многочисленными телевизионными каналами, радиостанциями, ресторанами и кафе, концертными площадками. С другой стороны, радиостанция, использующая ежедневно сотни произведений, не может в индивидуальном порядке получить согласие на это у каждого автора.

Зачастую лицам, использующим произведения, требуется лицензия на весь мировой репертуар. Однако ни одна организация по коллективному управлению авторскими правами не имеет договоров, заключенных со всеми правообладателями произведений, составляющих такой репертуар¹. Ради удобства пользователей принцип коллективного управления, основанный только на договорах между автором и организацией, ограничивается таким образом, что одна или несколько организаций получают право выдавать лицензии на использование произведений от имени всех правообладателей, которые не заключили договоры с этой организацией.

В мире применяются различные модели коллективного управления авторскими правами от имени лиц, не заключивших договоры с соответствующими организациями². В России с 1 января 2008 г. существует институт государственной аккредитации организаций по коллективному управлению. Организация, получившая такую аккредитацию, вправе наряду с управлением правами тех правообладателей, с которыми она заключила договоры, осуществлять управление правами и сбор вознаграждения для тех правообладателей, с которыми у нее такие договоры не заключены (п. 3 ст. 1244 ГК РФ). Статьей 1244 ГК РФ предусматривается шесть сфер коллективного управления авторскими и смежными правами, в которых допускается государственная аккредитация: 1) управление исключительными правами на музыкальные произведения в отношении их публичного исполнения, сообщения в эфир или по кабелю; 2) осуществление прав авторов музыкальных произведений, использованных в аудиовизуальном произведении, на получение вознаграждения за публичное исполнение либо сообщение в эфир или по кабелю такого аудиовизуального произведения; 3) управление правом следования в отношении произведения изобразительного искусства; 4) осуществление прав авторов, исполнителей, изготовителей фонограмм и аудиовизуальных произведений на получение вознаграждения за воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях; 5) осуществление прав исполнителей на получение вознаграждения за публичное исполнение, а также за сообщение в эфир или по кабелю фонограмм; 6) осуществление прав изготовителей фонограмм на получение вознаграждения за публичное исполнение, а также за сообщение в эфир или по кабелю фонограмм.

Согласно п. 2 ст. 1244 ГК РФ государственная аккредитация на осуществление деятельности в каждой из указанных сфер может быть получена только одной организацией по коллективному управлению. В то же время такая организация может получить государственную аккредитацию на осуществление деятельности в одной, двух и более сферах коллективного управления.

2. По сути, государственная аккредитация организации по коллективному управлению делает эту организацию монополистом в конкретной сфере управления авторскими правами. На этот счет в абз. 3 п. 2 ст. 1244 ГК РФ предусмотрена норма, согласно которой по отношению к деятельности аккредитованной организации не применяются ограничения, предусмотренные антимонопольным законодательством.

С одной стороны, государственная аккредитация создает механизм управления правами, который является удобным для большинства пользователей и многих авторов. С другой стороны, остальные организации по коллективному управлению лишаются реальной возможности конкурировать с аккредитованной организацией, т.к. они не могут на равных условиях бороться с ней за авторов. Любая монополия приводит к тому, что качество обслуживания пользователей и авторов снижается, а стоимость такого обслуживания растет. Так, Конституционный суд РФ в постановлении от 28 апреля 1992 г. № 4-П³ отметил, что охрана государством прав авторов находится в прямой зависимости от соблюдения одного из конституционных принципов экономической системы Российской Федерации, согласно которому государство обеспечивает развитие рыночного механизма и не допускает монополизма.

3. При вступлении во Всемирную торговую организацию Российская Федерация обязалась пересмотреть свою систему коллективного управления. В параграфе 1218 доклада рабочей группы по присоединению Российской Федерации к Всемирной торговой организации⁴ указано, в частности, следующее: «Признавая сохраняющиеся озабоченности членов относительно управления правами без заключения соглашения с владельцем прав или его (ее) уполномоченным лицом, представитель Российской Федерации заявил, что Российская Федерация пересмотрит свою систему коллективного управления правами, чтобы отменить недоговорное управление правами в течение пяти лет после вступления в силу части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации». В соответствии с параграфом 1450 доклада к числу обязательств Российской Федерации, входных в п. 2 протокола о присоединении Российской Федерации к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации, подписанного 16 декабря 2011 г., относится обязательство, предусмотренное параграфом 1218 доклада. Протокол, ратифицированный Федеральным законом от 21 июля 2012 г. № 126-ФЗ⁵, является неотъемлемой частью Соглашения ВТО и в силу ч. 4 ст. 15 Конституции РФ включен в правовую систему Российской Федерации.

4. Пятнадцатый арбитражный апелляционный суд обратился в Конституционный Суд РФ с запросом о проверке соответствия Конституции п. 3 ст. 1244 ГК РФ, устанавливающего, что аккредитованная организация вправе осуществлять управление правами и сбор вознаграждения для тех правообладателей, с которыми у нее договоры не заключены. Конституционный суд РФ в определении от 6 ноября 2014 г. № 2531-О⁶ расценил данный запрос как вопрос о действии п. 3 ст. 1244 ГК РФ в

контексте исполнения предусмотренного параграфом 1218 доклада рабочей группы о присоединении Российской Федерации к Соглашению ВТО обязательства Российской Федерации о пересмотре национальной системы коллективного управления правами.

Конституционный Суд РФ указал, что он не уполномочен проверять соответствие действующих в Российской Федерации законов международным правовым актам. Суд отметил, что определение возможных способов исполнения указанного обязательства, в том числе решение вопроса о внесении необходимых изменений во внутреннее законодательство, осуществляется Российской Федерацией самостоятельно. Решение же вопроса о возможности непосредственного применения параграфа 1218 доклада рабочей группы о присоединении Российской Федерации к Соглашению ВТО как связанного с толкованием соответствующего положения международного договора не входит в полномочия Конституционного Суда Российской Федерации, определенные ст. 125 Конституции РФ.

5. Представляется, что Российская Федерация взяла на себя обязательство пересмотреть систему коллективного управления авторскими правами под угрозой непринятия в ВТО. Также очевидно, что пересмотра существующей системы и отмены института государственной аккредитации организаций по коллективному управлению в России не будет. Само по себе право организаций представлять всех авторов независимо от того, являются ли они членами этих организаций или нет, не противоречит правилам ВТО, в частности Соглашению ТРИПС. Например, такие организации-монополисты действуют в Италии, Швейцарии, Аргентине. Так, Конституционный суд Италии в своем решении от 17 апреля 1968 г. постановил, что законная монополия Итальянского общества авторов и издателей (SIAE) является общественно полезной, а следовательно, может рассматриваться как получившая одобрение в конституционном порядке⁷.

¹ О правовой природе таких договоров см.: *Щерба Л.Р.* Договор коллективного управления имущественными правами субъектов авторского и смежных прав: понятие и юридическая природа // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2012. Вып. 4(18). С. 187–197.

² См.: *Ficsor M.* Collective Management of Copyright and Related Rights. Geneva, 2002. P. 131–139.

³ *Постановление* Конституционного суда РФ от 28 апр. 1992 г. № 4-П по делу о проверке конституционности постановления Президиума Верховного Совета РСФСР от 3 февр. 1992 г. № 2275-1 «О Всероссийском агентстве по авторским правам» // Рос. газ. 1992. 26 мая (№ 119).

⁴ *Доклад* рабочей группы по присоединению Российской Федерации к Всемирной торговой организации. URL: // <http://www.fsvps.ru/fsvps-docs/ru/importExport/tsouz/docs/docladRG.pdf> (дата обращения: 01.06.2015).

⁵ *Федер. закон* от 21 июля 2012 г. № 126-ФЗ «О ратификации Протокола о присоединении Российской Федерации к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации от 15 апреля 1994 г.» // Рос. газ. 2012. 23 июля (№ 166).

⁶ *Определение* Конституционного Суда РФ от 6 нояб. 2014 г. №2531-О «По запросу Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда о проверке конституционности пункта 3 статьи 1244 Гражданского кодекса Российской Федерации». Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁷ См.: *Литчик Д.* Авторское право и смежные права. М., 2002. С. 375.

Е.С. Матишова

Южно-Уральский государственный университет, г. Челябинск

К ВОПРОСУ О МНОГООБРАЗИИ МЕТОДОВ НАУЧНОГО ИССЛЕДОВАНИЯ ИНСТИТУТА ТЕХНИЧЕСКОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ КАЧЕСТВА И БЕЗОПАСНОСТИ ПИЩЕВОЙ ПРОДУКЦИИ

Каждый ученый должен определить методы своего научного исследования. Значимость первоочередного выбора методов научного познания для эффективной исследовательской деятельности неоднократно подтверждалась исследователями (учеными). Так, А.А. Максуров отмечает, что от качества и уровня методологии исследований во многом зависит и сам их конечный результат¹. В.Д. Перевалов указывает, что дальнейшее развитие юриспруденции невозможно без совершенствования системы методов (методологии), способных расширить, модифицировать познавательные способности правоведов в современных условиях². В науке не сложилось единого подхода к вопросу о методе научного исследования. О.В. Зиборов полагает возможным говорить о «методе науки», «методе научного исследования», «научном методе» как о тождественных понятиях³. К.С. Бельский, Л.А. Зайцева отмечают, что это тождественные понятия, но с различным содержанием⁴. А.А. Алпатов, анализируя множество взглядов на понятие «метода» в литературе, приходит к выводу о том, что

«метод фокусирует в себе не только приемы, способы работы с научным материалом, но и указывает на оптимальный курс (направление) исследования конкретной области», «причем главным элементом метода является детерминирующая его вектор и содержание закономерность»⁵. В рамках настоящей статьи мы будем использовать понятие «метод научного исследования» как способ познания определенного круга общественных отношений, направленный на достижение поставленных научных целей.

Можно сказать, что в науке сложилось единое понимание классификации методов научного исследования. Методологи выделяют всеобщий метод познания, общенаучные, междисциплинарные, частнонаучные (специальные) методы⁶. Характеристика методов научного исследования института технического регулирования пищевой продукции определяется спецификой этого института. Анализ действующего законодательства в изучаемой сфере, приоритет наднационального уровня регулирования качества и безопасности пищевой продукции, межотраслевой характер исследуемого института, сочетание частных и публичных интересов, применение императивного и диспозитивного методов регулирования в указанной сфере отношений позволяют говорить о необходимости комплексного подхода к изучению сферы технического регулирования, т.е. к необходимости использования целого ряда методов научного исследования, т.е. о принципе методологического плюрализма в современном праве. Опираясь на предложенную классификацию методов научного исследования, рассмотрим преломление этих методов в вопросе изучения нашего объекта исследования. Как отмечает О.А. Кузнецова, каждому исследователю крайне важно назвать всеобщий (философский) метод, который предопределяет не только совокупность конкретных, необходимых для данного исследования, методов, но и фиксирует мировоззренческую позицию ученого⁷. Автор отмечает, что в методологии науки продолжает оставаться устойчивым представление о материалистической диалектике как единственном универсальной методе, способном привести к истинному знанию, который именуется не иначе как «общий философский метод познания»⁸. Изучение сферы технического регулирования невозможно без применения законов диалектики: переход количественных изменений в качественные; единство и борьба противоположностей; отрицание отрицания. Вместе с тем исследователи предлагают не ограничиваться этими законами. Так, Д.Я. Малешин отмечает, что одним из законов является также диалектика целого и части, общего и особого⁹. В исследуемой нами сфере соотношение общих и специальных норм особенно отчетливо проявляется в установлении общих требований к безопасности пищевой продукции, к упаковке пищевых продуктов, и особых требований к отдельным пищевым продуктам: к соковой, масложировой и пр. Особый интерес для исследователя в связи с этим представляет определение значимости и эффективности такого разделения. Среди общенаучных методов наиболее важными для исследования выбранного объекта представляются системный, исторический и логический методы. Системный анализ позволяет рассмотреть изучаемый объект с точки зрения системы во взаимодействии ее компонентов¹⁰. Техническое регулирование пищевой продукции можно представить как систему трех взаимосвязанных компонентов: регулирование в области установления, применения и исполнения обязательных требований, регулирование в области установления и применения требований на добровольной основе, а также регулирование отношений в области оценки соответствия. Кроме этого, любое юридическое явление необходимо рассматривать с точки зрения исторических причин его возникновения, влияния на его становление совокупности факторов социально-экономического, политического, культурного характера. Не только проследить процессы формирования права, установить изменяющуюся роль права в целом и отдельных институтов в различных обществах и в разные эпохи, но и изучить динамику этих изменений исследователю помогает исторический метод исследования¹¹, а также метод единства логического и исторического. Важность историко-правового анализа какого-либо правового феномена с точки зрения логического содержания и исторического формирования не вызывает сомнений: историческое в этом случае является условием верного логического понимания юридического факта, при этом правильное определение сущности правового явления, его внутренней логики позволяет верно определить исторические корни, выявить причинно-следственные связи и закономерности развития¹².

Немаловажно применение в изучении любого круга общественных отношений междисциплинарных методов, используемых в различных отраслях знаний. Так, для целей исследования указанной сферы правоотношений представляется необходимым использование математических методов, а также методов социологии. Техническое регулирование, устанавливая требования к продукции, работам, услугам, оказывает огромное влияние на хозяйствующих субъектов. Устанавливая или отменяя те или иные требования, законодатель должен, в частности, руководствоваться интересами предпринимательского сообщества. При этом государству необходимо проследить последствия нововведений, обратив внимание на экономические результаты. Как отметил Д.Ю. Тарасов, «если идет речь о

правовом регулировании экономических отношений, то, применяя математические методы, мы вправе ожидать ответ на вопрос о том, наблюдаются ли улучшения в тех базовых экономических институтах, которые определяют содержание экономического роста, или нет»¹³. С другой стороны, техническое регулирование не в меньшей степени направлено на конечных потребителей продукции, подлежащей такому регулированию. Особенно явно это проявляется в вопросе регулирования оборота пищевой продукции, ведь конечными ее потребителями являются граждане как наименее защищенные участники общественных отношений. В этой связи методы, используемые в социологии (анкетирование, опросы и пр.), позволяют определить эффективность правового регулирования оборота пищевой продукции среди ее потребителей.

Не вдаваясь в теоретическое осмысление споров о том, какие именно методы следует относить к частнонаучным (специальным), отметим важность использования в изучении выбранного объекта сравнительно-правового метода, признаваемого в науке частнонаучным. Наднациональный уровень технического регулирования в рамках межгосударственных объединений требует проведения сравнительного анализа нормативной базы РФ и наследия Таможенного союза, а также норм, которые будут создаваться в рамках Евразийского экономического союза.

В современной науке права большое значение приобрел межотраслевой метод в цивилистических исследованиях, обоснованный в трудах М.Ю. Чельшева. Этот специальный метод представляет собой отражение общего междисциплинарного подхода, сочетает элементы (черты) других методов юридических исследований – сравнительно-правового и системного, является одной из составных частей цивилистической методологии – инструментом познания правовой действительности, позволяет отразить в науке комплексность правовой жизни в частноправовой сфере, выявить особенности функционирования системы межотраслевых связей гражданского права¹⁴. Для изучения института технического регулирования, находящегося на стыке различных отраслей права, межотраслевой метод позволяет определить место технического регулирования в системе права, проанализировать, как указанный институт реализован в правовых нормах различных отраслей права, насколько эффективно эти нормы применяются на практике и пр.

¹ *Максуров А.А.* Дискуссионные вопросы методологии правовых исследований (на примере координационной технологии) // *Юридическое образование и наука.* 2014. № 3. С. 12–13.

² *Перевалов В.Д.* Взаимодействие правовых систем: теоретические аспекты // *Российский юридический журнал.* 2014. № 5. С. 7.

³ *Зиборов О.В.* Особенности методологии исследования военного положения // *Современный юрист.* 2014. № 3. С. 59.

⁴ *Бельский К.С., Зайцева Л.А.* Методология и метод познания в праве (общетеоретические аспекты) // *Юридическое образование и наука.* 2010. № 3. С. 37.

⁵ *Алпатов А.А.* О методологических проблемах научного исследования права // *Актуальные проблемы российского права.* 2010. № 4. С. 15.

⁶ *Кузнецова О.А.* Методы научного исследования в цивилистических диссертациях // *Вестник Пермского университета. Юридические науки.* 2014. № 4(26). С. 257.

⁷ Там же.

⁸ *Кузнецова О.А.* Указ. соч.

⁹ *Малешин Д.Я.* Методология гражданского процессуального права. М.: Статут, 2010. С. 137.

¹⁰ Там же.

¹¹ *Халфина Р.О.* Значение историко-правовых исследований для теории права // *Методология историко-правовых исследований.* М.: Изд-во ИГиП АН СССР, 1980. С. 30.

¹² *Публичные финансы и финансовое право: сборник научных трудов к 10-летию кафедры финансового права Высшей школы экономики / Р.Е. Артюхин, Ю.В. Гинзбург, Ю.В. Гинзбург и др.; под ред. А.Н. Козырина.* М.: НИУ ВШЭ, 2012. С. 15.

¹³ *Тарасов Д.Ю.* Математизация юридического знания и проблема измерения экономической эффективности правовых норм // *Юридический мир.* 2014. № 7. С. 49.

¹⁴ *Чельшев М.Ю.* Система межотраслевых связей гражданского права: цивилистическое исследование: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Казань, 2009. С. 13.

ЛИЧНОСТЬ МЕДИАТОРА

В работе рассмотрен вопрос эффективности процедуры медиации при правильном выборе медиатора, анализируется роль личностных качеств медиатора при проведении данной процедуры, описывается взаимосвязь эмоционального лидерства медиатора и эффективности процедуры медиации.

Федеральный закон Российской Федерации «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» от 27 июля 2010 г. №193-ФЗ (далее – Федеральный закон) позволяет заниматься медиацией на профессиональной и на непрофессиональной основе. Статьей 15, 16 Федерального закона установлены общие требования к медиатору, осуществляющему деятельность на непрофессиональной основе – достижение совершеннолетия, обладание полной дееспособностью, отсутствие судимости, и к медиатору, осуществляющему деятельность на профессиональной основе – достижение возраста двадцати пяти лет, высшее образование а также дополнительное профессиональное образование по вопросам применения процедуры медиации. Таким образом, медиатором могут быть представители неограниченного круга профессий, за исключением лиц, занимающих должности в государственных, муниципальных органах и службах. В Федеральном законе не упоминается о возможности выполнения функций медиатора иностранным гражданином или лицом без гражданства.

Такое деление на профессиональных и непрофессиональных медиаторов обусловлено тем, что единственное ограничение, которое применяется к непрофессиональным медиаторам – споры, которые разрешаются с помощью медиации после обращения сторон в суд, могут урегулировать лишь с участием медиатора, ведущего деятельность на профессиональной основе. В связи с этим возникает необходимость более тщательно относиться к выбору медиатора.

Модель медиации, на которую ориентируется Федеральный закон, предполагает, что роль медиатора заключается в организации процесса, в первую очередь в качестве независимого участника данной процедуры. Отсюда и предполагается необходимость установленных законодательством ограничений в совмещении государственным и муниципальным служащим своей работы с медиативной деятельностью; такие лица являются представителями власти, выразителями интересов государства и имеют определенные ограничения в связи с таким статусом.

На основании ст. 16 Федерального закона было принято постановление Правительства Российской Федерации «О программе подготовки медиаторов» от 03 дек. 2010 г. № 969, в соответствии с которым приказом Министерства образования и науки Российской Федерации от 14 февр. 2011 г. была утверждена Программа подготовки медиаторов.

В Российской Федерации за основу взята «содействующая» модель медиации. Такой подход предполагает, что ключевой задачей медиатора является обеспечение сторонами помощи в налаживании диалога между сторонами, содействие в поиске такого выхода из конфликта, который приемлем для них в равной степени. Медиатор выступает носителем определенного опыта и оказывает непосредственное влияние на эффективность процедуры медиации. Он действует в равной степени в интересах всех сторон спора и не должен позволять себе втягиваться в противостояние сторон.

Умение налаживать контакт с людьми, поддерживать и направлять ход общения, тактично и дипломатично подходить к разрешению разногласий является ключевой компетенцией медиатора. В связи с этим для успешной медиативной практики медиатор должен обладать определенным объемом компетенции: иметь определенные способности, образование, опыт, обладать знаниями в определенной сфере, а также определенными личностными качествами, такими как добропорядочность, толерантность, влиятельность, проницательность.

По мнению советника президента РФ Яковлева Вениамина Федоровича: «Люди, которые создают вокруг себя напряжение, разговаривают на повышенных тонах, не могут быть медиаторами. Важно, чтобы медиатор умел снять напряжение в обстановке вокруг себя. Медиатор – это, прежде всего, миротворец. Более того, медиатор – это не только профессия, но и призвание. Искусству снижения конфликтности необходимо обучаться и постоянно его совершенствовать».

Эффективность деятельности медиатора во многом зависит от его умения корректно производить выбор стратегий и тактик работы с учетом специфики конкретной ситуации. На сегодняшний день существует большое количество техник, из которых традиционно выделяют: рефлексивное вмешательство, предполагающее установление и поддержание контакта между медиатором и участ-

никами, выстраивание доверительных отношений с участниками конфликта; контекстуальное вмешательство, в основе которого лежит подстраивание своей деятельности под различные обстоятельства спора; независимое вмешательство, предполагающее влияние медиатора на принимаемое решение.

По мнению Александра Евгеньевича Молотникова: «Наиболее эффективным медиатором может стать лишь тот кандидат, который обладает юридическими знаниями, имеет навыки психолога и мудрость судьи».

Действующее законодательство не позволяет действующим судьям и судьям в отставке быть медиаторами. Однако такие лица обладают достаточно большим жизненным опытом и высоким уровнем знаний, сталкивались с многими конфликтными ситуациями и методами их разрешения, в связи с этим считаю возможным судьям в отставке заниматься данной деятельностью, при условии отхода ими от парадигмы состязательного процесса и переориентирования на сотрудничающий процесс.

Нет однозначного ответа о совмещении медиативной деятельности и деятельности адвоката. В Федеральном законе «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» от 31 мая 2002 г. №63-ФЗ не говорится о медиации. Этот вопрос перенесен в сферу профессиональной адвокатской деятельности. Так, например, 22 апр. 2013 г. на VI Всероссийском съезде адвокатов были внесены изменения в Кодекс профессиональной этики адвоката, одним из которых: адвокату разрешено за деньги заниматься урегулированием споров, в том числе в качестве медиатора или третейского судьи.

Список литературы

1. *Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации*: Федеральный закон РФ от 31 мая 2002 г. №63-ФЗ // Российская газета. 2002. 5 июня. № 100.
2. *Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)*: Федеральный закон от 27 июля 2010 г. №193-ФЗ // Российская газета. 2010. 30 июля. № 168.
3. *О программе подготовки медиаторов*: постановление Правительства Российской Федерации от 3 дек. 2010 г. № 969.
4. *Приказ* Министерства образования и науки Российской Федерации от 14 февр. 2011 г. № с187.
5. *Обобщение* вопросов и ответов: информация Совета судей РФ от 23 августа 2012 г. Вопрос 6.
6. *Базаров Т.Ю.* Технология центров оценки персонала: процессы и результаты. М.: Кнорус, 2011;
7. *Молотников А.Е.* Медиация // Акционерное общество: вопросы корпоративного управления. 2010. 20 сент.

Л.М. Пахомова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

К ВОПРОСУ О ПРАВОВОЙ ПРИРОДЕ ГОСУДАРСТВЕННЫХ И МУНИЦИПАЛЬНЫХ КонтРАКТОВ В СОВРЕМЕННОЙ КонтРАКТНОЙ СИСТЕМЕ

Реформа системы государственных и муниципальных закупок заставила обратить внимание на развитие этапа исполнения контракта. При этом до сих пор продолжается дискуссия о правовой природе таких государственных и муниципальных контрактов.

Впервые понятие государственного контракта нашло официальное закрепление в ФЗ № 97 от 06.05.1999 «О конкурсах на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд»¹, где под государственным контрактом понимался договор поставки товаров (работ, услуг) для государственных нужд, заключаемый между государственным заказчиком и победителем конкурса в соответствии с законодательством Российской Федерации. При этом в более ранних нормативно-правовых актах такое определение либо отсутствовало, либо было дано довольно размыто. В одном из первых нормативно-правовых актов, посвященных порядку закупочной деятельности № 2859-1 от 28.05.1992 «О поставках продукции и товаров для государственных нужд»², не дается определения контракта, но делается ссылка на то, что государственный контракт является основным документом, определяющим права и обязанности государственного заказчика и поставщика по обеспечению государственных нужд, и регулирующим экономические, правовые и организационно-технические отношения поставщика с государственным заказчиком, выступающим в качестве покупателя.

В ФЗ № 60 от 13.12.1994 «О поставках продукции для федеральных государственных нужд»³, который до сих пор не утратил силу, также не дается определение государственного контракта, но указывается, что государственный контракт определяет права и обязанности государственного заказчика и поставщика по обеспечению федеральных государственных нужд и регулирует отношения поставщика с государственным заказчиком при выполнении государственного контракта.

В этом же нормативно-правом акте закрепляются условия, которые могут войти в такой контракт, в которых могут быть предусмотрены контроль со стороны государственного заказчика за ходом работ по выполнению государственного контракта и оказание консультативной и иной помощи поставщику без вмешательства в оперативно-хозяйственную деятельность последнего.

Кроме того, определяется, что по решению Правительства Российской Федерации государственный заказчик может вносить необходимые изменения в государственный контракт или прекращать его действие при условии возмещения им убытков поставщикам в соответствии с действующим законодательством.

В базовой редакции ГК РФ поставке товаров для государственных и муниципальных нужд отведен целый параграф (ст. 525–534), но определяются только условия его исполнения в виде передачи товаров государственному или муниципальному заказчику и соответственно их оплаты со стороны заказчика, но также не дается определения таких контрактов.

В указе Президента РФ № 305 от 08.04.1997 «О первоочередных мерах по предотвращению коррупции и сокращению бюджетных расходов при организации закупки продукции для государственных нужд»⁴, который является одним из самых системных подзаконных актов, регламентирующих закупочную деятельность также отсутствовало определение государственного контракта, но указывалось, что государственный контракт заключается в соответствии с требованиями Гражданского кодекса Российской Федерации.

Современное законодательство о контрактной системе определяет понятие государственного и муниципального контракта как договора, заключаемого от имени Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципального образования государственным или муниципальным заказчиком для обеспечения соответственно государственных, муниципальных нужд. В ФЗ № 44⁵ не определяется понятие договора бюджетного учреждения, чем порождается противоречивая практика правоприменения в таких учреждениях. Так, до сих пор не нашла нормативного определения практики заключения государственными и муниципальными заказчиками государственных и муниципальных контрактов, а бюджетными учреждениями – гражданско-правовых договоров. При этом ФЗ № 94⁶ от 21.07.2005 «О размещении заказов на поставки товаров, выполнении работ, оказании услуг для государственных и муниципальных нужд» достаточно четко разделял понятия контракта и договора, определяя государственный контракт как договор, заключенный заказчиком от имени Российской Федерации, субъекта Российской Федерации или муниципального образования в целях обеспечения государственных или муниципальных нужд. Под гражданско-правовым договором бюджетного учреждения на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг данный нормативно-правовой акт понимал договор, заключаемый от имени бюджетного учреждения. На данный момент есть необходимость редакции нормы о заключении не только государственных и муниципальных контрактов, но и гражданско-правовых договоров с четким правовым определением в ФЗ № 44.

Определяя суть правовой природы контракта, большинство исследователей либо выделяли его особенности по сравнению с договорами гражданско-правового характера, либо подвергали их сомнению, подчеркивая необходимость относить такие контракты к договорам поставки⁷. Достаточно мотивированно мнение исследователей, которые исходят из позиции, что государственный контракт является разновидностью договора о поставке, оказании услуг, выполнении работ, но при этом обладает рядом характерных признаков, таких, например, как наличие публично-правовых элементов в структуре договорных связей по поставке товаров для государственных и муниципальных нужд и других особенностей⁸.

Анализ правовой природы государственных и муниципальных контрактов в системе контрактных отношений приводит к мысли о необходимости выделения их в особый вид.

Вряд ли вообще такой контракт можно отнести к договорам, которые регулируются гражданским законодательством, т.к. при его заключении и исполнении отсутствует принцип свободы волеизъявления сторон. В некотором смысле такой контракт имеет признаки договора присоединения, но при этом его особенности можно назвать и особенности административного договора. В современных условиях развития контрактных отношений практика заключения, изменения, расторжения, исполнения государственных и муниципальных контрактов вообще может быть охарактеризована как безусловно властная деятельность со стороны государственных и муниципальных заказчиков и толь-

ко при заключении договоров бюджетными учреждениями могут возникать элементы гражданско-правовых отношений с преобладанием всех тех же условий административного договора. Такая позиция может быть определена не только наличием особого субъектного состава, где одним из участников таких контрактов является орган государственной власти или орган местного самоуправления, но и особенностями его изменения и исполнения. В рамках исполнения таких государственных и муниципальных контрактах явно выражена административная природа возникших отношений, выражающаяся, во-первых, в реализации публично-правовых интересов его участников, во-вторых, в безусловных обязанностях выполнять условия контракта со стороны поставщика (исполнителя, подрядчика) с огромным перечнем возможной ответственности и практически невозможностью свободного изменения условий контракта в соответствии с нормами гражданского законодательства. Кроме того, сам порядок заключения, изменения и расторжения таких договоров в соответствии с нормами ФЗ № 44 имеет явно выраженный административный порядок. Так, в соответствии с ч. 9 и 20 ст.95 ФЗ № 44 для принятия решения об отказе от исполнения контракта как заказчик, так и поставщик должен принять решение. Сама природа такого решения имеет административно-правовой характер и не может быть охарактеризована в рамках гражданского законодательства, а определяется в основном нормами административного права.

Таким образом, определяя правовую природу государственных и муниципальных контрактов, необходимо подчеркнуть прежде всего административный характер таких договоров, особенно при заключении и исполнении.

Более четкая регламентация правовой природы таких отношений позволит сформировать правоприменение и, возможно, приведет хотя бы к относительному единообразию судебной практики по порядку заключения, изменения, расторжения государственных и муниципальных контрактов.

¹ *Федеральный закон от 06.05.1999 № 97-ФЗ «О конкурсах на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд».* URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_23004/.

² *Закон РФ от 28.05.1992 № 2859-1 «О поставках продукции и товаров для государственных нужд».* URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_516/.

³ *Федеральный закон от 13.12.1994 № 60-ФЗ «О поставках продукции для федеральных государственных нужд».* URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?base=LAW&n=161962&req=doc>.

⁴ *Указ Президента РФ от 08.04.1997 № 305 «О первоочередных мерах по предотвращению коррупции и сокращению бюджетных расходов при организации закупки продукции для государственных нужд».* URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?base=LAW&n=14009&req=doc>.

⁵ *Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».* URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_177655/.

⁶ *Федеральный закон от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».*

⁷ *Абрегова А.* Проблемы определения правовой природы государственных контрактов // Известия высших учебных заведения. Поволжский регион. 2013. № 3(27). С. 46–53; *Никольский Д.С.* Государственный контракт как вид договора: сочетание публично-правовых и частно-правовых аспектов // Хозяйство и право. 2012. № 12(40). С. 264–268; *Демин А.* Государственные контракты (публично-правовой аспект). 1997. № 8.

⁸ *Барыбина Е.Л.* Понятие и правовая природа государственных контрактов по поставке товаров для государственных и муниципальных нужд // Материалы пятого Пермского конгресса ученых-юристов: матер. междунар. науч.-практ. конф., Пермь, 2014. С. 61–62.

А.И. Сидоренко

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРИНЦИП ПРАВОВОЙ ОПРЕДЕЛЕННОСТИ В ПРАКТИКЕ АРБИТРАЖНЫХ СУДОВ И СУДОВ ОБЩЕЙ ЮРИСДИКЦИИ

Одной из бесспорных ценностей права является способность упорядочивать общественные отношения, обеспечивать их мирное развитие, которая в юридической науке и практике в последнее десятилетие связывается с категорией «правовая определенность». В.Д. Зорькин в одной из своих статей заметил: «Немало обращений в КС обусловлено элементарными дефектами законодательной техники, подрывающими принцип правовой определенности»¹. Кроме того, он подчеркнул, что «... принцип правового равенства включает в себя также моменты разумной стабильности и правовой определенно-

сти, необходимые для того, чтобы люди, не имевшие возможность загодя подготовиться к изменениям в их жизненной ситуации, не оказались бы ущемленными по сравнению с другими»².

Использование принципа правовой определенности в отечественной судебной практике тесно связано с деятельностью Европейского Суда по правам человека (далее – ЕСПЧ), раскрывшего в своих Постановлениях значения указанного принципа применительно к различным ситуациям. Однако российской судебной системой указанный принцип был заимствован не во всей полноте и многообразии его значений, что зачастую приводит к произволу в правоприменении. Данной проблеме посвящено немало работ³. Во многом ее корни кроются в неосведомленности российских судов первой, апелляционной и кассационной инстанций о практике ЕСПЧ. Показательно, что 13.11.2010 в рамках конференции о реализации Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее – ЕКПЧ)⁴ Пермским краевым судом был подготовлен документ, именуемый «Значение Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод и практики Европейского Суда в реформировании российской судебной системы на краевом уровне», в котором обобщена практика ЕСПЧ по 59 делам, рассмотренным за 2009–2010 гг.⁵. В то же время в указанный период Европейским Судом было принято 3006 постановлений, из них 425 против России⁶. В приведенном заключении отмечается: «Анализ судебных постановлений показал, что при вынесении постановлений суды Пермского края исходили и из складывающейся судебной практики Европейского Суда по правам человека».

Московский городской суд упоминает принцип правовой определенности в 17 541 актах⁷, в основном в кассационных определениях об отказе в передаче жалобы на рассмотрение. Среди них 324 акта не содержат каких-либо пояснений значения этого принципа, помимо указания на его нарушение. Также 23 акта Мосгорсуда заимствуют позиции Конституционного Суда РФ о правовой определенности по вопросам ясности правового регулирования. Оставшиеся 17 194⁸ акта Мосгорсуда содержат интерпретацию принципа правовой определенности в значении, обосновывающем отказ в рассмотрении надзорной жалобы (недопустимость пересмотра вступившего в силу судебного акта при отсутствии «существенного» нарушения, т.е. «неопровержимость судебных решений» в интерпретации ЕСПЧ⁹). Вместе с тем принцип правовой определенности служит иной цели – обеспечения эффективного правового регулирования благодаря точности правовых предписаний и ясности прав и обязанностей участников правоотношений¹⁰.

Причиной подобного одностороннего взгляда судов на принцип правовой определенности может быть непопулярность использования практики ЕСПЧ российскими судами первой, апелляционной и кассационной инстанций. Например, в правоприменительной практике Пермского краевого суда на 17 октября 2014 г. указание на принцип правовой определенности было осуществлено в 69 решениях, среди которых 6 постановлений и 63 определения. Указания на практику ЕСПЧ или ссылки на ЕКПЧ содержатся в 11 случаях¹¹.

Особо следует отметить форму этих ссылок. Так, в определении Пермского краевого суда от 4 мая 2011 г. по делу № 33-3558 указано: «В соответствии с прецедентной практикой Европейского Суда по правам человека заявитель имеет право на возмещение расходов и издержек...». В то же время ссылок на какое-либо конкретное постановление в тексте процитированного судебного решения нет, как и в остальных одиннадцати постановлениях. Во всех актах Пермского краевого суда, которые ссылаются на практику ЕСПЧ, касающуюся принципа правовой определенности, он рассматривается исключительно в значении «неопровержимости судебных решений». Опираясь на практику высших судов России, Пермский краевой суд предлагает и другие трактовки принципа правовой определенности. Так, в определении от 2 декабря 2013 г. по делу № 33-11189/2013 отмечается, что правовая определенность предполагает, в соответствии с позицией Конституционного Суда РФ, отраженной в постановлении от 24 мая 2001 г. № 8-П, стабильность правового регулирования. Аналогичные позиции представлены в 28 актах данного суда, касающихся выплаты пенсий¹².

Представляется, что подобная ситуация связана напрямую с редким и фрагментарным заимствованием Верховным Судом РФ позиций о правовой определенности у Конституционного Суда РФ и ЕСПЧ. По состоянию на 31 декабря 2014 г. Президиумом и Пленумом Верховного Суда РФ было принято всего 24 постановления, содержащих ссылки на принцип правовой определенности¹³.

В системе арбитражных судов принцип правовой определенности в трактовках ЕСПЧ включен в правоприменительный процесс в большем объеме.

Пленумом и Президиумом Высшего Арбитражного Суда России было принято 66 решений со ссылками на принцип правовой определенности¹⁴. Причем впервые он упоминается в постановлении Президиума ВАС РФ от 14 ноября 1995 г. № 9401/93, т.е. еще до ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод Россией.

Семнадцатый арбитражный апелляционный суд опирается в своих решениях на практику ЕСПЧ не приводя ссылок на конкретные дела. Например, в постановлении от 6 сентября 2012 г. № 17АП-8498/2012-АК по делу № А60-14032/2012 указано, что «позиция ЕСПЧ о недопустимости при рассмотрении спора чрезмерных правовых или практических преград означает неправомерность отказа заявителю в осуществлении его субъективного права на судебную защиту по формальным основаниям». Следует заметить, что приведенная трактовка обосновывала восстановление пропущенного срока судебного взыскания налоговым органом с предпринимателя налога на добавленную стоимость в пользу государства.

Среди арбитражных судов округов ссылки на постановления ЕСПЧ не делаются АС Дальневосточного округа¹⁵, АС Западно-Сибирского округа¹⁶, АС Центрального округа¹⁷. Встречаются ссылки на постановления ЕСПЧ, в том числе содержащие позиции о правовой определенности, в практике Суда по интеллектуальным правам¹⁸, АС Волго-Вятского округа¹⁹, АС Восточно-Сибирского округа²⁰, АС Московского округа, АС Поволжского округа²¹, АС Северо-Западного округа²², АС Северо-Кавказского округа, АС Уральского округа²³, но практически во всех случаях принцип правовой определенности трактуется только в аспекте «неопровержимости судебных решений».

Таким образом, в подавляющем большинстве случаев российские суды используют принцип правовой определенности исключительно для обоснования недопустимости пересмотра вступившего в законную силу судебного решения. Как отмечено в аналитическом материале А. Кисилева, ФАС округов реже прибегают к упоминанию данного принципа как мотива отклонения жалобы по сравнению с кассационными судами общей юрисдикции²⁴.

На основании изложенного следует сделать вывод, что имплементация российскими судами практики ЕСПЧ, касающейся принципа правовой определенности, затруднена, во-первых, низким количественным и качественным уровнем ее использования в процессе судопроизводства²⁵ и, во-вторых, конфликтом интересов, вытекающим из необходимости эффективного, но быстрого правосудия. Если решение первой проблемы кроется в повышении уровня культуры использования практики ЕСПЧ в процессе судопроизводства, то вторая может быть устранена путем принятия систематизирующего судебного акта, предпочтительнее в форме постановления Пленума Верховного Суда РФ, в котором должны быть обозначены правила применения принципа правовой определенности судами и раскрыты его основные значения и функции, а также представлен общий порядок соотношения данного принципа с иными принципами права.

¹ Зорькин В.Д. Конституция живет в законах // Рос. газ. Федер. вып. №6560 (288). URL: <http://www.rg.ru/2014/12/18/zorkin.html> (дата обращения: 06.05.2015).

² Там же.

³ См., напр.: Султанов А.Р. Жажда справедливости: борьба за суд. М., 2014. 304 с.; *Его же*. Борьба за право на обжалование судебного решения. М., 2014. 527 с.; *Как судьи принимают решения: эмпирические исследования права* / под ред. В.В. Волкова. М., 2012, 368 с.; *По ту сторону права: законодатели, суды и полиция в России: сб. ст.* / В. Волков, И. Григорьев, А. Дмитриева [и др.]; под ред. В. Волкова, М. Трудолубова. М., 2014. 332 с.

⁴ *Новости* официального сайта Уполномоченного по правам человека в Республике Татарстан. URL: <http://upch.tatarstan.ru/rus/index.htm/news/69815.htm> (дата обращения: 12.08.2014).

⁵ *Значение* Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод и практики Европейского Суда в реформировании российской судебной системы на краевом уровне. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶ HUDOC European Court of Human Rights official site. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#> (дата обращения: 12.08.2014).

⁷ *Статистика* получена на основании актов Мосгорсуда, содержащихся в системе «Консультант Плюс».

⁸ Данные получены путем применения фильтра в системе поиска «КонсультантПлюс». В фильтр вносились стандартные формулировки, используемые судами при обосновании недопустимости отмены вступившего в законную силу судебного решения.

⁹ См.: *Постановление* ЕСПЧ от 19 апр. 2011 г. «Батурлова против России» // Бюллетень Европейского суда по правам человека. Рос. издание. 2012. № 3. С. 8, 137–145.

¹⁰ См. подробнее об этом: Поляков С.Б., Сидоренко А.И. Значение принципа правовой определенности в постановлениях Европейского суда по правам человека // Адвокат. 2014. № 7. С. 3–6.

¹¹ Согласно данным, полученным из системы «КонсультантПлюс».

¹² См., напр.: *Определение* Пермского краевого суда от 28 мая 2014 по делу № 33-4374; *Постановление* президиума Пермского краевого суда от 11 марта 2011 г. по делу № 44-г-101; *Определение* Пермского краевого суда от 12 марта 2014 г. по делу № 33-2225.

¹³ Информация получена из справочно-правовых систем «Гарант» и «КонсультантПлюс».

¹⁴ Данные получены из системы «КонсультантПлюс» по состоянию на 27 февраля 2015 г., т.е. после упразднения ВАС РФ.

¹⁵ Автором не выявлено ни одного решения данного суда, содержащего ссылки на принцип правовой определенности в трактовке ЕСПЧ.

¹⁶ Указанным судом сделаны ссылки на практику ЕСПЧ без привязки к конкретным делам в аспекте «неопровержимости судебных решений».

¹⁷ В решениях данного суда принцип правовой определенности рассматривается как «неопровержимость судебных решений». В постановлениях АС Центрального округа от 7 апр. 2008 г. по делу № А14-6272/2007/261/13 и от 4 апр. 2008 г. по делу № А14-6272/2007/261/13 указано, что «ссылка заявителя на практику ЕСПЧ не состоятельна, поскольку она имела место в отношении судов общей юрисдикции».

¹⁸ *Постановление* Суда по интеллектуальным правам от 17 дек. 2013 г. № С01-313/2013 по делу № А72-3926/2012.

¹⁹ *Постановление* АС Волго-Вятского округа от 17.02.2014 по делу № А43-31432/2012

²⁰ *Постановление* АС Восточно-Сибирского округа от 29 февр. 2012 г. по делу № А58-8818/07. Среди всех пяти постановлений данного суда ссылки имеются только на постановление по «делу Рябых».

²¹ *Постановление* АС Поволжского округа от 15 апр. 2014 г. по делу № А12-23806/2010. Следует отметить, что данным судом вынесено наибольшее в системе окружных арбитражных судов количество постановлений (46) с указанием на принцип правовой определенности. Практически во всех постановлениях судом сделана ссылка исключительно на дело «Праведная против России».

²² *Постановление* АС Северо-Западного округа от 26 окт. 2011 г. по делу № А56-1871/2005.

²³ В постановлениях АС Уральского округа от 9 дек. 2011 г. № Ф09-7668/11 по делу № А71-1629/2011, от 23 июня 2011 г. № Ф09-2483/11-С5 по делу № А60-33318/2010-С2; от 23.06.2011 № Ф09-2476/11-С5 по делу № А60-33319/2010-С2 суд ссылается на постановление ЕСПЧ по делу «Сутяжник против России», отмечая, что отсутствие подведомственности арбитражному суду не является основанием для отмены вступившего в силу судебного решения.

²⁴ *Киселев А.* Конституционная основа отмены судебных решений в кассационной инстанции. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁵ В литературе также отмечается, что само использование прецедентов затруднительно для российской правовой системы, поскольку данные регуляторы «не стыкуются». См.: *Гонцов Н.И., Реутов В.П.* О юридической природе и видах предписаний, содержащихся в постановлениях Пленума Верховного Суда Российской Федерации // *Вестник Пермского университета.* 2014. Вып. № 3(25). С. 10–21.

Т.В. Соловьева

Саратовская государственная юридическая академия, г. Саратов

ОТДЕЛЬНЫЕ СПОСОБЫ ПРЕОДОЛЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬНОЙ СИЛЫ АКТОВ ВЫСШИХ СУДЕБНЫХ ОРГАНОВ РФ

Верховный Суд РФ и Конституционный суд РФ имеют схожее по характеру полномочие – давать толкование нормативных предписаний законодательства РФ и норм Конституции РФ соответственно. В этой связи допустимо сделать вывод о том, что постановления данных органов, являющиеся результатом толковательной деятельности, имеют сходные характер и последствия, а потому нуждаются в логическом завершении при реализации.

В настоящее время говорить о нормативном единстве, которое бы позволяло урегулировать данный процесс (реализацию) в одном нормативном акте, сложно, поскольку обязательный характер постановлений высших судебных органов РФ регламентируется дифференцированно в зависимости от судебного органа, от которого они исходят. Так, если постановления Конституционного суда РФ являются обязательными и это закреплено в ст. 79, 80, 106 и др. ФКЗ «О Конституционном суде РФ», то относительно обязательности постановлений Пленума Верховного суда РФ такого закрепления не существует.

Говорить о нормативном единстве, регулирующем порядок реализации постановлений высших судебных органов РФ в одном нормативном акте, можно будет только в случае законодательного установления их обязательного характера, что в рамках существующего правового режима РФ затруднительно, однако некоторые направления уже намечены. Так, после объединения Верховного суда РФ и Высшего арбитражного суда РФ возникла необходимость в разработке единых правил судопроизводства в судах общей юрисдикции и арбитражных судах. Было предложено в одном нормативном акте объединить судопроизводственные правила по рассмотрению гражданских, административных и экономических дел¹. В рабочем варианте концепции Кодекса гражданского судопроизводства предлагается, что в мотивировочной части судебного решения могут содержаться ссылки на постановления Пленума и Президиума Верховного суда РФ и сохранившие силу постановления Плену-

ма и Президиума Высшего арбитражного суда РФ по вопросам судебной практики; постановления и решения Европейского суда по правам человека; решения Конституционного суда РФ.

Именно поэтому мы предлагаем в качестве варианта в сложившейся ситуации признать и установить на законодательном уровне обязательность за постановлениями Верховного суда РФ. Необходимо включить в содержание ГПК РФ статью, закрепляющую, что постановления Пленума и Президиума Верховного суда РФ и сохранившие силу постановления Пленума и Президиума Высшего арбитражного суда РФ по вопросам судебной практики; решения Конституционного суда РФ являются обязательными для судов при рассмотрении и разрешении гражданских дел, экономических и иных споров, связанных с предпринимательской деятельностью.

При этом необходимо учитывать, что закрепление обязательного характера за постановлениями высших судебных органов РФ может повлечь ряд трудностей в процессе их реализации в связи с определенными недостатками, присущими данным актам. В качестве недостатков можно выделить: чрезмерное расширение или сужение содержания нормативного предписания; противоречие между постановлениями высших судебных органов, содержащих взаимоисключающие разъяснительные предписания; редакционные или содержательные ошибки постановлений; наличие чрезмерно категоричных по характеру разъяснений. В такой ситуации трудности в реализации постановлений высших судебных органов могут возникнуть как у судьи в ходе рассмотрения и разрешения конкретных дел, так и у заинтересованных лиц при обращении в суд за защитой.

Несмотря на законодательно регламентированную процедуру принятия толковательных актов Верховным судом РФ, Конституционным судом РФ, появление перечисленных недостатков связано с практическим отсутствием механизма преодоления их обязательного характера и тем более порядка их обжалования.

В настоящее время в качестве отдельных способов преодоления обязательной силы постановлений высших судебных органов можно назвать:

1. Законотворческий процесс, поскольку только путем внесения изменений или дополнений в законодательство можно заблокировать действие содержательно или редакционно неудачно сформулированной рекомендации, содержащейся в постановлении. Такой механизм применим в отношении постановлений Верховного и Конституционного судов РФ.

2. разъяснительная деятельность Конституционного суда РФ (ст. 83 ФКЗ «О Конституционном суде РФ»). Так, Конституционный суд РФ имеет право давать разъяснение, целью которого является именно уточнение действительного смысла положений, содержащихся в правовых позициях, изложенных в мотивировочной либо резолютивной части решения, для правильного понимания и применения их всеми субъектами права.

3. Верховный суд РФ может отменять ранее принятые постановления, а также вносить изменения в содержание уже существующих постановлений. Данное полномочие Верховного суда РФ обусловлено особенностями развития общества и совершенствованием правовой системы в целом.

Полагаем, что в целях создания единого нормативного закрепленного порядка реализации постановлений высших судебных органов РФ, имеющих обязательное значение при рассмотрении и разрешении дел судами общей юрисдикции и арбитражными судами, необходимо введение дополнительных способов, направленных на преодоление обязательной силы постановлений высших судебных органов РФ.

Во-первых, необходимо предусмотреть возможность проверки на соответствие Конституции РФ содержания разъяснительных предписаний на законодательном уровне. В подтверждение целесообразности данного положения можно привести мнения отдельных ученых и практиков. Так, А.Н. Верещагин указывает на необходимость закрепления на федеральном уровне механизма проверки постановлений Высших судебных органов на соответствие Конституции РФ и иным федеральным законам с целью контролирования их деятельности со стороны иных органов². Т.Г. Морщакова также указывает на необходимость проверки на соответствие Конституции РФ сложившегося в качестве прецедента толкования закона, содержащегося в разъяснениях высших судебных органов, и в качестве контролирующего органа она предлагает Конституционный суд РФ³. О необходимости участия Конституционного суда РФ в проверке постановлений Верховного и Высшего арбитражного судов РФ говорит Г.А. Жилин⁴.

Во-вторых, целесообразным может стать проведение совместных заседаний Конституционного суда РФ и Верховного суда РФ, направленных на согласование правовых позиций Конституционного суда РФ и разъяснительных предписаний Верховного суда РФ.

В-третьих, в целях выявления противоречий, недостатков указанных судебных актов необходимо предусмотреть регламентированный мониторинг реализации постановлений высших судебных органов РФ судами общей юрисдикции и арбитражными судами. Мониторинг должен проводиться как самими судами, осуществляющими рассмотрение и разрешение конкретных дел, и формироваться в отчетную документацию, так и высшими судами для формирования единого отчета на основе отчетов судов, рассматривающих дела.

Таким образом, закрепление обязательного характера за постановлениями высших судебных органов в рамках действующего законодательства РФ возможно. Однако данный процесс должен сопровождаться созданием действующего механизма, способного сдерживать некорректные и противоречивые предписания этих судебных органов и такой механизм не должен расцениваться как нарушение принципа независимости судебной власти, как не считается нарушением принципа независимости проверки актов нижестоящих судов вышестоящими. Цель существования данного механизма – обеспечение полноценной защиты прав, свобод и законных интересов заинтересованных субъектов.

¹ От концепции единой науки процессуального права до создания нового «единого» Гражданского процессуального кодекса // URL: <http://pro-sud-123.ru> (дата обращения: 21.11.2014).

² См.: *Верещагин А.Н.* Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты. М., 2004. С. 155.

³ См.: *Бодрягина О.* Прецедент: подсказка или указка? [Интервью с Т.Г. Морщаковой] // ЮРИСТ. 2010. № 15. С. 1, 8–9.

⁴ См.: *Жилин Г. А.* Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы. М., 2010. С. 383.

Н.В. Сыропятова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

К ВОПРОСУ О ПОНЯТИИ «БАНКОВСКИЙ СЧЕТ»

В законодательстве РФ отсутствует определение понятия «банковский счет», хотя данная категория используется в нормативных правовых актах. В частности, гл. 45 Гражданского кодекса РФ¹ именуется «Банковский счет», несмотря на то, что речь в ней идет, в основном, о договоре банковского счета. Согласно п.1 ст. 845 ГК РФ по договору банковского счета банк обязуется принимать и зачислять поступающие на счет, открытый клиенту (владельцу счета), денежные средства, выполнять распоряжения клиента о перечислении и выдаче соответствующих сумм со счета и проведении других операций по счету. Понятие же «банковский счет» не раскрывается в ГК РФ.

В литературе встречаются различные определения понятия «банковский счет». Причем анализу данной категории уделено внимание представителей не только юридических, но и ряда других наук. Это обуславливает существенные различия в имеющихся определениях, так как ученые акцентируют внимание на определенных аспектах категории «банковский счет». Особый интерес к раскрытию данного понятия проявляют экономисты. Банковский счет как правовая категория также является предметом обсуждения представителей различных отраслей (подотраслей) права, среди которых – гражданское, финансовое (налоговое), банковское право и т.д., что влечет за собой существование большого количества разнообразных понятий в юридической литературе.

Для определения понятия «банковский счет» необходимо обратиться к категории «счет». Она используется для обозначения не только банковских счетов, но данным термином обозначают также результат чего-либо, выраженный в числах, документ (требование) об уплате денежных средств за товары, работы, услуги и т.д. С точки зрения бухгалтерского учета счет представляет собой единый документ, который отражает состояние и движение средств того или иного лица². Обратившись к «Толковому словарю» С.И. Ожегова³, в котором содержится большое количество значений понятия «счет», получаем представление о том, что данная категория является многоплановой и не исчерпывается понятием «банковский счет». Таким образом, данные термины соотносятся как общее (счет) и частное (банковский счет).

Законодатель в ряде случаев отождествляет понятия «счет» и «банковский счет». Так, например, согласно ст.11 Налогового кодекса РФ⁴ счета (счет) – расчетные (текущие) и иные счета в банках, открытые на основании договора банковского счета. Отдельно в НК РФ раскрывается понятие «лицевые счета» и «счета Федерального казначейства».

В учебной литературе отмечается, что все отношения, связанные с зачислением и расходованием безналичных денег, существуют в рамках специальной экономической конструкции, которая

называется «счет». Этот термин многопланов. С одной стороны, счет – это бухгалтерский документ, на котором отражаются состояние и движение средств, принадлежащих лицу. С другой стороны, счетом называют требование, в котором предлагается уплатить деньги за товар, работы или услуги. В гражданском праве счет лица в банке как экономическая категория возникает при заключении особого договора банковского счета⁵.

Таким образом, несмотря на то, что иногда категории «счет» и «банковский счет» отождествляют, они отличаются друг от друга. Понятие «счет» является более широким, означающим различные правовые (экономические) явления, и включающим в себя, в том числе, и категорию «банковский счет». В связи с этим при заключении договора банковского счета правильнее использовать термин «банковский счет», в том числе и на законодательном уровне.

Как уже было отмечено, в юридической литературе существует большое количество определенных понятия «банковский счет». Ряд авторов рассматривают банковский счет в качестве записей по нему, которые являются бухгалтерским отражением задолженности банка перед клиентом. Например, по мнению Л.А. Новоселовой, записи на банковском счете, который открывается при заключении договора банковского счета, представляют собой бухгалтерское отражение задолженности банка перед клиентом⁶. Аналогичной точки зрения придерживается С. Чубаров, по мнению которого, счет это лишь бухгалтерское оформление наличия у клиента права требования к банку⁷. А.А. Вишневецкий рассматривает банковский счет как записи о денежных средствах клиента, которые могут свидетельствовать о наличии денежных средств и размере требований клиента к банку и о недостаточности средств и соответствующем размере требований банка к клиенту⁸. В последнем определении отмечается также наличие требований не только клиента к банку, но и наоборот. В целом, банковский счет также рассматривается через призму записей по нему.

Иного мнения придерживается Л.Г. Ефимова, полагающая что в понятие «счет» может быть вложено различное содержание. Она рассматривает банковский счет как способ бухгалтерского учета денежных средств и иных материальных ценностей. По ее мнению, банковский счет представляет также собой договор банковского счета (форму соответствующего договора, заключенного между банком и клиентом)⁹.

Е. Демушкина считает, что любой счет можно рассматривать как учетную и юридическую категорию. Банковскими как юридическая категория являются счета, открываемые на основании договора банковского счета, к которым клиент банка имеет непосредственный доступ, операции по которому непосредственно влекут исполнение денежных обязательств клиента перед третьими лицами и могут рассматриваться как юридические действия банка, обеспечивающие переход прав на деньги к его клиенту. Банковский счет представляет собой заменитель денежных средств, имущества, материальный носитель которого представляет собой юридическую фикцию¹⁰.

Е.А. Суханов признает под банковским счетом средство организации и осуществления расчетов, а также форму договора, заключенного между банком и клиентом¹¹. Ю.Н. Извеков рассматривает банковский счет как средство осуществления безналичных расчетов и реализации возможности исполнения конкретных расчетных обязательств¹². Я.А. Куник относил банковский счет к одной из юридических предпосылок осуществления безналичных расчетов¹³. По мнению О.М. Олейник, банковский счет представляет собой форму предпринимательской деятельности, имеющей свои нормы и правила осуществления¹⁴.

Немаловажное значение имеет определение банковского счета со стороны бухгалтерского учета. Согласно данной позиции счет есть единый документ, отражающий состояние и движение средств того или иного лица. Его можно рассматривать в качестве инструмента, позволяющего фиксировать движение средств и отражение постоянно меняющуюся задолженность банка перед клиентом¹⁵.

С позиции кредитной организации банковский счет представляет собой пассивный счет (отражает источник образования средств, с которыми работает кредитная организация).

Существует также точка зрения, что банковский счет является собирательной категорией.

Исходя из системного толкования норм российского права, А.Я. Курбатов под банковским счетом понимает документ, оформление которого кредитной организацией на определенное лицо (клиента, владельца счет) является составной частью предмета заключенного между ними договора банковского счета и который предназначен для отражения денежных обязательств кредитной организации перед этим лицом. Информация на банковском счете подпадает под понятие документированной информации, содержащейся в п. 11 ст. 2 ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»¹⁶. Из данного определения можно выделить ряд квалифицирующих признаков, а именно: банковский счет является счетом по учету денежных средств, он открывается и ведется в кредитных организациях, является составной частью предмета договора, предназначен для отражения

обязательств кредитной организации перед клиентом, а не клиента перед кредитной организацией. Документ отождествляется в данном определении с лицевым счетом. Банковские счета как документы (лицевые счета) являются документами бухгалтерского учета, предназначенными для ведения аналитического учета¹⁷.

Проанализировав различные определения понятия «банковский счет», можно прийти к выводу, что многие из них носят экономический характер и определяют его экономическую природу. С точки зрения права «банковский счет» можно рассматривать как экономико-правовую конструкцию, предназначенную для осуществления безналичных расчетов, представляющую собой способ фиксации движения денежных средств (материальных ценностей), принадлежащих клиенту (владельцу счета), совершаемых по счету операций, а также объем обязательств банка и клиента друг перед другом.

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая): ФЗ от 26.01.1996 № 14-ФЗ (ред.от 29.06.2015) // Собр. законодательства РФ.

² Банковское право: учебник для магистров / под ред. Д.Г. Алексеевой, С.В. Пыхтина. М.: Юрайт, 2012. С. 532.

³ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М.: ИТИ Технологии, 2005.

⁴ Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая): ФЗ от 31.07.1998 № 146-ФЗ (ред.от 08.06.2015) // Собр. законодательства РФ. 03.08.1998. № 31. Ст. 3824.

⁵ Гражданское право: учебник. Ч. II / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: Проспект, 1998. С. 454.

⁶ Новоселова Л.А. Денежные расчеты в предпринимательской деятельности. М.: ЮрИнфоР, 1996. С. 38.

⁷ Чубаров С. Договор банковского счета // Хозяйство и право. 1996. №12. С. 95.

⁸ Вишневецкий А.А. Банковское право: краткий курс лекций. М.:Статут, 2002. С. 42.

⁹ Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части второй (постатейный) / рук. авт. колл. и отв. ред. д-р юрид. наук, проф. О.Н. Садиков (авт. комментария – Л.Г. Ефимова). М.: Юрид. фирма «КОНТРАКТ»; ИНФРА-М-НОРМА, 1996. С. 415.

¹⁰ Демушкина Е.С. Природа договора банковского счета и счета депо // Право и экономика. 1996. № 21–22. С. 25, 27.

¹¹ Суханов Е.А. Договор банковского счета // Посреднические и кредитно-финансовые сделки в новом Гражданском кодексе РФ. М.: Изд-во «Центр деловой информации «Еженедельника «Экономика и жизнь», 1996. С. 56.

¹² Извеков Ю.Н. Проблемы правового регулирования расчетных отношений: автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. Белгород, 2002.

¹³ Куник Я.А. Кредитные и расчетные отношения в торговле. М.: Экономика, 1976. С. 124.

¹⁴ Олейник О.М. Основы банковского права: курс лекций. М.: Юрист, 1999. С. 246.

¹⁵ Жарковская Е., Аренде И. Банковское дело. М., 2002. С. 164.

¹⁶ Об информации, информационных технологиях и о защите информации: ФЗ от 27.07.2006 № 149-ФЗ (ред. от 31.12.2014) // Росс. газета. 29.07.2006. № 165.

¹⁷ Курбатов А.Я. Разграничение банковских счетов со смежными понятиями: критерии и значение // Банковское право. 2007. № 4. С. 5.

А.В. Сятчихин

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

АНГЛИЙСКАЯ ПРАВОВАЯ КОНСТРУКЦИЯ ЗАРАНЕЕ ОЦЕНЕННЫХ УБЫТКОВ

На сегодняшний день в отечественной доктрине гражданского права нет места положительной оценке современного состояния практики взыскания убытков. В юридической литературе предлагаются различные варианты изменения сложившейся ситуации, в том числе путем внедрения правовой конструкции так называемых заранее оцененных убытков¹. Наибольшее распространение практика взыскания заранее оцененных убытков получила в странах общего права. В связи с этим цель настоящей статьи заключается в выявлении особенностей английской правовой конструкции заранее оцененных убытков².

Поскольку английское гражданское право не допускает установления штрафных санкций в договорах, постольку цель, которую преследуют стороны при закреплении условий о liquidated damages, имеет решающее значение для правовой квалификации согласованной суммы. Так, в силу толкования принципа свободы договора при нарушении его условий потерпевшая сторона вправе требовать возмещения убытков, но никак не стимулировать надлежащее исполнение угрозой применения штрафных санкций. В противном случае либо штраф выплачивается в размере, сопоставимом с

понесенными убытками³, либо условия о применении штрафной санкции служат основанием недействительности самого договора или его части⁴.

Стоит заметить, что суд, разрешая спор о взыскании заранее оцененных убытков, не связан буквальным толкованием договорных условий, поскольку для него важнее установить действительные намерения сторон при заключении договора. Нередки в этой ситуации случаи, когда положения договора о liquidated damages признаются в качестве штрафной санкции, как и удовлетворяются требования о взыскании penalty, если те фактически подменяют условия о заранее оцененных убытках⁵. Критерии разграничения штрафных санкций и заранее оцененных убытков содержатся в известном прецеденте, посвященном разрешению спора между производителем автомобильных покрышек и его дилером⁶. Судья лорд Дьюнезан сформулировал следующее правило: «Сумма денег, об уплате которой условились стороны в случае нарушения договора, является штрафом, если она непомерна и не соответствует сумме самых крупных убытков, которые могли бы явиться результатом данного нарушения договора»⁷. Стоит отметить, что данный вывод находит отражение и в отечественной доктрине, касающейся применения штрафных мер гражданско-правовой ответственности⁸. Таким образом, в случае возникновения спора относительно цели установления в договоре заранее оцененных убытков стороны будут обязаны обосновать соответствие их размера предвидимым при заключении договора убыткам.

При этом, как отмечали лорды Халсбери и Мэрсей, не возникнет препятствий при взыскании заранее оцененных убытков, если последствия нарушения договора таковы, что невозможно дать точную оценку убытков после их возникновения, однако стороны при заключении договора принимали необходимые и достаточные меры для их предварительного подсчета⁹.

Характеризуя английскую правовую конструкцию, следует выявить состав убытков, которые могут быть оговорены в условиях о заранее оцененных убытках. Так, стороны при заключении договора должны обладать возможностью предвидеть те убытки, оценку которых они пытаются осуществить. Предвидимость как одно из условий установления заранее оцененных убытков проиллюстрирован в известном прецеденте «Hadley v. Waxendale»¹⁰. Истец поручил ответчику отвезти на ремонт и привезти обратно коленчатый вал своей мельницы. Однако по вине ответчика коленвал был доставлен с опозданием на неделю, в результате чего истец требовал упущенной прибыли, вызванной простоем мельницы. Судья Б. Алдерсон поддержал доводы ответчика, считавшего что при заключении договора не оговаривали риски ненадлежащего исполнения и обычный ремонт коленвала, как правило, не приводил к остановке всего производства. Таким образом, расчет заранее оцененных убытков должен строиться исходя из тех соображений, что убытки должны закономерно возникать исходя из «обычного положения вещей», а также будут согласованы (предвидимы) сторонами во время заключения договора как вероятного последствия неисполнения обязательства.

Ряд английских прецедентов устанавливает требование, относящееся к оценке предвидимых убытков. По мнению судей, стороны должны соблюдать дифференциацию при согласовании условий о liquidated damages. Иными словами, расчет предварительных убытков следует производить применительно к отдельным обязательствам, а не для нарушения договора в целом. Так, при разрешении спора между арендаторами земельных участков и арендодателем судьи лорды Хершель и Уотсон сформировали следующую презумпцию: заранее оцененные убытки признаются штрафом, если в договорах установлены одинаковые размеры возмещения при нарушении как одного, так и нескольких обязательств (условий договора), однако последствия нарушения отдельных условий договора несопоставимы друг с другом¹¹.

Недавнее решение Высокого суда Англии по иску крупной британской нефтяной компании против сингапурской инжиниринговой компании может проиллюстрировать еще один пример необходимости дифференцированного подхода к установлению заранее оцененных убытков¹². При подписании договора на \$75 миллионов стороны согласовали сумму liquidated damages в \$40 миллионов, признанных впоследствии судом в качестве разумной оценки предвидимых убытков. Однако тот же размер liquidated damages суд счел в качестве штрафной санкции и признал условие договора недействительным, поскольку спустя некоторое время после подписания договора стороны снизили цену последнего до \$55 миллионов, при этом не уменьшили сумму ранее оцененных убытков. Вместе с тем в отечественном праве имеет место практика не противопоставления, а смешения штрафных и компенсационных мер гражданско-правовой ответственности¹³.

Яркой иллюстрацией характера согласованной в договоре суммы, не являющейся заранее оцененными убытками, может служить судебное решение Апелляционного суда Англии и Уэльса «El Makdessi v. Cavendish Square Holdings»¹⁴, согласно которому заранее оцененные убытки не могут представлять непомерную (extravagant) и необоснованную (unreasonable) сумму возмещения, а,

напротив, должны составлять разумную оценку предвидимых от нарушения условий договора убытков.

Стоит отметить, что в правовом порядке Англии заранее оцененные убытки не имеют того универсального характера, которым обладают «обычные» убытки. Как правило, liquidated damages применяется в хозяйственном обороте. Чаще всего конструкцию используют при поставке (подсчет мораторных убытков), подрядных работах (многоэтапное строительство, пусконаладочные работы, сфера машиностроения), обороте акций. Поэтому, на наш взгляд, стоит уточнить позиции авторов, полагающих, что использование института заранее оцененных убытков в этих областях вызвано возможностью сравнительно точного подсчета последствий нарушения обязательств¹⁵. Согласно доктрине английского гражданского права заранее оцененные убытки устанавливаются в тех случаях, когда из существа отношений в будущем будет затруднительно или вовсе невозможно исчислить последствия нарушения условий договора¹⁶. Очевидно, что в настоящее время применение заранее оцененных убытков лишь в некоторых сферах свидетельствует скорее о желании хозяйствующих субъектов минимизировать риск признания судом суммы последних в качестве штрафных санкций, чем об отсутствии реальной возможности их точной оценки.

Английская правовая конструкция заранее оцененных убытков позволяет сторонам соглашения устанавливать ограничения размера liquidated damages. При этом суды не трактуют подобные условия как установление штрафных санкций¹⁷. Правило о недопустимости превышения размера убытков сверх определенной суммы допускает ситуацию, когда действительные убытки смогут превысить заранее оцененные. Однако под угрозой признания условий соглашения недействительными стороны не могут установить в договоре максимальный размер убытков, который был бы ниже минимально возможных убытков¹⁸.

Как отмечают британские юристы, прошлое столетие не изобилует примерами отказов судебных инстанций во взыскании заранее оцененных убытков. Лишь в последние десятилетия увеличивается число решений, в которых суд принимает аргументы ответчиков о штрафном характере сумм заранее оцененных убытков¹⁹. Сложившаяся тенденция, на наш взгляд, не свидетельствует о смене традиционной компенсаторности английского гражданского права, а отражает усложнение характера хозяйственных и обеспечивающих их договорных отношений, где не всегда можно однозначно установить цель закрепления того или иного условия договора, в частности, положений о заранее оцененных убытках.

Подводя промежуточный итог, можно сделать вывод, что в Англии сложилась презумпция обоснованного размера заранее оцененных убытков, в силу которой при взыскании liquidated damages от стороны не требуется доказывать размер фактических убытков. Опровергнуть презумпцию можно лишь в случае явного несоответствия суммы возмещения, отсутствия дифференцированного подхода к определению размеров заранее оцененных убытков, а также ввиду несоразмерного ограничения договорной ответственности сторон.

¹ См.: *Либанова С.Э.* Конституционализация норм договорного права (проблемы правоприменения в адвокатской практике) // Вестн. Перм. ун-та. Юрид. науки. 2009. № 4. С. 58.

² На территории Соединенного королевства фактически сложилось три юрисдикции: Англия с Уэльсом, Шотландия и Северная Ирландия. В настоящей статье анализируется доктрина и прецеденты преимущественно Англии и Уэльса. Шотландия не относится к юрисдикции общего права и поэтому не рассматривается в рамках этой статьи.

³ Как в деле *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage & Motor Co Ltd* [1915]. Английский законодатель впоследствии закрепил данную норму в статутном праве.

⁴ См.: *Чумак Н., Рыбынок М.* Введение в английское право // Закон 2014. № 4. С. 144.

⁵ См.: *Ансон В.* Договорное право / под общ. ред. проф. О. Н. Садикова. М.: Юрид. лит., 1984. С. 359; *Ford Motor Co v. V. Armstrong* [1915]. В случае признания условий о заранее оцененных убытках штрафом, истец не лишается права взыскания убытков в общем порядке (См.: *Wilson v. Love* [1896]). Однако не всегда суду представляется возможным верно квалифицировать условия о заранее оцененных убытках (см.: *Makdessi v. Cavendish Square Holdings BV* [2013]).

⁶ См.: *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage & Motor Co Ltd* [1915].

⁷ Цит. по: *Белых В.С.* Основания и условия применения ответственности по праву Англии // Бизнес, менеджмент и право 2007. № 3.

⁸ См.: *Кузнецова О.А.* Применение мер гражданско-правовой ответственности // Вестн. Перм. ун-та. Юрид. науки, 2012. № 4. С. 99.

⁹ *Clydebank Engineering Co v. Castaneda* [1905]; *Webster v. Bosanquet* [1912].

¹⁰ Hadley v. Baxendale [1854]. Впоследствии принцип предвидимости был закреплен в ст. 74 Венской конвенции 1980 г. (см.: Конвенция ООН «О договорах международной купли-продажи товаров» (заключена в г. Вене 11.04.1980) // Вестник ВАС РФ. 1994. № 1).

¹¹ Lord Elphinstone v. Monkland Iron and Coal Co [1886].

¹² Unaoil Ltd v. Leighton Offshore PTE Ltd [2014].

¹³ См.: *Корлякова Н.В.* Способы защиты прав сторон при нарушении условий договора коммерческой концессии и лицензионного договора // Вестн. Перм. ун-та. Юрид. науки. 2011. № 4. С. 84–85; *Ахметов Р.Р.* Правовая природа компенсации как способа защиты исключительных прав // Вестн. Перм. ун-та. Юрид. науки. 2011. №3. С. 67.

¹⁴ El Makdessi v. Cavendish Square Holdings [2013] EWCA Civ 1539.

¹⁵ См.: *Чумак Н., Рыбынок М.* Указ. соч. С. 144.

¹⁶ См.: *Dowling Edward C.* Liquidated Damages. Cornell University School of Law. 1891. (Historical Theses and Dissertations Collection). P. 4–5. Соответствующие правила содержатся и в ряде прецедентов (См.: *Irving v. Manning* [1847]; *Ranger v. Great Western R. Co* [1854]; *Dimech v. Corlett* [1858]; *Elphinstone v. Monkland Iron & Coal Co* [1886]; *Price v. Green* [1847]).

¹⁷ См.: *Brian Eggleston.* Liquidated Damages and Extensions of Time: In Construction Contracts. 3rd ed. John Wiley & Sons, 2009. P. 72.

¹⁸ См.: *Котова Е.С.* Возмещение убытков при нарушении договора по английскому праву // Государство и право. 2009. № 3. С.116.

¹⁹ *Wood M.* Delay Damages // Sloan Plumb Wood. Legal Article. London, 2014. P. 3.

А.А. Тюлькин

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

СПОСОБЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ, ОБЕСПЕЧИВАЮЩИЕ ОБЩЕСТВЕННЫЕ ИНТЕРЕСЫ В СФЕРЕ СРЕДСТВ ИНДИВИДУАЛИЗАЦИИ

Охрана общественных интересов предполагает их согласование с частными интересами путем ограничения последних. Еще Ю.С. Гамбаров справедливо отмечал, что существование общества и ограничение удовлетворения потребностей одного лица потребностями всех других членов общества, или, иначе, ограничение личного интереса интересом общественным, составляет существенную часть понятия права¹. Действительно, возможность реализации интересов одного лица не может быть беспредельна, поэтому в праве предусмотрены соответствующие ограничения. Это справедливо и для области интеллектуальной собственности. Ограничение частных интересов одних лиц необходимо для гарантирования интересов других лиц.

По справедливому мнению С.С. Алексеева, под ограничением следует понимать результат юридического регулирования, отражающий его объем. Достигается такой результат при помощи способов правового регулирования – путем сужения дозволений, новых запрещений, дополнительных позитивных обязываний².

Гражданское право «опосредует нормальные для общества отношения»³, поэтому оно характеризуется общедозволительным типом регулирования, где дозволено все, кроме прямо запрещенных действий⁴. Это обуславливает то, что упорядочение поведения субъектов в основном достигается запретами, а не позитивными обязываниями, которые применяются преимущественно в публично-правовых отраслях права. Под запретами понимаются обязанности воздерживаться от совершения действий известного рода. Кроме того, обеспечение общественных интересов при общедозволительном типе требует применения такого ограничения, как сужение дозволений, особенно с учетом абсолютного характера некоторых прав. Обеспеченные правом дозволения облекаются в форму субъективных прав, в содержании которых выделяют правомочие на собственные действия и правомочие требования. Соответственно, сужение дозволений будет касаться именно этих правомочий. Поэтому можно говорить о том, что сужение дозволений представляет собой усечение круга допустимых действий правообладателя по осуществлению своего права.

Ограничения подразумевают применение публично-правовых (императивных) норм. В связи с чем, справедливым является мнение В.А. Бублика о том, что «в гражданском праве публично-правовое регулирование необходимо для обеспечения юридического равенства экономически (фактически) неравных участников хозяйственного сектора гражданского оборота»⁵. Е.В. Грушевская также считает, что «публично-правовое регулирование и императивные начала все-таки необходимы

для обеспечения юридического равенства экономически неравных участников гражданского оборота»⁶. При этом, как указывает автор, нормы гражданского права, имеющие императивное воздействие, по сути своей остаются нормами частного права, их перерождение в нормы публичного права невозможно, в силу того что предмет их регулирования находится в сфере гражданско-правовых отношений⁷. Более важным в этом случае является оправданность использования тех или иных способов для достижения цели согласования различных интересов.

В сфере средств индивидуализации также должны быть задействованы указанные способы правового регулирования.

Запреты должны касаться определенных действий, совершение которых, негативным образом воздействует на общественные интересы. Так, к примеру, следует закрепить недопустимость использования в целях индивидуализации ложных или способных ввести в заблуждение потребителя обозначений. В настоящее время такие обозначения запрещено регистрировать в качестве товарных знаков, ног этого явно недостаточно для обеспечения гарантии беспрепятственной реализации общественных интересов. Следует заметить, что регистрация есть административно-процедурная деятельность, целью которой не является правовая оценка поведения сторон⁸. Целью регистрации является государственный контроль над тем, каким обозначениям предоставляется исключительное право. Однако обозначение может использоваться для индивидуализации товаров (работ, услуг) и предприятий без закрепления исключительного права на него. В этом случае общественные интересы остаются совершенно беззащитны. Кроме того, процедура регистрации предусмотрена не для всех видов средств индивидуализации. Поэтому интересы потребителей должны охраняться с момента начала использования обозначений в качестве средств индивидуализации вне зависимости от того, предоставлено исключительное право обозначениям или нет. Наиболее эффективным способом их охраны является закрепление соответствующих запретов, перечень которых не ограничивается приведенным примером.

Сужение дозволений подразумевает изъятие у правообладателя некоторых возможностей в пользу других лиц. В сфере интеллектуальной собственности сужение дозволений реализуется в виде института свободного использования охраняемых объектов. В этом случае правообладатель не может запретить третьим лицам осуществлять некоторые действия, составляющие его исключительное право, иными словами, он лишается правомочия требования. Широкая распространенность средств индивидуализации в современном мире вызывает необходимость разрешить их использование вне зависимости от согласия правообладателей. В настоящее время свободное использование охраняемых обозначений не предусмотрено, за исключением принципа исчерпания права, который закреплен в ст. 1487 ГК. Однако указанный институт должен охватывать и другие случаи, например, использование средств индивидуализации в художественных работах, репортажах или различных комментариях. Свободное использование является весьма эффективным средством обеспечения общественных интересов в сфере средств индивидуализации, поскольку способствует достижению целей обеспечения свободы слова и экономической деятельности, беспрепятственного оборота товаров, информирования потребителей о товарах, работа и услугах.

Таким образом, охрана общественных интересов в сфере средств индивидуализации должна обеспечиваться правовыми ограничениями путем закрепления запретов и сужения дозволений как способов правового регулирования.

¹ См.: *Гамбаров Ю.С.* Добровольная и безвозмездная деятельность в чужом интересе вне договорного отношения и не по предписанию закона. Выпуск 1. Общественный интерес в гражданском праве // Вестник гражданского права. 2013. № 1. С. 203.

² *Алексеев С.С.* Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М.: Юрид. лит., 1989. С. 65.

³ *Яковлев В.Ф.* Структура гражданских правоотношений. // Антология уральской цивилистики. 1925–1989: Сб. ст. М.: Статут, 2001. С. 382.

⁴ Более подробно см.: *Алексеев С.С.* Общая теория права. М.: Юрид. лит., 1981. Т. 1. С. 299.

⁵ *Бублик В.А.* Публично- и частноправовые начала в гражданско-правовом регулировании внешнеэкономической деятельности: автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. Екатеринбург, 2000. С. 12.

⁶ *Грушевская Е.В.* Императивность в российском гражданском праве: дисс. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2010. С. 65.

⁷ Там же. С. 87.

⁸ См.: *Административное право России: учебник / отв. ред. Л. Л. Попов.* М.: Проспект, 2009. С. 688.

СДЕЛКИ ГОСУДАРСТВЕННЫХ И МУНИЦИПАЛЬНЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ, СОВЕРШАЕМЫЕ ВНЕ КОНТРАКТНОЙ СИСТЕМЫ

Одна из особенностей заключения, исполнения, изменения и прекращения сделок, совершаемых государственными и муниципальными учреждениями (далее – учреждения), вытекает из характера правоспособности данных юридических лиц – она носит специальный характер и ограничена выполнением функций некоммерческого характера. Данный тезис вытекает из того факта, что учреждения не наделены правом собственности на закрепленное за ними имущество, в том числе на денежные средства.

Следовательно, учреждения, совершая, к примеру, сделки, влекущие определенные расходные обязательства с их стороны, обязаны соблюдать установленный законодательством публичный порядок – закупку товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Федеральный закон от 5 апр. 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон № 44-ФЗ) регулирует отношения в сфере соответствующих закупок в части, касающейся заключения гражданско-правового договора, предметом которого являются, в том числе, приобретение недвижимого имущества или аренда имущества, от имени Российской Федерации, субъекта Российской Федерации или муниципального образования.

Так, согласно п. 3 ст. 3 данного закона государственные казенные учреждения относятся к государственным заказчикам. Следовательно, например, на отношения, связанные с арендой казенным учреждением имущества у общества с ограниченной ответственностью, также будут распространяться нормы Закона № 44-ФЗ.

Исключение составляют следующие случаи:

1. Пункт 4 части 1 ст. 93 Закона № 44-ФЗ: закупка у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) может осуществляться заказчиком в случае осуществления закупки товара, работы или услуги на сумму, не превышающую 100 тыс. руб. При этом годовой объем закупок, которые заказчик вправе осуществить на основании настоящего пункта, не должен превышать два миллиона рублей или не должен превышать 5% совокупного годового объема закупок заказчика и не должен составлять более чем 50 млн рублей.

Данное исключение распространяется на разные типы учреждений с учетом особенностей их правового статуса.

Так, источниками формирования финансовых средств казенного учреждения являются средства соответствующего бюджета. Казенное учреждение обеспечивает исполнение своих обязательств в пределах доведенных до него лимитов бюджетных обязательств.

Данные положения, как правило, обозначены в уставах данных учреждений (см., например, устав Федерального казенного учреждения «12 отряд Федеральной противопожарной службы государственной противопожарной службы по Пермскому краю (договорной)» и уставы других подобных учреждений¹).

В соответствии с п. 4 ст. 298 ГК РФ казенное учреждение не вправе отчуждать либо иным способом распоряжаться имуществом без согласия собственника имущества (к имуществу в данном случае относятся и денежные средства).

Следовательно, даже при заключении договора на сумму в пределах, указанных в п. 4 ч. 1 ст. 93 Закона № 44-ФЗ, аренда имущества казенным учреждением возможна только с письменного согласия собственника его имущества.

2. Пункт 32 части 1 той же статьи: закупка у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) может осуществляться заказчиком в случае аренды нежилого здания, строения, сооружения, нежилого помещения для обеспечения федеральных нужд, нужд субъекта Российской Федерации, муниципальных нужд.

Обращаясь к приведенному примеру, в случае, если аренда по факту осуществляется исключительно для нужд того же общества с ограниченной ответственностью, указанная норма неприменима.

Так или иначе, без согласия собственника имущества казенного учреждения такой договор аренды также не может быть заключен.

Кроме того, действовавшие до вступления в силу Закона № 44-ФЗ договоры аренды не могли быть продлены по соглашению сторон по вышеуказанным причинам (заключение дополнительного соглашения по существу будет означать возобновление арендных отношений, которые с 1 янв. 2014 г. оформляются договором (контрактом) в порядке, предусмотренном Законом № 44-ФЗ).

В целях совершения сделок с имуществом вне контрактной системы вообще, либо без использования в обязательном порядке закрепленных в Законе № 44-ФЗ процедур, заинтересованными сторонами (соответствующим учреждением и его контрагентом) могут быть использованы следующие варианты действий:

1. Заключение договора безвозмездного пользования имуществом (ссуды), в котором ссудополучателем будет являться учреждение.

Имущество может быть передано учреждению по договору безвозмездного пользования (ссуды) без проведения каких-либо конкурсных процедур, поскольку на указанный договор требования Закона № 44-ФЗ не распространяются.

Заключение такого договора осуществляется, как правило, в общем порядке, закрепленном главой 28 ГК РФ.

2. Осуществление закупки на основании ст. 93 Закона № 44-ФЗ.

При этом заметим, что осуществление закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) является правом, а не обязанностью заказчика – учреждения. В связи с чем, если учреждение откажется от такого варианта, принудить его к осуществлению закупки у единственного поставщика не представляется возможным.

Заключение договора дарения, по которому учреждение будет являться дарителем, также возможно вне контрактной системы. Однако исполнение такого договора в любом случае приведет к поступлению даримого имущества в собственность соответствующего публично-правового образования.

Заключение договоров дарения не имеет коммерческого интереса со стороны контрагента учреждения и реализуется последними, как правило, исключительно в благотворительных целях.

В то же время договор безвозмездного пользования имуществом позволяет, помимо передачи имущества в пользование, осуществить в определенной степени регламентацию отношений сторон (порядок их взаимодействия) по самому широкому спектру вопросов. Например, если и само учреждение, и его контрагент заинтересованы в одновременном доступе к тому или иному имуществу (ведь по сути оно передается с одним правомочием – использованием, тогда как владение и распоряжение сохраняются за ссудодателем).

Таким образом, сделки, совершая которые учреждения и их контрагенты могут использовать различные варианты взаимодействия вне контрактной системы – это сделки с имуществом, при этом имеющие безвозмездный характер. Наиболее «гибкой» в этом плане договорной конструкцией будет являться безвозмездное пользование (ссуда).

Все остальные сделки, совершаемые учреждениями как заказчиками (покупателями, арендаторами и т.д.), в силу их правового статуса, должны проходить закупочные процедуры.

В случаях, когда сами учреждения выступают исполнителями, подрядчиками и другими аналогичными сторонами по сделкам и получают определенный доход, также находятся вне рамок Закона № 44-ФЗ (в силу положений его статьи 1). Логическое исключение составляют случаи, когда заказчики по этим сделкам сами обязаны осуществлять закупки с использованием процедур контрактной системы. В этих случаях данные учреждения уже будут иметь статус участников закупки.

¹ URL: <http://bus.gov.ru/pub/agency/193274?activeTab=1>.

Э.М. Фролович

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРИНЦИП СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТИ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

Процессуальное состязание – это упорядоченный процесс, который урегулирован на законодательном уровне через введение равных процессуальных прав тяжущихся сторон. Судебный процесс представляет собой систему сложных действий, которые упорядочены в специальных нормативных актах – процессуальных нормативных актах (они существуют в большинстве государств), где подробно регламентируются ход и порядок судебного разбирательства.

Состязательность судебного процесса обеспечивается действиями всех участников процесса, в рамках предоставленных законом равных прав. Так, в п. 2 ст. 12 Гражданского процессуального кодекса РФ¹ законодатель прямо указывает, что суд, сохраняя независимость, объективность и беспристрастность, осуществляет руководство процессом, разъясняет лицам, участвующим в деле, их права и обязанности, предупреждает о последствиях совершения или несовершения процессуальных действий; оказывает лицам, участвующим в деле, содействие в реализации их прав, создает условия для всестороннего и полного исследования доказательств, установления фактических обстоятельств и правильного применения законодательства при рассмотрении и разрешении гражданских дел.

Состязание в процессе возможно между равными сторонами. В этом смысле принцип процессуального равноправия сторон является необходимой предпосылкой принципа состязательности. Согласно действующим процессуальным нормам в Российской Федерации, доказательства представляются, экспертиза назначается, свидетели вызываются по инициативе лиц, участвующих в деле. По общему правилу суд доказательств не собирает, но может оказать помощь в их собирании заинтересованным лицам. Вместе с тем в случаях, предусмотренных законом, собирание доказательств производится непосредственно судом по своей инициативе и независимо от ходатайств заинтересованных лиц (например, ч. 3 ст. 57 ГПК РФ).

Стоит отметить, что в Гражданском процессуальном кодексе Российской Федерации отсутствует норма, уточняющая объем раскрываемых доказательств сторонами, таким образом, имеется возможность представить не все доказательства сразу, а только их часть, остальное же, например, непосредственно перед рассмотрением дела, с целью не дать другой стороне подготовить соответствующее опровержение. Этот пробел, несомненно, был недопустим в рамках осуществления принципа состязательности. Поэтому в Постановлении Пленума ВС РФ №11² было установлено правило, согласно которому удержание стороной, обязанной доказать свою позицию, доказательств, находящихся в ее распоряжении, и непредставление их суду, позволяет суду обосновывать свои выводы доказательствами, и в случае невозможности самостоятельно получить какие-либо доказательства, стороны вправе заявить ходатайство об истребовании данных доказательств. При этом стороны, заявляющие такое ходатайство, должны указать, какие обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения и разрешения дела, могут быть подтверждены или опровергнуты этим доказательством, должны быть указаны причины, препятствующие получению доказательства, и место нахождения доказательства; стороны лично или через представителей вправе участвовать в судебном разбирательстве на всех стадиях процесса, в случае неисполнения предусмотренных законодательством процессуальных обязанностей или неиспользования предоставленными им процессуальными правами, стороны несут негативные последствия.

Анализ современной российской практики по вопросам преюдиции позволяют сделать вывод о том, что ранее принятое решение по другому делу может превратиться в одно из доказательств для другого, более позднего, дела. Соответственно, можно говорить о том, что как в русской дореволюционной традиции процесса, так и в западноевропейской традиции, преюдиция содержится только в резолютивной части решения, включает в себя и выводы о факте, и выводы о праве.

Согласно ст. 75 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, переписка сторон по электронной почте может быть признана судом в качестве допустимого письменного доказательства. Существующая судебная практика позволяет предложить следующие рекомендации для признания электронной переписки в качестве доказательства:

1. Предусмотреть в договоре положение о выборе преимущественного способа связи между сторонами по договору в виде электронной почты;
2. Предусмотреть условие об уполномоченных адресах электронной почты, с которых будет происходить переписка, а также порядок изменения таких адресов;
3. Необходимость архивации всех полученных сторонами электронных сообщений сразу после их получения (для предотвращения отзывов и замены электронных писем).
4. Предусмотреть положение о признании сторонами сканированных документов и их фотокопий равными по юридической силе оригиналам документов;
5. Предусмотреть обязанность сторон сохранять конфиденциальность паролей от электронной почты и гарантировать отсутствие возможности отправки сообщений третьими лицами;
6. Предусмотреть обязанность незамедлительно информировать о смене адреса электронной почты и о нарушении режима конфиденциальности электронной почты.

Прогрессивным шагом законодателя в направлении усиления состязательности сторон и объективизации процесса использования специальных познаний является указание на то, что специалист – лицо, обладающее специальными знаниями, привлекаемое к участию в процессуальных действиях, в

том числе для постановки вопросов эксперту, а также для разъяснения сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию, т.е., другими словами, для оказания помощи в назначении судебной экспертизы и оценке ее выводов с точки зрения научной обоснованности, правильности и полноты использования специальных знаний. Институт специалиста, укрепляющий реальную состязательность сторон и способствующий объективизации процесса доказывания, установлен и в гражданском процессе введением ст. 188 ГПК РФ.

Таким образом, законодатель хотя и косвенно, но признает, что оценка выводов судебной экспертизы с точки зрения научной обоснованности, достоверности и достаточности является для суда очень сложной задачей, решение которой невозможно без реальной состязательности сведущих лиц в суде.

¹ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации: ФЗ от 14.11.2002 № 138-ФЗ (ред. 06.04.2015) // Собрание законодательства РФ, 18.11.2002. № 46. Ст. 4532.

² О подготовке гражданских дел к судебному разбирательству: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.06.2008 № 11 (ред. от 09.02.2012) // Российская газета, № 140, 02.07.2008.

П.А. Чегоряева, В.Г. Нестолий

Иркутский юридический институт (филиал), Российская правовая академия, г. Иркутск

МОДЕЛИ ИСПОЛНИТЕЛЬНОГО ПРОИЗВОДСТВА (СУДЕБНЫЕ И АДМИНИСТРАТИВНЫЕ)

Правовой моделью специалисты в области теории права могут называть созданную в результате абстракции, идеализации (для теоретических и метатеоретических моделей) или наблюдения (для материалистических моделей) форму отражения правовой (или окружающей) действительности, находящуюся в отношении соответствия с исследуемым объектом, служащую средством отвлечения и выражения внутренней структуры сложного правового явления (или наглядности в описании объектов материального мира), несущую информацию об объекте или выполняющую специальную описательную (демонстрационную) задачу¹. Таким определением пользоваться очень сложно, и предложила исходить из того, что правовой моделью является идеальный образ какого-либо правового института (например, исполнительного производства), зафиксированный в действующем законодательстве. Идеальный образ, как поясняет П. А. Чегоряева, берут на вооружение, прежде чем приступают к разработке закона или кодекса об исполнительном производстве.

Модели исполнительного производства станем подразделять на судебные и административные. Если модель судебная, то принудительным исполнением занимается суд. Если модель административная, то принудительное исполнение осуществляет специальный орган исполнительной власти. Кроме судебной и административной модели выделяют смешанную модель. Последняя характеризуется тем, что с внешней стороны она выглядит как административная, т.е. принудительным исполнением занимается специальный орган исполнительной власти. Но с внутренней стороны смешанная модель является судебной, поскольку суд осуществляет контроль над действиями судебного пристава не в административном судопроизводстве, а по особым правилам, в порядке производства при исполнении судебного решения или акта иного юрисдикционного органа, обладающего принудительной (исполнительной силой). Смешанная модель исполнительного производства работает в Республике Казахстан². Судебная модель исполнительного производства характерна для Республики Беларусь и бывшего СССР³.

От модели исполнительного производства необходимо отличать систему исполнительного производства. Системой исполнительного производства следует называть целостное единство обремененных в правовые формы экономических и управленческих связей в сфере принудительного исполнения и вокруг него, т.е. всю инфраструктуру и отношения с участием субъектов, оказывающих услуги в сфере принудительного исполнения (оценка, хранение, представительство, продажа, организация торгов)⁴.

Согласно В.В. Яркову, по способу организации профессии судебного исполнителя, возможностям и пределам участия негосударственных организаций в исполнительном производстве в мире сложились следующие модели исполнительного производства: публично-правовая (СССР); частно-правовая, иначе называемая небюджетной (Франция, Бенилюкс, Греция и др.); смешанная (Германия, США, Россия)⁵. Публично-правовая система, с точки зрения В.В. Яркова, отличается тем, что и су-

дебный исполнитель, и сотрудники всех вовлеченных в процесс исполнения организаций, состоят на государственной службе. Для публично-правовой организации принудительного исполнения, по мнению В.В. Яркова, характерны полное огосударствление всех ее сторон, отсутствие частной инициативы при совершении отдельных видов исполнительных действий. Подразделяя системы принудительного исполнения на публичные, частные и смешанные, он подчеркивает, что данная классификация не является полностью юридически чистой, но позволяет лучше понять содержание системы принудительного исполнения в конкретной стране.

Представляется, что понятие системы принудительного исполнения не имеет научного характера. Это рабочее понятие, которому дана жизнь для того, чтобы осуществить сравнение государственного (публичного) и небюджетного (частного) исполнения судебных решений. Сравнительное правоведение оперирует понятием системы. Правовые системы государств выступают исходным объектом сравнительного изучения⁶. Сравнительное изучение права осуществляют для того, чтобы внедрить элементы одной правовой системы в другую правовую систему с расчетом на то, что внедряемые элементы «перестроят» правовую систему – реципент либо донорские элементы приживутся и «перестроятся», приспособившись к правовой системе-реципиенту.

Во всяком случае в сочинении В.В. Яркова, которое цитировалось, и работах других авторов термины «система исполнительного производства» и «модель исполнительного производства» отождествляются по содержанию. Между тем модель исполнительного производства отличается от системы тем, что имеет четкие критерии, позволяющие отграничить административные модели от судебных.

Во-первых, судебная модель отличается от административной тем, что именно суд является органом принудительного исполнения, при административной модели органом принудительного исполнения выступает орган исполнительной, а не судебной власти.

Во-вторых, для судебной модели характерно то, что судебный исполнитель состоит в штате суда, исполняющего судебные решения; при административной модели судебный пристав-исполнитель есть должностное лицо органа исполнительной власти, компетентного исполнять судебные решения.

В-третьих, судебная модель предопределяет издание инструкции об исполнительном производстве для судебных исполнителей, поскольку, не будучи судьями, судебные исполнители не могут применять процессуальный кодекс (кодекс гражданского судопроизводства). Судебные приставы – должностные лица органа исполнительной власти – руководствуются специальным законом об исполнительном производстве.

В-четвертых, судебная модель характеризуется тем, что судебные исполнители контролируются судами в особом порядке, в производствах при исполнении судебных актов. Административная модель характеризуется тем, что судебный контроль за действиями судебных приставов осуществляется в порядке административного судопроизводства, в том же самом порядке, в котором осуществляется судебный контроль за действиями должностных лиц прочих министерств и ведомств. При этом специфика исполнительного производства определяет особенности порядка административного судопроизводства по жалобам на предмет проверки законности действий судебных приставов.

Своеобразна швейцарская модель, предусмотренная законом о долговом производстве и конкурсе, принятая 11 апреля 1889 г. Согласно ей, исполнение судебных актов осуществляется не в судебном, а административном порядке, «взыскное производство не является дополнительной главой устава гражданского судопроизводства, а представляется скорее особой деятельностью, состоящей лишь до известной степени в связи и зависимости от судебных установлений»⁷. Исполнительное и конкурсное производство по швейцарской модели регламентируется одним законом, который применяется судебным приставом: «В больших городах пристав с товарищем должны уже являться главой целого учреждения, в котором кипит работа, проходят капиталы, организуются обширные конкурсы, возникают сложные юридические вопросы, и блещут всевозможные соблазны»⁸. Итак, швейцарская модель исполнительного производства признается административной. Особенность ее в том, что пристав руководит не только исполнительным, но и конкурсным производством.

Согласно австрийской модели по закону от 27 мая 1896 г. исполнение судебных решений осуществляют участковые суды. Судебные приставы, которые занимаются взысканиями, состоят при судах. Акты, принимаемые судебными приставами, обжалуются в дисциплинарном порядке. Это не жалобы в суд, а жалобы судебному начальству⁹. Отличие австрийской модели от классической судебной модели состоит в том, что австрийская модель реализована в специальном законе, а не в кодексе (уставе) гражданского судопроизводства.

Подытоживая, скажем, что небюджетная система исполнительного производства, при которой судебный пристав финансируется взыскателями, а не бюджетом, может быть построена как по судебной, так и по административной модели. Все зависит от того, в каком порядке суд осуществляет контроль за действиями судебного пристава: в особом порядке или в порядке административного судопроизводства. Однако наличие небюджетной

системы возможно только при одновременной работе бюджетных систем, поскольку налоговые и другие государственные органы будут вынуждены создавать собственные подразделения принудительного исполнения.

¹ См.: *Безруков А. П.* Правовая модель как инструмент юридической науки и практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2008. С. 8.

² Об исполнительном производстве в Республике Казахстан см., например: *Правовая политика современной России: реалии и перспективы: матер. науч.-практ. конф., посв. 75-летию образования Иркутской области.* Иркутск, 10 нояб. 2012 г. Иркутск, 2012. С. 321–323.

³ О судебной модели исполнительного производства в Республике Беларусь см., например: *Чегоряева П.* Модели исполнительного производства России и Беларуси (историко-сравнительный метод познания права) // *Общество, право, личность: вопросы взаимодействия в современном мире : сб. ст. междунар. науч.-практ. заоч. конф.* Минск, 10–15 янв. 2015 г. Минск, 2015. С. 168–170.

⁴ Определение см. в издании: *Материалы I Всерос. науч.-практ. конф.* (Иркутск, 18 окт. 2012 г.): в 2 ч. М.; Иркутск. 2012. Ч. 1. С. 172.

⁵ *Ярков В. В.* Основные мировые системы принудительного исполнения // *Университетские научные записки (Украина).* 2006 № 2(18) . С. 84–101.

⁶ Об этом см., например: *Чегоряева П. А.* Введение в сравнительное правоведение в сфере исполнительного производства (теоретические этюды) // *Практика исполнительного производства. Методология исполнительного права : матер. науч.-практ. конф. студентов и молодых ученых, посв. 150-летию института судебных приставов.* Иркутск, 27 марта 2015 г. Иркутск, 2015. С. 104–105.

⁷ См.: *Башмаков А.* Швейцарская реформа долгового производства: федеральный закон о взыскании и конкурсе, утвержденный 11 апреля 1889 г. // *Журнал гражданского и уголовного права.* 1890. Кн. 9 (Нояб). С. 47.

⁸ См.: *Башмаков А.* Указ. соч. С. 64.

⁹ См.: *Тур Н.А.* Австрийский закон 27 мая 1896 г. о порядке взыскания и обеспечения. С указанием соответствующих постановлений нашего устава гражданского судопроизводства. СПб., 1897. С. 9, 12, 30.

А.И. Щукин

Московский государственный юридический университет им. О.Е. Кутафина, г. Москва

ОБ ЭФФЕКТИВНОСТИ СУДЕБНОГО КОНТРОЛЯ ПО ДЕЛАМ О ПРИЗНАНИИ И ПРИВЕДЕНИИ В ИСПОЛНЕНИЕ РЕШЕНИЙ ИНОСТРАННЫХ СУДОВ

В Российской Федерации признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства (ст. 2 Конституции РФ). В силу приоритета прав и свобод личности, их утверждения в качестве высшей ценности государство должно устанавливать конкретные юридические механизмы и процедуры защиты этих прав и основных свобод. В ч. 2 ст. 46 Конституции РФ говорится, что каждому (гражданину РФ) гарантируется судебная защита его прав и свобод. Законодательство о гражданском судопроизводстве вслед за Конституцией РФ основной задачей правосудия по гражданским делам называет защиту нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов граждан и организаций в условиях доступности, публичности и своевременности судебного разбирательства независимым и беспристрастным судом (ст. 2 АПК РФ и ст. 2 ГПК РФ). Как указывает Г.А. Жилин, «основная конечная цель судопроизводства по гражданским делам очевидна и заключается в защите нарушенных или неправомерно оспариваемых прав, свобод и законных интересов лиц, спор которых подлежит разрешению судом. Именно в этом состоит главное социальное предназначение суда как органа правосудия»¹.

Достижению цели защиты прав и законных интересов граждан и организаций обычно предшествует деятельность суда и других участников судебного процесса по рассмотрению и разрешению гражданских споров, а зачастую – проверка законности и обоснованности принятого судебного акта и обеспечение его исполнения. Судебный контроль, осуществляемый в сфере принудительного исполнения судебных актов, является одним из основных и действенных средств защиты прав и охраняемых законом интересов лиц, вовлеченных в исполнительное производство.

Гражданский (арбитражный) процесс, представляющий собой урегулированную законом деятельность суда, участвующих в деле лиц и других участников процесса, а также органы исполнения судебных актов, неразрывно связан с понятием государственного суверенитета. Верховенство на своей территории традиционно рассматривается в доктрине в качестве одной из составляющих государственного суверенитета². Такое верховенство предполагает, помимо прочего, отправление правосудия и поддержание правопорядка на территории государства. Утверждение о том, что в пределах собственной территории государство обладает монополией на осуществление принуждения, в том числе

и для приведения в исполнение решений, вынесенных от его имени судебными органами, воспринимается в качестве аксиомы³. Это соответствует сложившимся представлениям о государственном суверенитете (в присутствии государству верховенстве на своей территории и независимости от других государств).

Эффективно действующий процессуально-правовой механизм, позволяющий заинтересованному лицу обратиться в компетентный суд и своевременно получить законный и обоснованный судебный акт, далеко не во всех случаях гарантирует защиту его прав и законных интересов. Для реализации целей правосудия по гражданским делам часто возникает необходимость в принятии мер по принудительному исполнению принятых судебных актов. Общеизвестно, что исполнение судебного решения – завершающая стадия гражданского судопроизводства, без исполнения судебного акта не могут быть достигнуты цели правосудия. Как отмечает К. Калво, «людям не нужны судебные решения, если при этом нет гарантии их эффективного исполнения»⁴.

Решение судебных органов по общему правилу имеет силу и подлежит принудительному исполнению лишь в пределах государства, суд которого вынес данный судебный акт. Вместе с тем в реальной жизни нередки случаи, когда участники судебного разбирательства по разным причинам имеют интерес в исполнении решения по гражданскому спору, принятого судом от имени одного государства, на территории другой страны. Большинство правовых систем и международных договоров, регулирующих проблему иностранных судебных актов, говорят о «признании» иностранного решения, когда исходя из его содержания или целей лица, в пользу которого оно принято, не требуется его принудительное исполнение, а также об его «исполнении», которое предполагает, в частности, обращение к механизмам государственного принуждения⁵.

Отсутствие надежного механизма исполнения решений суда несовместимо с требованием полноты судебной защиты, с принципом справедливого правосудия, отрицательно сказывается на авторитете судебной власти, порождает сомнения в эффективности правовых средств защиты. По мнению Европейского Суда по правам человека (далее – ЕСПЧ), право на судебную защиту стало бы иллюзорным, если бы правовая система государства позволяла, чтобы окончательное, обязательное судебное решение оставалось недействующим в ущерб одной из сторон; исполнение решения, вынесенного любым судом, должно рассматриваться как неотъемлемая часть суда⁶. Между тем положение с исполнением судебных актов, в том числе решений иностранных судов, в нашей стране оставляет желать лучшего. Негативные последствия неэффективной деятельности судов и органов по исполнению судебных актов существенно возросли не только для участников спорных правоотношений, но и для государства, поскольку они означают, что государство не исполняет должным образом функцию защиты нарушенных прав и интересов. Это подтверждается практикой ЕСПЧ по делам с участием нашего государства.

Так, по делу «В.П. (V.P.) против России» ЕСПЧ счел обоснованной жалобу В.П. о нарушении Российской Федерацией ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (далее – Конвенция), поскольку власти государства действовали неэффективно при исполнении решения районного суда г. Кишинева (Республика Молдова), в соответствии с которым разрешен спор между родителями относительно места жительства ребенка⁷. Статья 8 Конвенции, по мнению ЕСПЧ, включает право родителей добиваться принятия мер, которые позволяют им воссоединиться со своими детьми, и обязательство национальных властей предпринимать подобные меры. В осуществлении этих мер властям следует принимать во внимание наиболее значимые интересы ребенка, которые рассматриваются в плане возможности использования принудительных мер для возврата ребенка «оставленному» родителю. Меры, принятые национальными властями в подобных делах, должны быть адекватными и эффективными. Адекватность меры надлежит оценивать быстротой ее воплощения в жизнь. Производство, касающееся вопросов места жительства ребенка, требует срочности, так как за истечением времени могут быть непоправимые последствия для отношений между детьми и родителем, который не проживает с ними. При оценке адекватности реагирования властей на похищение ребенка учитывается возможность сотрудничества различных органов государства в координации своих усилий с целью воплотить в жизнь судебные решения. Суды и публичные власти должны действовать эффективно и стараться избегать задержек при каждой возможности, несмотря на присутствие в деле иностранного элемента, который может способствовать общему затягиванию его рассмотрения.

Вместе с тем в приведенном деле меры, принятые властями РФ для исполнения решения иностранного суда и воссоединения заявителя с ребенком, не были адекватными и эффективными. ЕСПЧ пришел к выводу о том, что время, которое понадобилось судам в Российской Федерации для рассмотрения дела о принудительном исполнении решения иностранного суда, является чрезмерным, и указал на отсутствие эффективных исполнительных механизмов.

Неэффективность судебного контроля при рассмотрении указанного дела о признании решения иностранного суда и принудительном исполнении данного судебного акта обусловлены комплексом причин, в том числе неправильной позицией российского суда и службы судебных приставов, утверждающих, что решение суда Республики Молдова является самореализуемым и не требует каких-либо дополнительных действий для его исполнения. Данный судебный акт, по мнению компетентных органов РФ, не налагал на ответчицу обязательства действовать или бездействовать каким-либо особым образом, равно как и не содержал распоряжения об отобрании ребенка у ответчицы и возвращении его истцу. В юридической литературе также можно встретить мнение о том, что свойство исполнимости приобретают лишь иностранные судебные решения о присуждении⁸. Однако трудно согласиться с тем, что потребность в принудительных мерах возникает только в связи с иском о присуждении. По справедливому замечанию А.К. Сергун, исполнительные листы должны выдаваться на основании любого решения суда, если для реализации признанного судом права или законного интереса потребуются принудительные меры⁹.

Стоит отметить, что в указанном деле в целях своевременной защиты нарушенных прав и законных интересов следовало поставить перед российским судом вопрос об изменении способа исполнения решения иностранного суда путем обязания родителя передать ребенка тому родителю, с которым было определено его место жительства, что позволило бы избежать трудностей в исполнении судебного акта.

Итак, процедура признания и исполнения решений иностранных судов должна быть простой, проходить как можно быстрее – с момента подачи соответствующего заявления до момента полного исполнения судебного акта. В настоящее время перед судами в Российской Федерации стоит задача усовершенствования судебного контроля при рассмотрении дел о признании решений иностранных судов и последующего приведения их в исполнение для достижения максимально высокого уровня правовой защиты граждан и организаций. Это будет гарантией эффективной судебной защиты.

¹ Жилин Г.А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы: монография. М., 2010. С. 55.

² См.: Пастухова Н. Б. Проблемы государственного суверенитета. М., 2006. С. 201.

³ См.: Литвинский Д. В. Признание иностранных судебных решений по гражданским делам (сравнительно-правовой анализ французского законодательства, судебной практики и юридической доктрины). СПб., 2005. С. 14.

⁴ Калво К. Исполнительное производство в Люксембурге // Эффективность принудительного исполнения судебных решений и актов других органов: сб. материалов Междунар. науч.-практ. конф., г. Казань, Казанский (Приволжский) федеральный университет, 8–11 июня 2011 г. / отв. ред. А.О. Парфенчиков и Д.Х. Валеев. М., 2011. С. 124.

⁵ См., напр., АПК РФ (гл. 31), ГПК РФ (гл. 45), Конвенцию о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22.01.1993 г.

⁶ См.: Постановления ЕСПЧ от 19.03.1997 по делу «Хорнсби (Hornsby) против Греции», от 07.05.2002 по делу «Бурдов против России» // СПС «КонсультантПлюс».

⁷ Постановление ЕСПЧ от 23.10.2014 по делу «В.П. (V.P.) против России» // СПС «КонсультантПлюс».

⁸ Ануфриева Л.П. Международное частное право: В 3-х т. Т. 3. Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс: учебник. М., 2001. С. 378.

⁹ Сергун А. К. Принудительное исполнение судебных решений // Советское государство и право. 1980. № 3. С. 122.

V. ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

А.В. Ануфриева

Омская юридическая академия, г. Омск

РЕАЛИЗАЦИЯ ИНВАЛИДАМИ ПРАВА НА САНАТОРНО-КУРОРТНОЕ ЛЕЧЕНИЕ В СИСТЕМЕ ГОСУДАРСТВЕННОЙ СОЦИАЛЬНОЙ ПОМОЩИ

Одной из категорий граждан, для которых Федеральный закон от 17 июля 1999 года № 178-ФЗ «О государственной социальной помощи»¹ предусматривает набор социальных услуг, являются инвалиды. Напомним, что предоставлявшиеся им ранее в натуральном выражении льготы с 1 января 2005 года были заменены на ежемесячную денежную выплату (далее – ЕДВ). Одновременно с этим была предусмотрена возможность выбора гражданином формы получения социальной поддержки – денежной (т. е. получение ЕДВ) или натуральной (т. е. обеспечение набором социальных услуг)².

Особенности статуса инвалида заключаются в его повышенной социальной уязвимости вследствие нарушения здоровья, что приводит к ограничениям жизнедеятельности и требует лечения и (или) проведения медицинской реабилитации либо профилактики дальнейшего развития заболевания. Именно поэтому наиболее важным элементом набора социальных услуг для инвалидов является санаторно-курортное лечение, которое может им предоставляться наряду с обеспечением лекарственными препаратами, медицинскими изделиями, специализированными продуктами лечебного питания, бесплатным проездом к месту лечения и обратно. Путевка на санаторно-курортное лечение предоставляется один раз в год при наличии медицинских показаний и отсутствия противопоказаний, что подтверждается справкой.

Справка установленной формы выдается по рекомендации лечащего врача и заключению врачебной комиссии лечебно-профилактического учреждения по месту жительства гражданина. Если в отношении других категорий граждан такая процедура не вызывает возражений, то применительно к инвалидам возникает вопрос о ее соотношении с процедурой медико-социальной экспертизы, в том числе о соотношении справки с индивидуальной программой реабилитации (далее – ИПР).

Инвалидность устанавливается по результатам медико-социальной экспертизы, задачей которой является определение потребностей освидетельствуемого лица в мерах социальной защиты, включая реабилитацию, на основе оценки ограничений жизнедеятельности, вызванных стойким расстройством функций организма, исходя из комплексной оценки состояния организма (ст. 7 Федерального закона от 24 ноября 1995 г. № 181-ФЗ «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации»)³. По результатам медико-социальной экспертизы в случае признания лица инвалидом составляется ИПР. ИПР – основной комплексный документ, в котором содержится перечень всех видов, форм, объемов, сроков, а также порядок реализации медицинских, профессиональных и других реабилитационных мер, направленных на восстановление, компенсацию нарушенных или утраченных функций организма, восстановление, компенсацию способностей инвалида к выполнению определенных видов деятельности (ст. 11 ФЗ «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации»).

С учетом вышеуказанного логично предположить, что нуждаемость лица, признанного инвалидом, в санаторно-курортном лечении, может быть подтверждена ИПР. Об этом свидетельствует и судебная практика⁴. Тем не менее, в Приказе Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации от 22 ноября 2004 № 256 «О порядке медицинского отбора и направления больных на санаторно-курортное лечение»⁵ отсутствует упоминание о наличии ИПР у инвалида, претендующего на санаторно-курортное лечение, то есть справка на получение путевки выдается инвалиду безотносительно к наличию у него такой программы.

В связи с тем, что на основании ст. 9 ФЗ «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации», санаторно-курортное лечение является одной из основных мер реабилитации инвалидов, не вызывает сомнений, что оно должно сочетаться с остальными методами лечения и реабилитации, дополняя их, и, соответственно, назначаться они должны в совокупности, в противном случае здоровью инвалида может быть причинен вред. В медицинской литературе также высказывается точка зрения о важности комплексного подхода, применении медицинских и реабилитационных мер во взаимосвязи друг с другом. Например, некоторые авторы придерживаются мнения, что при формировании ИПР

необходимо отразить не только необходимость санаторно-курортного лечения, но и возможные его виды. Не раз подчеркивалось, что объем и спектр реабилитационных мероприятий, безусловно, может быть разным, тем не менее, необходимо обозначить общие принципы реабилитации больных и инвалидов, к соблюдению которых следует стремиться во всех случаях⁶. На возможность проверки соблюдения порядка предоставления путевки на санаторно-курортное лечение, в том числе с учетом содержания ИПР, указывал и Конституционный Суд Российской Федерации (Определение от 3 апреля 2014 г. по делу № 686-О)⁷. В юридической литературе, посвященной социальному обеспечению инвалидов, также делается акцент именно на комплексную реабилитацию⁸.

Установленная Министерством здравоохранения и социального развития форма ИПР в числе мероприятий медицинской реабилитации содержит графу «санаторно-курортное лечение»⁹. Здесь следует рассмотреть две ситуации: во-первых, когда ИПР предусматривает санаторно-курортное лечение, а во-вторых, когда учреждение медико-социальной экспертизы не включило санаторно-курортное лечение в перечень таких мероприятий.

Так как ИПР является обязательной для исполнения соответствующими государственными (муниципальными) органами и организациями (ст. 11 ФЗ «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации»), в первом из вышеназванных случаев инвалиду гарантируется предоставление медицинских услуг в том объеме, в котором они закреплены учреждением медико-социальной экспертизы в программе. Поэтому, если такое лечение рекомендовано программой, то получение справки необходимо для проверки текущего состояния инвалида и, скорее, больше в целях подтверждения отсутствия противопоказаний в конкретный период времени, а также для заполнения санаторно-курортной карты.

Другая ситуация возникает, когда при составлении ИПР инвалиду не было рекомендовано санаторно-курортное лечение или срок его проведения, указанный в программе, истек, и он обратился в учреждение здравоохранения за получением справки о необходимости такого лечения. Считаем, что лечащий врач не имеет права самостоятельно разрешить вопрос о необходимости санаторно-курортного лечения при отсутствии его рекомендации в ИПР, так как законодателем эта компетенция закреплена за соответствующим учреждением медико-социальной экспертизы. Лечащий врач, считающий, что необходимость такого лечения возникла, а срок очередного освидетельствования инвалида еще не наступил или инвалидность установлена бессрочно, на наш взгляд, должен оформить новое направление на медико-социальную экспертизу, что входит в его полномочия¹⁰. При повторном освидетельствовании составляется новая ИПР, в которой учитывается состояние инвалида в соответствующий период времени. По действующему законодательству лечащий врач при обращении инвалида за справкой, подтверждающей необходимость санаторно-курортного лечения, должен во всех случаях основывать свое решение на ИПР.

Подчеркивая универсальный характер ИПР как документа, отражающего степень социального риска, которому подвергается гражданин, и конкретные меры по его преодолению, проведем аналогию с признанием инвалида безработным. Гражданин, признанный инвалидом, для получения статуса безработного дополнительно предъявляет в органы службы занятости ИПР, содержащую заключение о рекомендуемом характере и условиях труда¹¹.

На наш взгляд, устанавливая социальные гарантии отдельным категориям граждан, законодательно необходимо продумывать механизм их осуществления с учетом всех особенностей статуса таких лиц. При предоставлении инвалидам права на санаторно-курортное лечение в системе государственной социальной помощи этого сделано не было, в связи с чем полагаем целесообразным законодательно закрепить значение ИПР в получении справки на санаторно-курортное лечение в целях эффективной и комплексной реабилитации и лечения инвалидов.

¹ *СЗ РФ*. 1999 г. № 29, ст. 3699.

² О терминологических проблемах законодательства о государственной социальной помощи см. подробнее, например: *Гусева ТС*. Использование российским законодателем новой терминологии для обозначения социальных выплат: объективная необходимость или недостаток юридической техники // *Вестник Пермского университета. Юридические науки*. 2011. № 1. С. 130.

³ *СЗ РФ*. 1995. № 48, ст. 4563. Далее – ФЗ «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации».

⁴ См., например: *Решение* Верховного Суда Российской Федерации от 23 марта 2007 г. № ГКПИ06-1559. Доступ из СПС «Консультант плюс».

⁵ *Бюллетень* нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2004. № 51.

⁶ См., например: *Медико-социальная экспертиза, реабилитация, физиотерапевтическое и санаторно-курортное лечение при заболеваниях вен: научно-практический медицинский журнал «Флебология»* / под. ред. А.И. Кириенко. М.: Медиа сфера 2013, выпуск 2, том 7. С. 46–47.

⁷ См.: По жалобе гражданина Шапкина А.М. на нарушение его конституционных прав ст. 6.1, 6.2 и 6.7 ФЗ «О государственной социальной помощи» и ст. 15, 16, 151, 1064, 1069 и 1071 Гражданского кодекса Российской Федерации: определение Конституционного Суда Российской Федерации от 3 апреля 2014 г. по делу № 686-О // СЗ РФ. 2015. № 5. 877.

⁸ См.: Ясырева И.Н. Право социального обеспечения о комплексной реабилитации инвалидов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Пермь, 2007. С. 7.

⁹ См.: Об утверждении форм индивидуальной программы реабилитации инвалида, индивидуальной программы реабилитации ребенка-инвалида, выдаваемых федеральными государственными учреждениями медико-социальной экспертизы, порядка их разработки и реализации: приказ Министерства здравоохранения и социального развития России от 04 августа 2008 г. № 379н // Рос. газ. 2008. № 190.

¹⁰ См.: О порядке и условиях признания лица инвалидом: постановление Правительства Российской Федерации от 20 февраля 2006 г. № 95 // СЗ РФ. 2006. № 9, ст. 1018.

¹¹ См.: О занятости населения в Российской Федерации: закон РФ от 19 апреля 1991 г. № 1032-1 // СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1915.

Е.А. Браун

Законодательное собрание Пермского края, г. Пермь

ОСОБЕННОСТИ ДИСТАНЦИОННОГО ТРУДА ОТДЕЛЬНЫХ КАТЕГОРИЙ РАБОТНИКОВ В СИСТЕМЕ ГОСУДАРСТВЕННОГО УПРАВЛЕНИЯ*

Развитие гибких подходов к правовому регулированию трудовых отношений на современном этапе становится необходимым условием устойчивого развития рынков товаров и услуг, способом обеспечения независимости национальной экономики, профессиональной реализации и роста благосостояния населения. Необходимость стимулирования альтернативных форм занятости: самозанятости, фриланса, дистанционной занятости, работы в интернете и других была озвучена Д.А. Медведевым на VI Гайдаровском форуме – постоянно действующей дискуссионной площадке для обсуждения острейших проблем современности¹.

Процесс информатизации органов государственной власти, носивший ранее обеспечительный характер, приобретает сегодня новое значение и новый импульс для своего развития, поэтому дистанционные технологии в системе государственного управления, включая сервисы онлайн-диалога и прямой видеосвязи, не являются экзотическими. В частности, среди новых принципов совершенствования системы государственного управления – развитие процедуры приема в электронном виде документов для участия в конкурсе на замещение вакантной должности государственной гражданской службы и проведение первичного квалификационного отбора кандидатов в дистанционном формате с идентификацией личности гражданина, подавшего документы². В соответствии с распоряжением губернатора Пермского края от 29.09.2008 № 96-р «О применении режимов гибкого служебного времени в органах исполнительной власти Пермского края» для отдельных категорий государственных служащих допустимо гибкое место службы (телеработа).

Кроме того, государственные органы вправе учреждать должности, не являющиеся должностями государственной гражданской службы, как правило, для технического, хозяйственного обеспечения деятельности государственных органов или выполнения иных функций, не связанных с профильной деятельностью органов. В законодательных (представительных) органах власти для осуществления депутатской деятельности создаются должности помощников депутатов, которые, как правило, не являются должностями государственной или муниципальной службы. Соответственно, на таких работников в полной мере распространяется трудовое законодательство, включая положения о дистанционном труде.

Особенно актуальной дистанционный труд выглядит в свете реформирования государственной гражданской службы, планируемой Правительством Российской Федерации³. Министерством финансов РФ предлагается *исключить* из классификации должностей гражданской службы категорию «обеспечивающие специалисты», учреждаемых для организационного, информационного, документационного, финансово-экономического, хозяйственного и иного обеспечения деятельности государственных органов. На практике это означает, что такие работники будут замещать должности на основании трудового договора в соответствии с трудовым законодательством. В определенной степени это напоминает аутсорсинг, предполагающий выведение непрофильных функций из основной деятельности органов государства.

© Браун Е.А., 2015

*Статья подготовлена при поддержке РГНФ, проект № 14-03-00318.

Аутсорсинг долгое время считался одним из лучших способов повышения эффективности государственных органов, а следовательно, и государства в целом, путем сокращения издержек. Согласно анализу мировой практики наиболее развитым в государственном секторе является аутсорсинг в информационных технологиях, поддержании инфраструктуры; повышении квалификации и обучении персонала, предоставлении отдельных услуг населению и управление взаимоотношениями с клиентами (Client Relationship Management)⁴.

Если вышеуказанная законодательная инициатива Министерства финансов будет принята, то дистанционное трудоустройство обеспечивающих специалистов может стать следующим шагом в трансформации функций государственных органов и рационализации их внешних и внутренних связей. Однако с некоторой оговоркой. Позиция по переходу обеспечивающих специалистов на трудовые отношения представляется корректной в том случае, если законодатель четко определит критерии деления государственных служащих на просто «обеспечивающих специалистов» и специалистов «для профессионального обеспечения выполнения установленных задач и функций». В соответствии с Законом о государственной службе *вся* профессиональная служебная деятельность государственных служащих направлена на *обеспечение* исполнения полномочий федеральных государственных органов, государственных органов субъектов РФ, лиц, замещающих государственные должности РФ, и лиц, замещающих государственные должности субъектов РФ⁵. Поэтому отнесение отдельных служащих, исполняющих обязанности по техническому, организационному и документационному обеспечению деятельности государственных органов, к категории «трудовых работников» в будущем может привести к размыванию специфики гражданской службы и появлению новой главы в ТК РФ, регулирующей особенности труда работников органов государственной власти.

В рамках совершенствования правового регулирования труда помощников депутатов законодательных (представительных) органов государственной власти дистанционное трудоустройство может быть применено уже сегодня.

Деятельность помощников депутатов осуществляется на условиях служебного контракта (в случае если помощник депутата является гражданским служащим, как, например, в Московской городской Думе, Тюменской областной Думе), трудового договора, гражданско-правового договора или на общественных началах. Количество помощников депутата зависит от численного состава депутатского корпуса законодательного органа, в среднем – от 2 до 10 помощников на каждого депутата. Например, депутат Законодательного Собрания Пермского края вправе иметь до десяти помощников, работающих по трудовому договору, т.е. это 600 человек.

На помощников, работающих по трудовому договору, распространяются все полномочия работника, связанные с предоставлением ему рабочего места, отвечающего государственным нормативным требованиям безопасности труда, страхованием от несчастных случаев на производстве, гарантиями охраны труда и др. То есть работодатель в полной мере несет затраты на оборудование всех рабочих мест помощников. Вместе с тем деятельность помощника депутата не всегда связана со стационарным рабочим местом. В силу специфики своей деятельности он может быть занят в избирательном округе, подведомственном депутату, в общественной приемной или иметь разъездной характер работы. Теоретически рабочим местом помощника может быть компьютер или виртуальный кабинет. Возникает вопрос: как определить рабочее место помощника депутата?

Конечно, для отдельных помощников депутатов, например депутатов Государственной Думы РФ, законодательством предусмотрены нормы о выделении им надлежаще оборудованного помещения в здании законодательного (представительного) или исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации либо с согласия депутата Государственной Думы – органом местного самоуправления в здании органа местного самоуправления. Однако для помощников депутатов законодательных (представительных) органов субъектов РФ, органов местного самоуправления такое положение необязательно.

Сказанное можно проиллюстрировать следующим примером. В соответствии с постановлением Законодательного Собрания Нижегородской области от 24.02.2011 № 2456-IV (ред. от 28.08.2014) «О принятии Положения о помощниках депутатов Законодательного Собрания Нижегородской области и признании утратившими силу отдельных постановлений Законодательного Собрания области» рабочим местом помощника является помещение, определяемое депутатом⁶. Но обязанность на оборудование рабочего места в соответствии с государственными нормативами и требованиями безопасности труда и соответствующие расходы возложены законом на работодателя, кем депутат не является. Формально и возмещение вреда в связи с несоблюдением требований по охране труда на рабочем месте, предоставленном депутатом, возложено на работодателя. Кроме того, в указанном случае работодатель практически утрачивает возможность контроля за деятельностью помощника, в результа-

те чего возникают спорные моменты, связанные с вопросами о том, где работник обязан находиться при исполнении своих трудовых обязанностей, режимом рабочего времени и времени отдыха, организацией труда, процедурой увольнения по инициативе работодателя и так далее. Учитывая, что депутат самостоятельно подбирает себе помощников и распределяет между ними обязанности, можно говорить о тройственности отношений сторон, заключающих трудовой договор, когда работодатель нанимает работника через третью сторону. Между тем фактически сложившиеся трудовые отношения помощника с депутатом юридически оформлены между помощником депутата и работодателем, а значит и ответственность распределяется только между сторонами трудового договора.

Заключение трудового договора о дистанционной работе снимает большинство специфических вопросов взаимодействия помощника депутата с работодателем и решает проблему с возможностью включения в договор характерных для помощников условий организации труда. Кроме того, на практике может сложиться ситуация, когда в государственном органе просто не окажется достаточного количества надлежаще оборудованных помещений для обеспечения деятельности всех помощников депутатов. А дистанционная форма взаимодействия позволяет использовать современные программно-технические средства и сети, в том числе Интернет. Предполагается и электронный документооборот.

Оформить трудовые отношения с дистанционным помощником можно следующими способами:

- традиционно, путем подписания документов в месте нахождения работодателя;
- дистанционно, путем электронного документооборота. Для этого необходимо получить электронную цифровую подпись в соответствии с законодательством, отсканировать оригиналы документов и направить их работодателю. В данном случае трудовой договор составляется в электронном виде и заверяется электронными подписями сторон, а оригинал договора в трехдневный срок с момента подписания направляется помощнику депутата по почте;
- смешанным образом, когда трудовой договор оформляется «на месте», а дальнейшее общение помощника депутата с работодателем осуществляется дистанционно при помощи информационно-телекоммуникационных сетей общего пользования. При этом в условия трудового договора может включаться условие об оснащении помощника необходимым оборудованием и устанавливаться режим использования такого оборудования.

При выборе способа оформления трудовых отношений, стороны как правило, руководствуются принципом целесообразности. Транспортные затраты на проезд к работодателю могут в разы превышать стоимость электронной цифровой подписи. А если речь идет о трудоустройстве помощников из удаленных регионов, что особенно актуально для обширной территории Российской Федерации, или о дистанционных работниках, которые работают у нескольких работодателей одновременно, то здесь приобретение электронной цифровой подписи существенно снижает расходы по оформлению на новую работу. Выгодно это и для депутатов, которым станет доступно оперативное получение информации от помощников.

Также, при условии использования дистанционного труда для помощников депутата решается вопрос с режимом рабочего времени и временем отдыха, так как в соответствии с законодательством он устанавливается дистанционным работником по своему усмотрению. Это совершенно не означает отсутствие контроля за ним со стороны работодателя, особенно если трудовая функция пересекается с функциями других работников, для которых режим работы установлен локальными актами. В трудовом договоре о дистанционной работе с помощником депутата можно прописать продолжительность рабочего времени, а также график личного присутствия на необходимых мероприятиях, в том числе определяемых депутатом. В отношении дистанционного помощника депутата, *самостоятельно* определяющего режим рабочего времени и времени отдыха, не возникает необходимости повышенной оплаты труда за работу в ночное и сверхурочное время, выходные и нерабочие праздничные дни. Однако необходимо помнить, что если в трудовом договоре режим работы все-таки установлен, переработка должна быть оплачена в утвержденных законодательством размерах, так как на дистанционных работников в полной мере распространяется трудовое законодательство. Также нельзя забывать, что трудовые договоры не могут содержать положений, снижающих уровень гарантий, установленных трудовым законодательством и иными правовыми актами, содержащими нормы трудового права. Поэтому, нанимая на работу лиц с ограниченными возможностями здоровья или несовершеннолетних, работодатель будет обязан установить им сокращенное рабочее время.

Таким образом, дистанционное взаимодействие работодателя с помощником депутата с помощью современных информационных технологий видится не только возможным, но и весьма эффективным. Кроме того, как правило, сегодня все основные мероприятия в государственных органах

поддерживаются в онлайн-режиме. Пленарные заседания, круглые столы, публичные слушания транслируются в режиме реального времени на официальных сайтах представительных органов государственной власти. Такая практика постепенно распространяется и на муниципалитеты⁷. Думается, что дистанционная форма взаимодействия в государственном управлении является прогрессивным институтом, который очень хорошо встраивается в предусмотренное Трудовым кодексом РФ общее регулирование трудовых отношений.

¹ Россия и мир: новый вектор URL: <http://government.ru/news/16508/> (дата обращения: 15.08.2015).

² См., например: Приказ ФМБА России от 18.03.2013 № 59 «О реализации пилотного проекта по внедрению в Федеральном медико-биологическом агентстве процедуры приема в электронном виде документов для участия в конкурсе на замещение вакантной должности государственной гражданской службы и проведения первичного квалификационного отбора кандидатов в дистанционном формате с идентификацией личности гражданина, подавшего документы и заполнившего квалификационный тест». [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»

³ См.: Проект Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон "О государственной гражданской службе Российской Федерации" и отдельные законодательные акты Российской Федерации" (подготовлен Минфином России) (не внесен в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 28.04.2015).

⁴ Шестоперов А.М. Аутсорсинг как способ оптимизации административно-управленческих процессов органах государственной власти (на примере ФАС России) // НИСИПП. М., 2007. С. 44.

⁵ Федеральный закон от 27.05.2003 № 58-ФЗ(ред. от 02.07.2013) «О системе государственной службы Российской Федерации», статья 1 // Российская газета. 2003. № 104.

⁶ См. подробнее: Постановление Законодательного Собрания Нижегородской области от 24.02.2011 № 2456-IV (ред. от 28.08.2014) «О принятии Положения о помощниках депутатов Законодательного Собрания Нижегородской области и признании утратившими силу отдельных постановлений Законодательного Собрания области» [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «Консультант плюс»

⁷ [Электронный ресурс]. URL: <http://vasukhikh.com/2015/07/21/> (дата обращения: 21.08.2015). Проект «Информатизация»: на старте муниципалитеты.

Н.И. Гонцов

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ЗАПРЕТЫ В ТРУДОВОМ ПРАВЕ И СПОСОБЫ ИХ НОРМАТИВНОГО ЗАКРЕПЛЕНИЯ

Право, при всей сложности и многогранности этого явления, если разложить его на основные составляющие компоненты предстает в виде трех элементов – прав, обязанностей и запретов, что объективируется в соответствующих нормах права – управомачивающих, обязывающих и запрещающих. Этот вывод сформулирован как в общей теории права, так и в отраслевых юридических науках и признается одним из основополагающих в понимании права, его структуры, способов регулирования и других вопросах. С.С. Алексеев отмечает, что «... во всякой правовой системе «перемешано все» - есть и запреты, и позитивные обязывания, и дозволения...»¹. Они и составляют основные элементы права как регулятивной системы или выступают как способы правового регулирования². Из этого вытекает еще одно важное положение о типах (принципах, порядках) правового регулирования, согласно которого регламентация общественных отношений базируется на двух принципах. Первый – дозволено все, кроме запрещенного (иначе говоря, разрешено все, что не запрещено) – его называют общедозволительный тип регулирования. Второй – запрещено все, кроме дозволенного (запрещено все, что не разрешено) – это разрешительный тип регулирования³.

В настоящей работе речь пойдет о запретах в трудовом праве, способах их выражения и закрепления в нормативных правовых актах, а также иных источниках права.

С точки зрения общего понимания запретов, их обычно определяют как обязанность не совершать какие-либо действия, т.е. они представлены в виде пассивного поведения субъектов. Эту дефиницию можно применить и к трудовым отношениям, конкретизировав ее субъектный состав, содержание и другие элементы. В связи с этим запреты в трудовом праве представляют собой обязанность субъектов трудовых отношений (прежде всего работодателя и работника) воздерживаться от совершения определенных действий, указанных в трудовом законодательстве и иных актах, регулирующих отношения в сфере труда. Нарушение этой обязанности может повлечь юридическую ответственность различного вида.

Правовой запрет имеет разные способы выражения и закрепления в юридических нормах. Один из них состоит в том, что в актах прямо используются слова «запрет», «запрещено», «не допускается». Например, ст. 4 Трудового кодекса РФ – «принудительный труд запрещен», ст. 64 – «запрещается отказывать в заключении трудового договора женщинам по мотивам, связанным с беременностью или наличием детей», ст. 415 – «запрещается локаут», ст. 15 – «заключение гражданско-правовых договоров, фактически регулирующих отношения между работником и работодателем, не допускается» и т.д. Это самый простой и определенный вариант формулирования запрета в праве, его можно назвать непосредственным, который не дает оснований сомневаться в том, есть ли запрет, соблюдать ли его и т.п. (здесь, конечно, могут возникнуть разные толкования того явления, которое запрещено – в наших примерах – что такое принудительный труд, локаут и т.д., а из-за этого возможны споры есть или нет запрет. Но эта ситуация требует отдельного анализа и в данном случае не рассматривается). Этот вариант определения запрета может быть усложнен установлением дополнительных обстоятельств, связанных с наличием исключений, т.е. по общему правилу запрет закрепляется в норме, но из этого могут быть изъятия, что свидетельствует о существовании специальных правил. Например, ст. 20 ТК РФ – «запрещается требовать от работника выполнения работы, не обусловленной трудовым договором, за исключением случаев, предусмотренных настоящим кодексом и иными федеральными законами». Адекватное понимание и применение данной статьи требует анализа всего трудового законодательства и определение тех конкретных случаев, когда возможно требовать от работника работы не по его трудовой функции. В частности, это касается переводов в связи с исключительными обстоятельствами, в связи с чем работник может быть переведен без его согласия на работу, не обусловленную трудовым договором на срок до одного месяца (ч. 2 ст. 72² ТК РФ). Подобных ситуаций в трудовом праве достаточно много, что составляет одну из сложностей в его изучении и применении.

Еще один способ установления запретов в трудовом законодательстве состоит в том, что в норме прямо не говорится о запрещении каких-либо действий и сами слова «запрет», «запрещено» и т.п. не используются, но запрет тем не менее есть, поэтому данный способ можно назвать опосредованным закреплением запрета. Суть его состоит в том, что кодекс либо иной правовой акт формулирует императивное правило, которое жестко требует определенного поведения в той или иной ситуации, в связи с чем иные варианты действий исключаются, т.е. запрещаются. Эти правила могут касаться круга субъектов, их прав и обязанностей, перечня документов, правовых последствий и других обстоятельств. Этот вывод обусловлен тем, что в трудовом праве наряду с диспозитивными нормами существуют и императивные, которые закрепляя те или иные требования, запрещают все иное. Но запрет в данном случае все равно установлен, хотя и не прямо, не непосредственно, а опосредованно, без использования терминов «запрещено» и т.п. Например, ст. 77 ТК РФ в части первой дает перечень оснований прекращения трудового договора, а в части второй формулирует правило о том, что «трудовой договор может быть прекращен и по другим основаниям, предусмотренным настоящим Кодексом и иными федеральными законами». Из этой нормы следует, что основания прекращения трудового договора регламентируются кодексом или иными федеральными законами, а значит, запрещено закреплять эти основания в законах субъектов Российской Федерации, всех иных нормативных правовых актах, коллективных договорах и т.п. Иначе говоря, запрет в данном случае есть, хотя прямо он не сформулирован и само слово «запрет» в статье не фигурирует.

Норм с подобной конструкцией в трудовом законодательстве множество и не всегда они толкуются адекватно и однозначно. В частности, до появления правового регулирования заемного труда (а оно связано с принятием Федерального закона от 5 мая 2014 г. № 116-ФЗ, вступающим в силу с 1 января 2016 г., который ввел в кодекс ст. 56¹ и гл. 53¹) достаточно распространено было мнение о том, что коли нет запрета заемного труда, значит он может использоваться (т.е. рассуждали по принципу, что не запрещено, то дозволено, и на практике заемный труд применялся достаточно широко⁴). Прямого запрета заемного труда, как и его правовой регламентации в целом, действительно не было. Только в связи с указанным законом появилась формула «заемный труд запрещен». Но по нашему мнению был опосредованный запрет заемного труда, который вытекал из понятия трудового договора, его сторон, содержания, из понятия трудового отношения и других факторов. Не вдаваясь подробно в этот вопрос, отмечу главное в нем – трудовое отношение возникает между двумя сторонами – работником и работодателем, это двухстороннее отношение, исключающее наличие каких-либо посредников, представителей и т.п., т.е. третьей стороны, и это правило императивное. В заемном труде складывается трехстороннее отношение, т.к. в нем участвует частное агентство занятости или иное третье лицо. Но так как российское трудовое право не предусматривало трехсторонних трудовых от-

ношений, значит заемный труд был запрещен⁵. Необходимо еще раз подчеркнуть, что подобная ситуация была до принятия Федерального закона от 5 мая 2014 г. № 116-ФЗ.

Приведем еще один пример подобного рода. Он касается такой процедуры, как избрание по конкурсу профессорско-преподавательского состава высших учебных заведений, которая закреплена в ст. 332 ТК РФ. В ранее действовавшей редакции этой нормы закреплялось, что заключению трудового договора, а также переводу этих лиц предшествует избрание по конкурсу на соответствующую должность. И затем конкурс на замещение должности проводится один раз в пять лет. Если работник не был избран по конкурсу, или не изъявлял желаний участвовать в конкурсе, то трудовой договор с ним прекращается – п. 4 ст. 336 ТК РФ – дополнительные основания прекращения договора с педагогическим работником.

Федеральным законом от 22 декабря 2014 г. № 443-ФЗ в ст. ст. 332, 336 ТК РФ внесены изменения. Суть их в том, что избрание по конкурсу связывается только с двумя юридическими фактами – заключением трудового договора и переводом, а правило об избрании по конкурсу один раз в пять лет отменено. Вместо этого один раз в пять лет должна проводиться аттестация профессорско-преподавательского состава. Этим же законом отменен п. 4 ст. 336, предусматривавший возможность увольнения работника в случае неизбрания его на должность по конкурсу, либо отказу от участия в нем.

Какие выводы можно сделать из этого примера применительно к рассматриваемой тематике?

Избрание по конкурсу указанных лиц должно проводиться только при приеме на работу и переводах. Проведение конкурса один раз в пять лет не должно проводиться, т.е. запрещено (подчеркнуто мною – Н.Г.), но сделано это не прямо, непосредственно, т.к. в указанных нормах нет таких оборотов как «избрание по конкурсу один раз в пять лет не проводится, или запрещено» и т.п., а опосредованно, путем указания на то, что конкурс связывается только с двумя сформулированными выше обстоятельствами. И норма эта императивная, она исключает проведение конкурса в иных ситуациях, не предоставляет право учебному учреждению проводить избрание по конкурсу по своему усмотрению и т.п. Но на практике процедура избрания по конкурсу один раз в пять лет продолжает проводиться. К чему это может привести? Один из возможных вариантов развития событий состоит в следующем. Работник не избран по конкурсу (хотя на практике это бывает крайне редко). Возникает вопрос – что с ним делать? Оснований для увольнения нет, т.к. существовавшее ранее основание для этого случая отменено, другие основания отсутствуют. Действующая редакция ст. 332 ТК РФ, как отмечалось, предполагает проведение аттестации и если бы она состоялась и работник ее не прошел, то возможно было бы увольнение по результатам аттестации – ч. 1 п. 3 ст. 81 ТК РФ. Но аттестация не проводилась, значит увольнение невозможно. Ситуация тупиковая.

Подводя итог, можно сказать, что запреты в трудовом праве могут быть сформулированы и закреплены по-разному: либо прямо, непосредственно, с использованием терминов «заперт», «запрещено» и т.п., либо опосредованно, путем установления императивных правил, исключающих, то есть запрещающих иные варианты поведения.

Как отмечалось выше, запреты (как и дозволения) связаны с более глобальными проблемами – типами (принципами) регулирования (общедозволяющий и разрешительный), методами регулирования (императивный и диспозитивный), самой сущностью права и т.п. В связи с этим ограничусь только одним замечанием. В современной России в связи с развитием демократических начал во всех сферах жизни общества все большее распространение получает принцип регулирования «что не запрещено, то дозволено». Это связано и с демократизацией трудового права, расширением свободы работника и работодателя, договорного регулирования трудовых отношений и другими процессами подобного рода. Но применять на практике принцип «что не запрещено, то дозволено» в сфере трудовых отношений нужно очень осторожно, внимательно, учитывая специфику выражения запретов в трудовом праве, о чем говорилось выше. Категорически нельзя в любом случае, применительно к любой норме трудового законодательства, если в ней нет слова «запрет», считать, что все остальное дозволено. При таком упрощенном, если не сказать примитивном, подходе к глубокой и важной формуле «что не запрещено, то дозволено» можно исказить основы трудового права, как самостоятельной и специфической отрасли права.

¹ Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М., «Юридическая литература». 1989. С. 36.

² Алексеев С.С. Указ соч. С. 46 – 47.

³ Алексеев С.С. Указ соч. С. 103.

⁴ Бизюков П.В., Герасимова Е.С., Саурин С.А. Заемный труд: последствия для работников. М., АНО «Центр социально-трудовых прав», 2012.

⁵ Гонцов Н.И. Заемный труд в России: анализ некоторых вопросов теории и практики. Российский ежегодник трудового права. СПб., ООО «Университетский издательский консорциум». 2013, № 9. С. 208–220.

Л.С. Кириллова

Казанский (Приволжский) федеральный университет, г. Казань

РОЛЬ ИНДИВИДУАЛЬНО-ДОГОВОРНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В ОБЕСПЕЧЕНИИ ДОСТОЙНОГО ТРУДА

Достойный труд представляет собой весьма разнообразную по содержанию категорию. Отмечается, что ее следует понимать «как многоаспектное понятие, охватывающее собой экономические, политические и правовые явления, создающее условия для эффективного и производительного труда, содействующее достижению общественного, культурного и технического прогресса в целях социальной защиты трудящихся и их семей, способствующее развитию сущностных сил человека, раскрытию творческого потенциала каждого»¹.

«Объективно достойный труд наемных работников предполагает свое функционирование главным образом на основе взаимного соглашения его участников, оформленного трудовым договором»², то есть на индивидуально-договорном уровне правового регулирования. Данный термин был впервые использован в 1972 г. А.С. Пашковым, который отмечал, что в законодательном порядке невозможно определить условия труда всех категорий работников с учетом их индивидуальных способностей, особенностей производства, видов трудовой деятельности и некоторых условий труда, которые могут предусматриваться договором, и потому трудовой договор является особой формой индивидуального регулирования трудовых отношений³. Весомый вклад в развитие учения об индивидуально-договорном регулировании внесен А.К. Безиной, которая определяет его как упорядочение, регулирование, реализацию индивидуальных трудовых и непосредственно с ними связанных отношений с помощью индивидуальных договоров и индивидуальных соглашений, заключаемых между работодателем и работником, в ряде случаев с учетом мнения представительного органа работников⁴.

Действующий Трудовой кодекс РФ⁵ значительно упрочил диспозитивные начала в трудовом праве путем расширения сферы договорного регулирования, что позволяет сторонам «"переводить" общие критерии достойного труда на конкретную работу»⁶. С помощью трудового договора и иных индивидуальных соглашений о труде можно «поправить "недостатки" достойного труда, отступить от общих правил, определяющих такой труд»⁷, но такая свобода сторон не может быть безграничной; законодатель, с одной стороны, предоставляет работнику и работодателю «простор для активной деятельности в правовом поле»⁸, с другой – определяет границы, пределы такой деятельности.

Одним из главных ограничителей свободы сторон являются положения ч. 2 ст. 9 ТК РФ о запрете включения в трудовой договор условий, ограничивающих права или снижающих уровень гарантий работников по сравнению с установленными трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права.

Еще в 80-х гг. прошлого указанного правило было названо одной из важнейших тенденций развития трудового законодательства⁹. В современных исследованиях проблема недопустимости снижения уровня трудовых прав рассматривается в контексте теории государственных стандартов наемного труда¹⁰. А.М. Лушников и М.В. Лушникова под стандартами трудовых прав понимают их гарантированный уровень, установленный нормативно-правовыми актами и социально-партнерскими соглашениями. Вышеназванные авторы отмечают, что указанные стандарты могут устанавливаться на всех уровнях нормативного правового регулирования трудовых отношений и, исходя из этого, выделяют: международно-правовые стандарты трудовых прав; федеральные стандарты; региональные стандарты; муниципальные стандарты; локальные и коллективно-договорные нормативные стандарты трудовых прав¹¹. Примерами федеральных стандартов могут служить: максимальная продолжительность рабочего времени (ч. 2 ст. 93 ТК РФ); максимальная продолжительность ежедневной работы (смены) для отдельных категорий работников (ст. 94 ТК РФ); минимальная продолжительность ежегодного оплачиваемого отпуска (ч. 1 ст. 115 ТК РФ); минимальный размер оплаты труда (ст. 133 ТК РФ); максимальные размеры удержаний из заработной платы (ст. 138 ТК РФ); минимальные размеры оплаты сверхурочной работы (ч. 1 ст. 152 ТК РФ) и др.

Но помимо явно положительного эффекта, обозначенный предел может иметь и отрицательные последствия. Как отмечает В.Г. Сойфер, действующие правовые ограничения и запреты, лежащие в основе формирования содержания трудового договора, сохраняют силу со времен единственного работодателя в лице государства и соответствующих ему интересов в сфере труда, которые не всегда совпадают с интересами участников трудовых отношений современной поры, и стороны могут и возразить потенциальному «оценщику», защищая договоренность о необходимых и целесообразных условиях труда¹². Примеры, приведенные автором (о возможности выплаты денежной компенсации вместо предоставления в натуре ежегодного основного отпуска в размере 28 календарных дней; о возможности начисления и выплаты заработной платы один раз в месяц), действительно могут отвечать интересам работников и работодателей. Так, нередки ситуации, когда работники, находясь в сложной финансовой ситуации, просят заменить ежегодный отпуск денежной компенсацией и продолжить работу с возможностью получения заработной платы, но трудовое законодательство не позволяет осуществить желаемое. С одной стороны, это вполне объяснимо, ведь в обеспечении права на отдых также реализуется принцип охраны труда, а потому законодательство, как международное, так и российское, на первое место ставит заботу о здоровье работника, а не его финансовые интересы. С другой, подобные «жесткие» нормы могут быть чреваты и негативными последствиями – работнику и работодателю приходится искать «обходные пути», что вряд ли соответствует целям законодателя. В этой связи весьма актуальными являются точки зрения о необходимости расширения свободы сторон в вопросах установления условий труда.

Таким образом, правило ч. 2 ст. 9 ТК РФ направлено, в первую очередь, на охрану трудовых прав работника. Предоставляя сторонам возможность урегулирования отношений в договорном порядке, трудовое законодательство указанным правилом обеспечивает соблюдение международных и национальных трудовых стандартов, ведь «перенос акцентов на договорный уровень (коллективный, индивидуальный) может объективно привести к снижению уровня гарантий трудовых прав»¹³. Возможно, некоторые нормы Трудового кодекса РФ и представляют собой результат механического переноса закрепленных предыдущими кодексами о труде запретов и ограничений в сфере труда, однако минимальный уровень основных трудовых прав работника, гарантированный государством, должен быть непоколебим. «Трудовое право должно преследовать цель заботы не только о производственном потенциале государства и доходах граждан, но и цель социальной защиты населения»¹⁴.

¹ Кудрин А.С. О значении социального и правового воздействия субъектов права на трудовые отношения в контексте обеспечения достойного труда // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2014. № 1 (23).

² Сойфер В.Г. Достойному труду – достойное правовое обеспечение // Кадровик. Трудовое право для кадровика. 2013. № 6.

³ См.: Советское трудовое право / под ред. А.С. Пашкова, О.В. Смирнова. М.: Юрид. лит., 1982. С. 194.

⁴ См.: Безина А.К. Работодатель как субъект российского трудового права: Изб. соч. в 5 т. М.: ФГБОУВПО «РАП», 2012. С. 361–362.

⁵ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 дек. 2001 г. № 197-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1 (Ч. 1). Ст. 3.

⁶ Сойфер В.Г. Указ. соч.

⁷ Там же.

⁸ Дивеева Н.И. Теоретические проблемы индивидуального правового регулирования трудовых отношений: дис. ... докт. юрид. наук. СПб, 2008.. С. 259.

⁹ См.: Иванов С.А., Лившиц Р.З. Личность в советском трудовом праве. М., 1982. С. 124.

¹⁰ См.: Лушиников А.М., Лушиникова М.В. Трудовые права в XXI веке: современное состояние и тенденции развития: монография. М.: Проспект, 2015. С. 258.

¹¹ См.: Там же. С. 259.

¹² Сойфер В.Г. Пределы договорного регулирования трудовых отношений нуждаются в расширении // Трудовое право. 2009. № 4.

¹³ Трудовые права в XXI в.: современное состояние и тенденции развития. С. 36.

¹⁴ Русских Т.В. Свобода сторон трудового договора при его заключении, изменении, расторжении и пределы ее ограничения: дис. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 2011. С. 80.

О СУБЪЕКТАХ УПРАВЛЕНИЯ ТРУДОВЫМИ ОТНОШЕНИЯМИ В СССР И РОССИИ

В СССР единственным субъектом управления трудовыми отношениями было государство. Лишь небольшое значение в управлении имели профсоюзы, трудовые коллективы и хозяйствующие субъекты, которые выступали в роли работодателей, при этом находились под прямым контролем государства. В то же время в истории СССР характер управления трудовыми отношениями изменялся: от абсолютной централизации и жесткого административного регулирования в годы Гражданской войны, в период тоталитарного политического режима И.В. Сталина до некоторой либерализации – допущения частных договорных начал в период НЭПа и на закате советской истории в период перестройки¹. Государство выступало прежде всего как единый работодатель через систему органов, предприятий, учреждений, организаций. В советской юридической науке работодатель именовался как «администрация», тем самым подчеркивалось, что за любым хозяйствующим субъектом стоит единый государственный аппарат. Лишь в 80-е гг. XX в. предпринимались попытки создать институт производственной демократии, заключавшейся в возможности некоего самоуправления на предприятиях и в учреждениях, разработку самими трудовыми коллективами регулирования условий труда и рационализаторских подходов на производстве. В этой связи в 1983 г. в СССР был принят Закон «О трудовых коллективах», который сделал коллективы трудящихся некоторым субъектом управления трудовыми отношениями. В силу Закона трудовые коллективы контролировали соблюдение законодательства о труде на предприятии и учреждении, в ряде случаев участвовали в разработке производственных планов и программ, могли избирать директоров и привлекать руководящих работников к дисциплинарной ответственности. Но вместе с тем трудовые коллективы находились под жестким идеологическим и организационным контролем партийных и государственных органов.

С распадом Советского Союза начинается приватизация всего массива государственной собственности. Появляются крупные собственники средств производства, выступающие как работодатели. В сентябре 1992 г. в действующий Кодекс законов о труде (1971 г.) вносятся большие изменения – признается факт независимости работодателей как субъектов управления трудовыми отношениями и независимости профсоюзов. Государство быстро утрачивает главенствующую роль в качестве работодателя. В таких условиях в стране формируется стихийный неконтролируемый рынок труда и капитала. Работодатели – частные хозяйствующие субъекты в целях снижения экономических издержек всячески умаляют трудовые права и свободы работников: надолго задерживают выплату заработной платы, не предоставляют ежегодные оплачиваемые отпуска, увольняют с работы без законных оснований. Государство, хотя и продолжает выполнять функцию контроля и надзора за соблюдением трудового законодательства, воспринимается работодателями как слабый игрок, не способный должным образом повлиять на принимаемые ими управленческие решения. Несколько цивилизованным рынок труда и капитала становится с начала 2000 гг. В этот период принимается ныне действующий Трудовой кодекс РФ. В соответствии с ним управление трудовыми отношениями возлагается на государство, путем правового регулирования трудовых отношений, контроля и надзора за соблюдением трудового законодательства, а также через систему государственной службы. Новым субъектом регулирования трудовых отношений становятся органы местного самоуправления, которые в рамках муниципальных образований могут регулировать трудовые отношения на муниципальной службе, а также выступающие как работодатель через систему создаваемых муниципальных унитарных предприятий. Самым многочисленным субъектом управления трудовыми отношениями являются работодатели, которые могут самостоятельно подбирать персонал, регулировать трудовые отношения в организации на локальном уровне, поощрять, законно привлекать работников к дисциплинарной и материальной ответственности. Профсоюзы и иные представительные органы работников также могут управлять трудовыми отношениями посредством заключения коллективных договоров и соглашений, контроля за их исполнением, соблюдением работодателями трудового законодательства, разрешения споров работников с работодателями по поводу установления и изменения условий труда.

Таким образом, на современном этапе развития российского государства отмечается плюрализм субъектов управления трудовыми отношениями в лице государства, органов МСУ, профсоюзов, работодателей, что обусловлено многообразием форм собственности и рыночной экономикой.

¹См. подробнее: *Кудрин А.С.* О формировании элементов воздействия на трудовые отношения в первые годы существования Советского государства // Вестник Пермского университета. Пермь. 2013. Вып. 3(21). С. 102-107.

А.С. Кудрин

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

О СОЦИАЛЬНОЙ ВЛАСТИ В ОБЩЕСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЯХ, ВХОДЯЩИХ В ПРЕДМЕТ ТРУДОВОГО ПРАВА

Власть – это явление, характерное только для общества. Функционирование общественных отношений основано на наличии вертикальных и горизонтальных связей между их участниками. Вертикальные связи в социуме существуют благодаря власти, которой обладают управляющие субъекты¹.

Власть – «это один из важнейших видов социального взаимодействия, специфическое отношение по крайней мере между двумя субъектами, один из которых подчиняется распоряжениям другого, в результате этого подчинения властвующий субъект реализует свою волю и интересы»².

Поскольку власть существует только в обществе, то можно говорить о ее социальной природе и рассматривать власть в обществе как социальную власть.

Между тем социальная власть – это не только подчинение одного другому, основанное на принуждении и насилии, но и возможность создания субъектами одной модели поведения, где оба субъекта власти равны, их воли сонаправлены, деятельность основана на праве. Речь идет о взаимодействии государств на международной арене при заключении и исполнении двусторонних и многосторонних международных договоров и функционировании международных межправительственных организаций, а также деятельности социальных партнеров в рамках общественных отношений, входящих в предмет трудового права.

На основании изложенного представляется, что социальную власть следует понимать как способность и возможность одних субъектов (индивидов, их объединений) формировать должное поведение других субъектов (индивидов, их объединений), а также общую для них модель поведения путем убеждения и (или) принуждения в целях обеспечения соблюдения социальных норм при наличии возможности применения к субъектам в случае нарушения данных норм мер юридической ответственности.

Выделяют следующие виды власти в зависимости от сферы жизни общества: экономическую, политическую, духовную (идеологическую) и др.

В качестве политической власти выступает «совокупность механизмов и средств, способов определяющего воздействия политических субъектов, в первую очередь государства, на поведение социальных общностей, людей, организаций с целью управления, координации, согласования, подчинения интересов всех членов общества единой политической воле посредством убеждения и принуждения»³. Политическую власть представляют объединения людей, реализующие свои интересы в рамках политической системы: общественные организации, политические партии, профсоюзы и т.п., представляющие интересы больших социальных групп по наиболее важным общественным вопросам, а также ведущие борьбу за государственную власть (например, участие политических партий в выборах в законодательный орган власти).

Отдельную разновидность власти представляет собой государственная (публично-правовая) власть, которая, по сути, стоит «выше» других видов властей, в том числе политической⁴.

Государственная власть характеризуется как «способность государства, его структур с помощью легитимных средств подчинять поведение отдельных индивидов, групп людей или всего общества общей (государственной) воле»⁵. Н. М. Коркунов определял государственную власть как «силу, обусловленную сознанием гражданами их зависимости от государства, в результате которой гражданам подчиняются веления отдельных лиц, признаваемых органами государственной власти. Те лица, за которыми признается право на распоряжение в определенном отношении властью, называются органами государственной власти; выполняемые этими органами действия составляют функции государственной власти... Осуществление функций власти, по их сложности, требует обыкновенно совместной деятельности нескольких лиц и материальных средств. Поэтому органами власти являются

по большей части не отдельные лица, а учреждения, имеющие более или менее сложный состав и устройство»⁶.

Государственная власть наиболее рельефно проявляется в служебно-правовых отношениях, где стороной выступает представитель нанимателя, руководитель (начальник) органа исполнительной власти, осуществляющий полномочия от имени Российской Федерации, а данные отношения основаны на принципе субординации (соподчиненности). В рассматриваемом случае государство выступает как своеобразный работодатель через систему государственной службы.

Важно отметить, что в современной России, помимо государственной власти, существует иная публичность власти – власть органов местного самоуправления⁷.

В качестве самостоятельного вида социальной власти выступает экономическая власть, которую можно определить как способность и возможность одних субъектов определять поведение других субъектов в сфере производства, обмена, распределения материальных благ.

Между тем экономическая власть не сводима только к господству собственника средств производства в общественных отношениях, входящих в предмет трудового права, к использованию рабочей силы в рамках общественной организации труда. Экономическая власть проявляется и в конкурентной борьбе собственников на рынках друг с другом, заканчивающейся концентрацией капитала в руках наиболее сильных, появлению монополий.

Природу социальной власти – власти работодателя, существующую в общественных отношениях, входящих в предмет трудового права, – наиболее четко раскрыл Л.С. Таль, определив ее как «хозяйскую власть»⁸.

Хозяйская власть, появившись как господство фабриканта над наемным работником, имея сугубо частный характер, выражавшая его личный экономический интерес, вместе с развитием государства и общественных отношений, входящих в предмет трудового права, прошла эволюцию до демократических форм взаимодействия работодателя и работника, когда работник и работодатель, по сути, становятся полноправными сторонами трудового договора.

На современном этапе общественного развития государство признает за работодателем право устанавливать нормы поведения в порядке и условиях, предусмотренных трудовым законодательством (ст. 8, 22 ТК РФ), наделяет его дисциплинарной властью (возможностью наказывать и поощрять работников и др.). В то же время государство определяет пределы этой власти путем установления императивных гарантий для работников и контроля (надзора) за их исполнением.

С другой стороны, власть работодателя во многом минимизируется по отношению к труду отдельных категорий работников (надомников, дистанционных работников), так как они самостоятельно организуют свой процесс труда, не находясь под прямым контролем работодателя. Работодатель в такого рода отношениях выступает в большей степени не как «хозяин», а как партнер по договору⁹. Происходит расширение договорных начал в общественных отношениях, входящих в предмет трудового права. Так, например, в ряде случаев, предусмотренных законом, профессиональные спортсмены и лица, получающие образование за счет средств работодателя, обязаны выплачивать работодателю денежную компенсацию.

Подводя итог вышесказанному, социальную власть в общественных отношениях, входящих в предмет трудового права, следует определить как способность и возможность государства и его органов, органов местного самоуправления, работодателей, социальных партнеров воздействовать на общественные отношения, входящие в предмет трудового права, в целях формирования должного поведения работников либо формирования общей для данных субъектов модели поведения посредством издания правовых норм, осуществления контроля (надзора) за их исполнением и применения мер юридической ответственности.

¹ Кудрин А.С. О понятии субъектов социальной власти в трудовых отношениях //Вестник Пермского университета. 2013. Вып. 4(22). С. 275–283.

² Политология / под ред. М. А. Власика. М., 2006. С. 102.

³ Коновалов В.Н. Политология. Словарь. М., 2010. [Электронный ресурс]. URL: <http://dic.academic.ru/dic.nsf/politology/26/%D0%92%D0%BB%D0%B0%D1%81%D1%82%D1%8C> (дата обращения: 27.05.2014).

⁴ Кейзеров Н.М. Власть и авторитет. М., 1973. С. 123.

⁵ Философия: Энциклопедический словарь / под ред. А.А. Ивина. М., 2004. [Электронный ресурс]. URL: http://dic.academic.ru/dic.nsf/enc_philosophy/211/%D0%92%D0%9B%D0%90%D0%A1%D0%A2%D0%AC (дата обращения: 27.05. 2014).

⁶ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. 2-е изд. СПб., 2004. С. 300–304.

⁷ *О полномочиях органов местного самоуправления см.: Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации: Федеральный закон от 06.10.2003 № 131-ФЗ // Российская газета. 2003. № 202.*

⁸ *Таль Л.С. Трудовой договор. Цивилистическое исследование. М., 2006. С. 481.*

⁹ *Аксенов И.С. Особенности правового регулирования труда надомников: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011; Моцная О.В. Нетипичная трудовая занятость: некоторые проблемы теории и практики: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009.*

С.М. Кудрин

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

К ВОПРОСУ О ПРИНЦИПАХ СОЦИАЛЬНОГО ПАРТНЕРСТВА И ПРАВОВЫХ ФОРМАХ ВОЗДЕЙСТВИЯ РАБОТНИКОВ НА РАБОТОДАТЕЛЕЙ

В силу ст. 24 ТК РФ социальное партнерство в сфере труда раскрывается в ряде принципов (ст. 24 ТК РФ).

Равноправие сторон. Стороны могут быть инициаторами коллективных переговоров, вносить предложения по содержанию соглашений и коллективных договоров и т.д. Принцип состоит из двух элементов. Во-первых, каждая из сторон должна иметь возможность выразить свою позицию по вопросам социально-трудовых отношений. Во-вторых, равноправие означает отсутствие обстоятельств, которые позволяют сделать вывод о наличии зависимости одной стороны от другой.

Уважение и учет интересов сторон социального партнерства. В большей мере декларативный принцип, который может реально действовать только при осознании сторонами необходимости в социальном диалоге. Корреспондирует этот принцип и черте метода трудового регулирования – сочетание централизованного, локального и договорного регулирования трудовых отношений. Проявление этого принципа видится в различных формах. В коллективных и индивидуальных трудовых договорах нередко закрепляются условия о порядке разрешения спорных вопросов. Наступлению ответственности должно предшествовать выяснение интересов сторон, определение возможности учета их интересов.

Заинтересованность сторон в участии в договорных отношениях.

Взаимная заинтересованность работодателя и работников в выработке на основе переговоров наиболее оптимальных путей совершенствования деятельности организации, повышения производительности труда, качества продукции, ее конкурентоспособности на рынке товаров и услуг позволяет обеспечить рост доходов организации и заработной платы работников. Такая ситуация выгодна обеим сторонам социального партнерства.

Содействие государства в укреплении и развитии социального партнерства на демократической основе – принцип, который подчеркивает роль государства в разрешении противоречий между интересами работников и работодателей. Демократичность основы указывает на характер влияния государства на социально-партнерские отношения, позволяющий сторонам наиболее полно проявить инициативу, обосновать свою позицию.

Соблюдение сторонами и их представителями законов и иных нормативных правовых актов. Этот принцип – результат развития общеправового принципа законности, являющегося необходимостью для правового государства. Известное значение этого принципа присуще и отношениям социального партнерства.

Полномочность представителей сторон – принцип, предопределяющий четкость и однозначность формулировок норм, посвященных формированию представителей сторон в различных ситуациях социально-партнерских отношений. Примером тому являются нормы, рассмотренные в параграфе о сторонах социального партнерства.

Свобода выбора при обсуждении вопросов, входящих в сферу труда.

Свобода выбора обсуждаемых вопросов подчеркивает особенность черты метода трудового права. Этот принцип необходим для существования диалога между работниками и работодателем, он позволяет учесть особенности данного производства и придать правовую форму вопросам, имеющим значение для сторон социального партнерства.

Добровольность принятия сторонами на себя обязательств и следующий принцип реальности обязательств, принимаемых на себя сторонами, тесно связаны. Они выражают суть социального

партнерства, состоящего в согласии каждой стороны принять на себя такие обязательства, которые она желает и в состоянии выполнить с учетом всех обстоятельств и условий, сложившихся в организации. Эти принципы больше характерны для коллективного договора и соглашения.

Обязательность выполнения коллективных договоров, соглашений подчеркивает юридическую силу и значимость указанных актов, возможность применения государственного принуждения для их реализации, и привлечения к юридической ответственности за их невыполнение.

Контроль за выполнением принятых коллективных договоров, соглашений. Аналогично, как за исполнением законов и иных нормативно-правовых актов контролируют и надзирают компетентные государственные органы, так и стороны социально-партнерских отношений, профсоюзы и их работники в соответствии с гл. 58 Трудового кодекса РФ.

В самих коллективных договорах стороны, как правило, конкретизируют порядок осуществления контроля и ответственных лиц за исполнение отдельных положений коллективного договора¹.

Ответственность сторон и их представителей за неисполнение по их вине коллективных договоров, соглашений. Данный принцип гарантирует наступление ответственности за неисполнение положений коллективных договоров и соглашений. Надо подчеркнуть, что в формулировке самого принципа указывается на вину как необходимое условие наступления ответственности. Анализируя нормы различных отраслей права, можно сделать вывод, что конкретная ответственность, т.е. неблагоприятные последствия, установлены в основном для работодателей. Работники же могут поплатиться лишь увольнением по соответствующему основанию, неприменением мер экономического стимулирования труда, неполучением зарплаты за период участия в незаконной забастовке и т.п.

Важно отметить, что объединения работников обладают легальными средствами воздействия на работодателей:

- профсоюзы имеют право на организацию собраний, митингов, уличных шествий, демонстраций, пикетирования и других коллективных действий;
- дисциплинарные формы воздействия, например ст. 195 ТК РФ;
- гражданско-правовые методы воздействия – обжалование в судах общей юрисдикции бездействия работодателя, нарушающего положения статьи 36 Трудового кодекса Российской Федерации и уклоняющегося от переговоров, либо в нарушение статьи 54 Трудового кодекса РФ неправомерно отказывающегося от подписания согласованного коллективного договора;
- меры административного воздействия:
 - за уклонение от участия в переговорах о заключении коллективного договора, соглашения (ст. 5.28 Кодекса об административных правонарушениях РФ² (далее – КоАП РФ));
 - за нарушение установленного законом срока для переговоров по заключению, изменению коллективного договора, соглашения, а также за необеспечение работы комиссии по заключению коллективного договора, соглашения в определенные сторонами сроки (ст. 5.28 КоАП РФ);
 - за непредставление информации, необходимой для проведения коллективных переговоров и осуществления контроля за соблюдением коллективного договора, соглашения (ст. 5.29 КоАП РФ);
 - за необоснованный отказ от заключения коллективного договора, соглашения (ст. 5.30 КоАП РФ);
 - международно-правовые формы воздействия – обжалование действий работодателя в связи с нарушением им положений Конвенции МОТ № 98 о праве на организацию и на ведение коллективных переговоров (1949 г.) и Рекомендации N 91 МОТ о коллективных договорах (1951 г.)³;
 - массовая реализация работниками (государственными служащими) права на разрешение индивидуальных трудовых споров;
 - воздействие на работодателя в результате профсоюзного контроля;
 - инициирование профсоюзами проверок соблюдения трудового законодательства с участием государственных органов.

В условиях становления и развития рынка труда и новых по своему характеру общественных связей в современной России произошло очередное изменение содержания и сущности коллективного договора. Он стал основной разновидностью социально-партнерского регулирования трудовых отношений непосредственно в организациях⁴. Коллективный договор выражает интересы двух социальных групп – работников и работодателей. Такая разновидность партнерства получила название бипартизма. Другие разновидности социального партнерства возможны на более высоком уровне – региона, отрасли, профессии и др. Последняя форма социального партнерства получила название трипартизма. Трехстороннее сотрудничество (трипартизм) – явление, которое охватывает отношения партнеров с органами государственной власти и управления.

Таким образом, социальное партнерство в сфере труда, основываясь на присущих ему принципах, позволяет эффективно защищать права и законные интересы работников как наиболее слабой стороны трудового договора с одной стороны, и стимулировать производительность труда и сбалансированное экономическое в интересах работодателей – с другой.

¹ Антипов Н.Г., Антипов К.А. Социальное партнерство в России: современное состояние // Вестник Пермского университета. 2010. Вып. 1(7). С. 57–63.

² Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ // Собрание законодательства РФ, 07.01.2002, № 1 (ч. 1), ст. 1.

³ О коллективных договорах: Рекомендация № 91 Международной организации труда (Принята в г. Женеве 29.06.1951 на 34-ой сессии Генеральной конференции МОТ) // Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда. 1919–1956. Т. I. Женева: Международное бюро труда, 1991. С. 1042–1044.

⁴ См., например, Коршунов Ю. Коллективный договор в условиях рыночной экономики // Хозяйство и право. 1992. № 2. С. 25.

К.Н. Кузнецова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

К ВОПРОСУ О ВКЛЮЧЕНИИ ЧАСТНОГО СЕКТОРА В СИСТЕМУ СОЦИАЛЬНОГО ОБСЛУЖИВАНИЯ В РОССИИ

Под социальным государством традиционно понимают систему государственного регулирования общественных отношений, при которой материальные блага перераспределяются в соответствии с принципом социальной справедливости в целях обеспечения каждому достойного уровня жизни и минимальных возможностей для самореализации, устранения социальных противоречий и конфликтов, помощи нуждающимся¹. Некоторые страны мира сумели реализовать этот идеал.

Конституция Российской Федерации декларирует, что Россия также является социальным государством. Это означает, что государство в целом стремится к тому, чтобы обеспечить высокий уровень защищенности своим гражданам. В соответствии с этим государство реализует социальную политику, которая выражается, в том числе, в существующей в этом государстве системе социального обеспечения.

Однако сегодня глобализация и иные факторы повлияли как на саму концепцию социального государства в целом, так и на системы социального обеспечения в частности. Это отмечают многие ученые и исследователи. Рассматривая развитие социального обеспечения в современный период, стоит особо обратить внимание на то, что в 90-е годы роль государства как главного гаранта социально-экономических прав значительно снизилась. Получила широкое распространение практика приватизации социального обеспечения. Так, например, государственные системы социального страхования передавались в «частные руки», программы с установленными выплатами заменялись программами с установленными взносами, в которых размер социальных выплат зависит преимущественно от результатов инвестирования.

Неблагоприятная социально-демографическая ситуация во многих экономически развитых странах в обществе привела к необходимости ужесточить условия получения социальных выплат. Таким образом, в конце XX – начале XXI века риски в сфере социального обеспечения стали в большей степени перекладываться на самих застрахованных лиц. При этом уровень бедности по-прежнему оставался довольно высоким².

Россию данные тенденции также не обошли стороной. Уже давно обсуждаются меры по привлечению частного сектора в социальную сферу. Частный сектор в данном случае, как правило, рассматривается в трех вариациях: негосударственные организации социального обслуживания, индивидуальные предприниматели, осуществляющие социальное обслуживание и государственно-частные партнерства. При этом в сфере социального обеспечения сохраняется множество проблем. Отмечается довольно широкий круг недостатков системы, от проблем контроля качества оказываемых населению услуг до низкого уровня информированности граждан обо всех возможностях, предоставляемых государством. Выделяют также и проблему несовершенства законодательного регулирования в данной области. Однако все исследователи единогласно отмечают, что одна из самых главных потребностей системы социального обеспечения в России – это потребность в финансовых ресурсах³. С этим можно согласиться, так как именно недостаток финансирования порождает большинство сложностей.

Государство за счет бюджетных и внебюджетных средств и иных механизмов пытается удовлетворять эту потребность, однако этого не всегда достаточно и не всегда возможно осуществить. Кроме того, ситуация осложняется и кризисным экономическим положением. Все это также влияет на стремление привлечь негосударственные структуры в социальную сферу.

Рассмотрим, например, как отразилась упомянутая тенденция в системе социального обслуживания населения в России. Одним из ее проявлений является не так давно вступивший в силу федеральный закон от 28.12.2013 № 442-ФЗ «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации», который включил негосударственные организации социального обслуживания и индивидуальных предпринимателей в систему социального обслуживания в России в качестве поставщиков услуг. Что же касается государственно-частного партнерства в системе социального обеспечения, то тут все не так однозначно – законодательно этот механизм в сферу социального обслуживания не вводится, закона о ГЧП пока нет. Сейчас он готов ко второму чтению, хотя внесен в Государственную Думу был еще в 2013 году. В законе о концессиях пока положений о ГЧП в социальной сфере также нет. Каких-либо иных нормативно-правовых актов по данному вопросу не принято.

За рубежом, в свою очередь, во многих странах Европы и в США негосударственный сектор занимает значительную часть в системе социального обслуживания населения, иногда преобладая над государственным. Основными видами негосударственных учреждений являются учреждения, принадлежащие различным общественным или некоммерческим организациям (США, Дания, Греция), частным предпринимателям, промышленным бизнесменам, производственным корпорациям (Нидерланды, Германия, Испания, Австрия). Функционирование учреждений осуществляется по единым национальным стандартам и нормативно-правовым документам, в рамках социальной политики страны⁴. Сотрудничество государства и бизнеса в социальной сфере также за рубежом развивается давно и довольно успешно. Наиболее прогрессивным государством Европы в области развития государственно-частных партнерств считается, например, Великобритания⁵.

По всей видимости, Россия стремится к тому же. Однако мы видим, что наше государство лишь в начале пути по внедрению негосударственного сектора в сферу социального обслуживания и рано говорить о том, что в России эта сфера развита. Принятый федеральный закон требует конкретизации и принятия подзаконных актов, возможно, корректировки с учетом практики.

Кроме того, частный сектор на сегодняшний день не стремится в социальную сферу, что говорит о том, что нет достаточных условий для него, и при этом сами граждане России пока не готовы оплачивать социальные услуги самостоятельно. Уровень жизни населения в нашей стране и уровень экономической активности той части населения, которая, как правило, становится получателями социальных услуг до сих пор остаются низкими, особенно по сравнению с зарубежными странами. И хотя нововведения активно обсуждаются и принимаются первые меры к тому, чтобы негосударственные организации, индивидуальные предприниматели и государственно-частные партнерства начали работать на благо общества (что является позитивным моментом), все-таки говорить о широкой практике участия частного сектора в социальном обслуживании населения можно будет говорить еще не скоро. В первую очередь это будет зависеть от экономической стабильности в государстве.

На данный момент можно с уверенностью сказать о том, что государству необходимо в полной мере брать на себя ответственность за уровень жизни населения и за степень его социальной защищенности и в полной мере реализовывать положение о том, что Россия – социальное государство. Негосударственные же механизмы можно считать дополнительными и рассчитывать на них лишь в перспективе.

¹ Желева О.В., Парфенов А.С. Понятие социального государства: научно-практические конференции ученых и студентов с дистанционным участием. Коллективные монографии. 2014. URL: <http://sibac.info/12089> (дата обращения 04.04.2015).

² Манджиева С.В. Становление и развитие универсальных международных стандартов социального обеспечения // Вестник Пермского университета. Сер.: Юридические науки. 2014. Вып. 3(25). С. 149–155.

³ Шмелева Е. Бюджет отдохнет // Российская Газета: Елена Шмелева. 2011. URL: <http://m.rg.ru/2011/08/23/socialka.html> (дата обращения 25.03.2015).

⁴ Новикова К.Н. Развитие негосударственного сектора и платных услуг в системе социального обслуживания населения // Российский государственный социальный университет. «Социальная политика и социология». Архив 2013. URL: http://rgsu.net/about/science/publishing/magazine/2013SP/2013SP_754.html (дата обращения 30.03.2015).

⁵ Мерзлов И.Ю. Международный опыт развития государственно-частного партнерства в экономически развитых странах: институциональный аспект // Вестник Пермского университета. 2012. Сер.: Экономика. Вып. 3(14). С. 75–81.

ОСОБЕННОСТИ ДОГОВОРНЫХ ФОРМ И МОДЕЛЕЙ СОЦИАЛЬНОГО ПАРТНЕРСТВА

Социальное партнерство – одно из условий интеграции России в мировую экономику. Осознание этого явилось предпосылкой формирования системы, необходимой для реализации проектов государственно-частного партнерства (далее – ГЧП). Такая система включает в себя нормативно-правовое обеспечение и соответствующую институциональную среду. Однако, несмотря на предпринимаемые в последние годы усилия, Россия находится только в самом начале сложного процесса создания необходимой системы управления проектами ГЧП. Опыт ведущих стран показывает, что на создание и отладку такой системы уходит не один год. В то же время в России уже отмечается определенный прогресс в области оснащенности инвесторов инструментами поддержки проектов ГЧП как на федеральном, так и на региональном уровнях власти.

Именно в этом контексте представляется целесообразным рассматривать популярную в настоящее время в РФ проблематику государственно-частного партнерства. В последнее время в российском обществе дискуссия по поводу ГЧП активизировалась. В частности, проектам на основе ГЧП отводится значительное место в "Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации до 2030 г."

Опыт ГЧП, успешно применяемый в мировой практике, необходимо адаптировать с учетом особенностей российской экономики и использовать как универсальный инструмент реализации общественно значимых проектов в широком спектре приоритетных направлений социально-экономической политики.

Бытует мнение, что за последнее время в РФ определились как формы участия государства в проектах ГЧП – аренда, совместные предприятия, соглашения о разделе продукции так и приоритетные сферы сотрудничества – развитие инфраструктуры и инновационной сферы. Было принято законодательство о концессиях, разрабатываются отраслевые планы по развитию ГЧП, однако нельзя останавливаться на достигнутом, как нельзя опускать руки в условиях текущих экономических изменений в стране. ГЧП – механизм, способствующий гармоничному развитию экономики и гарантирующий защиту интересов различных слоев населения.

Сотрудничество органов публичной власти с юридическими или физическими лицами может относиться и к социальной сфере, и к сфере экономики, и к публично-правовой сфере.

В российском законодательстве правовую регламентацию, хотя и фрагментарную, имеют три основных вида социального партнерства: публичное (партнерство в публично-правовой сфере), социально-трудовое (партнерство в социально-трудовой сфере), экономическое (партнерство в сфере экономики). Но наибольшую правовую регламентацию получило именно государственно-частное партнерство.

В качестве подвидов в публичных партнерствах встречается различные модели партнерств: частная финансовая инициатива и народная финансовая инициатива.

В каждой из сфер управления встречается различное сочетание видов партнерства. Так, например, в социально-трудовых партнерствах преобладают партнерство в сфере труда и партнерство по социальному обслуживанию граждан.

В экономических партнерствах встречаются подвиды, которые по содержанию можно определить как модели экономических партнерств. Это государственно-частное партнерство, основанное на финансировании с участием государственных средств; государственно-частное партнерство, основанное на финансировании с участием средств частных инвесторов¹.

В мировой литературе нет не только устоявшегося определения ГЧП, но и общепринятой классификации его моделей. Более того, при классификации моделей ГЧП отсутствует устоявшийся понятийный аппарат; различными авторами для классификации используются такие понятия, как «форма», «модель», «вид», «тип», «механизм», «схема» и др.

Наиболее распространена классификация, принятая Всемирным банком, в которой охарактеризованы также основные принципы распределения рисков между государством и частным сектором. Все модели ГЧП дифференцируются на четыре категории:

а) «Контракты на управление и аренду» (Management and Lease Contracts) – модель ГЧП, когда частная компания берет на себя управление государственным инфраструктурным объектом на фиксированный период времени. При этом право собственности и обязанность финансирования остаются у государства. В данную группу попадают следующие разновидности данной модели:

«Контракт на управление» (MC – Management Contract) – государство оплачивает частной компании ее расходы по управлению своими активами; за эксплуатационные риски несет ответственность государство;

«Договор аренды» (LC – Lease Contract) – государство предоставляет свое имущество (инфраструктурные объекты) в аренду частному оператору на возмездной основе; эксплуатационные риски частная компания берет на себя.

б) «Концессии» (Concessions) – модель ГЧП, когда частный сектор принимает на себя управление принадлежащей государству собственностью (инфраструктурным объектом) и значительные инвестиционные риски в течение определенного периода. К данной группе относятся следующие разновидности модели:

«Восстановление (реконструкция), эксплуатация и передача» (ROT – Rehabilitate, Operate, and Transfer) – частный инвестор восстанавливает (реконструирует) существующий объект, затем осуществляет его эксплуатацию на протяжении установленного договорного срока, принимая на себя связанные с этим риски, а затем возвращает объект государству;

«Восстановление, аренда и передача» (RLT – Rehabilitate, Lease or Rent, and Transfer) – частный инвестор восстанавливает (реконструирует) существующий объект, затем арендует или берет его у государственного собственника в лизинг на оговоренный в контракте период времени, принимая на себя все связанные с этим риски, а затем возвращает его государству;

«Строительство, восстановление (реконструкция), управление и передача» (BROT – Build, Rehabilitate, Operate, and Transfer) – частная компания осуществляет новое строительство (реконструкцию) инфраструктурного объекта, затем эксплуатирует его в течение периода действия контракта, принимая на себя все связанные с этим риски, а затем возвращает его государству.

в) «Проекты “с чистого листа”» (Greenfield Projects) – частная компания или совместное государственно-частное предприятие осуществляет строительство и эксплуатацию нового инфраструктурного объекта в течение периода контракта, по истечении которого объект может быть возвращен государству. К данной группе относятся следующие разновидности модели:

«Строительство, аренда и передача» (BLT – Build, Lease, and Transfer) – частный инвестор осуществляет строительство нового инфраструктурного объекта, принимая на себя собственные риски, передает готовый объект в собственность государству, затем арендует и эксплуатирует его, принимая на себя все риски до окончания срока аренды. Государство обычно обеспечивает частной компании гарантию минимального дохода через выкуп услуг инфраструктурных объектов на длительный период («take-or-pay contracts») или компенсацию минимального трафика;

«Строительство, эксплуатация и передача» (BOT – Build, Operate, and Transfer) – частный инвестор осуществляет строительство и эксплуатацию нового инфраструктурного объекта, принимая на себя риски, затем передает его государству по окончании срока действия контракта. Частный инвестор может иметь право собственности на созданные объекты в течение контрактного периода. Государство обычно обеспечивает частной компании гарантию минимального дохода через выкуп услуг инфраструктурных объектов на длительный период («take-or-pay contracts») или компенсацию минимального трафика;

«Строительство, владение и эксплуатация» (BOO – Build, Own, and Operate) – частный инвестор осуществляет строительство, владение и эксплуатацию нового инфраструктурного объекта, принимая на себя все риски. Государство обычно обеспечивает частной компании гарантию минимального дохода через выкуп услуг инфраструктурных объектов на длительный период («take-or-pay contracts») или компенсацию минимального трафика;

«Коммерсант» (Merchant) – частный инвестор осуществляет строительство нового инфраструктурного объекта, выиграв конкурс на свободном конкурентном аукционе, по условиям которого государство не предоставляет гарантию дохода частному инвестору. Частная компания принимает на себя все строительные, эксплуатационные и прочие риски по проекту;

«Аренда» (Rental) – частный инвестор осуществляет строительство, владение и эксплуатацию нового инфраструктурного объекта, принимая на себя все риски, а затем передает его в аренду государству, обычно на период от 1 года до 15 лет. Государство обычно обеспечивает частному партнеру гарантию минимального дохода через выкуп услуг инфраструктурных объектов на короткий период («short-term purchase agreements»).

г) «**Передача активов» (Divestitures)** – частная компания покупает пакет акций государственного предприятия, владеющего инфраструктурным объектом, через публичную продажу активов, программы приватизации и другие механизмы. В данную группу входят следующие модели:

«Полная» (Full) – государство передает 100% пакет акций государственного предприятия частной компании;

«Частичная» (Partial) – государство передает некоторый пакет акций государственного предприятия частной компании. Это может подразумевать передачу управления инфраструктурным объектом частной компании².

Проведенный анализ законодательных актов Российской Федерации показал, что в настоящее время отсутствует возможность реализации ГЧП проектов по всем возможным формам сотрудничества, используемым в мировой практике, в том числе на условиях нахождения объекта в частной собственности. Нормы российского законодательства предусматривают использование ограниченного числа моделей преимущественно в рамках реализации концессионных соглашений, при которых право собственности закреплено за концедентом и передается концеденту в момент ввода объекта в эксплуатацию, что существенно ограничивает возможности частного партнера на привлечение заемного финансирования.

Отсутствие регламентации других моделей осуществления ГЧП проектов выступает препятствием для привлечения частного капитала и компетенций в сферу публичной инфраструктуры, что сдерживает ее развитие. Однако все указанные модели реализуются через договорную форму, которая, прежде всего, выражается в предпринимательских договорах.

¹ Игнатюк Н.А. Государственно-частное партнерство: учебник. М.: Юстицинформ, 2012. С. 20–21.

² Максимов В.В. Государственно-частное партнерство в транспортной инфраструктуре. Критерии оценки концессионных конкурсов. М.: Альпина паблишерз, 2010 С. 51–53.

О.Р. Чудинов

Пермский национальный исследовательский политехнический университет, г. Пермь

ОГОВОРКА О НЕКОНКУРЕНЦИИ В ТРУДОВОМ ДОГОВОРЕ

Эффективность работы современного предприятия во многом зависит от качества кадрового ресурса, компетентности работников, от их знаний и умений, способности эффективно использовать первые три элемента. Многие работодатели, понимая, что кадровый потенциал является решающим в успешной деятельности предприятия, стараются повысить уровень квалификации работника. В результате работники становятся обладателями специальных знаний, составляющих коммерческую тайну, секрета производства, особых технологических знаний, навыков работы, позволяющих им добиваться значительного повышения производительности, а предприятию в целом – успехов в конкурентной борьбе.

В то же время перед работодателем остро встает проблема угрозы ухода такого готового специалиста вместе с его знаниями и способностями к конкурентам, готовым выплатить ему за его знания и умения, полученные у бывшего работодателя, определенное вознаграждение, и благодаря этому, значительно сократив свои затраты, добиться тех же успехов в конкурентной борьбе. Возможно, такой специалист сам создаст собственное дело и вступит в экономическую борьбу со своим бывшим работодателем, обладая особыми как информационными, так и профессионально-технологическими ресурсами, позволяющими ему значительно сократить затраты и выйти победителем в гиперконкурентной борьбе.

Речь здесь не идет о тех продуктах интеллектуальной деятельности работника, которые после прохождения процедуры патентования получают правовую охрану в качестве результата интеллектуальной деятельности (РИД), принадлежащего работодателю, ни тем более о результатах интеллектуальной деятельности (РИД), принадлежащих работодателю и используемых работником в своей профессиональной деятельности по трудовому договору. Речь также не идет об информации, ставшей известной работнику в ходе выполнения им своих служебных обязанностей и составляющей коммерческую или служебную тайну. Данные объекты защищаются в рамках норм Гражданского кодекса или Трудового кодекса Российской Федерации, а также Федерального закона о коммерческой тайне. Речь идет о неохранных продуктах, сведениях конфиденциального характера, не являющихся коммерческой тайной (связи с клиентами, методы ведения бизнеса, технологические приемы), либо све-

дениях о сущности изобретения, полезной модели или промышленного образца до официальной публикации информации о них, либо сведениях о технических секретах, не получивших статуса охраняемых результатов интеллектуальной деятельности. Кроме того, речь может идти о тех профессиональных знаниях, умениях и навыках, которые делают работника высококвалифицированным, конкурентоспособным, даже потенциально опасным в конкурентной борьбе с бывшим работодателем.

В целях недопущения или ограничения возможности подобных действий во многих правовых системах разработана и применяется правовая конструкция «оговорка о неконкуренции». В Великобритании эта правовая конструкция известна как «non-competition clause», в ФРГ «konkurrenzverbot», в Италии «patto di non concorrenza», во Франции «la clause de non-concurrence». Данная оговорка оформляется в форме письменного договора (соглашения), включает в себя временно действующий запрет для работника после прекращения трудовых отношений заниматься аналогичной профессиональной деятельностью и, следовательно, вступать в конкурентные отношения со своим бывшим работодателем. Соглашение может входить как часть в трудовой договор либо специально заключаться при приеме на работу и вступать в действие после прекращения трудового договора. Подобные соглашения И.Я. Киселев характеризует как «пакт о неконкуренции», как обязательство работника не конкурировать с бывшим работодателем, включающее «запрет в течение определенного времени после увольнения наниматься на аналогичное предприятие, создавать аналогичные предприятия, иметь деловые отношения с клиентами бывшего нанимателя и разглашать информацию, касающуюся бывшей работы»¹.

Сегодня российское трудовое законодательство не позволяет устанавливать в трудовом договоре запрет на осуществление работником деятельности, конкурирующей с деятельностью работодателя как во время выполнения трудовой функции, предусмотренной договором, так и после расторжения трудового договора. В качестве основания подобного вывода служит ссылка на закрепленный в статье 37 Конституции РФ принцип «свободы труда», согласно которому каждый гражданин имеет право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию. На этом основании в доктрине делается вывод о невозможности использованию конструкции «оговорка о неконкуренции» в праве России. Автору такой вывод представляется спорным, достаточно напомнить, что многие европейские конституции также содержат принцип свободы трудовой деятельности и предпринимательства. Представляется, что будущее за использованием международного опыта, конечно, с учетом особенностей российской действительности.

¹ Киселев И.Я. Сравнительное трудовое право. М., 2004. С. 103–104

VI. УГОЛОВНОЕ ПРАВО, ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР И КРИМИНОЛОГИЯ

А.К. Виноградов

Одесский национальный морской университет, г. Одесса

Т.А. Коросташова

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

НОВАЯ ДОКТРИНА ВИДОВОГО ДЕЛЕНИЯ МАКРОПРАВОНАРУШЕНИЙ И МИНИПРАВОНАРУШЕНИЙ

Новая вариация доктрины ступенчатого сущностного видового деления правонарушений с учетом дискуссии о возможном существовании административных преступлений и административных проступков (что принципиально возможно, но должно распространяться на все разновидности правонарушений и неизбежно приведет к декодификации существующего уголовного законодательства) и новой доктрины деления юридических фактов на волевые (деяния, события) и неволевые (явления сил природы, в т.ч. животных, деяния невменяемых лиц, деяния малолетних, деяния лица при отсутствии его вины) может выглядеть таким образом:

1. Макропонарушения, т.е. общественно опасные деяния (события, явления), причинившие или могущие причинить существенный и более физический, имущественный или моральный вред правовому статусу социосубъектов, когда такого рода деяния (события, явления):

1.1. В зависимости от состава деяния (события, явления) правонарушения подразделяются на:

1.1.1. Преступления – деяния (события), имеющие все признаки и элементы состава, за совершение которых виновному лицу должно назначаться наказание, соответствующее тем правоотношениям, которые были нарушены (административные наказания – за нарушение внешне организационных правоотношений, за исключением имущественно-договорных правоотношений; дисциплинарные наказания – за нарушение внутренне организационных правоотношений, за исключением имущественно-договорных; де-факто имущественно-договорные наказания – за нарушение де-факто имущественно-договорных правоотношений; де-юре имущественно-договорные наказания – за нарушение де-юре имущественно-договорных правоотношений), и **по степени тяжести преступления подразделяются** на минимальные, незначительные, средние, тяжкие и особо тяжкие.

1.1.2. Парাপреступления – такого рода деяния (события), которые имеют все признаки и элементы состава, за исключением того, что данное деяние (событие, явление) совершено лицом, не достигшим возраста наложения наказания, когда такому лицу назначается паранаказание в виде принудительных мер воспитательного характера и восстановление нарушенного правового статуса социосубъектов, когда восстановительную ответственность за такие же деяния малолетнего несет опекун либо лицо или учреждение, его заменяющие.

1.1.3. Квазипреступления – такого рода деяния (события), которые имеют все признаки и элементы состава, за исключением того, что данное деяние совершено невменяемым или ограниченно вменяемым лицом, которому назначается квазинаказание в виде принудительных мер медицинского характера, а восстановительная антикриминальная ответственность возлагается на опекуна или попечителя либо на лицо или учреждение, их заменяющих.

1.1.4. Квазипарাপреступления, когда имеются все признаки и элементы состава деяния, которое, согласно принципов природного права, фактически является общественно опасным, но Особенная часть соответствующего базисно-антиделиктного (административного, трудового, де-факто имущественно-договорного, де-юре имущественно-договорного) кодекса не предусматривает состава такого деяния или события, что должно нести соответствующую юридическую ответственность виновного социосубъекта только по восстановлению нарушенного правового статуса потерпевшего.

1.1.5. Паранесчастные случаи – такого рода деяния (события) надлежащего и/или ненадлежащего субъекта, когда отсутствие вины лица (лиц) оценивается по такому минимальному уровню: лицо (лица) не могло (не могли) и/либо не должно (не должны) было (были) предусмотреть наступление общественно опасных последствий, за что должна наступать соответствующая юридическая ответственность государства или межгосударственного образования в виде восстановления нарушен-

ного правового статуса потерпевшего, когда **паранесчастные случаи, в зависимости от причины отсутствия вины**, делятся на:

1.1.5.1. Паранесчастные случаи-противоречия – наличием противоречий в регулировании соответствующих правоотношений.

1.1.5.2. Паранесчастные случаи-субъективности – наличием необоснованных по объему и\либо по сути обязанностей, которые лицо (лица) физически не могло (не могли) выполнить или в силу наличия природного права не должно (не должны) было (были) выполнять.

1.1.5.3. Паранесчастные случаи-правомерности, когда деяние или событие совершено при наличии обстоятельств, исключających его общественную опасность.

1.1.5.4. Паранесчастные случаи-природности, когда деяние или событие опосредствовано явлениями сил природы, в т. ч. деяниями животных, и лицо (лица) объективно не должно (не должны) либо физически не могло (не могли) полностью или частично предупредить совершение этих деяний либо предотвратить полностью причинение вреда или уменьшить его размер.

1.1.6. **Несчастные случаи** – общественно опасные явления сил природы, в т.ч. деяния животных, которые не опосредствованы деяниями физического лица (событиями как суммативными деяниями большого количества социосубъектов), что также должно нести соответствующую юридическую ответственность лишь государства или межгосударственного образования по восстановлению нарушенного правового статуса потерпевшего.

1.2. **Характера урегулированных общественных отношений (правоотношений) подразделяются** на:

1.2.1. **Административные макроправонарушения**, т.е. административные преступления, парапребступления, квазипребступления, квазипарапребступления, паранесчастные случаи и несчастные случаи.

1.2.2. **Дисциплинарные макроправонарушения** т.е. дисциплинарные преступления, парапребступления, квазипребступления, квазипарапребступления, паранесчастные случаи и несчастные случаи.

1.2.3. **Де-факто имущественно-договорные макроправонарушения**, т.е. де-факто имущественно-договорные преступления, парапребступления, квазипребступления, квазипарапребступления, паранесчастные случаи и несчастные случаи.

1.2.4. **Де-юре имущественно-договорные макроправонарушения**, т.е. преступления, парапребступления, квазипребступления, квазипарапребступления, паранесчастные случаи и несчастные случаи.

2. **Миниправонарушения**, т.е. общественно вредное деяние (событие, явление), причинившее или могущее причинить менее, нежели существенный, но более чем значительный вред правовому статусу социосубъектов, когда миниправонарушения:

2.1. **В зависимости от состава деяния (события, явления) делятся** на:

2.1.1. **Проступки** (имеет все признаки, элементы правонарушения).

2.1.2. **Парапроступки** (имеет все признаки, элементы правонарушения, совершенного лицом, не достигшим возраста соответствующего вида юридической ответственности).

2.1.3. **Квазипроступки** (имеет все признаки, элементы правонарушения, совершенного невменяемым или ограниченно вменяемым лицом).

2.1.4. **Квазипарапроступки**, когда деяние или событие в силу природного права объективно является общественно вредным, но особенная часть соответствующего базисно-антиделиктного кодекса не предусматривает состава такого деяния или события, что должно нести соответствующую юридическую ответственность виновного социосубъекта только по восстановлению нарушенного правового статуса потерпевшего.

2.1.5. **Параказусы** (при наличии надлежащего или ненадлежащего субъекта, но при отсутствии вины), которые в зависимости от причины отсутствия вины имеют аналогичное по сути и перечню паранесчастным случаям деление на (параказусы-противоречия, параказусы-субъективности, параказусы-правомерности, параказусы-природности).

2.1.6. **Казусы**, то есть такого рода явления сил природы, в т.ч. деяния животных, которые не опосредствованы деяниями физического лица (событиями как суммативными деяниями большого количества социосубъектов), что также должно нести соответствующую юридическую ответственность лишь государства или межгосударственного образования по восстановлению нарушенного правового статуса потерпевшего.

2.2. **Характера урегулированных общественных отношений (правоотношений) подразделяются** на:

2.2.1. **Административные миниправонарушения**, т.е. административные проступки, парাপроступки, квазипроступки, квазипарапроступки, параказусы и казусы.

2.2.2. **Дисциплинарные миниправонарушения**, т.е. дисциплинарные проступки, парাপроступки, квазипроступки, квазипарапроступки, параказусы и казусы.

2.2.3. **Де-факто имущественно-договорные миниправонарушения**, т.е. де-факто имущественно-договорные проступки, парাপроступки, квазипроступки, квазипарапроступки, параказусы и казусы.

2.2.4. **Де-юре имущественно-договорные миниправонарушения**, т.е. де-юре имущественно-договорные проступки, парাপроступки, квазипроступки, квазипарапроступки, параказусы и казусы.

К.М. Галеева

Уральский государственный юридический университет, г. Екатеринбург

О СУЩНОСТИ КРЕДИТА В РАМКАХ УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ ОХРАНЫ КРЕДИТНЫХ ОТНОШЕНИЙ

Проблемные вопросы уголовно-правовой охраны отношений в сфере кредитования не раз были предметом различных исследований. И это вполне закономерно, если учесть, что по прошествии 19 лет существования Уголовного кодекса РФ (далее – УК РФ) данные нормы, а именно ст. 176 «Незаконное получение кредита» и ст. 177 «Злостное уклонение от погашения кредиторской задолженности»¹, до сих пор существуют в неизменном виде. На первый взгляд, в этом можно отметить положительную сторону стабильности Уголовного закона в сфере охраны кредитных отношений. Однако эта стабильность уже не соответствует тем экономическим реалиям, которые сложились на современном этапе развития общества и государства: увеличение перечня видов кредитов, расширение прав и возможностей банков и их клиентов, совершенствование методов кредитования и т.д. При этом в течение почти двадцати лет были выявлены уязвимые стороны диспозиций статей.

В первую очередь нет ясности в том, что является предметом состава. Исходя из диспозиции ч.1 ст. 176 УК РФ «Получение индивидуальным предпринимателем или руководителем организации кредита...» – предметом преступления является кредит. При этом трудности в применении нормы стали результатом неоднозначной законодательной формулировки в отношении потерпевшего, которым, согласно УК РФ, может быть банк или иной кредитор.

На сегодняшний день, несмотря на то, что термин «кредит» встречается в различных отраслях права, законодательного определения не существует, что затрудняет его понимание. Многие исследования этой проблемы начинаются с того, что обращаются к нормам гражданского законодательства², а именно к ст. 819 Гражданского кодекса РФ³ (далее – ГК РФ), в которой дается определение кредитного договора. Однако данный договор – лишь одна из форм, в которую облакаются кредитные отношения, поэтому, следуя логике дедуктивного рассуждения, попытаемся раскрыть юридическую сущность кредита. Для этого нам необходимо проанализировать: – энциклопедическое и доктринальное понимание кредита; – в каких формах кредитные отношения могут быть реализованы; – предмет преступления в рамках ст. 176 УК РФ.

Согласно Большому юридическому словарю, кредит – это денежные средства, предоставленные банком или иной кредитной организацией (кредитором) по кредитному договору заемщику на условиях возвратности и, как правило, платности (в виде процентов за пользование)⁴.

Вызывает определенный интерес позиция Г.А. Тосуняна, А.Ю. Викулина, А.М. Экмаляна, выявленная в результате исследования широкого круга доктринальных источников. Учеными были определены разные подходы к пониманию сущности кредита: «кредит – это предоставление денег или товаров, т.е. определенное действие либо операция»; «кредит – это движение капитала либо форма его движения»; «кредит – это сделка с деньгами или товарами»; «кредит – денежные средства либо имущество, предоставляемые кредитором заемщику в размере и на условиях, предусмотренных договором»; «кредит как деятельность определенного вида»; «кредит как акт доверия»⁵.

Авторы акцентируют внимание на том, что «все особенности понятия "кредит" следует рассматривать комплексно, как диалектическое единство. Иначе данное понятие теряет свой категориальный и системообразующий характер...». Они представляют собственное видение определения, согласно которому кредит – это «денежные средства или другие вещи, определенные родовыми признаками, передаваемые (либо предназначенные к передаче) в процессе кредитования в собственность

другой стороне в размере и на условиях, предусмотренных договором, в результате чего между сторонами возникают кредитные отношения»⁶.

На наш взгляд, данное определение несколько противоречит самой позиции авторов в части того, что кредит необходимо рассматривать как диалектическое единство. Кроме того, не совсем понятно, почему кредит раскрывается через деньги или иные вещи, тогда как по своей правовой природе кредит – это обязательство, но не как вышеназванные объекты. «Деньги и иные вещи, определенные родовыми признаками, – отмечают М.И. Брагинский и В.В. Витрянский, – являясь традиционными, давно признанными объектами гражданских прав и гражданско-правовых сделок, вряд ли нуждаются в каком-либо дополнительном названии или определении»⁷.

Понимание кредита как обязательства должно основываться на расположении норм, посвященных исследуемой категории. Кредит закреплен в разделе IV ГК РФ «Отдельные виды обязательств», поэтому кредит – это отдельный вид гражданско-правового обязательства, которое может выражаться в различной форме – банковской, коммерческой или товарной.

В целях дальнейшего раскрытия предмета ст. 176 УК РФ важно решить проблему соотношения кредита и займа. Представители цивилистической доктрины неоднозначно подходят к решению этого вопроса. Так, В.В. Витрянский указывает на некоторую зависимость кредита от займа и рассматривает последний в качестве родового понятия, а первый – видового. Все кредитные правоотношения автор именуется как обязательства заемного типа⁸. Противоположную позицию занимает С.К. Соломин. По его замечанию законодатель посвятил займу, кредиту, товарному и коммерческому кредиту отдельные параграфы гл. 42 ГК РФ и не закрепил общие положения отдельно, поэтому, все виды обязательств следует рассматривать как равнозначные⁹.

Дискуссии относительно того, являются кредитные обязательства самостоятельными видами либо заемными, основаны, главным образом, на классификации договоров по критерию момента возникновения прав и обязанностей – на реальные и консенсуальные. С.К. Соломин считает, что отличие нужно устанавливать по признаку направленности¹⁰.

Отсутствие единого подхода в основной отрасли права, регулирующей кредитные отношения, с неизбежностью порождает различные толкования при решении вопроса о том, какие виды кредитов могут подпадать под охрану УК.

Полагаем, позиция о самостоятельности исследуемых обязательств ограничивает сферу уголовно-правовой охраны, поэтому представителям науки уголовного права и правоприменителям, возможно, будет близка точка зрения, согласно которой кредит – это разновидность займа, и предметом преступления может быть не только банковский, товарный, коммерческий кредит, но и любые виды займов, предоставляемые хозяйствующими субъектами.

К такому широкому подходу в понимании предмета преступления мы пришли в результате следующего. Во-первых, в кредитных правоотношениях есть отличительные видообразующие признаки. Для кредитного договора таковыми, например, являются участие банка на стороне кредитора, консенсуальный и двусторонний характер договора. Родовая принадлежность названных видов кредита к договору займа означает не только субсидиарное применения к данным правоотношениям правил о займе, но и квалификация как договор займа в случае, когда данные виды обязательств теряют свои видообразующие признаки. Во-вторых, по мнению Н.М. Коркунова, чтобы применить юридическую норму, необходимо сначала выяснить ее смысл, а это – задача толкования. Нередко, – как он отмечает, – концепция нового закона всецело определяется содержанием предшествующего закона. Как бывает невозможно понять ответ, не зная вопроса, на какой он последовал, так и последующий закон иногда не может быть понят, если неизвестно содержание закона предшествующего¹¹.

Историческое развитие кредитного договора связано с нормами проекта Гражданского уложения об обещании кредитора предоставить займ. Такое обязательство предусматривало заключение предварительного договора займа. Кроме того, в проекте было закреплено, если лицо, которое было обязано предоставить займ, его не предоставит – оно будет возмещать убытки другой стороне, при условии, что такой займ предусматривал проценты. Предварительный договор займа должен быть удостоверен на письме¹².

Такой предварительный договор займа с уплатой вознаграждения в виде процентов и обязательной письменной формой практически ничем не отличается от кредитного, закрепленного в ст. 819 ГК РФ (за исключением требований в отношении кредитора). Несмотря на то, что исследуемые нами нормы являются только проектом, и то, что существовало гражданское законодательство предшествующих современному периодов, мы считаем, что кредитный договор является результатом возможного появления предварительного договора займа. В этой связи поддержка позиции ученых,

утверждающих принадлежность кредитных правоотношений к обязательствам заемного типа, является обоснованной и необходимой.

Из вышеизложенного вытекает следующий вывод: ограничивать предмет преступления, предусмотренного ст. 176 УК РФ, только банковским кредитом нецелесообразно и, в какой-то мере, несправедливо по отношению к тем хозяйствующим субъектам, которые оформляют отношения внешне похожие на банковское кредитование, но фактически таковыми не являющиеся. Если отбросить те видообразующие признаки, с помощью которых законодатель сегодня выделяет банковский, товарный кредиты, то налицо будут заемные отношения. К сожалению, в случае предоставления заемщиком ложных документов относительно финансового состояния или хозяйственного положения, интересы такого займодавца подпадать под охрану гл. 22 УК РФ не будут. Поэтому, чтобы исключить возникающие затруднения при применении ст. 176 УК РФ, на наш взгляд, было бы целесообразно изменить норму, указав на незаконное получение займа, а не кредита.

¹ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 N 63-ФЗ (ред. от 08.06.2015) // СЗ РФ, 17.06.1996, № 25, ст. 2954.

² Гладких В.И. Некоторые вопросы квалификации и применения нормы об ответственности за незаконное получение кредита // Российский следователь. 2015. № 3. С.26.

³ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ (ред. от 26.06.2015 г.) // СЗ РФ. 1996. N 5. Ст. 410; 2007. N 50. Ст. 6247.

⁴ Большой юридический словарь // URL: http://www.petrograd.biz/dictionaries/dict_big_law11.php. (дата обращения: 11.08.2015).

⁵ Тосунян Г.А., Викулин А.Ю., Экмалян А.М. Банковское право Российской Федерации. Общая часть: учебник / под общ. ред. акад. Б.Н. Топорнина. М., 1999. С. 175.

⁶ Тосунян Г.А., Викулин А.Ю., Экмалян А.М. Указ. Соч. С.187.

⁷ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Договоры о займе, банковском кредите и факторинге. Договоры, направленные на создание коллективных образований. Книга 5. Том 1) .Статут, 2006 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-роаовой системы КонсультантПлюс.

⁸ Витрянский В.В. Категории «кредит» и «кредитные правоотношения» в гражданском праве // Хозяйство и право. 2004. №9. С. 10.

⁹ Соломин С.К. Обязательственно-правовая природа банковского кредита // Банковское право. 2006. № 3.

¹⁰ Соломин С.К. Указ. соч.

¹¹ Лекции по общей теории права. Н.М. Коркунова. Кн. 4. Положительное право. По изданию 1914 года. Редактирование и комментарии. // URL:<http://www.allpravo.ru/library/doc108p0/instrum112/item308.html>. (дата обращения: 12.08.2015).

¹² Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению проекта Гражданского уложения. С.-Петербург, 1905. URL: <http://constitutions.ru/?p=3942&page=13> (Дата обращения: 12.08.2015).

Н.С. Гордеев

Саратовская государственная юридическая академия, г. Саратов

ПРОБЛЕМЫ ДИФФЕРЕНЦИАЦИИ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА ПРЕСТУПЛЕНИЯ ЭКСТРЕМИСТСКОЙ НАПРАВЛЕННОСТИ

Уголовная политика играет исключительно важную роль в борьбе с явлениями, обладающими повышенной общественной опасностью, дестабилизирующими обстановку в стране и препятствующими нормальному социально-экономическому, политическому и духовному развитию. В науке уголовного права принято выделять направления уголовной политики в отношении каких-либо разновидностей преступности, которые аккумулируют в себе различные методы (криминализации, декриминализации, пенализации, дифференциации и индивидуализации)¹. За 2013–2014 гг. была существенно расширена сфера уголовной ответственности и усилено наказание по целому ряду преступлений экстремистской направленности, однако при этом нарушалось требование системности использования законодателем дифференцирующих обстоятельств и средств дифференциации. В связи с этим, чрезвычайно актуально рассмотреть соотношение теоретических начал и прикладных вопросов такого метода уголовной политики, как дифференциация уголовной ответственности.

По мнению Е.В. Роговой, в числе значимых факторов, снижающих эффективность осуществляемой в настоящее время дифференциации уголовной ответственности, являются недостаточная разработанность методологических основ учения о дифференциации уголовной ответственности, недо-

статочное внимание в науке уголовного права к вопросам, связанным с дифференциацией уголовной ответственности².

С точки зрения А.В. Васильевского на дифференциацию уголовной ответственности влияют изменение общественной опасности деяния и лица, его совершившего, а также принцип гуманизма и другие важные обстоятельства³. Между тем Л.Л. Кругликов говорит о том, что при дифференциации ответственности учитываются различные обстоятельства с целью создания для правоприменителя желаемого режима при определении меры (вида или размера) ответственности за совершенное правонарушение⁴. Таким образом, одним из оснований дифференциации ответственности служит степень общественной опасности содеянного и личности виновного. В уголовном законе типовую степень общественной опасности отражает система квалифицирующих и привилегированных признаков, что закономерно «...приводит к градированию типового наказания, а через него и уголовной ответственности так, чтобы преступления с повышенной (пониженной) общественной опасностью соответствовали адекватные меры уголовной ответственности»⁵. Применительно к преступлениям экстремистской направленности дифференциация обусловлена необходимостью усиления охраны конституционного строя и разграничением с преступлениями, составляющими терроризм.

Как отмечает Н.А. Лопашенко, под средствами дифференциации уголовной ответственности понимают «...предусмотренные законом изменения размера, вида и характера мер уголовной ответственности в определенном направлении и объеме при наличии дифференцирующих средств, которые являются условием применения данного средства»⁶. Поэтому в науке уголовного права отмечается, что дифференциация тесно связана с пенализацией, т.к. она вырабатывает пути неодинакового применения наказания⁷. В этом направлении законодатель, как было отмечено выше, конструирует квалифицированные и привилегированные составы преступлений. Федеральным законом от 28.12.2013 № 433-ФЗ в УК РФ введена ст. 280.1. «Публичные призывы к осуществлению действий, направленных на нарушение территориальной целостности Российской Федерации». Следует отметить, что нарушение целостности Российской Федерации и публичные призывы к осуществлению данного деяния были отнесены к экстремистской деятельности согласно п. 1 ст. 1 ФЗ «О противодействии экстремистской деятельности». Изначально на момент ст. 280.1 УК РФ являлась привилегированной по отношению к ст. 280 УК РФ («Публичные призывы к осуществлению экстремистской деятельности») в связи с тем, что максимальное наказание в виде лишения свободы по ч. 1 не превышало трех лет, а в ст. 280 УК РФ – четырех. Однако Федеральным законом от 21 июля 2014 г. № 274-ФЗ наказание в виде лишения свободы по ч. 1 ст. 280.1 УК РФ также было увеличено до четырех лет. Между тем санкция по ч. 2 ст. 280 и ст. 280.1 УК РФ, предусматривающей ответственность за совершение преступления с использованием средств массовой информации либо электронных или информационно-телекоммуникационных сетей (включая сеть «Интернет»), остается дифференцированной, что, на мой взгляд, можно объяснить лишь социально-политическими причинами (например, дискуссией по поводу воссоединения Крыма с Россией), а не криминологической обоснованностью.

Также была дифференцирована уголовная ответственность за содействие экстремизму, т.к. ранее подобные деяния квалифицировались со ссылкой на статьи Общей части УК РФ или как поддержка (прямая или косвенная) терроризма. Федеральный закон от 05.05.2014 № 130-ФЗ дополнил ст. 282.1 УК РФ частью 1.1 «Склонение, вербовка или иное вовлечение лица в деятельность экстремистского сообщества», а ст. 282.2 УК РФ – ч. 1.1 «Склонение, вербовка или иное вовлечение лица в деятельность экстремистской организации». А.Г. Хлебушкин, анализируя судебную практику, которая пошла по пути применения ст. 282-2 УК РФ и в тех случаях, когда организация была признана не экстремистской, а террористической (в частности, был осужден ряд членов организации «Хизб ут-Тахрир аль-Ислами»), указывал на фактическое применение уголовного закона по аналогии и на незаконность выносимых приговоров⁸. Однако как отмечено в п. 19 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28.06.2011 № 11 «О судебной практике по уголовным делам о преступлениях экстремистской направленности», поскольку в соответствии со ст. 1 Федерального закона «О противодействии экстремистской деятельности» террористическая деятельность является разновидностью экстремистской деятельности (экстремизма), к организациям, в отношении которых судом принято вступившее в законную силу решение о ликвидации или запрете в связи с осуществлением экстремистской деятельности, следует относить и террористические организации, указанные в специальном перечне в соответствии со ст. 24 Федерального закона «О противодействии терроризму».

В науке уголовного права отмечается бессистемность формирования квалифицирующих и криминообразующих признаков ряда преступлений экстремистской направленности. По-прежнему чрезвычайно актуальной остается необходимость межотраслевой дифференциации ответственности за хулиганство. Как отметил Л.Л. Кругликов, не отличаются четкостью разграничительные линии уго-

ловно наказуемого и влекущего административную ответственность хулиганства. Хулиганство по ч. 1 ст. 213 УК РФ – грубое нарушение общественного порядка, выражающее явное неуважение к обществу, если оно совершено: а) с применением оружия или предметов, используемых в качестве оружия; б) по мотивам ненависти или вражды (политической, идеологической, расовой, национальной или религиозной; в отношении какой-либо социальной группы). Однако меры уголовно-правового воздействия в отношении хулиганства, не сопряженного с указанными признаками, отсутствуют⁹. Данная проблема наиболее явно проявила себя в судебном процессе над участниками «панк-молебна» в храме Христа Спасителя. Впоследствии законодатель вместо того, чтобы дифференцировать ответственность за хулиганство, внес изменения в ст. 148 УК РФ Федеральным законом от 29 июня 2013 г. № 136-ФЗ «в целях противодействия оскорблению религиозных убеждений и чувств граждан».

Таким образом, примерами не совсем рациональных, законодательных решений по изменению и дополнению уголовного закона может служить процесс криминализации и дифференциации ответственности за преступления экстремистской направленности (в ст. 280.1, 282.1, 282.2, 282.3 УК РФ).

Во-первых, дифференциация ответственности за преступления экстремистской направленности связана с конструированием привилегированных составов и квалифицирующих признаков. Однако следует согласиться с Е.В. Роговой, что «...для привилегированных составов также необходимы обстоятельства, которые являются криминологическими основаниями для их закрепления в уголовном законе»¹⁰. Введение ст. 280.1 УК РФ можно объяснить лишь политической конъюнктурой.

Во-вторых, уголовная ответственность за содействие экстремистской и террористической также была дифференцирована. Данные нововведения (квалифицирующие признаки в ст.ст. 282.1 и 282.2 УК РФ, установление уголовной ответственности за финансирование экстремистской деятельности (ст. 282.3 УК РФ)) необходимы, их отсутствие нарушало систему статей уголовного закона, устанавливающих ответственность за преступления экстремистской направленности.

В-третьих, по-прежнему остается нерешенным вопрос по поводу межотраслевой дифференциации ответственности за хулиганство.

¹ См.: Лопашенко Н.А. Уголовная политика / монография. М., 2009. С. 188.

² См.: Рогова Е.В. Дифференциация уголовной ответственности // Российский следователь. 2014. № 21. С. 30-32.

³ См.: Васильевский А.В. Дифференциация уголовной ответственности и наказания в Общей части уголовного права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2000. С. 12.

⁴ Кругликов Л.Л., Васильевский А.В. Дифференциация ответственности в уголовном праве. СПб., 2002. С. 6.

⁵ Гасанова Э.В. Виды дифференциации уголовной ответственности // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева. 2010. № 72.

⁶ Лопашенко Н.А. Указ. соч. С. 191.

⁷ См.: Лопашенко Н.А. Указ. соч. С. 189.

⁸ Хлебушкин А.Г. Экстремизм: уголовно-правовой и уголовно-политический анализ: монография. Саратов, 2007. С. 20-23.

⁹ См.: Кругликов Л.Л. Понятие, основания и виды дифференциации ответственности за преступления и иные правонарушения // LEX RUSSICA. 2014. № 3. С. 308-309.

¹⁰ Рогова Е.В. Правила построения квалифицирующих и привилегированных признаков состава преступления // Пробелы в российском законодательстве. 2013. № 5. С. 173.

Д.А. Дорогин

Российский государственный университет правосудия, г. Москва

К ВОПРОСУ О НАКАЗУЕМОСТИ КАК КЛЮЧЕВОМ ПРИЗНАКЕ ПРЕСТУПЛЕНИЯ ДЛЯ ЦЕЛЕЙ ИСКЛЮЧЕНИЯ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

Российская доктрина уголовного права традиционно выделяет четыре признака преступления: противоправность, общественная опасность, виновность и наказуемость¹. Как правило, делается оговорка, что первые два признака являются основными²; при этом противоправность характеризует формальную сторону преступления, а общественная опасность – материальную.

Вместе с тем некоторые авторы, указывая на «неосновной» характер двух оставшихся признаков, тем не менее считают их производными от противоправности – только закрепление в законе той

или иной формы поведения дает возможность говорить о том, что она является виновной и наказуемой.

Наказуемость является признаком преступления, наиболее тесно связанным с противоправностью, поэтому ее самостоятельность признается далеко не всегда. Например, В.С. Прохоров полагает, что наказуемость является проявлением противоправности: нарушение нормы приводит в действие ее санкцию. «Наказуемость, конечно, нельзя рассматривать как субстанциональный признак, свойство самого преступления в одном ряду с общественной опасностью и противоправностью, иначе можно было бы сделать неоправданный вывод, будто преступление способно само наказывать своего субъекта»³.

Другие авторы, говорящие о наказуемости как о самостоятельном признаке, не могут избавиться от некой субсидиарности в его характеристике. Так, В.А. Блинников замечает: «Исключается ли при наличии обстоятельства [обстоятельства, исключающего преступность деяния] признак наказуемости вреда? Да, конечно. Но наказуемость – это всего лишь возможность применить к лицу уголовное наказание. Этот признак является производным от первых трех – общественной опасности, противоправности и виновности деяния и «вступает в юридическую силу» только при установлении первых трех»⁴.

Однако некоторые ученые признают наказуемость в качестве самостоятельного признака преступления⁵. Данная позиция является в полной мере справедливой на основании философских и общенаучных исследований преступления как социального и правового феномена.

Философская и уголовно-правовая школа Г.В.Ф. Гегеля представила позицию, согласно которой наказание выступает неотъемлемым признаком правонарушения («неправа»), поэтому отсутствие наказания в преступлении является логическим абсурдом. Всякое преступление должно быть наказуемым⁶. Из этого можно заключить, что деяние, теряя свойство наказуемости, перестает быть преступлением.

П.А. Сорокин, анализируя пары категорий «преступление – кара», а также «подвиг – награда», пришел к выводу, что преступление в силу самой природы вещей неизбежно вызывает наказание. Он писал: «Мы считаем даже самую постановку подобных вопросов – ложной, а самую проблему: почему преступление вызывает наказание <...> – лжепроблемой. <...> Ответы на эти вопросы сведутся к положению: «потому, что между данными явлениями существует причинная или функциональная связь», т.е. связь необходимо неизбежная». И далее: «На вопросы: почему за преступлением следует наказание <...> – мы отвечаем, что это вопросы праздные, ибо такова причинная связь, ибо так это должно быть в силу того, что это так»⁷.

С.Н. Шатилович придает наказуемости наибольшее значение. Анализируемый феномен понимается им широко: как «производное от преступности (т.е. криминализации) деяний, социальное, уголовно-правовое явление, состоящее в законодательном установлении оснований уголовной ответственности, пределов и содержания конкретных видов наказаний за конкретные виды преступлений и в непосредственном применении наказания за преступления, включая их назначение и исполнение»⁸.

Однако следует помнить, что наказуемость в узком (собственном) смысле представляет собой не конкретное наказание, назначенное за соответствующее преступное деяние и отбытое на основании приговора суда, а сам факт возможности назначения наказания лицу, совершившему преступление. Следовательно, если такая возможность сохраняется, но лицо фактически не несет наказания, деяние не перестает быть преступлением, а его уголовная ответственность не исключается, но не наступает по иным причинам. Если же такая возможность отсутствует, налицо отсутствие и самого преступления.

Вопрос о самостоятельности наказуемости как признака преступления не является праздным по следующим причинам. Пределы уголовной ответственности определяются не только криминализацией и декриминализацией конкретных деяний, но и обстоятельствами, исключающими уголовную ответственность. Они не зависят от отдельных форм общественно опасного поведения, и их наличие делает наступление уголовной ответственности невозможным. Такие обстоятельства либо означают отсутствие в деянии признаков состава преступления, либо устраняют признаки преступления, среди которых, безусловно, выделяется и наказуемость.

Уголовный закон в отдельной главе, посвященной рассматриваемому вопросу (гл. 8 УК РФ⁹), говорит об «обстоятельствах, исключающих преступность деяния». При этом законодатель не уточняет, отсутствие каких именно признаков преступления должно исключать его преступность в целом. При изучении данных обстоятельств доктрина также оперирует легальным термином, однако те или иные авторы говорят об исключении преступности деяния, как правило, вследствие отсутствия либо противоправности, либо общественной опасности, либо и того, и другого одновременно¹⁰. При этом

признак наказуемости в анализируемом аспекте, за редкими исключениями¹¹, не затрагивается. Подобная ситуация вещей означает его недооценку, что нельзя признать справедливым. Существуют ситуации, когда все остальные признаки преступления – противоправность, общественная опасность и виновность – налицо, а уголовная ответственность все же исключается именно в силу отсутствия наказуемости.

Обстоятельствами, исключающими уголовную ответственность вследствие устранения признака наказуемости, выступают: т.н. «возрастная невменяемость» (ч. 3 ст. 20 УК РФ), ограниченная наказуемость приговорительных действий (ч. 2 ст. 30 УК РФ), превышение пределов трех из обстоятельств, исключающих преступность деяния, – необходимой обороны, задержания лица, совершившего преступление, и крайней необходимости (ч. 2 ст. 37, ч. 2 ст. 38, ч. 2 ст. 39 УК РФ), крайняя необходимость (ст. 39 УК РФ), преодолимое физическое принуждение и психическое принуждение (ч. 2 ст. 40 УК РФ), положения, содержащиеся в примечаниях к ст. 151, 316, 322 УК РФ, парламентский иммунитет, обстоятельства, выработанные в практике Европейского Суда по правам человека (например, провокация совершения преступления действиями тайных агентов).

Изложенное позволяет сделать следующие выводы. Существуют ситуации, когда совершенное деяние содержит все признаки состава, а также является противоправным, общественно опасным и виновным, однако в силу отсутствия наказуемости уголовная ответственность за его совершение исключается.

Анализ признаков преступления с учетом обстоятельств, исключающих уголовную ответственность, обуславливает вывод о необходимости признания самостоятельности наказуемости как признака преступления. Более того, невозможность наступления уголовной ответственности связана не всегда с отсутствием противоправности, но всегда – с отсутствием наказуемости, которая в этой связи выступает главным признаком преступления для целей исключения уголовной ответственности.

Отсутствие наказуемости не только означает невозможность наступления уголовной ответственности; но и содеянное не может признаваться преступлением. Данное положение представляется настолько же принципиальным с содержательной точки зрения, насколько и значимым с точки зрения социально-политической. С одной стороны, каким бы «производным» или «несубстанциональным» ни объявлялся признак наказуемости отдельными авторами, он вытекает из формулировки закона, является одним из четырех самостоятельных признаков преступления, и отсутствие хотя бы одного из них не позволяет сделать иного вывода, кроме как констатировать непротивоправность деяния в целом. С другой стороны, принцип презумпции невиновности в его политико-конституционном смысле не оставляет возможности для утверждения о совершении лицом именно преступления, если в силу тех или иных причин невозможно наказание за него.

На основании изложенного можно утверждать, что наказуемость является самостоятельным признаком преступления, который, более того, играет для целей исключения уголовной ответственности решающую роль, так как отсутствует всегда, в том числе и тогда, когда не устраняется противоправность. Это означает, что наказуемость характеризует саму возможность наступления уголовной ответственности, поэтому если в деянии отсутствует противоправность, общественная опасность или виновность, то автоматически устраняется и наказуемость. Но она может отсутствовать и сама по себе, при сохранении в деянии всех других признаков преступления.

¹ См., напр.: *Уголовное право России. Общая часть* / под ред. А.И. Рарога. М., 2007. С. 49–54.

² См., напр.: *Уголовное право Российской Федерации. Общая часть* / под ред. Л.В. Иногамовой-Хегай, А.И. Рарога, А.И. Чучаева. М., 2004. С. 56.

³ См.: *Прохоров В.С.* Преступление и ответственность. Л., 1984. С. 68–69.

⁴ *Блинников В.А.* Обстоятельства, исключающие преступность деяния, в уголовном праве России. Ставрополь, 2001. С. 20.

⁵ См.: *Карницкий Д., Рогинский Г.* Уголовный кодекс РСФСР. М., 1935. С. 42; *Курбанов Г.С.* Обстоятельства, устраняющие общественную опасность и противоправность деяния. Баку, 1991. С. 8.

⁶ См.: *Таганцев Н.С.* Русское уголовное право. Общая часть. Т. 1. Тула, 2001. С. 54.

⁷ См.: *Сорокин П.А.* Преступление и кара, подвиг и награда. СПб., 1999. С. 127, 129.

⁸ *Шатилович С.Н.* Деятельное раскаяние и наказуемость преступлений. Тюмень, 2005. С. 79.

⁹ Здесь и далее имеется в виду Уголовный кодекс Российской Федерации (УК РФ), если не оговорено иное. См.: *Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 г. № 63-ФЗ* // Российская газета. 1996. 18 июня; 1996. 19 июня; 1996. 20 июня; 1996. 25 июня.

¹⁰ См., напр.: *Баулин Ю.В.* Обстоятельства, исключающие преступность деяния. Харьков, 1991. С. 76.

¹¹ См.: *Степанюк О.С.* Обстоятельства, исключающие преступность деяния. Белгород, 2007. С. 7.

ПРАВОСУДИЕ КАК ОБЪЕКТ УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ ОХРАНЫ В СОВЕТСКОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКЕ ВТОРОЙ ПОЛОВИНЫ XX ВЕКА

Во второй половине XX в. в советской юридической мысли начинают формироваться взгляды ученых на понятие правосудия, при этом дифференциация подходов юристов-теоретиков во многом зависела от того, с материальной или процессуальной точки зрения они смотрят на указанную категорию.

Ряд авторов, например, С.И. Тихенко, понимали под правосудием основанную на законе деятельность судов по вынесению решений, выполнение которых обеспечивается государством, о виновности лица и назначении ему справедливого наказания или о его невиновности либо о гражданском споре¹. При этом они подчеркивали, что правосудие в полном объеме включает в себя рассмотрение как уголовных, так и гражданских, административных дел. Однако тот же С.И. Тихенко так же разделял понятие правосудия на два аспекта: в узком смысле понятие правосудия сводилось к приведенному ранее, а в широком смысле под правосудием понималась не только деятельность советского суда, но и органов, непосредственно содействующих осуществлению правосудия, как-то: органов дознания, предварительного следствия и прокуратуры, а также исправительно-трудовых учреждений. Аналогично объект преступлений, предусмотренных гл. 8 УК РСФСР, определяет И.С. Власов в работе «Об объекте преступлений против правосудия», говоря о том, что он представляет собой «отправление правосудия в соответствии и с порядком, целями и задачами, установленными в законе»². Однако в вышеуказанной совместной с И.М. Тяжковой работе «Ответственность за преступления против правосудия» позиция И.С. Власова уже изменилась.

Подобной точки зрения придерживалась и Т.Н. Добровольская. Она так же, как и ранее цитируемые авторы, считала, что «родовым объектом всех преступлений, включенных в указанную главу уголовного кодекса, является посягательство именно на правильное отправление социалистического правосудия судом...»³. Стоит при этом отметить заблуждение Т.Н. Добровольской о сущности объекта преступления вообще, поскольку в этом качестве выступают всегда общественные отношения, и уж никак не посягательство, представляющее собой акт преступного поведения.

Тем не менее, большинство авторов не различают понятие **правосудие** в узком и широком смыслах и едины во мнении, что, несмотря на прямое указание в законе на то, что правосудие осуществляется только судом, для выполнения задач правосудия необходима деятельность также и иных органов – например, органов прокуратуры, предварительного следствия, дознания, системы исполнения наказания и т.п. Поэтому посягательства на деятельность органов прокуратуры, предварительного следствия, дознания эти авторы также рассматривали в качестве посягательств на интересы правосудия⁴. Такой подход к определению правосудия они мотивировали тем, что из анализа уголовно-правовых норм, включенных в главу «Преступления против правосудия» вытекает, что законодатель исходил не из процессуального значения этого понятия, а вкладывал в него «более широкое содержание, считая необходимым защищать всякую деятельность, направленную на осуществление задач правосудия»⁵. По мнению И.С. Власова, И.М. Тяжковой, с точки зрения уголовно-правовой охраны правосудия оно заключается в разрешении специально созданными государственными органами конкретных правовых вопросов и в применении при этом в случае необходимости государственного принуждения к лицам, совершившим неправомерные деяния. Н.А. Носкова также придерживается подобной точки зрения и объясняет это тем, что «задачи правосудия состоят в том, чтобы охранять от всяких посягательств советский общественный и государственный строй, социалистическую систему хозяйства и социалистическую собственность, политические, трудовые, жилищные и другие личные и имущественные права и интересы граждан, права и охраняемые законом интересы учреждений, предприятий, колхозов, кооперативных и иных общественных организаций, а также обеспечивать точное и неуклонное исполнение законов всеми учреждениями, организациями, должностными лицами и гражданами СССР». Иными словами, под правосудием понималась одна из форм государственной деятельности, направленная на охрану социалистических общественных отношений и правопорядка в государстве.

Исходя из этого, становится вполне понятно, что данные задачи не могут быть реализованы только непосредственно органами судебной системы, и отсутствие органов, осуществляющих содействие отправлению правосудия, сделало бы невозможным реализацию вышеуказанных задач. Кроме

того, деятельность этих органов по большей части связана либо с предстоящим отправлением правосудия (как например, органов предварительного расследования), либо с претворением в жизнь уже вынесенного судебного решения (это характерно для исправительно-трудовых учреждений). В этом смысле справедливо согласиться с высказыванием Н.В. Крыленко о связи деятельности прокуратуры и суда: «Вся сила и мощь прокуратуры налицо только до тех пор, пока она непосредственно и тесно связана с судом, пока она является одним из маховых колес и рычагов именно судебной системы»⁶.

Тесная связь вышеуказанных органов в сфере осуществления правосудия нашла свое отражение и в Программе КПСС, принятой на XXII Съезде КПСС в 1961г. В Программе закреплено, что «правосудие строится на подлинно демократических основах... при строжайшем соблюдении судом, органами следствия и дознания законности, всех процессуальных норм»⁷. Таким образом, становится очевидно, чем объясняется подход к понятию правосудия, предлагаемое вышеуказанными авторами, поскольку подобные взгляды ученых практически полностью совпадают с позицией КПСС.

Исходя из вышеизложенного, необходимо заметить, что ученые расширяют понятие **правосудие** как объекта соответствующих уголовно-правовых норм, признавая при этом, что с точки зрения уголовно-процессуального права понятие **правосудие** значительно уже. По мнению И. С. Власова и И. М. Тяжковой, такая дифференциация понятий была необходима, так как отсутствие этих «органов сделало бы, по существу, невозможным отправлением правосудия судами. С другой стороны, деятельность самих этих органов имеет смысл лишь постольку, поскольку она преимущественно восходит к деятельности вершащего правосудие суда»⁸. Это позволяло в рамках уголовного права отношения, складывающиеся в ходе деятельности суда и деятельности органов предварительного расследования, признавать единым родовым объектом охраны и обозначать его термином **правосудие**, ибо **правосудие** как деятельность исключительно суда в действовавшем государственном аппарате не было принципиально организационно оформлено⁹.

Следовательно, можно сделать вывод о том, что уголовно-правовая наука была вынуждена исходить из содержания гл. 8 УК РСФСР и полагала под родовым объектом охраны – **правосудием** – отношения, складывающиеся в рамках «строго регламентированного нормами уголовно-процессуального, гражданско-процессуального и исправительно-трудового права специфического вида государственной деятельности суда и органов, ему содействующих»¹⁰. В случае совершения посягательств на указанные общественные отношения, как и в случаях, когда преступление непосредственно направлено против деятельности суда по отправлению правосудия, цели и задачи, указанные в ст. 2 Основ законодательства о судостроительстве Союза ССР, союзных и автономных республик, не достигаются. Именно этим теоретики объясняют название рассматриваемой группы составов преступлений против правосудия, хотя непосредственно против деятельности суда направлена меньшая часть преступлений, предусмотренных гл. 8 УК РСФСР¹¹.

Исходя из этого, становится очевидно, что с точки зрения уголовного права структура правосудия как объекта уголовно-правовой охраны может быть представлена с разных позиций: с точки зрения тех сфер судопроизводства, где могут быть совершены общественно опасные деяния, с точки зрения этапов осуществления процессуальной деятельности, на которых развиваются отношения, которым причиняется вред соответствующими преступлениями, а также с позиции тех существенных качеств правосудия (отражение которых лежит и на вспомогательной для правосудия деятельности), которые игнорируются при совершении преступных деяний, а также с учетом тех задач, которые перед правосудием поставлены государством, и условий, созданных для их решения¹². Ученые, рассматривающие правосудие как видовой объект гл. 8 УК РСФСР, исходили из того, что в этом случае правосудие, как и любой другой объект уголовно-правовой охраны, представляет собой совокупность определенных общественных отношений, и в связи с этим толковали его содержание широко. Поэтому стоит признать справедливость утверждения Власова И.С. и Тяжковой И.М. о том, что в отношении преступлений против правосудия объект, т.е. охраняемый законом общественный интерес, представляет собой деятельность по осуществлению задач правосудия, которая включает в себя деятельность суда, непосредственно отправляющего правосудие, но не ограничивается ею¹³. Следовательно, видовой объект данной группы преступлений представляет собой более широкое понятие, чем правосудие в процессуальном смысле. Кроме того, УПК РСФСР в ст. 20 закреплял за судом, прокурором, следователем и лицом, производящим дознание, обязанность принятия всех мер для всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств, выявления как уличающих, так и оправдывающих обвиняемого, а также смягчающих и отягчающих его ответственность обстоятельств¹⁴. Наличие этой статьи и позволяло причислять прокурора, следователя и лицо, производящее дознание, к тем, кто призван законом осуществлять правосудие, а именно – к судьям, так как их обязанности в самом главном совпадали.

Следует еще раз обратить внимание на то, что ранее рассматриваемые авторы трактуют понятие **правосудие** в вышеупомянутом смысле лишь в целях определения видового объекта преступлений, объединенных гл. 8 УК РСФСР. При этом во многих случаях подчеркивается, что речь идет не о правосудии в уголовно-процессуальном смысле, а об интересах правосудия, которые выступают в качестве синонима исследуемого понятия. В ряде случаев также встречаются категории «задачи правосудия», «деятельность, направленная на осуществление задач правосудия». Так, например, мотивируя свою позицию, И.С. Власов, И.М. Тяжкова пишут о том, что «деятельность, направленная на осуществление задач правосудия, происходит еще до судебного разбирательства, когда по делу производится предварительное расследование или досудебная подготовка. Она продолжается и после вынесения по делу обвинительного приговора или решения, когда происходит вступление приговора или решения в законную силу и их последующее исполнение».

Такая позиция представляется вполне оправданной, поскольку она вполне отвечала квалификации общественно опасного посягательства как совершенного против интересов правосудия не только в случаях, когда оно было направлено против непосредственно судебной власти, но и органов, содействующих осуществлению правосудия и укреплению социалистической законности, вопросам которой во второй половине XX в. в СССР уделялось большое внимание.

Уголовный кодекс РСФСР 1960 г., а также уголовные кодексы всех союзных республик, принятых в 1959-1961 гг., впервые в истории советского уголовного права законодательно предусмотрели отдельную главу, объединившую составы преступлений против правосудия¹⁵. Это означает признание государством факта того, что «правосудие, призванное охранять и защищать наше общество от правонарушений, само становится в случае совершения против него преступлений объектом уголовно-правовой охраны»¹⁶.

¹ См., например: *Тихенко С.И.* Преступления против правосудия. Киев, 1970. С. 11.

² *Власов И.С.* Об объекте преступлений против правосудия // Ученые записки Всесоюзного научно-исследовательского института советского законодательства. Вып. 1/18. М., 1964. С. 96.

³ *Добровольская Т.Н.* Понятие советского социалистического правосудия // Ученые записки ВИЮН. Вып. 16. М., 1963. С. 3–45.

⁴ См., например, *Власов И. С., Тяжкова И. М.* Указ. соч. С. 12; Носкова Н.А. Ответственность граждан за преступления против правосудия. М.: Знание, 1975. С. 7.

⁵ *Власов И.С., Тяжкова И.М.* Указ. Соч. С. 25.

⁶ Тезисы доклада тов. Крыленко на VI съезде прокурорских, судебных и следственных работников РСФСР // Ежедневник советской юстиции. 1928. № 9. С. 258

⁷ 22-й съезд КПСС: стенографический отчет [электронный ресурс] URL: http://publ.lib.ru/ARCHIVES/К/КПСС/_КПСС.html (Дата обращения: 20.04.2011).

⁸ *Власов И.С., Тяжкова И.М.* Указ. Соч. С. 26.

⁹ *Калашикова А.А.* Судопроизводство как объект уголовно-правовой охраны // Труды юридического факультета СевКавГТУ: сб. науч. тр. Вып. 2. Ставрополь: СевКавГТУ, 2004. С. 216.

¹⁰ *Раишкова Ш.С.* Преступления против правосудия: учеб. пособие. М.: ВЮЗИ, 1978. С. 6.

¹¹ См., например: *Раишкова Ш.С.* Правосудие под охраной закона // Труды ВИЮН. 1970. Т. XVI. Ч. П. С. 139–140.

¹² *Лобанова Л.В.* Преступления против правосудия: теоретические проблемы классификации и законодательной регламентации. Волгоград, 1999. С. 27.

¹³ *Власов И.С., Тяжкова И.М.* Указ. Соч. С. 29.

¹⁴ Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР (утв. ВС РСФСР 27.10.1960) (ред. от 29.12.2001) // Свод законов РСФСР. Т. 8. С. 613 (утратил силу).

¹⁵ Уголовный кодекс РСФСР (утв. ВС РСФСР 27.10.1960) (ред. от 30.07.1996) // Ведомости Верховного Совета РСФСР. 31.10.1960. № 40. Ст. 591

¹⁶ Цит. по: *Власов И.С., Тяжкова И.М.* Ответственность за преступления против правосудия. М., 1968. С. 4.

Е.А. Корепанова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

К ВОПРОСУ ОБ ОБЩЕСТВЕННОЙ ОПАСНОСТИ ХИЩЕНИЙ, СОВЕРШАЕМЫХ С ИСПОЛЬЗОВАНИЕМ ПЛАТЕЖНЫХ КАРТ

Одним из центральных вопросов в уголовном праве является общественная опасность преступлений. Подавляющее большинство ученых в области уголовного права понимают под общественной

опасностью важнейшую социальную характеристику преступления, а именно способность деяния причинить вред устоявшимся общественным отношениям либо создавать потенциальную возможность причинения им вреда¹.

Значение общественной опасности заключается в том, что она выступает в качестве одного из оснований криминализации деяния, т.е. позволяет определить, какие деяния признаются в государстве преступными, а какие к таковым не относятся. Кроме того, как указывает Т.А. Костарева, общественная опасность является основанием для дифференциации уголовной ответственности². Иными словами, она влияет на назначение соразмерного наказания за совершенное деяние. Так, более опасные преступления наказываются строже, чем те, у которых общественная опасность ниже. Стоит согласиться с О.А. Михаль в том, что санкция статьи должна полностью отражать общественную опасность преступления³.

Соответственно, законодатель, определяя пределы уголовной ответственности и соразмерное наказание в санкции недавно введенного состава мошенничества с использованием платежных карт, должен был руководствоваться характером и степенью общественной опасности преступления⁴.

Заметим, санкция состава, предусмотренного ст. 159.3 УК РФ, в отличие от общего состава мошенничества, является более мягкой, поскольку не содержит в себе такого вида наказания, как лишение свободы. Более того, в случае причинения крупного ущерба мошенничество с использованием платежных карт относится к категории преступлений средней тяжести, а аналогичное ему преступление, но без дополнительного признака (платежной карты) к категории тяжких.

Разница указанных составов заключается в использовании преступником специального средства совершения преступления – платежной карты. Обман сотрудника кредитной организации путем предоставления чужого или поддельного паспорта для подтверждения права распоряжения денежными средствами, находящимися на банковском счете, попадает под состав, предусмотренный ст. 159 УК РФ. И как только преступник для подтверждения законности снятия денежных средств со счета применяет поддельную или чужую платежную карту (электронное средство платежа⁵), его действия следует квалифицировать как мошенничество с использованием платежных карт. Следовательно, по логике законодателя, совершение хищения при помощи поддельного или чужого электронного средства платежа существенно снижает степень общественной опасности мошенничества.

Платежные карты активно применяются в качестве средств совершения преступления и в иных формах хищения. За рамками специального состава мошенничества остается состав кражи с платежными картами, на что обращает внимание Пленум ВС РФ⁶. Кроме того, не исключаются случаи использования платежной карты в присвоении и растрате, например, когда сотрудник организации совершает хищение денежных средств, привязанных к корпоративной карте. При этом в указанных составах преступлений законодатель не выделяет специальных составов кражи, присвоения и растраты с использованием платежных карт.

В связи с этим, возникает вопрос: может ли платежная карта в одних составах хищения выступать обстоятельством, повышающим общественную опасность, а в других, наоборот, понижающим ее?

Думается, что нет, хотя при формальном подходе может показаться, что общественная опасность кражи и мошенничества с применением платежных карт должна быть разной, поскольку они отличаются механизмом изъятия денежных средств (способом совершения преступления). Этот тезис соответствует п. 2 постановления Пленума ВС РФ от 29.05.2014 № 9 «О практике назначения и изменения судами видов исправительных учреждений»⁷, в котором обращено внимание на то, что степень общественной опасности преступления зависит, в частности, и от способа совершения преступления.

Однако законодатель определяет для состава кражи и мошенничества одинаковую степень общественной опасности, поскольку санкции общего состава мошенничества и состава кражи идентичны. А именно санкция статьи Особенной части УК РФ является окончательным выражением общественной опасности преступления⁸. Можно предположить, что законодатель признает тайный способ, обман и злоупотребление доверием в хищении равными по степени общественной опасности, так как сам потерпевший при вышеуказанных способах не осознает момента противоправного изъятия имущества, а также нет угрозы причинения вреда личности, в отличие от насильственных форм хищения.

В связи с этим в указанных составах хищения при добавлении дополнительных одинаковых признаков, влияющих на степень или характер общественной опасности, должен одинаково быть решен вопрос и о пределах ответственности. В противном случае установление разных пределов наказания может повлечь различия в правовых последствиях для лица (например, в возможности условно-досрочного освобождения, условного осуждения, различия в перечне видов исправительных учреждений).

Безусловно, средство совершения преступления, использованное преступником при совершении преступления, может влиять на степень общественной опасности преступления. Об этом, в частности, свидетельствуют п. «к», «н» ст. 63 УК РФ, в соответствии с которыми суд обязан учесть использованное в преступлении средство как отягчающее обстоятельство. Это подтверждают и квалифицированные составы преступлений (ч. 2 ст. 162; п. «г» ч. 2 ст. 206; п. «а» ч. 3 ст. 243.2 УК РФ), в которых средства совершения преступления выступают в качестве обстоятельств, повышающих степень общественной опасности. Выделение законодателем ст. 159.3 УК РФ, где платежная карта является обязательным признаком, еще раз доказывает, что использование электронного средства платежа влияет на общественную опасность.

На наш взгляд, использование платежных карт при совершении преступлений против собственности должно повышать общественную опасность.

Во-первых, стоит согласиться с многими авторами, которые указывают на сложность расследования преступлений с использованием платежных карт⁹. Расследование упомянутой группы преступлений, независимо от формы хищения, существенно затруднено, поскольку правоохранительные органы не всегда обладают достаточными кадровыми и материально-техническими ресурсами для раскрытия и расследования преступлений в области высоких технологий. Привлечение специалистов извне является дорогостоящим и организационно затруднительным. Штатных сотрудников, обладающих специальными знаниями, необходимыми для расследования преступлений, совершаемых с использованием платежных карт, недостаточно для проведения качественного и своевременного расследования. Именно поэтому многие преступления с использованием платежных карт, остаются нераскрытыми, преступники безнаказанными, а граждане – незащищенными.

Во-вторых, в современном обществе платежные карты являются наиболее востребованным средством платежа у населения. Только на январь 2015 г. на территории Российской Федерации уже выпущено более 227 712 000 платежных карт¹⁰. Мероприятия банков по снижению риска несанкционированных платежей с использованием платежных карт, неспособны на 100% уберечь держателей карт от неправомерного списания денежных средств¹¹. А это позволяет нам говорить о повышенной общественной опасности выделенной группы преступлений.

В-третьих, законодатель для состава, предусмотренного ст. 159.3 УК РФ, повышает размеры крупного и особо крупного ущерба. Следовательно, более тяжким последствиям должна соответствовать и повышенная степень общественной опасности¹².

Указанные обстоятельства не могут понижать общественную опасность преступления. Заметим, что до вступления в законную силу Федерального закона от 29 ноября 2012 г. № 207-ФЗ¹³ законодатель сохранял единообразный подход и внутреннюю логику закона, устанавливая одинаковое наказание за совершение кражи и/или мошенничества с одинаковыми дополнительными признаками. После введения в действие указанных поправок в УК РФ эта логика была нарушена. Санкция состава мошенничества с использованием платежных карт нарушает правила дифференциации уголовной ответственности для лиц, совершающих преступные деяния, схожие по характеру и степени общественной опасности, в частности, кражи с использованием платежных карт.

С учетом вышесказанного законодатель искусственно понизил пределы ответственности в санкции ст. 159.3 УК РФ. Само использование платежной карты должно повышать степень общественной опасности преступлений. Наказание при ненасильственных формах хищения, где платежная карта является средством преступления, должно соответствовать действительной степени общественной опасности этих видов преступлений. Поэтому предлагается исключить самостоятельный состав преступления, предусмотренный ст. 159.3 УК РФ, что означает – вернуть деяния, попадающие под его признаки, в рамки основного состава мошенничества (ст. 159 УК РФ). Либо следует повысить пределы уголовной ответственности в санкции состава мошенничества с использованием платежных карт соразмерно общественной опасности совершенного преступления. Лишь при таких условиях мы сможем признать, что пределы уголовной ответственности за совершение указанного вида преступлений являются адекватными вреду, который они причиняют общественным отношениям, а законодательство сохраняет логику и последовательность, защищая эти общественные отношения и права граждан.

¹ См.: Гребенкин Ф. Общественная опасность преступления и ее характеристики // Уголовное право. 2006. № 6. С. 23; Лунарев Д.А. Общественная опасность как объективное свойство преступных последствий // Российский следователь. 2007. № 5. С. 14; Дуюнов В.К., Хлебушкин А.Г. Квалификация преступлений: законодательство, теория, судебная практика: монография. 2-е изд. М.: РИОР: ИНФРА-М, 2015. С. 32.

² См.: Костарева Т.А. Квалифицирующие обстоятельства в уголовном праве (понятие, законодательная регламентация, влияние на дифференциацию ответственности). Ярославль: Яросл. гос. ун-т, 1993. С. 185.

- ³ См.: *Михаль О.А.* Характер и степень общественной опасности как критерий классификации преступлений // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2012. № 6. С. 113.
- ⁴ В данной статье идет речь только об обстоятельствах, относящихся к характеристике деяния, поскольку обстоятельства, характеризующие общественную опасность личности виновного, учитываются правоприменителем при назначении наказания за совершенное преступление.
- ⁵ См.: П. 1.5 Положения об эмиссии платежных карт и об операциях, совершаемых с их использованием (утв. Банком России 24.12.2004 №266-П) (ред. от 14.01.2015; зарегистрировано в Минюсте России 25.03.2005 №6431) // Вестник Банка России. 2005. 30 марта.
- ⁶ П. 13 постановления Пленума Верховного суда РФ от 27.12.2007 № 51 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате» // Российская газета. 2008. 12 янв.
- ⁷ *Российская газета*. 2014. 4 июня.
- ⁸ *Егоров В.С., Пастухов П.С.* Уголовное право. Общая часть: учеб. пособие для студентов высших учебных заведений. Филиал НОУ ВПО «Моск. ин-т гос. управления и права», Пермь, 2014. С. 58.
- ⁹ См.: *Павленко И.А.* Некоторые вопросы применения специальных знаний при расследовании хищений денежных средств с использованием банковских карт // Судебная экспертиза. 2011. № 4. С. 60; *Стукалов В.В.* Некоторые проблемы борьбы с преступлениями, совершаемыми с использованием пластиковых карт и их реквизитов / Наука и практика. 2015. № 1(62). С. 96–97.
- ¹⁰ *Статистика* Центрального банка Российской Федерации. Количество платежных карт, эмитированных кредитными организациями, по типам карт. [Электронный документ]. URL: http://www.cbr.ru/statistics/print.aspx?file=p_sys/sheet013.htm&pid=psrf&sid=itm_55789 (дата обращения: 19.05.2015).
- ¹¹ См.: *Несанкционированные операции с использованием платежных карт* // Платежные и расчетные системы. Анализ и статистика. 2014. № 46. С.66. [Электронный документ]. URL: <http://www.cbr.ru/publ/Default.aspx?Prtid=prs> (дата обращения 07.06.2015).
- ¹² См.: П. 2 постановления Пленума ВС РФ от 29.05.2014 № 9 «О практике назначения и изменения судами видов исправительных учреждений» // Российская газета. 2014. 4 июня.
- ¹³ *Федеральный закон от 29.11.2012 № 207-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»* // Российская газета. 2012. 3 дек.

С.А. Рожков

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

К ВОПРОСУ ОБ УСЛОВНО-ДОСРОЧНОМ ОСВОБОЖДЕНИИ ОСУЖДЕННЫХ К ПОЖИЗНЕННОМУ ЛИШЕНИЮ СВОБОДЫ

Институт условно-досрочного освобождения предусмотрен ст. 79 Уголовного кодекса Российской Федерации. В частности, условно-досрочное освобождение предусмотрено в отношении лиц, отбывающих содержание в дисциплинарной воинской части, принудительные работы или лишение свободы, в т. ч. и наказание в виде пожизненного лишения свободы¹.

В настоящее время в ст. 57 Уголовного кодекса Российской Федерации пожизненное лишение свободы предусмотрено как самостоятельный вид наказания. Это наказание устанавливается за совершение особо тяжких преступлений, посягающих на жизнь, а также за совершение особо тяжких преступлений против здоровья населения и общественной нравственности, общественной безопасности, половой неприкосновенности несовершеннолетних, не достигших четырнадцатилетнего возраста².

Таким образом, пожизненное лишение свободы может быть назначено:

- за убийство с отягчающими обстоятельствами (ч. 2 ст. 105 УК РФ);
 - изнасилование несовершеннолетней, не достигшей четырнадцатилетнего возраста, совершенное лицом, имеющим судимость за ранее совершенное преступление против половой неприкосновенности несовершеннолетнего (ч. 5 ст. 131 УК РФ);
 - насильственные действия сексуального характера в отношении лица, не достигшего четырнадцатилетнего возраста, совершенные лицом, имеющим судимость за ранее совершенное преступление против половой неприкосновенности несовершеннолетнего (ч. 5 ст. 132 УК РФ);
- половое сношение и иные действия сексуального характера с лицом, достигшим двенадцатилетнего возраста, но не достигшим четырнадцатилетнего возраста, совершенные лицом, имеющим судимость за ранее совершенное преступление против половой неприкосновенности несовершеннолетнего (ч. 6 ст. 134 УК РФ);

- террористический акт, повлекший умышленное причинение смерти человеку или сопряженный с посягательством на объекты использования атомной энергии либо с использованием ядерных материалов, радиоактивных веществ или источников радиоактивного излучения либо ядовитых, отравляющих, токсичных, опасных химических или биологических веществ (ч. 3 ст. 205 УК РФ);
- организацию совершения хотя бы одного из преступлений, предусмотренных ст. 205, ст. 205.3, ч. 3 и 4 ст. 206, ч. 4 ст. 211 УК РФ, или руководство его совершением, а равно организацию финансирования терроризма (ч. 4 ст. 205.1 УК РФ);
- прохождение обучения в целях осуществления террористической деятельности (ст. 205.3 УК РФ);
- организацию террористического сообщества (ч. 1 ст. 205.4 УК РФ);
- организацию деятельности террористической организации (ч. 1 ст. 205.5 УК РФ);
- захват заложника, повлекший умышленное причинение смерти человеку (ч. 4 ст. 206 УК РФ);
- действия, связанные с созданием, руководством и организацией деятельности преступных сообществ (преступных организаций), совершенные лицом, занимающим высшее положение в преступной иерархии (ч. 4 ст. 210 УК РФ);
- угон судна воздушного или водного транспорта либо железнодорожного подвижного состава, сопряженный с совершением террористического акта либо иным осуществлением террористической деятельности (ч. 4 ст. 211 УК РФ);
- незаконное производство, сбыт или пересылку наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, а также незаконное сбыт или пересылку растений, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, либо их частей, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, совершенные в особо крупном размере (ч. 5 ст. 228.1 УК РФ);
- контрабанду наркотических средств, психотропных веществ, их прекурсоров или аналогов, растений, содержащих наркотические средства, психотропные вещества или их прекурсоры, либо их частей, содержащих наркотические средства, психотропные вещества или их прекурсоры, инструментов или оборудования, находящихся под специальным контролем и используемых для изготовления наркотических средств или психотропных веществ, совершенную организованной группой, или в особо крупном размере, или с применением насилия к лицу, осуществляющему таможенный или пограничный контроль (ч. 4 ст. 229.1 УК РФ);
- посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля (ст. 277 УК РФ);
- диверсию, повлекшую умышленное причинение смерти человеку (ч. 3 ст. 281 УК РФ);
- посягательство на жизнь лица, осуществляющего правосудие или предварительное расследование (ст. 295 УК РФ);
- посягательство на жизнь сотрудника правоохранительного органа (ст. 317 УК РФ);
- геноцид (ст. 357 УК РФ). Данный перечень является исчерпывающим.

С учетом того, что правовая основа условно-досрочного освобождения от наказания к пожизненному лишению свободы в том виде, в каком она закреплена в настоящее время в Уголовном кодексе Российской Федерации, а также того, что Конституционным Судом Российской Федерации приостановлено вынесение смертных приговоров, сокращения убийств не предполагается, а, наоборот, позволяет преступнику совершать их, в том числе и серийно, при этом убийца имеет в виду, что ему сохранят жизнь, а через 25 лет он освободится условно-досрочно.

В апреле месяце 2015 г. Правительство России отклонило идею лишать пожизненно осужденных права на условно-досрочное освобождение: оно отказалось поддерживать соответствующий законопроект.

Эксперты особо отметили, что право на помилование или смягчение наказания носит абсолютный характер и никаким законом нельзя лишать людей надежды. Так сказано в отзыве на законопроект, рассматриваемый в Госдуме.

Предполагается, что каждый раз суд, приговаривая преступника к пожизненному сроку, будет решать, оставить человеку право на условно-досрочное освобождение или нет. Для этого документ вводит в Уголовный кодекс специальную статью «Лишение права на условно-досрочное освобождение».

По данным авторов законопроекта, в течение ближайших двух лет право на условно-досрочное освобождение наступит для 185 осужденных. Статистика свидетельствует о том, что большинство пожизненно осужденных, (примерно 50 %) надеются дожить до условно-досрочного освобождения³.

По нашему мнению и с учетом международного опыта⁴, законодателю в Уголовном кодексе Российской Федерации следует закрепить два вида досрочного освобождения от пожизненного лишения свободы, как это имеет место в некоторых зарубежных странах, например в США, а именно: а) с правом досрочного освобождения; б) без права досрочного освобождения. Вид освобождения должен определять суд.

Более того, в настоящее время пожизненное лишение свободы не соответствует содержанию указанного наказания, поскольку в соответствии с действующим законодательством осужденный может быть освобожден судом условно-досрочно на достаточно льготных основаниях. Так, в соответствии с ч. 5 ст. 79 УК РФ осужденный к пожизненному лишению свободы может быть освобожден после отбытия не менее 25 лет при условии, если он в течение указанного срока не совершит тяжкого или особо тяжкого преступления. Другими словами, совершать преступления небольшой или средней тяжести этому осужденному в указанный период времени не возбраняется.

Кроме того, законодатель по сути закрепил правило, в соответствии с которым лицо, отбывающее пожизненное лишение свободы, в течение первых 22 лет вправе злостно нарушать правила пребывания в камере колонии особого режима, главное, чтобы он не допустил таких нарушений в течение последних трех лет, причем из этого опять же следует то, что в это время незлостные нарушения порядка отбывания наказания он может совершать и, несмотря на это, суд может освободить его условно-досрочно от пожизненного лишения свободы.

Поэтому предлагается в ч. 5 ст. 79 УК РФ слова «в течение предшествующих трех лет» заменить на слова «в течение предшествующих 15 лет», а слова «новое тяжкое или особо тяжкое преступление» заменить словами «новое умышленное преступление» и далее по тексту.

Установить в ч. 5 ст. 79 УК РФ 15-летний срок осуществления контроля за поведением лица, условно-досрочно освобожденного от отбывания наказания в виде пожизненного лишения свободы, поскольку законодательно эта проблема не решена⁵.

Анализ рассмотренных выше проблем, связанных с правовым регулированием применения института условно-досрочного освобождения в отношении лиц, осужденных к пожизненному лишению свободы, позволяют сделать вывод о недопустимости законодательного расширения рамок этого вида условно-досрочного освобождения от наказания.

¹ См.: Часть 5 ст. 79 Уголовного кодекса Российской Федерации.

² Всего по данным ФСИН России по состоянию на 1 марта в 6 исправительных колониях для осужденных к пожизненному лишению свободы отбывало наказание 1908 человек.

³ Куликов В. Скоро первые из пожизненно осужденных получают право на УДО // Росс. газ. (Федеральный выпуск). 2015. № 6647. 10 апр.

⁴ Омигов В.И. Международное сотрудничество России по исполнению уголовных наказаний // Вестник Пермского университета. 2010. № 3(9). С. 201–205.

⁵ Гарданова Т. Совершенствование условно-досрочного освобождения – противодействие рецидивной преступности // Профessionал. 2004. № 6. С. 43.

VII. УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА

С.И. Афанасьева

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ИНСТИТУТ СЛЕДСТВЕННЫХ СУДЕЙ: ПЕРСПЕКТИВА ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

В настоящее время в обществе возобновилась дискуссия о необходимости введения в уголовный процесс России института следственных судей. Причины возобновления столь острого обсуждения названы в многочисленных публикациях в специализированных изданиях, иных средствах массовой информации, на различных общественных форумах. В частности, отмечается, что введение института следственных судей позволит продвинуться в решении таких системных проблем, как нарушение разумных сроков судопроизводства в части предварительного расследования; чрезмерная длительность содержания под стражей; неэффективность судебной проверки действий (бездействия) органов предварительного расследования в порядке ст. 125 УПК РФ; нарушение права потерпевшего на доступ к правосудию и защиту его интересов; злоупотребление органами уголовного преследования тайной предварительного расследования; ограничение права обвиняемого на защиту на досудебных стадиях процесса; возвращение дела судом прокурору для исправления недостатков предварительного расследования в порядке ст. 237 УПК РФ; использование результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве.

В юридической литературе существует некоторая терминологическая путаница: «следственный судья» или «судебный следователь»? Следственный судья – субъект реализации именно юрисдикционных функций, связанных с осуществлением всех форм судебного контроля в досудебном производстве, судебный следователь – орган предварительного следствия, осуществляет следственные и иные процессуальные действия.

В поддержку института следственного судьи выступают многие современные ученые: Н.Н. Ковтун, Н.А. Колоколов, Н.Г. Муратова, И.Л. Петрухин, А.П. Гуськова, В.Ю. Мельников и др.

Среди наиболее веских причин в пользу введения следственных судей указывается *на необходимость усиления оперативного судебного контроля над предварительным следствием*. Сторонники реализации института специализированных следственных судей подчеркивают, что ст. 108, 125, 165 УПК РФ предусмотрен ряд полномочий, которыми обладают судьи во время досудебного производства. Однако предусмотренные полномочия не являются эффективной защитой от произвола следственных органов и органов прокуратуры, более того, они ведут к дальнейшей предвзятости уже на стадии рассмотрения дела в суде.

С необходимостью усиления оперативного судебного контроля тесным образом связан и второй аргумент «за» введение следственного судьи в уголовный процесс – *снижение нагрузки на судебский корпус* (функции по контролю над предварительным следствием перейдут к следственным судьям).

Введение института следственных судей должно привести к *усилению состязательных начал уголовного процесса*. Сторонники введения данного института отмечают, что довольно часто судьи соглашаются с ходатайствами следователей (дознателей) и выносят решения без проведения исследования. К ходатайствам не всегда прилагаются обосновывающие их материалы. Допросы свидетелей и иные судебные действия на этом этапе процесса законом не предусмотрены. В случаях, не терпящих отлагательства (они в законе не указаны), следователь применяет довольно распространенные меры принуждения (осмотр жилища, обыск и выемка в жилище, личный обыск) без судебного решения, но уведомляет об этом судью и прокурора. Отказ в удовлетворении ходатайств следователей о применении мер процессуального принуждения – довольно редкое явление в судебной практике, и этот важный институт демократически устроенного судопроизводства фактически бездействует (И. Петрухин). Доля удовлетворяемых судом ходатайств о даче согласия на заключение лица под стражу составляет ежегодно в среднем 91%.

Как отмечают многие авторы, главный недостаток действующего УПК РФ 2001 г. – это господство на так называемых досудебных стадиях процесса стороны обвинения и фактическое процессуальное неравноправие с ним стороны защиты, в результате чего доказательства по уголовному делу формируются, по сути, стороной обвинения (следователем, дознавателем), тогда как сторона защиты такой возможностью не обладает.

Недостаточная роль состязательности в предварительном расследовании проявляется в ограниченном судебном контроле за соблюдением прав участников процесса.

Вместе с тем нельзя говорить и о полном бесправии стороны защиты на досудебных стадиях, отдельные «вкрапления» принципа состязательности имеются на досудебных стадиях.

Веским доводом в пользу введения следственного судьи в уголовный процесс является *повышение надежности доказательств*. Полученные в результате судебных следственных действий доказательства будут иметь статус судебных и, таким образом, могут фигурировать в судебном разбирательстве и при разрешении других важнейших вопросов по делу.

Еще один аргумент сторонников введения данного института заключается в том, что механизм судебного контроля в досудебном производстве должен быть разработан так, чтобы *исключить предвзятость судей* при рассмотрении дела по существу в дальнейшем. Так, положения ст. 63 УПК РФ не содержат ограничений, указывающих на недопустимость участия судьи, рассматривавшего жалобу в порядке ст. 125 УПК РФ, в судебном разбирательстве того же уголовного дела в суде первой инстанции. Поэтому судья, осуществляющий досудебный контроль, для исключения сомнений в его объективности и беспристрастности, не должен в дальнейшем рассматривать уголовное дело по существу и принимать по нему процессуальное решение.

Самыми распространенными аргументами противников данной реформы являются следующие: необходимость серьезного *финансового обеспечения* (*предлагается ввести в каждом субъекте Российской Федерации по 4 должности следственных судей, общий объем финансирования оплаты их труда составит по предварительным подсчетам 600 млн руб.*); недостаточная разработка вопроса об *апелляционном обжаловании решений следственного судьи*; *неэффективность и даже невозможность введения следственного судьи в двухсоставных, трехсоставных судах* в провинциальных районах; возможное появление *обвинительного уклона*; *ослабление судебной власти*; *нарушение системы сдержек и противовесов*.

В случае введения рассматриваемого института в уголовно-процессуальное законодательство России необходимо будет решить ряд важнейших вопросов. Прежде всего вопрос организации должностей следственных судей. Так, Н.Г. Муратова считает, что следственные судьи должны осуществлять свою деятельность *в пределах территориальных границ административного районного (городского) образования*. Согласно же теоретической концепции «Возрождение института следственных судей в российском уголовном процессе» А.В. Смирнова предлагается ввести должности следственных судей *при верховном суде республики, краевом или областном суде, суде города федерального значения, суде автономной области, суде автономного округа*. При этом некоторые авторы (например, Н.Н. Ковтун) подчеркивают, что действовать следственные судьи должны *автономно, а не при судах*.

В случае введения данного института законодателю необходимо решить вопрос о том, *кто будет исполнять полномочия следственного судьи в случае его отсутствия*.

Остается открытым вопрос об *обжаловании решений следственных судей*. Предлагается обжаловать в вышестоящий судебный орган, например в *коллегию следственных судей или следственную коллегию* (А.И. Макаркин); в *независимую судебную инстанцию* (Н.Н. Ковтун); *в порядке апелляции в соответствии с нормами гл. 45.1 УПК РФ* (А.В. Смирнов).

Необходимо определиться и с *конкретным объемом полномочий*, которым будет обладать следственный судья: осуществлять следственные действия по легализации в качестве судебных доказательств материалов, представленных сторонами; осуществлять судебный контроль за мерами государственного принуждения или контроль за соблюдением органами уголовного преследования конституционных прав и свобод граждан.

Анализируя вышеизложенное, можно сделать вывод о том, что судья, занимая активную позицию в досудебном производстве, контролируя законность уголовного преследования, ведущегося стороной обвинения, участвуя в легализации судебных доказательств, принимая решения о применении принудительных процессуальных мер, реализует тем самым функцию правосудия.

Реализация концепции следственных судей в уголовном судопроизводстве может встретить определенные трудности вследствие недостаточной теоретической разработанности. Для предотвращения этого возможна проверка эффективности данного института посредством введения его в нескольких субъектах Российской Федерации (по аналогии с введением суда присяжных).

**УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО СССР, РСФСР, РФ
О ПРЕДМЕТЕ РАССМОТРЕНИЯ УГОЛОВНЫХ ДЕЛ СУДОМ
КАССАЦИОННОЙ ИНСТАНЦИИ**

1. Институт кассации был заимствован российским законодателем из Франции. Он возник в форме «чистой» кассации, признаками которой являются: обжалование приговора исключительно по формальным основаниям; устранение из сферы кассационного производства вопросов фактической стороны дела; право суда кассационной инстанции только оставить приговор без изменения или отменить его и направить дело на новое судебное рассмотрение, не внося в него изменения; наличие оснований отмены приговора; наличие в государстве одного кассационного суда, поддерживающего единство кассационной практики¹. **Что же касается предмета «чистой» кассации, то им является законность принятого судебного решения, соответствие его материальному и процессуальному закону.**

2. Институт кассации в России прошел длительное развитие, **на протяжении которого ее предмет не был одинаков.** Дореволюционная кассация в России обладала почти всеми признаками «чистой» кассации. Так же, как и во Франции, предметом кассации была лишь законность окончательных (т.е. вступивших в законную силу) судебных решений. К ним относились решения съезда мировых судей и приговоры, постановленные с участием присяжных заседателей. В соответствии со статьей 912 Устава уголовного судопроизводства 1864 г. (далее – Устав) жалобы и протесты на окончательные приговоры допускались в случае **явного нарушения прямого смысла закона и неправильного толкования его** при определении преступления и рода наказания; в случае **нарушения обрядов и форм столь существенных**, что без соблюдения их невозможно признать приговор в силе судебного решения; в случае **нарушения пределов ведомства и власти**, законом представленной судебному усмотрению. Статья 913 Устава содержала ряд ограничений, при которых ошибки в судебном решении не могли являться основанием для пересмотра решения. **Существование в соответствии с Уставом апелляционного производства позволяло предусмотреть кассацию именно с таким предметом**, т.е. проверкой законности судебных решений.

3. В результате революции 1917 г. апелляция (как и другие демократические институты) была ликвидирована. На смену классической, т.е. «чистой», кассации пришла новая, советская. По Декрету о Суде № 2 от 15 февраля 1918 г., предметом кассации стала не только законность принятого судебного решения, но и его обоснованность. Те же правила были закреплены в первом УПК РСФСР, принятом 25 мая 1922 г., просуществовавшем в редакции закона от 15 февраля 1923 г. до 1960 г. Согласно ст. 332 УПК РСФСР 1960 г., предметом рассмотрения уголовного дела судом кассационной инстанции также явились законность и обоснованность приговора. Как же разрешался вопрос об обоснованности приговора?

Суд кассационной инстанции **по материалам уголовного дела** проверял вопросы, касающиеся полноты исследования обстоятельств дела, соответствия выводов суда первой инстанции установленным обстоятельствам и собранным доказательствам, правильности оценки доказательств, доказанности виновности подсудимого, и соответствия назначенного судом наказания тяжести преступления и личности осужденного. **Вместе с тем суд кассационной инстанции не исследовал доказательства, не производил переоценку доказательств.** Учитывая это обстоятельство, (т.е. запрет исследования доказательств в суде кассационной инстанции), законодатель в то время предусматривал дополнительные гарантии выявления судебных ошибок, обеспечения прав потерпевшего, осужденного. Они выражались в том, что предусматривалось обжалование и опротестование судебных приговоров, определений и постановлений, **не вступивших в законную силу.** Суд не был связан доводами кассационной жалобы и протеста и **проверял дело в полном объеме в отношении всех осужденных**, в том числе и тех, которые жалоб не подали и в отношении которых не был принесен кассационный протест. **Самостоятельными основаниями к отмене или изменению приговора при рассмотрении дела в кассационном порядке (помимо других) были односторонность или неполнота дознания, предварительного или судебного следствия; несоответствие выводов суда, изложенных в приговоре фактическим обстоятельствам дела (ст. 342 УПК РСФСР).** Очевидно, что советская кассация со всеми присущими ей признаками была обусловлена имеющимися на то время возможностями еще молодого государства.

4. Характерно, что название ст. 373 УПК РФ, в отличие от норм предшествующего законодательства, было уже уточнено как **«Предмет судебного разбирательства в суде кассационной инстанции»**, который включал проверку **законности, обоснованности и справедливости** приговора и иного судебного решения. Однако такая **проверка, как и ранее, проводилась по материалам дела**. Не внесла четких разъяснений в предмет разбирательства дела и ст. 377 ч. 4, согласно которой суд был вправе по ходатайству стороны непосредственно исследовать доказательства по правилам главы 37 УПК РФ, устанавливающей процедуру судебного следствия в рамках судебного разбирательства. Законодателем не было разъяснено, как будет осуществляться исследование доказательств. К тому же УПК РФ изначально не предусматривал правила о составлении протокола в суде кассационной инстанции. Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 5 марта 2004 г. № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального Кодекса Российской Федерации» в пункте 25 разъяснил, что «под непосредственным исследованием доказательств в суде кассационной инстанции» следует понимать проверку имеющихся в уголовном деле доказательств, получивших оценку суда первой инстанции (оглашение показаний свидетелей, потерпевшего, заключения эксперта и т.п.). Ясно, что такое исследование не было тождественно тому исследованию доказательств, которое осуществляется в судах первой и апелляционной инстанций.

5. С 1 января 2013 г. Федеральным законом РФ от 29 декабря 2010 г. № 433-ФЗ, радикально изменившим судебную систему в области уголовного судопроизводства, была введена в действие глава 47.1 УПК РФ «Производство в суде кассационной инстанции». В ст. 401², содержащейся в этой главе и именуемой «Предмет судебного разбирательства в кассационном порядке», кратко записано, что суд кассационной инстанции **проверяет** по кассационной жалобе, представлению **законность приговора, определения или постановления суда**, вступивших в законную силу.

Что означает проверка законности судебных актов? В пункте 10 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28 января 2014 г. № 2 «О применении норм главы 47.1 Уголовно-процессуального кодекса РФ, регулирующих производство в суде кассационной инстанции» судам разъяснено, что в силу статьи 401.1 УПК РФ при рассмотрении кассационных жалобы, представления суд (судья) кассационной инстанции проверяет только законность судебных решений, **т.е. правильность применения норм уголовного и норм уголовно-процессуального права (вопросы права)**. Заметим, что судьи должны проверять правильность применения не только норм уголовного права, но и **норм других отраслей материального права**, если в этом при рассмотрении уголовного дела возникает такая необходимость.

Ранее мы уже отмечали, что **непосредственно в ч. 1 ст. 286 АПК РФ** записано, что «Арбитражный суд кассационной инстанции проверяет законность решений, постановлений, принятых арбитражным судом первой и апелляционной инстанций, **устанавливая правильность применения норм материального права и норм процессуального права при рассмотрении дела и принятии обжалуемого судебного акта...**» На наш взгляд, еще более удачно данная норма сформулирована в ч. 2 ст. 390 ГПК РФ: «При рассмотрении дела в кассационном порядке суд **проверяет правильность применения и толкования норм материального права и норм процессуального права судами, рассматривавшими дело ...**»². В соответствии со ст. 329 Кодекса административного судопроизводства РФ, вступающего в силу с 15 сентября 2015 г. за исключением отдельных положений, **при рассмотрении административного дела в кассационном порядке суд проверяет правильность применения и толкования норм материального права и норм процессуального права судами, рассматривавшими административное дело, решения по которым вступили в законную силу.**

Определяя предмет кассационного разбирательства, **законодатель стремился отграничить предмет производства в судах апелляционной (проверка законности, обоснованности и справедливости не вступивших в законную силу приговоров и иных судебных решений) и кассационной инстанций.** Такая позиция законодателя оправдана и обусловлена единством подхода к решению данного вопроса во всех видах судопроизводства (административного, гражданского (арбитражного), уголовного) в условиях функционирования единой системы. **В действующем процессуальном законодательстве России** обоснованность в качестве предмета проверки судебных решений в судах кассационной инстанции не выделена. Проверка судебного решения по фактическим основаниям в содержании процессуальной деятельности суда кассационной инстанции не входит, поскольку считается, что установление основного материально-правового отношения со вступлением решения в законную силу достигнуто и все вопросы доказывания обстоятельств, входящих в предмет доказывания, разрешены в судах первой и второй инстанций. Если в кассационных жалобе, представлении оспаривается правильность установления судом фактических обстоятельств дела, то они проверке не подлежат. В кассационном порядке проверяется не правильность установления фактических обстоятель-

ств в судах первой и второй инстанций, а правильность сделанной ими правовой оценки этих обстоятельств, т.е. только юридическая сторона дела.

Однако нельзя забывать, что существо дела определяется в первую очередь фактическими обстоятельствами дела, а затем уже их правовой оценкой. Определение фактических обстоятельств и их правовая оценка взаимосвязаны и взаимообусловлены. **Проверка обоснованности в суде кассационной инстанции имеет место, несмотря на отсутствие на это прямого указания закона.** Если в кассационных жалобе, представлении содержится указание на допущенные судом нарушения уголовно-процессуального закона при исследовании или оценке доказательств (например, обоснование приговора недопустимыми доказательствами), повлиявшие на правильность установления судом фактических обстоятельств дела и приведшие к судебной ошибке, то такие доводы не должны быть оставлены без проверки.

Жалобы, представления на несправедливость приговора, по которому назначено наказание, не соответствующее тяжести преступления, личности осужденного или по которому судом назначено несправедливое наказание вследствие его чрезмерной мягкости либо чрезмерной суровости (ч. 2 ст. 389.18 ЦПК РФ), подлежат проверке судом кассационной инстанции в случае неправильного применения норм Общей части Уголовного кодекса РФ.

Согласно п. 5 ч. 1 ст. 401.4 УПК РФ в кассационных жалобе и представлении должны быть указаны существенные нарушения норм уголовного или уголовно-процессуального закона, повлиявшие на исход дела, и приведены доводы, свидетельствующие о таких нарушениях. Дабы определить характер этих нарушений, суд обязан вникнуть в содержание фактических оснований приговора или иного судебного решения. Получается, что суд кассационной инстанции вправе и обязан ставить под сомнение выводы суда первой и второй инстанций по вопросам факта, но в причинно-следственной взаимосвязи их с ошибками в вопросах права. Итак, проверка обоснованности судебных решений производится путем: изучения доказательств, их сравнения, сопоставления; исследования имеющихся и дополнительно представленных доказательств. Если эти способы характерны для суда апелляционной инстанции, то **в кассации проверка обоснованности решений, вступивших в законную силу, производится по материалам дела. Исследования и переоценки доказательств в кассационном производстве не происходит.** Согласно п. 3 и 4 ч. 1 ст. 401.14 УПК РФ суд кассационной инстанции вправе отменить приговор и состоявшиеся по делу решения и передать уголовное дело в суд первой инстанции либо на новое апелляционное рассмотрение. Именно суды первой и второй инстанций обязаны рассмотреть уголовное дело по существу, т.е. с исследованием фактических обстоятельств дела.

¹ Червоткин А.С. Апелляция и кассация: пособие для судей. М.: Проспект, 2013. С. 336.

² Борисевич Г.Я. О едином подходе регулирования института кассационного производства в соответствии с УПК, ГПК, АПК РФ // Вестник Самарского госуд. университета. 2014. № 11/2 (122). С. 156–157.

Е.А. Брылева

Пермский институт ФСИН России, г. Пермь

СОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРАВОВОГО СТАТУСА НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ НА ПОСТСОВЕТСКОМ ПРОСТРАНСТВЕ

Правовое регулирование советского правового пространства в сфере защиты прав детей не было отмечено таким количеством законодательных актов, как в последующий период. Основным нормативно-правовым актом, регулирующим данную сферу, являлся Закон об утверждении основ законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье от 27 июня 1968 г. При это защита прав детей целиком и полностью возлагалась на их родителей (ст. 18). Очевидно, что в условиях построения социалистического общества и социалистической законности не могло быть и речи о нарушениях прав детей и необходимости какой-либо дополнительной защиты.

Безусловно, ратификация рядом стран постсоветского пространства Конвенции о правах ребенка, которая была принята Генеральной Ассамблеей ООН 20 ноября 1989 г. и вступила в силу 2 сентября 1990 г., стала толчком к развитию законодательства в сфере защиты прав несовершеннолетних.

Общими тенденциями, характеризующими современное постсоветское пространство, являются наличие не только принципов защиты прав детей и ответственности родителей за обеспечение условий жизни, необходимых для развития ребенка, в пределах своих способностей и финансовых воз-

возможностей, но и, что немаловажно, наличие ответственности государства в лице своих органов, физических и юридических лиц за нарушение прав и интересов ребенка, причинение ему вреда; обеспечения государством содержания, воспитания, обучения детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей (Россия, Киргизия, Белоруссия, Армения и др.);

Вместе с тем анализ соответствующего законодательства государств постсоветского пространства свидетельствует о существовании различий в подходах к правовому регулированию правового статуса несовершеннолетних. Во-первых, в этих странах главным нормативно-правовым источником в указанной области остается кодифицированное семейное законодательство¹.

Во-вторых, правовой статус несовершеннолетних на постсоветском пространстве включает в себя более расширенный перечень прав несовершеннолетних, в отличие от российского законодательства (право ребенка на отдых и оздоровление, сохранение и развитие учреждений, деятельность которых направлена на отдых и оздоровление детей; право на уровень жизни и условия, необходимые для полноценного физического, умственного и духовного развития), гарантий (на охрану здоровья; на образование; на свободное выражение своего мнения; на сохранение индивидуальности; право на жилье; на защиту чести, достоинства, неприкосновенность личности) и наличие у несовершеннолетних обязанностей (Белоруссия, Казахстан, Литва и др.), (соблюдать законы государства, заботиться о родителях, уважать права и интересы других граждан, традиции и культурные ценности, овладевать знаниями и готовиться к самостоятельной трудовой деятельности, бережно относиться к окружающей среде, всем видам собственности),² что отсутствует в российском законодательстве, так как по мнению законодателя, вытекает из общего правового статуса личности.

Несомненно, вопрос о нормативном закреплении обязанностей несовершеннолетних носит дискуссионный характер. Так, А.Е. Казанцева³, А.М. Нечаева⁴ считают, что отсутствие обязанностей обусловлено отсутствием юридической ответственности; в противовес А.М. Рабец полагает, что отсутствие обязанностей ведет к вседозволенности. Н.Н.Тарусина приводит в качестве доводов о возможности нормативного закрепления обязанностей обучающихся ст. 43 закона РФ «Об образовании в Российской Федерации». Обязанности в семье закреплены в австрийском, болгарском, венгерском, итальянском законодательстве. В данном случае представляется, что ответственность в меньшей степени носит вид юридической ответственности, скорее это нормы – обязанности, выполняющие функцию воспитательного характера.

Безусловного внимания заслуживает вопрос о правовом регулировании права на свободу совести несовершеннолетних (Армения, Беларусь, Казахстан и др.)⁵. Позиция российского законодателя по данному вопросу также сводится к конституционным свободам, что на практике реализуется через отношение к религии законного представителя несовершеннолетнего.

В ряде семейно-правовых актов предусмотрена большая вариативность, чем в российском семейном законодательстве, форм попечения детей; в частности, кроме приемной семьи, предложены патронат и детский дом семейного типа (например, в Украине). При этом нормы ч. 3 ст. 256-3 и ч. 3 ст. 256-7 Семейного кодекса Украины допускают пребывание в приемной семье или детском доме семейного типа до окончания воспитанником профессионально-технического учебного заведения или вуза (I–IV уровней аккредитации); закон Республики Казахстан от 13 дек. 2000 г. №113-2 «О детских деревнях семейного типа и домах юношества» предусматривает наличие детских деревень семейного типа и домов юношества для лиц, которые на основании решения администрации детской деревни, детского дома, школы-интерната для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, могут проходить социальную адаптацию: воспитанники детских деревень и выпускники детских домов, школ-интернатов для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, в возрасте от шестнадцати до двадцати трех лет, за исключением лиц, имеющих психоневрологические заболевания⁶. Несомненно, законодатель в этих странах, в отличие от российского, учел сложности социализации выпускников из числа детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей. Присоединяемся к позиции Н.Н. Тарусиной в вопросе о возможности расширения перечня форм устройства детей, оставшихся без попечения родителей, как на федеральном уровне, так и на уровне субъектов.

Международные стандарты в сфере защиты прав несовершеннолетних от информации, наносящей вред здоровью, нашли отражение в ряде законодательных актов государств постсоветского пространства (Азербайджан, Армения, Россия, Туркменистан, Казахстан, Литва, Белоруссия и др.). При этом нормы, закрепленные законодателями данных стран, носят чисто декларативный характер и дублируют нормы Конвенции о правах ребенка.

Иным путем пошли государства Грузия, Литва, Украина, предусмотревшие в своих законодательных актах наличие своеобразных органов цензуры: государственные органы в Грузии (Министерство просвещения Грузии, Министерство труда, здравоохранения и социальной защиты Грузии);

общественные органы в Литве (инспектор по журналистской этике); смешанные органы в Украине (Национальная экспертная комиссия по вопросам защиты общественной морали).

Интересен перечень тем информации на постсоветском пространстве, оказывающей негативное воздействие на несовершеннолетних. Представляется, что он формировался в зависимости от исторического развития и религиозного вероисповедания. Так, в Литве, большинство населения которой является католическим, такая информация включает 21 пункт и к ней относится даже та, в которой «поощряются плохие привычки и питания, гигиене и физическая пассивность» и «демонстрируются инсценированные паранормальные явления с созданием впечатления о реальности этих явлений»⁷. Справедливости ради надо отметить, что первоначальный вариант отмечал еще запрет пропаганды гомосексуальных отношений, однако европейское сообщество посчитало данную норму дискриминационной и она была исключена.

Несмотря на сложившееся негативное отношение к ювенальной юстиции в российском обществе, законодательство стран постсоветского пространства содержит понятие ювенальной юстиции. Так, Кодекс о детях Кыргызской Республики от 10 июля 2012 г. различает понятие юстиции для детей и ювенальной юстиции. Юстиция для детей включает в себя все мероприятия, связанные с детьми, проходящими по уголовному делу: это не только правонарушители, но и потерпевшие, свидетели по уголовным делам. Мероприятия заключаются в вопросах профилактики правонарушений, отправления правосудия, социальной реабилитации и интеграции с учетом половозрастных, умственных, физических и психических особенностей их развития. Ювенальная юстиция с точки зрения киргизского законодателя - это система мероприятий в отношении детей, находящихся в конфликте с законом. Безусловно, заслуживает внимания роль суда в Кыргызской Республике в обеспечении прав и интересов детей. Любое направление в интернатное учреждение сроком свыше 6 месяцев (за исключением специальных школ для детей, нуждающихся в особых условиях воспитания; психиатрические больницы при согласии законных представителей) осуществляется по решению суда.

Таким образом, общий сравнительно-правовой анализ демонстрирует нам существенные различия в тенденциях развития постсоветского пространства в сфере законодательства в отношении несовершеннолетних как в целом, так и по отдельным позициям. Полагаем, что значительная часть специфических компонентов имеет статус информации к размышлению, а возможно, и внедрению в российские нормативные федеральные акты и акты субъектов Федерации.

¹ Кодекс Республики Беларусь о браке и семье от 9 июля 1999 г. № 278-3. URL: http://www.tammby.narod.ru/belarus/belarus-zakon_brak.htm; *О браке и семье*: закон Республики Казахстан от 17 дек. 1998 г. № 321-І. URL: <http://www.zakon.kz/212247-zakon-o-brake-i-seme.html>; Семейный кодекс Азербайджанской Республики от 28 дек. 1999 г. URL: <http://woman-az.ru>; Семейный кодекс Республики Армения от 9 нояб. 2004 г. № НО-123. URL: <http://base.spinform.ru>; Семейный кодекс Республики Молдова от 26 окт. 2000 г. № 1316-XIV. URL: <http://base.spinform>; Семейный кодекс Туркменистана от 21 янв. 2012 г. URL: [http://www.turkmenembassy.ru/ Семейный кодекс.doc](http://www.turkmenembassy.ru/Семейный_кодекс.doc); Семейный кодекс Республики Узбекистан (введен в действие с 1 сент. 1998 г.). URL: <http://fmc.uz/legisl>; Семейный кодекс Украины от 10 янв. 2002 г. URL: <http://meget.kiev.ua>; Семейный кодекс Кыргызской Республики от 26 июня 2003 г. URL: <http://www.adviser.kg>.

² Закон Республики Беларусь о правах ребенка и Кодекс Республики Беларусь о браке и семье от 9 июля 1999 г. Закон Республики Казахстан от 8 авг. 2002 г. № 345 – II «О правах ребенка в Республике Казахстан» ст. 20 «Обязанности ребенка»: «Каждый ребенок обязан соблюдать Конституцию и законодательство Республики Казахстана, уважать права, честь и достоинство других лиц, государственные символы республики, заботиться о нетрудоспособных родителях, сохранность исторического и культурного наследия, беречь памятники истории и культуры, сохранять природу и бережно относиться к природным богатствам». Выписка статей из Гражданского кодекса Литовской Республики, утв. законом № VIII-1964 от 18 июля 2000 г., регулирующих вопросы семейного права (Третья книга, Семейное право) на литовском языке). Статья 3.162. Дети должны уважать родителей и должным образом исполнять свои обязанности. Семейный кодекс Литвы.

³ Казанцева А.Е. Обязанности и права родителей (заменяющих их лиц) по воспитанию детей и ответственность за их нарушение. Томск, 1987. С. 17–18.

⁴ Нечаева А.М. Семейное право. М.: Юрист, 2006. С. 232.

⁵ См., напр.: Закон Республики Беларусь о правах ребенка и Кодекс Республики Беларусь о браке и семье от 9 июля 1999 г. «Каждый ребенок имеет право самостоятельно определять свое отношение к религии, исповедовать любую религию или не исповедовать никакой».

⁶ Закон Республики Казахстан от 13 декабря 2000 года № 113-ІІ «О детских деревнях семейного типа и домах юношества». URL: <http://online.zakon.kz>.

⁷ Ст. 4 Закона Литовской республики от 10 сент. 2002 г. № IX-1067 «О защите несовершеннолетних от негативного влияния публичной информации»

СЛЕДЫ ЭЛЕКТРОННЫХ УСТРОЙСТВ В КРИМИНАЛИСТИКЕ

1. В условиях технического прогресса средствами совершения преступлений все чаще становятся различные цифровые электронные устройства. При этом, помимо традиционных материальных и идеальных следов, следы действий преступников остаются в памяти и электронных средств связи. Поэтому ряд современных исследователей предлагают в классификацию следов внести «виртуальные следы», которые содержат информацию в цифровых носителях¹.

Аргументируя различные мнения по данному вопросу, следует обратить внимание, что большинство ученых и практиков термин «виртуальный метод» понимают и применяют именно в отношении компьютерного, цифрового пространства². Тем не менее, остается еще много вопросов, связанных со следообразованием при совершении преступления в виртуально-цифровом пространстве. Например, как характеризовать форму и механизм такого следообразования, оставленного на месте совершения преступления?; как быть с понятием следообразующего объекта, следовоспринимающего объекта, где в этом случае должен находиться следовой контакт и как он должен классифицироваться³?

2. Любые действия с компьютерными или иными программными устройствами (мобильные телефоны, L-Rad и др.) получают свое непосредственное отражение в их памяти. Наиболее показательны в этом плане следы в памяти сотового телефона как преступника, так и жертвы.

Информация, проходящая по каналам сотовой связи – это тоже след. Но, в данном случае как такового материального следа, осязаемого нами, нет, а мы имеем математическую модель следа – компьютерный синтез. Поэтому данный вид следа можно назвать электронным или информационно-технологическим.

Безусловно, информация, отражающаяся в электронных устройствах, имеет специфический характер, а поэтому предполагает особый характер и уровень специальных знаний⁴ при ее осмотре и оценке.

В подобных случаях неотъемлемым следственным действием по уголовному делу является осмотр обнаруженного или изъятого средства сотовой связи, который, как правило, делится на несколько этапов⁵.

1. Внешний осмотр. На стадии внешнего осмотра происходит непосредственное изучение и фиксация наружного строения и состояния аппарата, в рамках которого в протоколе указывается марка, модель, тип, форма аппарата.

2. Конструктивный осмотр. На данной стадии производится осмотр конструкции телефона по частям – задней крышки телефона и (или) аккумуляторной батареи (в определенных моделях аппаратов сотовой связи батарея встроена в корпус либо в заднюю крышку), флэш-карты, SIM-карты.

3. Осмотр информационной среды. Настоящий этап осмотра телефона включает изучение, фиксацию сведений, которые содержатся в памяти мобильного телефона, флэш-карты, Sim-карты.

В случае если в ходе осмотра следователю удалось включить мобильный телефон и получен доступ к сведениям, которые в нем находятся, в протоколе в хронологическом порядке фиксируются все производимые в дальнейшем с аппаратом манипуляции. Поэтому важно подчеркнуть, что если к моменту осмотра телефон был включен, то конструктивный осмотр следует проводить только после изучения его информационной среды.

3. В настоящее время информация, поступающая на средства связи подозреваемого или обвиняемого в совершении преступлений лица или исходящая из них, все чаще используется в ходе предварительного расследования уголовных дел. Правоохранительные органы обеспечены специальной высокотехнологичной криминалистической техникой, позволяющей извлекать полную информацию (включая удаленную из памяти названных мобильных устройств, а также электронных накопителей (карт памяти, сим-карт и др.) участников уголовного процесса как в процессе проверки сообщений о преступлениях, так и в ходе их расследования.

К такой технике относятся: универсальное устройство извлечения судебной информации (UFED – Universal Forensic Extraction Device), мобильный криминалист и др.). При этом данная криминалистическая техника позволяет работать практически с любой моделью мобильных устройств, в том числе с поврежденными устройствами, планшетными компьютерами на основе любой операционной системы, навигаторами.

Особенность использования данных устройств заключается в том, что извлечению и систематизации с построением структурированного отчета подлежат и удаленные данные, устройства позволяют войти в систему в обход (либо распознавая) паролей и логинов, работать с мобильными устройствами без аккумулятора либо отдельно с сим-картой.

Изъятые в ходе следственного действия мобильные устройства, планшетные компьютеры, навигаторы и иные носители электронных следов упаковываются и опечатываются таким образом, чтобы обеспечить сохранность имеющейся в цифровой памяти информации. Для этого опечатываются все порты, входы и выходы электронного устройства, что удостоверяется подписями следователя, специалиста и понятых.

4. Для исследования электронных следов используются специальные знания в форме получения заключения специалиста или проведения компьютерно-технической экспертизы, которую в зависимости от объекта исследования принято подразделять на компьютерно-техническую, программную и сетевую.

Извлеченные на отдельный компьютер или флэш-карту данные анализируются с помощью специальной программы UFED Physical Analyzer, которая позволяет создать подробный структурированный отчет с интересующей следствие информацией.

Полученный с использованием UFED и распечатанный отчет об извлеченных данных приобщается к материалам уголовного дела в полном объеме. Электронное устройство и (или) иной носитель электронных следов на основании постановления следователя также приобщаются к материалам уголовного дела как вещественное доказательство, хранятся в опечатанном виде в условиях, исключающих возможность ознакомления с ними посторонних лиц и обеспечивающих их сохранность.

Извлеченная из мобильного устройства информация может :

– напрямую изобличать лицо в совершении преступления (видео, фото совершенного преступления, SMS-сообщение о совершенном преступлении (например, уведомление заказчика об убийстве, переписка в которой лицо угрожает убийством, совершает вымогательство, предложение посредничества во взяточничестве, развратные действия, преступления экстремистского характера и т/д.);

– косвенно указывать на линию поведения лица, возможную причастность его к совершенному преступлению (закладки на порносайтах, пометки в календаре, соответствующие экстремистским взглядам видео и фото, переписка, опровержение алиби и т.

– способствовать установлению иных обстоятельств, имеющих значение для дела.

¹ Краснова Л.Б. Компьютерные объекты в уголовном процессе и криминалистике: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2005. С. 15–17; Поляков В.В. Особенности расследования неправомерного удаленного доступа к компьютерной информации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2008. С. 13.

² Агибалов В.Ю. Виртуальные следы в криминалистике и уголовном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж. 2010. С. 13; Шеметов А.К. О понятии виртуальных следов в криминалистике // Российский следователь. № 20. 2014. С. 53.

³ Каминский М.К., Мочагин П.В. Виртуально-информационный процесс отражения слеодообразований как новое направление в криминалистике // Вестник криминалистики. № 3.2013. С. 52, 54.

⁴ Роль и значение специальных знаний в информационно-технологическом обеспечении уголовно-процессуального доказывания // Вестник Пермского университета. Юридические науки. Вып. 1(23). С. 299-300.

⁵ Правила осмотра излагаются по рекомендациям изложенным в статье Васюкова В.Ф и Булыжкина А.В. Некоторые особенности осмотра средств сотовой связи при расследовании уголовных дел // Российский следователь. № 2. 2014. С. 2–4.

Ю.А. Ланцедова

Национальный авиационный университет, г. Киев

НОВАЯ ДОКТРИНА СУЩНОСТИ, ФУНКЦИЙ И ПРОЦЕДУРЫ АНТИДЕЛИКТНОЙ (КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЙ, ОРДИСТИЧЕСКОЙ) ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Предусмотренная ст. 2 Конституции Российской Федерации и ст. 3 Конституции Украины главная обязанность государства и основная направленность деятельности государственных органов по признанию, соблюдению и защите права и свобод гражданина уточняется необходимостью:

1. Познать природный (основанный на общечеловеческих ценностях и принципе справедливости) правовой статус (права, свободы, обязанности, интересы) социосубъектов (физических и юриди-

ческих лиц, государства, межгосударственных образований), что составляет основу природной конституционной отрасли права.

2. Признать природный правовой статус социосубъектов в Основном законе государства таким образом, чтобы действующая (субъективная) конституционная отрасль права в полном объеме совпала с природной (объективной) конституционной отраслью права.

3. Обеспечить данный правовой статус системой иных отраслей права и иными средствами государственно-правового управления.

4. В случае нарушения восстановить в максимально возможном объеме правовой статус социосубъектов посредством возмещения физического и/или материального и морального ущерба либо иного восстановления этого статуса (отмена решения или правового акта или запрет действия субъекта властных полномочий, нарушающих правовой статус социосубъектов и др.).

Изложенную базисную конституционную обязанность государства должна исполнять фактически вся существующая система государственных органов, среди которых особое бремя несут такие, которые традиционно, но достаточно неточно именуется правоохранительными органами. Ведь из такого их наименования следует, что такого рода специальные государственные органы должны лишь охранять правовой статус социосубъектов от нарушения, т.е. только предупреждать такое нарушение, а эффективное, рациональное и качественное осуществление всех без исключения стадий гласного (процессуального, криминалистического) и негласного (процессуального, ординаторского) противодействия такого рода нарушениям их функцией якобы не является.

И если взять противодействие самому тяжкому правонарушению – криминальному правонарушению (преступлению, парапеступлению, квазипреступлению, квазипарапеступлению, паранесчастному случаю, несчастному случаю), то в этой процедуре выделяются такие стадии, как выявление латентных криминальных правонарушений, пресечение, раскрытие и досудебное расследование криминальных правонарушений, судебное разрешение антикриминального дела, исполнение судебных решений, проведение работы с освобожденным лицом до снятия или погашения его судимости и осуществление иных мероприятий по предупреждению криминальных правонарушений. Аналогичные стадии имеются и в процедуре противодействия всем иным видам правонарушений, т.е. административным, дисциплинарным, де-факто имущественно-договорным (гражданским) и де-юре имущественно-договорным (арбитражным, хозяйственным) правонарушениям (проступкам, парапроступкам, квазипроступкам, квазипарапроступкам, параказусам, казусам).

Более того, превалирующее содержание в таком противодействии занимает весьма детализированная процедура работы с субъективными и объективными источниками антиделиктной деятельности, в которой выделяется целая система этапов, элементов определенных этапов и более детальных составляющих самих элементов, когда, к примеру, этапами такой процедуры являются: 1. Выяснение сущности, последовательности и иных закономерностей работы с объективными и субъективными источниками антиделиктных сведений. 2. Взаимосвязанное версирование [выдвижение (построение), анализ, динамическое развитие и проверка версий], планирование и организация этой работы с указанными источниками. 3. Установление объективных и субъективных источников антиделиктных сведений. 4. Получение антиделиктных сведений о факте в целом либо о его отдельной стороне проведением отдельных де-факто процессуальных или внепроцессуальных действий либо ординаторских мероприятий или их комбинации. 5. Оценка антиделиктных сведений. 6. Использование антиделиктных сведений. 7. Документирование версирования, планирования, организации и обстоятельств установления объективных и субъективных источников, процедуры получения от них антиделиктных сведений, их представления, оценки и использования в антиделиктном доказывании.

В свою очередь, установление объективных и субъективных источников антиделиктных сведений подразделяется на установление личностных источников и собирание трассосубстанций и объективных, субъективных и смешанных документов, когда, к примеру, этап собирания трассосубстанций состоит из таких элементов, как их поиск, выявление (констатация аутентичности), индивидуализация, розыск, принятие, закрепление, изъятие, упаковка, хранение и транспортировка, а также получение образцов трассы и/или субстанции для сравнительного личного либо экспертного исследования.

Проведение же тех или иных стадий противодействия всем или определенным видам и группам правонарушений и осуществление изложенной последовательности работы с субъективными и объективными источниками антиделиктных сведений, а также и многих других связанных с таким противодействием и работой действий фактически составляет сущность функций традиционных правоохранительных органов, некоторые из которых (прокуратура, адвокатура, ординатура и др.) имеют задачи на каждой из стадий противодействия любому правонарушению, а иные (судебные, следственные, исполнительные и др. органы) – только на определенной стадии или стадиях. Некоторые из

такого рода органов (пограничные, таможенные, налоговые, пожарные и др.) должны противодействовать только определенным видам и группам правонарушений, тогда как осуществление тех или иных этапов процедуры работы с объективными и субъективными источниками входит в функции преимущественно суда и следственных органов и частично прокуратуры, адвокатуры и ординатуры. В то же время нет иных государственных органов, кроме традиционных правоохранительных органов, на которые фактически была бы возложена задача осуществлять все без исключения описанные и связанные с ними действия по противодействию правонарушениям. В силу этого такого рода органы более правильно именовать термином «антиделиктные», осуществляемую ими деятельность «антиделиктной», а сотрудников – «антиделиктологи».

Такого рода органов фактически имеется или может быть не менее 50, а функции антиделиктных органов должны быть такими: 1. Выявление латентных правонарушений. 2. Прекращение продолжающихся правонарушений. 3. Раскрытие правонарушений. 4. Досудебное расследование или иное досудебное выяснение обстоятельств правонарушения. 5. Судебное или окончательное внесудебное разрешение дела о соответствующем правонарушении. 6. Исполнение окончательного судебного или внесудебного решения и прежде всего наиболее полное восстановление нарушенного правового статуса социосубъектов. 7. Проведение работы с осужденным до снятия или погашения его судимости. 8. Осуществление в координации со всеми иными государственными органами, должностными лицами и иными социосубъектами иных мероприятий по профилактике правонарушений, прежде всего устранение причин и условий, способствовавших совершению правонарушения (что должно быть сделано еще до совершения правонарушения с целью его недопущения, а уже после этого должно означать наличие или отсутствие оснований для привлечения виновного лица к соответствующему виду юридической ответственности), подготовка предложений по совершенствованию соответствующего законодательного и общегосударственного подзаконного урегулирования и др. 9. Проведение обобщений соответствующей антиделиктной практики и выявление ее достижений и недостатков. 10. Осуществление ведомственной и локальной, то есть в пределах соответствующего антиделиктного ведомства и юридического лица, подзаконотворческой деятельности по организации работы данного антиделиктного органа и противодействия правонарушениям. 11. Проведение научных исследований в направлении повышения эффективности, рациональности и качества антиделиктной деятельности соответствующего вида. 12. Осуществление в координации с высшими учебными заведениями министерства образования и науки подготовки и базовой переподготовки антиделиктологов соответствующей специализации и субспециализации. 13. Самостоятельное текущее повышение квалификации антиделиктологов.

Профилактическая функция антиделиктных органов является обязанностью для антиделиктных и любых иных государственных органов и должностных лиц и любых иных социосубъектов, которые призваны способствовать антиделиктным органам в наиболее эффективном, рациональном и качественном исполнении данной и всех остальных указанных функций антиделиктной деятельности.

В этой связи антиделиктной деятельностью является такой вид государственной деятельности, основное предназначение которой состоит в наиболее эффективном, рациональном и качественном как противодействии различным видам правонарушений на каждой из стадий его осуществления, так и функционирования антиделиктных органов, а также в осуществлении в этих целях ведомственного и локального подзаконного правового регулирования, обобщений соответствующей антиделиктной практики, научных исследований, подготовки и переподготовки в учебных заведениях министерства образования антиделиктологов и самостоятельного текущего повышения их квалификации.

И.Я. Моисеенко

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ИНСЦЕНИРОВКИ В СЛЕДСТВЕННОЙ И ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

В обычном понимании инсценировка – это переработка литературного произведения (сценария) для постановки на театральной сцене, съемки художественного фильма, в ходе которых артисты под руководством режиссера разыгрывают события из прошлого, настоящего и будущего. Сюжеты таких инсценировок бывают самые разнообразные, в том числе могут ставиться спектакли о преступлениях и их расследовании. При этом артисты играют роли преступников, следователей, работников

уголовного розыска, прокуроров, судей, адвокатов. Но сами по себе такие инсценировки не являются преступными, хотя следственная практика знает случаи, когда преступники, посмотрев спектакль, кинофильм с криминальным сюжетом, использовали приемы, показанные в них, при совершении и маскировке преступлений.

Однако в следственной практике нередко приходится иметь дело с инсценировками, совершенными с преступными целями. Такие инсценировки в криминалистике принято называть преступными (криминальными). Содержание же этого термина разными авторами трактуется неоднозначно. Так, например, В.И. Фадеев предлагает следующее, довольно сложное, определение: криминальная инсценировка – это деятельность субъекта преступления по сокрытию (видоизменению) совершенного преступления (аморального проступка) и (или) совершению преступлений, характеризующаяся умышленным созданием ложной субъективной, предметной, пространственной, временной, информационной, следовой обстановки, скрывающей умысел и цели преступника¹. Содержание этого определения в общем отражает смысл и цели криминальной (преступной) инсценировки, но перечисление объективных факторов, влияющих на избрание конкретного способа инсценировки, несколько затрудняет уяснение ее сути.

По нашему мнению, можно предложить следующее определение: преступная инсценировка – это искусственное создание преступником или иными лицами совокупности признаков определенного события (преступного или непротивоправного по содержанию), обстоятельств, фактически не существовавших, с целью ввести в заблуждение, дезинформировать следователя и иных лиц относительно обстоятельств подготавливаемого или совершенного преступления².

В криминалистической литературе многие авторы используют как синонимы термины «инсценировка» и «имитация». Мы считаем, что термин «имитация» по своему содержанию намного уже термина «инсценировка». Под преступной имитацией следует понимать умышленное подражание, уподобление какому-то определенному объекту (личности, животному, предмету) при совершении преступления с целью маскировки. Например, в соответствии со «сценарием» запланированного преступления возможна имитация внешности конкретного человека (его телосложения, черт лица, одежды, мелких носимых им предметов), в том числе внешности и поведения лиц определенной профессии (охранника, полицейского, врача). Возможна имитация и функциональных свойств конкретного человека – его походки, голоса. При совершении преступлений может быть использована имитация предметов: маскировка предметов под ювелирные изделия, огнестрельного оружия под авторучку, мобильный телефон, взрывного устройства под почтовую бандероль, детскую игрушку и др. Нередко преступные имитации являются необходимым элементом осуществляемой преступной инсценировки.

Общая цель преступной инсценировки – ввести в заблуждение, дезинформировать следователя и других лиц (потерпевшего, свидетелей) относительно обстоятельств фактически совершенного или подготавливаемого преступления. В конкретной ситуации лицо, выполняющее инсценировку, может преследовать более узкие цели:

- создание видимости совершения в данном месте иного преступления или некриминального события для маскировки признаков подготавливаемого или совершенного преступления. Например, инсценировка разбойного нападения на склад с целью маскировки хищения с этого склада материальных ценностей путем присвоения или инсценировка самоубийства с использованием огнестрельного оружия с целью замаскировать умышленное убийство;
- создание у следователя и иных лиц ложного представления об отдельных обстоятельствах фактически совершенного или подготавливаемого преступления. Например, инсценирование совершения преступления другими лицами (иногда это делается из желания мести, чувства зависти) в другое время, с помощью иных орудий и др.;
- создание видимости совершения какого-либо преступления для маскировки фактов рассеянности, беспечности, аморального поведения и иных поступков, не имеющих криминального характера. Например, инсценирование кражи денег или документов при фактической их потере из-за невнимательности, забывчивости.

Для установления факта преступной инсценировки необходимо выявить определяющие ее наличие признаки. В криминалистической литературе такие признаки принято именовать негативными обстоятельствами. В наиболее обобщенном виде можно дать им следующее криминалистическое определение: негативные обстоятельства – это обстоятельства, противоречащие объективным закономерностям образования следов преступного события. Конкретный способ преступной инсценировки обычно может быть установлен на основании нескольких выявленных негативных обстоятельств, но иногда и на основе одного существенного по содержанию негативного обстоятельства.

Инсценировка, как один из способов маскировки, может осуществляться не только преступниками, но и работниками оперативно-разыскных органов, получившими оперативным путем сведения о признаках подготовляемого или совершаемого противоправного деяния, с целью его предупреждения на основании ст. 7 ФЗ «Об оперативно-разыскной деятельности», принятого Государственной думой РФ 5 июня 1995 г. Такие оперативные инсценировки оформляются как оперативной – одно из оперативно-разыскных мероприятий, предусмотренных ст. 6 шестой вышеуказанного закона. Чаще всего они проводятся с целью предупреждения совершения убийств по найму (заказных убийств), купли-продажи ребенка. Сведения о готовящихся указанных преступлениях оперативные работники могут получить от своих штатных негласных сотрудников, от обычных граждан, выражающих обеспокоенность по поводу ставших им известными обстоятельств. Кроме того, оперативные работники внимательно изучают частные объявления, опубликованные в Интернете, местных средствах массовой информации, о поиске исполнителей «сложных заданий», вступают в контакт с заказчиками, но уже под видом исполнителей планируемых преступлений. В подобных случаях оперативный работник ведет себя так, чтобы заказчик не почувствовал подвоха, соответствующим образом одевается, в разговоре использует жаргонные слова, выражения. Встречи и переговоры оперативника с заказчиками ведутся под оперативным контролем (другое средство – негласная видеозапись). Например, при предупреждении убийства по найму оперативник обычно не только получает предоплату, но и узнает у заказчика, где и каким способом лучше совершить убийство, что надо предоставить для подтверждения убийства (например, фотоснимок трупа, кольцо с руки убитого и др.).

Когда договоренность между заказчиком и подставным исполнителем достигнута, оперативники уголовного розыска организуют тайную встречу с потенциальной жертвой и ставят в известность о планируемом убийстве и о заказчике. Оперативники просят помочь изобразить заказчика и, получив согласие, инсценируют убийство. Указанное лицо изображает труп, на котором видны имитированные телесные повреждения, потеки крови и др. На последнем этапе оперативной инсценировки, когда заказчик убеждается, что жертва убита, и производит окончательную оплату заказа, проводится его задержание.

Подобные оперативные инсценировки практикуются и для изобличения продавцов детей, когда оперативники в образе мужа и жены за крупную сумму денег покупают ребенка. Как только преступники получают деньги за «товар», они задерживаются. Оперативные инсценировки часто применяются и для изобличения взяточполучателей. Материалы оперативно-разыскной деятельности, полученные в результате проведения оперативных инсценировок, могут быть представлены и использованы в качестве доказательств на основании ст. 11 вышеупомянутого ФЗ «Об оперативно-разыскной деятельности» и «Инструкции о порядке представления результатов оперативно-разыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд», утвержденной приказами МВД, Минобороны, ФСБ, ФСО, ФТС, СВР, ФСИН, ФСКН, СК России от 27 сентября 2013 г.

¹ *Фадеев В.И.* Расследование криминальных инсценировок. М.: Норма, 2012. С. 26.

² Более подробно о понятии и классификации преступной инсценировки см.: *Моисеенко И.Я.* Классификация преступных инсценировок // Четвертый Пермский конгресс ученых-юристов / Перм. гос. науч.-исслед. ун-т. Пермь, 2013.

А.С. Тунтула

Черноморский государственный университет им. П. Могилы, г. Николаев

НОВАЯ ДОКТРИНА СУЩНОСТИ И ВИДОВОГО ДЕЛЕНИЯ ОБЪЕКТИВНЫХ ИСТОЧНИКОВ АНТИКРИМИНАЛЬНЫХ СВЕДЕНИЙ

Объективные источники антиделиктных сведений подразделяются в зависимости от:

1. Особенности создания, изменения, хранения и уничтожения отображений такого рода сведений на:

1.1. Трассосубстанции – материальные объекты, особенности личного или экспертного исследования которых определяют их видовое деление на:

1.1.1. Субстанции – материальный объект любого агрегатного состояния, приобретающий антиделиктное значение посредством личного или экспертного исследования его субстанциональных свойств (признаков внешнего и внутреннего строения, качественно-количественного состава, физико-химических констант и проч.).

1.1.2. **Трассы** – материальный объект твердого и, не исключается, иного агрегатного состояния, посредством личного или экспертного исследования которого выявляются уже его трассологические связи с деянием (событием, явлением) правонарушения, т.е. пространственное материально фиксированное отображение признаков объекта, взаимодействовавшего с ним в процессе приготовления и/или совершения деяния (события, деяния) правонарушения и/либо при сокрытии такого рода его отображений, что, в свою очередь, определяет появление следующих **разновидностей трасс**: 1.1.2.1. **Отпечатки** – материально фиксированное отображение признаков внешнего строения одного твердого тела (трассообразующий объект) на поверхности и не исключено в структуре иного твердого тела или в сознании человека (трассовоспринимающие объекты) либо аналогичное отображение признаков внешности человека (трассообразующий объект) в сознании иного человека (трассовоспринимающий объект), когда личным или экспертным исследованием данного отображения можно осуществить значимую эффективного и/или рационального и/либо качественного преодоления конкретного правонарушения индивидуальную или групповую идентификацию (установление тождества) трассообразующего объекта. 1.1.2.2. **Диагностическое отображение** – материально фиксированное отображение признаков общего характера внешнего воздействия (трассообразующий объект) на поверхности или в структуре твердого тела и, не исключено, веществ иного агрегатного состояния либо в сознании человека (трассовоспринимающие объекты), когда путем личного или экспертного исследования данного отображения можно диагностировать факт наличия и характер такого внешнего воздействия и этим самым получить аналогичные антиделиктные сведения. Внешнее воздействие может проявляться в определенном «действии или бездействии внешнего окружения», т.е. случае умышленной или случайной защиты указанных тел или веществ от такого воздействия. 1.1.2.3. **Ситуативное отображение** – материально фиксированное отображение механизма (ситуации) взаимодействия двух и более твердых тел или веществ иного агрегатного состояния (трассообразующие объекты) на поверхности или в структуре этих либо иных твердых тел и, не исключено, веществ иного агрегатного состояния либо в сознании человека (трассовоспринимающие объекты), когда исследованием этого отображения можно получить сведения о механизме и/либо ситуации взаимодействия этих объектов.

2. **Особенностей методической работы с этими источниками в антикриминальном или в ином виде судопроизводства на:**

2.1. **Трассосубстанции, имеющих такое междисциплинарное (криминалистическое, ординатическое, процедурное) видовое деление:**

2.1.1. **Макрообъекты** (документирование и другие действия по собиранию и личному исследованию которых в силу их обычных размеров и иных свойств главные субъекты антикриминального или иного вида судопроизводства могут осуществить без применения увеличительных средств и без привлечения специальных знаний в форме экспертизы).

2.1.2. **Микрообъекты**, не видимые невооруженным глазом человека в силу их незначительных размерных характеристик, по мере уменьшения которых такого рода трассосубстанции подразделяются на: 2.1.2.1. **Максимикрообъекты** (документирование и другие действия по собиранию и личному исследованию которых в силу их незначительных размерных характеристик главные субъекты антикриминального или иного вида судопроизводства могут осуществить лишь с применением вне-лабораторной увеличительной техники, но без привлечения специальных знаний в форме экспертизы). 2.1.2.2. **Ультрамикрообъекты** (мизерные размерные характеристики которых обуславливают необходимость применения лабораторных увеличительных средств и привлечение специальных знаний в форме экспертизы). 2.1.2.3. **Ультраобъекты** (невидимые в силу еще более мизерных размерных характеристик даже в микроскоп, а поэтому их исследование возможно лишь при помощи опосредованных методов качественного или количественного анализа и с привлечением специальных знаний в форме экспертизы).

2.1.3. **Параобъекты** (имеющие опасные для здоровья или жизни человека свойства, а поэтому указанные действия в отношении них могут быть проведены лишь привлечением специальных знаний в форме экспертизы).

2.1.4. **Латентнообъекты** (невидимые в силу не мизерных размерных характеристик, а иных причин: внепороговые яркостные, цветовые, иные характеристики данного объекта либо его носителя, скрытость за слоем иного вещества и пр., что обуславливает аналогичную необходимость привлечения специальных знаний в форме экспертизы).

После выполнения предписанных в перспективном Кодексе антикриминального или иного вида судопроизводства России или Украины особенностей работы с каждой из них трассосубстанции

должны приобщаться в качестве соответственно макровещественных, микровещественных, паравещественных или латентновещественных источников доказательств.

2.2. Объективные документы, т.е. такие материальные носители объективных визуальных и/или звуковых образов, отражающие результат непосредственного взаимодействия объектов окружающего мира в виде их признаков внешнего строения (признаков внешности человека), признаков общего характера внешнего и/или внутреннего воздействия на такого рода объекты, признаков механизма взаимодействия этих объектов и/либо признаков характеристик качественно-количественного содержания взаимодействовавших объектов, когда **особенности создания, изменения, хранения и уничтожения этих отображений** определяют наличие следующих **видов такого рода источников антиделиктных сведений**:

2.2.1. Объективные фотодокументы – документы, которые представлены фото пленками, диафильмами, диапозитивами, фотографиями и иными подобного рода световыми копиями объективных визуальных образов материальных объектов и/или людей и/либо процессов.

2.2.2. Объективные аудиодокументы – документы в виде магнитофонных (диктофонных и др.) пленок, лазерных дисков и иных носителей записи объективных звуковых образов материальных объектов и/либо людей и/либо процессов.

2.2.3. Объективные кинодокументы – документы в виде кинопленок и иных носителей кинозаписи объективных визуальных и/либо звуковых образов материальных объектов и/или людей и/либо процессов.

2.2.4. Объективные видеодокументы – документы, которые могут быть представлены пленками, дисками и иными носителями видеозаписи объективных визуальных и/либо звуковых образов материальных объектов и/или людей и/либо процессов.

2.2.5. Объективные голограммодокументы – документы, представляющие собой различного рода голографические (трехмерные) объективные визуальные и звуковые образы материальных объектов и/или людей и/либо процессов.

2.2.6. Объективные электрографодокументы – документы, которые могут быть представлены ксерокопиями, факсокопиями и иными электрографическими копиями объективных визуальных образов материальных объектов и/или людей и/либо процессов.

2.2.7. Объективные пластикодокументы – документы в виде пластиковых свидетельств, удостоверений, банковских карточек и иных подобных носителей отображения объективных визуальных образов материальных объектов и/или людей и/либо процессов.

2.2.8. Объективные электроннодокументы – документы в виде электронных записных книжек, пейджером и иных подобного рода отдельных или встроенных в иные устройства электронных носителей записи объективных визуальных и/либо звуковых образов материальных объектов и/или людей и/либо процессов.

2.2.9. Объективные компьютеродокументы – документы, которые являются твердыми или гибкими дисками (дискетами), лазерными дисками и другими носителями компьютерной записи объективных визуальных и/либо звуковых образов материальных объектов и/или людей и/либо процессов.

2.2.10. Объективные полидокументы, сочетающие в себе два и более вида названных разновидностей объективных документов.

2.2.11. Иные виды объективных документов, которые могут появиться по мере развития информационных и иных технологий.

2.3. Смешанные источники антиделиктных сведений, т.е. такие материальные носители, которые одновременно отображают как субъективные, так и объективные визуальные и/или звуковые образы и в силу этого параллельно несут признаки и субъективных и объективных документов и, не исключается, и инородных субстанций и/либо трасс.

ПРАВО ПОЛЬЗОВАТЬСЯ ПОМОЩЬЮ АДВОКАТА (ЗАЩИТНИКА) В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ НА СТАДИИ ИСПОЛНЕНИЯ ПРИГОВОРА – ОДНО ИЗ НЕОБХОДИМЫХ УСЛОВИЙ СПРАВЕДЛИВОГО ПРАВОСУДИЯ

Конституционные положения о праве на получение квалифицированной юридической помощи и праве подозреваемого, обвиняемого на защиту с помощью защитника конкретизированы в ст. 16, 47 Уголовно-процессуального кодекса РФ (далее – УПК РФ).

В соответствии со ст. 49 УПК РФ защитник – это лицо, осуществляющее в установленном законом порядке защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых и оказывающее им юридическую помощь при производстве по уголовному делу. В качестве защитников допускаются адвокаты. Причем подозреваемый, обвиняемый вправе пригласить несколько защитников (ч.1 ст. 50 УПК РФ). По определению или постановлению суда в качестве защитника может быть допущен наряду с адвокатом один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый.

Согласно ч. 4 ст. 49 УПК РФ адвокат допускается к участию в уголовном деле в качестве защитника по предъявлении удостоверения адвоката и ордера. Вступив в дело, он вправе иметь с подзащитным свидания в соответствии с п. 3 ч. 4 ст. 46 и п. 9 ч. 4 ст. 47 УПК РФ; собирать и представлять доказательства, необходимые для оказания юридической помощи, в порядке, установленном ч. 3 ст. 86 УПК РФ; присутствовать при предъявлении обвинения; участвовать в допросе, а также в иных следственных действиях, производимых с участием подзащитного; использовать любые не запрещенные уголовно-процессуальным законом средства и способы защиты (п. 11 ч. 1 ст. 53 УПК РФ).

В теории уголовно-процессуального права функция защиты трактуется как уголовно-процессуальная деятельность по опровержению инкриминируемого обвинения полностью или частично или по обоснованию любого изменения этого обвинения в сторону, улучшающую положение обвиняемого¹. Функция защиты осуществляется подозреваемым, обвиняемым, подсудимым и его защитником (адвокатом). Сущность функции защиты заключается в частичном либо полном опровержении выдвинутого обвинения, представлении суду доказательств, оправдывающих подсудимого или смягчающих его ответственность². Следовательно, подозреваемому, обвиняемому защитник может быть предоставлен только для разрешения вопроса о подозрении, о виновности и для назначения наказания; а также при обжаловании приговора, поскольку функция защиты в узком смысле связана с предъявленным обвинением.

Действительно, в уголовном процессе должна осуществляться защита не только от подозрения, обвинения или уголовного преследования – она также должна быть направлена на ликвидацию их последствий, выражаясь в смягчении ответственности, восстановлении нарушенных в связи с обвинением прав и ограждении законных интересов обвиняемого (подсудимого)³.

Несмотря на то что ни в Конституции (ст. 48), ни в УПК РФ (ст. 51) среди перечисляемых субъектов, обладающих правом на получение квалифицированной юридической помощи и на защиту с помощью адвоката (защитника), осужденный не указан, он (осужденный) обладает данным правом в силу того, что является участником уголовно-процессуальных правоотношений. Кроме того, по смыслу правовых позиций, изложенных Конституционным Судом РФ в Постановлении от 26 декабря 2003 г. № 20-П и Определении от 8 февраля 2007 г. № 257-О-П, Конституция РФ (ст. 48) определяет начальный, но не конечный момент осуществления обвиняемым права на помощь адвоката (защитника), поэтому оно должно обеспечиваться обвиняемому на всех стадиях уголовного процесса.

Согласно правовой позиции Конституционного Суда РФ право пользоваться помощью адвоката (защитника) не ограничивается отдельными стадиями уголовного судопроизводства. Оно также не может быть поставлено в зависимость от усмотрения должностного лица или органа, в производстве которого находится уголовное дело, не основанного на перечисленных в уголовно-процессуальном законе обстоятельствах, при которых участие в уголовном судопроизводстве защитника, в том числе по назначению, обязательно⁴.

Нормативные положения ч. 2 и 5 ст. 50 УПК РФ в системе норм уголовно-процессуального законодательства не могут расцениваться как допускающие возможность ограничения права обвиняемого на получение квалифицированной юридической помощи адвоката (защитника), поскольку при отсутствии отказа обвиняемого от защитника или при наличии других обстоятельств, указанных в

ч. 1 ст. 51 УПК РФ, они не исключают обязанность суда обеспечить участие защитника при производстве в суде⁵.

В Определении от 24 июня 2008 г. № 373-О-О Конституционный Суд РФ указал, что лицо, допущенное к участию в уголовном деле в качестве защитника, не утрачивает свои уголовно-процессуальные права и обязанности в последующих стадиях производства по делу⁶. Поэтому право на помощь адвоката (защитника), подозреваемому, обвиняемому должно обеспечиваться на всех стадиях уголовного судопроизводства, в том числе при производстве исполнения приговора.

Одним из важных средств защиты прав, свобод и законных интересов осужденных при разрешении вопросов, возникающих при исполнении приговора, является оказание им квалифицированной юридической помощи. Такая помощь позволяет предупреждать и пресекать нарушения прав осужденных⁷. Гарантии прав личности особенно необходимы как средство его обеспечения против подобного злоупотребления⁸.

Конституционные положения о праве на получение квалифицированной юридической помощи и праве осужденного на защиту с помощью защитника конкретизированы в УПК РФ. Согласно п. 9 ч. 1 ст. 53 УПК РФ защитник вправе участвовать в рассмотрении вопросов, связанных с исполнением приговора. В ч. 3 ст. 398 УПК РФ (регламентирующей вопрос об отсрочке исполнения приговора) законодатель указал, что вопрос об отсрочке исполнения приговора решается судом по ходатайству осужденного, его законного представителя, близких родственников, защитника либо по представлению прокурора. В ч. 4 ст. 399 УПК РФ (регламентирующей порядок разрешения вопросов, связанных с исполнением приговора) законодатель указал, что осужденный может осуществлять свои права с помощью адвоката.

На наш взгляд, деятельность адвоката (защитника) в рамках вышеуказанной стадии заключается не в опровержении обвинения, а в оказании юридической помощи осужденному. Реализуя свои профессиональные полномочия, адвокат (защитник) призван принять все меры, не запрещенные законом, для смягчения формы реализации уголовной ответственности (например, осуждение с отсрочкой отбывания наказания) либо для смягчения условий отбывания наказания (например, условно-досрочное освобождение)⁹. Следует признать, что значительная часть вопросов, рассматриваемых в порядке гл. 47 УПК РФ, направлена на смягчение положения осужденного.

Как отметил Конституционный Суд РФ в определениях от 11 июля 2006 г. № 351-О и от 11 июля 2006 г. № 406-О, реализация конституционного права каждого осужденного просить о смягчении назначенного ему наказания, охватывающая решение вопроса об условно-досрочном освобождении от отбывания наказания, предполагает обязанность государства обеспечить рассмотрение судом соответствующего обращения осужденного на основе состязательности и равноправия сторон, с тем чтобы он имел возможность защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом (ст. 45, ч. 2; ст. 46, ч. 1, Конституции РФ)¹⁰.

Конституционный Суд, раскрывая содержание права на защиту, сформулировал следующие правовые позиции. Вопрос об условно-досрочном освобождении имеет для осужденного не меньшее значение, чем вопросы, разрешаемые судом в ходе рассмотрения уголовного дела по существу или при проверке законности и обоснованности приговора в кассационном и надзорном порядке. Следовательно, осужденному, ходатайствующему об условно-досрочном освобождении, должно быть в полной мере обеспечено право, гарантированное Конституцией РФ (ст. 48 ч. 2). Как неоднократно указывал Конституционный Суд РФ, федеральный законодатель вправе конкретизировать содержание данного права и устанавливать правовые механизмы его осуществления, условия и порядок реализации, не допуская при этом искажения его существа и введения таких его ограничений, которые не согласовывались бы с конституционно значимыми целями¹¹.

Право осужденного на помощь адвоката (защитника) служит гарантией осуществления других закрепленных в Конституции РФ прав – на получение квалифицированной юридической помощи (ст. 48, ч. 1), на защиту своих прав и свобод всеми способами, не запрещенными законом (ст. 45, ч. 2), на судебную защиту (ст. 46), на разбирательство дела судом на основе состязательности и равноправия сторон (ст. 123, ч. 3).

¹ Безлепкин Б.Т. Уголовный процесс России: учеб. пособие. 6-е изд., перераб. и доп. М.: Кнорус, 2010. С. 9.

² Уголовный процесс: учебник для вузов / под ред. Б.Б.Булатова, А.М. Баранова. 5-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 2015. С. 24.

³ Воронин О.В. О функциональном содержании деятельности адвоката осужденного в стадии исполнения приговора // Адвокатская практика. 2012. № 2.

⁴ Определение Конституционного Суда РФ от 8 февраля 2007 г. № 257-О-П. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵ Там же.

⁶ *Определение* Конституционного Суда РФ от 24 июня 2008 г. № 373-О-О. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷ *Кузнецова О.Б.* Защита прав осужденного на стадии исполнения приговора по вопросам исполнения наказания // *Адвокатская практика.* 2014. № 2; *Кузнецова О.Б.* Полномочия адвоката-защитника на стадии исполнения приговора // Там же. 2012. № 3.

⁸ *Насонова И.А.* Субъекты уголовно-процессуальной защиты: монография. Воронеж, 2010. С. 18.

⁹ *Уголовное право России. Части общая и особенная: учебник / под ред. А.И. Рарога.* М., 2012. С. 50; *Уголовное право. Общая часть: учебник / под ред. Н.И. Ветрова, Ю.И. Ляпунова.* М., 1997. С. 296; *Назаренко Г.В.* Уголовное право: курс лекций. М., 2008. С. 44–46.

¹⁰ *Определение* Конституционного Суда РФ от 24 июня 2008 г. № 373-О-О. [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹¹ Там же.

VIII. МЕЖДУНАРОДНОЕ И ЗАРУБЕЖНОЕ ПРАВО

Е.В. Мохова

Российский государственный университет правосудия, г. Москва

КОЛЛИЗИОННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ БАНКРОТСТВ С ИНОСТРАННЫМ ЭЛЕМЕНТОМ: НЕОБХОДИМОСТЬ СИСТЕМНОГО ПОДХОДА

Российское законодательство как в части регулирования предпринимательского банкротства, так и в части нововведений о потребительском банкротстве направлено на регламентацию правоотношений, охваченных рамками только отечественной юрисдикции. Крайне мало норм посвящено трансграничным аспектам и рассчитано на случай выхода правоотношений несостоятельности за пределы одного государства¹.

Между тем остается неурегулированным один из принципиальных вопросов, возникающих при осложнении несостоятельности иностранным элементом – вопрос об определении применимого права. Если, например, должник является иностранным лицом, или таковыми являются кредиторы российского должника, либо имущество последнего находится за рубежом, то важно выяснить среди прочего: какое право регулирует условия открытия и закрытия производства о признании лица несостоятельным, какое право применяется при определении пределов имущественной массы должника, какова очередность удовлетворения требований кредиторов, осуществим ли зачет при банкротстве и на основании норм какого права определяется допустимость зачета; какое право применимо при установлении требований иностранных кредиторов по их сделкам с должником, подчиненным иностранному праву, наконец, какое право применяется при оспаривании сделок должника, если последние подчинены иностранному праву.

Ни Закон о банкротстве, ни содержащий коллизионные нормы раздел 6 части III Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ) не дают четкого ответа на эти вопросы. В такой ситуации функцию по восполнению пробела в праве взяла на себя судебная практика.

Так, в деле А40-108528/12-50-1134 Арбитражного суда города Москвы, известном как «дело банка "Снорас"», при оспаривании в российском суде сделки зачета встречных однородных требований, осуществленного российским кредитором в отношении иностранного должника, банкротящегося за рубежом, необходимо было определить применимое право и выяснить, должно ли таковым быть *lex causae* (право, применимое к сделке) или же таковым будет *lex concursus* (право государства, где открыто производство дела о несостоятельности). Президиум ВАС РФ в постановлении № 10508/13 от 12.11.2013 обозначил следующую позицию: допустимость и действительность оспариваемого зачета должны оцениваться исходя из положений статьи 1202 Гражданского кодекса РФ и норм права государства, в котором осуществляется процедура банкротства (*lex concursus*) должника.

Не ставя своей целью в рамках данной статьи провести детальный анализ данного дела², обратим внимание на принципиальные, на наш взгляд, его аспекты и на его роль и значение для развития регламентации трансграничной несостоятельности в России.

Во-первых, суд при определении применимого права использовал широко распространенную в международном и зарубежном праве коллизионную привязку *lex concursus* – применение права государства места банкротства должника. Тем самым общеизвестный мировой стандарт регламентации трансграничных банкротств был введен и в российскую правовую действительность, что, как представляется, может быть всецело одобрено. Такой подход делает более предсказуемым ведение трансграничного бизнеса и для российских хозяйствующих субъектов, и для их зарубежных партнеров, поскольку позволяет оценить правовые риски на случай возможного банкротства и тех, и других.

Во-вторых (и в главных), применив к спорным правоотношениям названную привязку, суд сделал очень важный шаг – он ввел трансграничную несостоятельность в сферу коллизионно-правового регулирования. Необходимо обратить внимание на то, что в действительности возможны и иные подходы к решению вопроса о регламентации банкротств с иностранным элементом. Так, можно исходить из недопустимости постановки коллизионного вопроса к правоотношениям банкротства (например, в силу того, что таковые не в чистом виде частные, а частно-публичные, где публично-правовая составляющая не позволяет применить к ним иностранное право) и, как следствие, исключить необходимость поиска применимого права в принципе, используя для целей регулирования только отечественное банкротное законодательство. Еще одним вариантом может быть признание

нормативного массива законодательства о банкротстве «сверхимперативным», что в силу статьи 1192 ГК РФ опять же не допустит применения иностранного права³.

Примечательно, что для российского дела о несостоятельности и при обращении к привязке *lex concursus*, и при отказе от коллизионного регулирования либо при признании банкротных норм «сверхимперативными» результат будет один и тот же: действовать будет право государства места банкротства. И может возникнуть вопрос, в чем же тогда заключается столь принципиальная разница в подходах к поставленной проблеме. Но дело в том, что, допуская постановку коллизионного вопроса и поиск применимого права к правоотношениям несостоятельности, мы тем самым выводим банкротства только лишь из сферы отечественного права и делаем возможным использование **не только самого *lex concursus*, но и исключений из него.**

Это крайне значимо, поскольку в мировой практике регламентации трансграничных банкротств помимо применения основной коллизионной привязки *lex concursus* действует и большое количество изъятий из нее. Так, к трудовым правоотношениям, к сделкам в отношении недвижимости, к залоговым правоотношениям, к обеспечительным обязательствам и к ряду иных правоотношений может быть применимо отнюдь не *lex concursus*, но иное право. Такие исключения необходимы для сохранения стабильности трансграничного оборота или для защиты прав слабой стороны. Например, для залоговых кредиторов крайне важно четко определить свои правовые риски исходя из заранее известного, зачастую согласованного в договоре применимого права, которое не будет «переключаться» в связи с введением режима банкротства в отношении кредитора.

На наш взгляд, суд в деле банка «Снорас», внедряя *lex concursus* в российскую правовую материю, тем самым потенциально допускает и применение иного иностранного права к правоотношениям трансграничной несостоятельности. В отсутствие четкой законодательной фиксации объема коллизионной нормы и ситуативного применения правоприменителем привязки представляется возможным при иных обстоятельствах пробовать обосновать допустимость применения иного иностранного права (например, права, регулирующего обеспечительную сделку, права, применимого к трудовому контракту и т.д.) – по аналогии с тем, как этот вопрос решается в передовых зарубежных и международных моделях регулирования банкротств. Правовой основой может выступать пункт 2 статьи 1186 ГК РФ, согласно которому при невозможности определить применимое право применяется право государства, с которым правоотношение имеет наиболее тесную связь.

Видится, что именно исключения из *lex concursus* сейчас являются значительно большей проблемой для российской судебной практики, чем обоснование применения права государства места банкротства. Например, в деле о банкротстве «Волжской текстильной компании» (№ А79-3955/2009) при установлении требований чешского кредитора «Йитка» суды в итоге отказались применять чешское право, которому была подчинена обеспечительная сделка с кредитором, сославшись на право российское. Между тем при применении законодательства Чешской Республики кредитор мог бы быть признан залоговым, в то время как российское право такую правовую квалификацию исключало.

И правовая позиция по самому делу банка «Снорас» снискала критику юридической общественности как раз в связи с тем, что общее правило о коллизионной регламентации банкротств было сформулировано на примере правоотношений, относимых зачастую к сфере изъятий из *lex concursus*, а именно при оспаривании в банкротстве сделки зачета встречных однородных требований, где признанным стандартом является правило о том, что зачет может сохранить свою легитимность, несмотря на запреты *lex concursus*, если правом, применимым к требованию должника, он все же допускается.

Безусловно, идеальная правовая конструкция требует того, чтобы и сама коллизионная норма, и исключения из нее были бы зафиксированы в законодательном акте. На этот факт особо обращается внимание в Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности⁴. Но, к сожалению, работа над проектом закона «О трансграничной несостоятельности в Российской Федерации» приостановлена⁵.

С данной проблемой связан и третий значимый аспект правовой позиции по делу банка «Снорас», требующий внимания в контексте данной статьи. В условиях продолжающихся дебатов о подведомственности дел о потребительском банкротстве нет ясности в перспективах использования выработанных арбитражными судами правовых позиций судами общей юрисдикции при рассмотрении дел о несостоятельности граждан. Если такого рода дела все же окажутся в сфере компетенции судов арбитражных⁶, ответ на поставленный вопрос, возможно, становится более предсказуемым, но тем не менее не предельно очевидным в части экстраполяции практики, наработанной по предпринимательским банкротствам с иностранным элементом, на потребительскую трансграничную несостоятель-

ность. Такая неопределенность не самым позитивным образом скажется на развитии общественных отношений, поскольку в условиях существенных различий в регулировании потребительских банкротств⁷ для банков будет крайне важным понимать алгоритмы определения применимого права при кредитовании тех граждан, чья деятельность простирается за пределы России (наличествуют активы за рубежом, имеется второе гражданство и др.). Возможно, высшая судебная инстанция выскажется по данному поводу.

Подводя итог, отметим, что судебная практика, столкнувшись с проблемой определения применимого права при трансграничной несостоятельности, обнаруживает неспособность решить данный вопрос казуистическим образом, от кейса к кейсу, что актуализирует потребность разработки системного и комплексного подхода к коллизионно-правовой регламентации рассматриваемых правоотношений.

¹ Среди таких можно назвать, например, пункты 4, 5, 6 статьи 1 Федерального закона № 127-ФЗ от 26.10.2002 «О несостоятельности (банкротстве)» (далее в тексте – Закон о банкротстве), касающиеся примата норм международных договоров, распространения российского банкротного права на иностранных кредиторов и признания иностранных банкротств в России, а также новые положения абзаца 3 пункта 1 статьи 213.26 названного закона об особенностях реализации зарубежного имущества физического лица.

² См., подробный комментарий автора к данному делу: *Мохова Е.В.* Оспаривание в российском суде банкротящегося за рубежом должника: комментарий к постановлению Президиума ВАС РФ от 12.11.2013 № 10508/13 по делу банка «Снорас» // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2013. № 5.

³ Оба подхода, на наш взгляд, должны быть оценены критически, но в рамках данной статьи осветить все аргументы «против» не представляется возможным, в связи с чем они опущены.

⁴ Текст документа доступен на официальном сайте ЮНСИТРАЛ. URL: <http://uncitral.org> (дата обращения: 15.04.2015).

⁵ Текст и материалы законопроекта доступны на электронном ресурсе (http://www.economy.gov.ru/wps/wcm/connect/economylib4/mer/activity/sections/corpmanagement/bankruptcy/doc20110225_04)

⁶ Текст соответствующего законопроекта доступен на официальном сайте Государственной Думы Российской Федерации ([http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(Spravka\)?OpenAgent&RN=715037-6&11](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=715037-6&11)) (дата обращения: 11.06.2015).

⁷ См, например, подробнее: *Жукова Т.М., Кондратьева К.С.* Судебные мероприятия по восстановлению платежеспособности граждан в России и за рубежом // Вестник Пермского университета. Сер.: Юридические науки. 2013. № 4.

Н.А. Новикова

Уральский государственный юридический университет, г. Екатеринбург

О ВОЗМОЖНОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ LEX MERCATORIA ПРИ РЕГУЛИРОВАНИИ ТРАНСГРАНИЧНОГО ОБОРОТА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫХ ПРАВ

Вопросы коллизионного регулирования трансграничного оборота интеллектуальных прав в настоящее время приобретают все большую остроту. Представляется возможным согласиться с мнением, высказанным И.Ю.Мирских и Ж.А. Мингалевой о том, что «...существующее в настоящее время законодательство Российской Федерации и ряда других стран ... не позволяет достаточно свободно перемещаться интеллектуальным правам...»¹.

Российский законодатель в отличие от большинства зарубежных законодательств² включил специальные коллизионные правила в текст статьи 1211 Гражданского кодекса РФ. В итоге регулирование договорных отношений в сфере интеллектуальной собственности поставлено в один ряд с традиционными договорными отношениями в сфере международного частного права. При таком подходе российского законодателя вполне закономерным является вопрос о применении к трансграничным отношениям по поводу интеллектуальной собственности коллизионного правила, известного как «автономия воли сторон». Одним из проявлений данного вопроса является проблема применения к отношениям в сфере трансграничного оборота интеллектуальных прав негосударственных регуляторов, в том числе положений *lex mercatoria*.

В современной юридической науке и практике ведутся достаточно оживленные дискуссии относительно такого явления как *lex mercatoria* в системе правового регулирования отношений, осложненных иностранным элементом. Данное явление особо связано с возможностью использования в правоприменительной практике Принципов международных коммерческих договоров (принципы

УНИДРУА), которые прямо предусматривают возможность регулирования договорных правоотношений сторон «"общими принципами права", "lex mercatoria" или аналогичными положениями»³. Исходя из этого вполне очевидно, что в науке весьма актуальными являются два вопроса: что такое lex mercatoria и какое место занимает данное явление в регулировании отношений международного частного права.

Как отмечается многими исследователями, сложность современного lex mercatoria заключается в том, что в доктрине отсутствует единое понимание сути этого явления, причем как в национальной юриспруденции, так и в зарубежной науке⁴. Но если попытаться обобщить различные точки зрения на него, то в самом общем виде lex mercatoria можно определить как право, творимое самими участниками соглашения, иными словами фактически, lex mercatoria – это система обыкновений, действующих в течение долгого периода времени, т.е. так называемый «заведенный порядок».

Как отмечал Г.Ф. Шершеневич, заведенный порядок в торговых делах не является юридически необходимым и фактически не имеет юридического характера. Его надлежит рассматривать только в рамках конкретных правоотношений между определенными субъектами, и придавать ему универсальный характер нельзя⁵. Иными словами, источниками правового регулирования данные нормы не являются.

Как представляется, невозможно не согласиться со столь авторитетным мнением. Что есть источник международного частного права? Источник права с точки зрения общей теории права – это внешняя форма выражения правовых норм, это то, что должно быть принято или санкционировано государством, публичной властью. Что есть обыкновение? Формально – это то, что принято в рамках определенного делового сообщества и к публичной, суверенной власти государства не имеет никакого отношения. Соответственно, обыкновение не может выступать в качестве источника права, а следовательно, таким источником не будет являться и lex mercatoria. Более того, как представляется, если государство разрешит использование соответствующего правила «заведенного порядка», то очевидно, что обыкновение перейдет в разряд обычаев, которые в структуру lex mercatoria не входят и имеют подчиненное значение по отношению к нормам законодательных актов.

Часто современную концепцию lex mercatoria рассматривают как аналог, возрождение соответствующей концепции, существовавшей во времена средневекового права. Известно, что само понятие «lex mercatoria» появилось еще в XI–XII вв. в Европе в рамках так называемого «купеческого права». Основу данной системы составляли торговые обычаи, сложившиеся в деловых кругах торгующей Европы, руководствующейся принципами свободы договора и справедливости. Необходимость норм lex mercatoria в рамках средневекового права вполне очевидна и понятна. Государство того времени не ставило цели регулировать частнопроводные отношения, соответственно предприниматели того времени были вынуждены создавать комплекс норм своего, фактически корпоративного, права, который был им необходим для регулирования их взаимоотношений. И государство позволяло им это делать. Хотя даже в период весьма активного применения «купеческого права» оно не было универсальным правовым регулятором. В частности, как отмечает Т.А. Батратова, «...протоколы судов указывают на то, что "lex mercatoria" не был универсальным законом для торгового класса. Из них также не следовало, что участники процесса готовы были подчинить себя традиции торгового права, которое простиралось за пределы соответствующей местности»⁶.

Возможно ли в современности возрождение данной концепции? Можно ли сейчас ее считать источником международного частного права? Следует отметить, что сейчас цели правового регулирования изменились, причем, как представляется, достаточно кардинально. Государство взяло на себя обязанность осуществлять правовое регулирование всех сфер общественной жизни, в том числе предпринимательской сферы. И отношения с участием иностранного элемента в данном случае исключением не являются.

Российское государство, следуя основным принципам своей правовой системы, закрепило основной перечень применяемых российскими судами коллизионных норм, которые не являются изобретением российского права. Современное российское законодательство бесспорно ориентировано на использование универсальных коллизионных привязок, признаваемых во всех странах, всеми профессиональными судами.

Применение же норм lex mercatoria современными профессиональными судами не представляет собой слишком распространенного явления. Если говорить о европейских странах, то применение соответствующих норм при вынесении судебных решений началось только с 80-х гг. XX в. и имело достаточно много противников. В настоящее время очень небольшое количество государств в рамках национального законодательства закрепили возможность использования норм lex mercatoria⁷. И только в отдельных странах «...арбитры наделены правом применять негосударственные нормы, даже

если отсутствует договоренность сторон об этом, а также если стороны не уполномочили арбитраж действовать в качестве "дружеского посредника" (Франция, Нидерланды)»⁸. Естественно, в этих условиях принятие Принципов УНИДРУА является большим шагом на пути признания *lex mercatoria* в качестве правового регулятора отношений в сфере международного оборота. Вместе с тем надлежит помнить, что данный документ не имеет силы международного договора, а значит, не является обязательным для применения. При всем этом ни одно из действующих международных соглашений в сфере права интеллектуальной собственности не предусматривает возможности применения негосударственных регуляторов к соответствующим отношениям.

Таким образом, рассуждая о месте и роли *lex mercatoria* в системе регулирования отношений трансграничного оборота интеллектуальных прав, необходимо отметить, что в настоящее время причислить *lex mercatoria* к правовым регуляторам не представляется возможным. Российские суды при вынесении решений по делам, осложненным иностранным элементом, должны руководствоваться существующими правовыми нормами, а не «заведенным порядком» деловых кругов. Нормы *lex mercatoria* должны оставаться исключительно договорными условиями в рамках конкретных правоотношений, по крайней мере, до тех пор, пока национальные правовые системы государств-партнеров Российской Федерации не признают нормы *lex mercatoria* в качестве обязательных для применения при регулировании торговых правоотношений, осложненных иностранным элементом.

¹ Мирских И.Ю., Мингалева Ж.А. Новеллы в области правового регулирования результатов интеллектуальной деятельности // Вестник Пермского университета. Сер.: Юридические науки. 2014. № 4(26). С. 153.

² См. более подробно: Канашевский В.А. Коллизионное регулирование лицензионных договоров в России и зарубежных странах // Журнал российского права. 2013. № 2. С. 93–101.

³ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / пер. с англ. А.С. Комарова. М., 2013.

⁴ Мажорина М.В. Право международной торговли и *lex mercatoria* // Российский юридический журнал. 2010. № 1. С. 33–41; Асосков А.В. Право, применимое к договорным обязательствам: европейская реформа и российское международное частное право / А.В. Асосков // Вестник гражданского права. 2009. № 2; Berger K. The Creeping Codification of the Lex Mercatoria. The Hague; London; Boston, 1999; Lopez Rodriguez A. Lex Mercatoria and Harmonization of Contract Law in the EU. Copenhagen, 2003 и др.

⁵ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 1: Введение. Торговые деятели. М., 2003. С. 98–101.

⁶ Батрова Т.А. Развитие торгового права в средневековой Англии и Франции // Международное публичное и частное право. 2011. №5. С. 39–41.

⁷ В качестве примера можно назвать Гражданский процессуальный кодекс Франции 1975 г. (в ред. 2007 г.), Единообразный торговый кодекс США.

⁸ Диковская И.А. Применение правовых обычаев к международным частным договорным отношениям // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2014. № 1. С. 305–312.

С.Н. Тагаева

Российско-Таджикский (славянский) университет, г. Душанбе

ЮРИДИЧЕСКАЯ БИОТЕХНОЛОГИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ КОНТРАКТНОМ ПРАВЕ РЕСПУБЛИКИ ТАДЖИКИСТАН

Допустимость выбора сторонами международного коммерческого контракта права определенного государства стала неоспоримой действительностью. При этом границы выбора применимого права все еще являются предметом научной дискуссии.

Одним из аспектов научной полемики в последние годы явилась проблема возможности выбора права для регулирования одного коммерческого контракта с иностранной составляющей права различных государств. Гражданское законодательство Таджикистана предусмотрело возможность выбора сторонами договора применимого права как для договора в целом, так и для отдельных его частей (ст. 1218 ГК РТ).

В связи с этим можно говорить о практической реализации доктрины расщепления договорного статута, которая получила название «юридическая биотехнология»¹.

Отрицательное отношение к юридической биотехнологии отечественных коллизионистов и судебно-арбитражной практики, сложившееся в XX в., в последние годы пересматривается. Д. Чешир и П. Норт справедливо указывали, что иногда сами обстоятельства обуславливают необходимость регулирования отношения разными правовыми системами. Например, вопросы действительности соглашения, право- и дееспособности сторон, вопросы толкования договора могут регулироваться раз-

личными законодательствами². Л.А. Лунц также допускал возможность юридической биотехнологии, указывая, что «явление расщепления коллизионной привязки имеет, например, место в некоторых случаях применения к двухстороннему обязательству «закона места исполнения»³.

Юридическая биотехнология позволяет контрагентам уже на стадии заключения международного коммерческого контракта выбрать наиболее приемлемые, по их мнению, применимые законодательства, которые будут регулировать условия договора.

Существует точка зрения, рассматривающая сущность юридической биотехнологии шире. Так, М.В. Можорина обосновывает актуальность юридической биотехнологии возможностью применения права различных стран для регулирования элементов различных договоров при заключении смешанных и непоименованных договоров⁴. При заключении международных коммерческих контрактов, содержащих в себе элементы различных договоров обоснованность юридической биотехнологии бесспорна. Возникают вопросы, связанные с возможностью применения права различных стран для регулирования простого поименованного договора, характеризующегося внутренним единством и четко регламентированным на международном и национальном уровнях.

По нашему мнению, позиция В.В. Сурганова, указывающего, что «юридическая биотехнология позволяет ... использовать наилучшие достижения в регулировании договорных отношений различных правовых систем, осуществить ссылку на определенное национальное право, наиболее выгодное для участников внешнеэкономических сделок в отношении конкретных условий контракта»⁵, справедлива.

В свою очередь, В.Л. Толстых подверг критике допустимость подчинения договора различным правовым системам, охарактеризовав такой подход неправильным и нецелесообразным. В частности, ученый указывает на следующие недостатки данной доктрины: а) усложнение деятельности суда, увеличивающей трудоемкость рассмотрения дела; б) проблема адаптации – приспособление коллизионных привязок нескольких государств для регулирования правоотношения; в) неспособность выступить действенным средством защиты интересов сторон; г) в связи с тем, что право регулирует отношение, которое не может расщепляться на составные части; д) существует вероятность возникновения пробелов в правовом регулировании⁶.

Однако позиция автора не безупречна по следующим основаниям:

Никто не отрицает возникновение сложностей у правоприменительных органов при подчинении определенных частей международного коммерческого контракта различным правовым системам. Стороны международных коммерческих контрактов зачастую не обращаются за защитой своих прав в государственные суды из-за длительного разбирательства дел, вероятности пересмотра решения в суде второй инстанции, а также возможности разрешения дела посредством переговоров. Арбитражные суды, на рассмотрение которых обычно передается дело, обладают достаточной компетенцией для разрешения споров такой сложности. Зачастую такие суды руководствуются теми правилами, которые устанавливаются контрагентами.

Опасения касательно «адаптации» можно развеять предложением передачи данного вопроса на разрешение рассматривающему спор органу. В связи с этим уместно привести высказывание В. Гольдшмита, что «устранение противоречий путем «синтеза» в подобных случаях должно быть вверено суду, а не законодателю, так как последний не в состоянии предвидеть всех возможных случаев противоречий»⁷.

Высказывание, что юридическая биотехнология не может считаться сколько-нибудь действенным средством защиты интересов сторон, вызывает определенные возражения. Глобализация общественной жизни и ускорение международного коммерческого оборота между субъектами различных стран требует предоставления большей свободы предпринимателям. Сложно себе представить международный коммерческий контракт без реализации автономии воли сторон. Достижение соглашения сторонами коммерческого контракта по его условиям и применимом к ним праве (как для всего договора или отдельных его частей) является проявлением автономии воли. Предоставление возможности применения права нескольких государств для регулирования отдельных частей договора позволяет оптимально удовлетворить пожелания договаривающихся сторон и, таким образом, свести к минимуму или избежать споров, возникающих из контракта.

Если стороны договора считают, что допущение юридической биотехнологии отвечает их интересам, то, следовательно, нет необходимости сомневаться в выраженной ими воле. Стороны международного коммерческого договора строят свои отношения по горизонтали, находясь в равном положении, поэтому сами способны оценить соответствие заключаемого ими соглашения и его возможных последствий их интересам.

Мы не можем согласиться с выводом В.Л. Толстых, что право регулирует отношение, которое не может расщепляться на составные части.

Каждая часть договора может рассматриваться как отдельное отношение: например, права и обязанности сторон, порядок расчетов, форма договора и другие могут регулироваться различными правовыми системами. Такая мысль высказана и А.Г. Филипповым, который считает, что «отдельные права и обязанности в отношении могут рассматриваться как относительно самостоятельные и, следовательно, могут отдельно регулироваться»⁸.

Безусловно, юридическая биотехнология может повлечь за собой определенные сложности при возникновении противоречий между выбранными контрагентами законодательствами. Например, одно законодательство регулирует права и обязанности сторон международного коммерческого контракта, а другая ответственность, которая обычно вытекает из неисполнения или ненадлежащего исполнения обязанностей. В данном случае возникает проблема о необходимости разрешения конфликта коллизионных привязок, установленных автономией воли сторон, успешное решение которой зависит от правоприменительного органа.

В заключение отметим, что в условиях усложнения договорных конструкций юридическая биотехнология может эффективно урегулировать особенности волеизъявления субъектов международных коммерческих правоотношений.

¹ См., напр.: Рубанов А.А. Принцип автономии воли // Международное частное право. Современные проблемы: в 2 кн. Кн. 1 / отв. ред. М.М. Богуславский. М.: Наука, 1994. С. 170.

² Чешир Д., Норт П. Международное частное право. М., 1982. С. 243–244.

³ Лунц Л.А. Международное частное право: в 3 т. Общая часть. М.: Юрид. лит., 1973. С. 268.

⁴ Можорина М.В. Выбор применимого права к трансграничным смешанным и непоименованным договорам. Режим доступа: www.consultant.ru/document/cons_doc_CJI_63830/ (дата обращения: 12.04.15).

⁵ Сурганов В.В. Юридическая биотехнология (расщепление обязательственного статута) в договорных отношениях регулируемых нормами международного частного права. Режим доступа: elibrary.ru/handle/123456789/92201 (дата обращения 04.01.15).

⁶ Толстых В.С. Институт автономии воли: проблемы толкования статьи 1210 ГК РФ. Режим доступа: <http://www.szrf.ru/doc.phtml?nb=edition07&issid=2003006000&docid=34> (дата обращения: 03.04.15).

⁷ Гольдшмит В. (цит. по Лунц Л.А. Указ. раб. С. 275.).

⁸ Филиппов А.Г. Некоторые аспекты автономии воли // Актуальные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1999. С. 436.

Е.С. Третьякова

*Филиал НОУ ВПО «Московский институт государственного управления и права»
в Пермском крае, г. Пермь*

СТАНОВЛЕНИЕ ГОСУДАРСТВЕННОГО ПРАВА РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ В КОНТЕКСТЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Государственное право любого государства составляет основу правовой системы, закрепляя базис всех правоотношений, возникающих на уровне государства и определяя общий формат его функционирования. Безусловно, данная сфера правового регулирования вступает в определенное взаимодействие с международным правом, несмотря на неоднозначность решения вопроса о взаимовлиянии этих двух сфер правового регулирования.

Ключевой категорией государственного права является само понятие государства, которое имеет значение как для государственного, так и для международного права. К XIX веку в науке российского государственного права в целом сформировалось единое толкование для понятия государства¹, при этом уже выделялись три базовых признака: власть, территория и население.

Властотношения присущи любому государству на любой стадии его развития, при этом с позиции качественной характеристики государственной власти наиболее важным качеством, без сомнения, является суверенитет. Теория суверенитета зародилась еще в Средние века, однако к XIX веку приобрела вполне оформленный характер. В теории в рассматриваемое время под суверенитетом понимали: независимость от высшей власти; неограниченность власти правами народа, всевластие в государстве; саму государственную власть, т.е. совокупность верховных прав, высшую публичную власть в государстве; держателя государственной власти, независимого от всякой другой земной вла-

сти, в этом смысле говорят о суверенитете монарха в монархии и суверенитете народа в демократиях².

При этом, во многом, именно суверенитетом обосновывалась возможность и необходимость существования международного права, предусматривающего определенные самоограничения государств. Постепенно суверенитет как качество государственной власти стал востребован в определениях ученых (в первую очередь международников), которые они давали государству: «государство есть самостоятельное, независимое общество людей, живущее органической жизнью и прочно осевшее на известной территории»³. Вместе с тем нельзя забывать об объективно сложившейся системе взаимодействия между государствами, в рамках которой происходило оформление суверенитета как юридической категории. В связи с этим суверенитет не имел абсолютного характера, не рассматривался как обязательный признак любого государства и, безусловно, речи не шло о суверенном равенстве государств. Относительно качества суверенитета государства принято было делить на суверенные и полусуверенные. Полусуверенные государства находились в подчинении к другому, как правило суверенному, государству. Таким образом, принцип равенства государств был скорее теорией, провозглашением.

Вместе с тем в международный договорной оборот постепенно стали включаться термины «полнота суверенитета и все права, из него вытекающие», «полный и абсолютный суверенитет» и проч.

В контексте соотношения государственного и международного права, прежде всего целесообразно рассматривать государство как субъект, обладающий внутренним и внешним суверенитетом. С позиции международного права в отношении государства как субъекта важным моментом является факт его признания со стороны других государств. Можно констатировать, что в XIX веке институт признания уже имел свое юридическое значение. Как пишет А. Ривье, «правильные международные правовые отношения существуют лишь между государствами, которые обоюдно признали друг друга»⁴. В рассматриваемый период времени имели место следующие факты признания: Бельгия – Нидерландами в (1839г.), Греция – Турцией (в 1832г.), Бразилия – Португалией (в 1825 г.), Черногория была признана независимой на Берлинском конгрессе 1878 г. и др.

Обладая суверенитетом, государственная власть осуществляется на определенной территории. Ученые XIX века следующим образом определяли территорию государства: «Область, занимаемая государственным союзом, означает то пространство земли и воды, на котором государственная власть может развивать свою специфическую деятельность – функцию властвования»⁵. При этом стоит учитывать, что территория не рассматривалась как неизменное пространство; общепризнанным являлся тот факт, что на основании международных договоров часть государственной территории может быть отдана или передана другому государству по результатам войны или иным основаниям, например при решении вопросов об урегулировании государственных границ. В том числе возможно инкорпорирование территории на основании международного акта, подтвержденного актом государственным.

Можно также отметить, что к концу XIX века в науке международного права в состав государственной территории стали включать воздушное пространство, находящееся перпендикулярно над территорией⁶, однако какого-либо практического значения это еще не имело.

К рассматриваемому периоду времени сформировался процесс юридического оформления сухопутных границ, что было наиболее важно с практической точки зрения. С целью избежания возможных недоразумений и неопределенности между государствами стали заключаться соглашения относительно точного определения направления пограничной линии. Международно-правовое оформление границы предусматривало, в первую очередь, процесс ее делимитации, т.е. определения общего направления пограничной линии путем переговоров, и подготовку соответствующих постановлений и генеральных карт, которые являлись составной частью договоров о границе или мирных соглашений. Например, в ст.2 Окончательного демаркационного акта Краковской области между Россией, Австрией и Пруссией от 16 (28) августа 1818г. очень подробно прописана демаркационная линия и места расстановки пограничных столбов. На основании данных документов осуществлялась демаркация государственной границы, т.е. перенос и установка границ на местности, сопровождающиеся составлением подробных описаний и топографических карт. «Топографическое описание, долженствующее по снятым картам показывать во всей подробности направление границ и постановление столбов и иных порубежных знаков, и утвержденное подписью и печатью обоюдных Комиссаров, иметь будет ту же самую силу и действие, как бы оно от слова до слова включено было в настоящий акт»⁷.

Учитывая активные темпы прироста территории российского государства до середины XIX века, понятно, почему вопросы юридического оформления государственной границы были весьма актуальны, но не всегда решались просто. Однако к концу XIX века государственная граница Российской империи была надлежащим образом юридически оформлена, закреплена на всем протяжении, кроме Восточного Памира. Общая ее протяженность по состоянию на 1895 год, составляла 13 918 верст (т.е. 14 850 506 километров – *Е.Т.*), в том числе по берегу Белого моря приходилось 706 верст, на участок с Финляндией – 747 верст, по Балтийскому морю – 2624, на Западный сухопутный участок – 3 325 верст, по берегам Черного и Азовского морей, до Кавказа – 1269, на Кавказе – 2638 верст, в Средней Азии – 2609 верст⁸.

С целью юридического оформления государственных границ российским государством в рассматриваемый период времени были заключены многочисленные договоры, основной целью чего было закрепление государственных границ, установление режима приграничных территорий, а также вопросы, связанные с обеспечением безопасности, ведь передел «мирового пирога» в рассматриваемый период времени шел весьма активно. Указанные вопросы регулировались, с одной стороны, международно-правовыми актами, с другой – правилами, устанавливаемыми национальным законодательством.

Кроме того, на наш взгляд, на стыке государственного и международного права находятся вопросы подданства. Общеизвестным является тот факт, что формирование самостоятельного института подданства в российском государстве относится к XVII веку, а научное осмысление данных вопросов относится как раз к XIX веку. 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 территориях. Хотя в целом, 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»⁹.

Таким образом, развитие российского государственного права в XIX веке было весьма активным, осуществлялось в тесном взаимодействии с правом международным. При этом, как и во все иные исторические этапы, наше государство четко отслеживало и контролировало соблюдение своих интересов.

¹ Например: *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. 2-е изд., второе, испр. и доп. по 2-му нем. изд. С.И. Гессе-ном. СПб., 1908. С.133; *Коркунов Н.М.* Русское государственное право. Т.1: Введение и общая часть. 2-е изд. СПб., 1893. С. 4.

² *Палиенко Н.К.* Суверенитет. Историческое развитие идеи суверенитета и ее правовое значение. Ярославль, 1903. С. 268.

³ *Ривье А.* Учебник международного права / пер. с фр. П. Казанского; под ред. Л. Камаровского. М., 1893. С. 56.

⁴ *Ривье А.* Указ. соч. С. 59.

⁵ *Еллинек Г.* Указ. соч. С. 286.

⁶ *Ривье А.* Указ. соч. С. 85.

⁷ *Сборник пограничных договоров, заключенных Россией с соседними государствами.* СПб., 1891. С. 16.

⁸ *Иванова Т.В.* Совершенствование пограничного и таможенного надзора в пунктах пропуска через Европейскую границу Российской империи (1893–1914 гг.): дисс. ... канд. ист. наук. М., 2002. С. 27–28.

⁹ *Коркунов Н.М.* Указ. соч. С. 197.

Н.А. Чернядьева

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

К ВОПРОСУ О РАЗГРАНИЧЕНИИ «ГУМАНИСТИЧЕСКОЙ» КОНЦЕПЦИИ САМООПРЕДЕЛЕНИЯ И ТЕРРОРИЗМА В МЕЖДУНАРОДНЫХ АКТАХ И СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЯХ

Смещение этноориентированного сопротивления и террористического поведения в международно-правовой базе обусловлено рядом факторов. Важное место среди них занимает проблема содержания основных дефинитивных конструкций антитеррористической и национально-освободительной сфер. В международно-правовой доктрине и актах ООН не выработан единый системный подход в определении понятия «право нации на самоопределение». В связи с содержатель-

ной близостью феноменов «терроризм» и «национальная борьба», представляющих собой варианты политического насилия, это является важным фактором, препятствующим их четкому правовому разграничению.

В документах организаций системы ООН встречается три самостоятельных толкования идеи самоопределения: право быть суверенным государством;¹ право, принадлежащее обособленной группе людей (народу);² субъективное (индивидуальное) право человека.

Такой подход реализован в Международных Пактах о правах человека 1966 г., в ряде резолюций Генеральной Ассамблеи ООН,³ в региональных международно-правовых документах,⁴ в решениях ЕСПЧ.⁵

Последний вариант толкования представляется наиболее опасным в плане его возможного смешения с терроризмом. В данном случае самоопределение рассматривается как элемент «неотъемлемого достоинства», основание индивидуальных прав, обусловленных национальной, религиозной или иной идентичностью.⁶

Особенность понимания права на самоопределение как индивидуального права проявляется в национальном характере обязательства по реализации права на самоопределение: как правило, оно возникает, прежде всего, у национального государства, и только факультативно у международного сообщества. Именно такую позицию занимает ЕСПЧ, оценивая характер политической борьбы, например турецких партий националистического толка: Партии свободы и демократии (Özdeп) (Para 41. Case of Freedom and Democracy Party (Özdeп) v. Turkey), Народной рабочей партии (Halkın Emegі Partisi – «HEP») (Para 45, 57. Case of Yazar and Others v. Turkey).

«Гуманистической» концепции самоопределения следуют два важных для исследуемой темы вывода. Во-первых, данное право должно действовать в рамках существующих механизмов универсальной, региональной и национальной систем защиты прав человека и, соответственно, может быть ограничено в связи с необходимостью обеспечения прав и свобод других лиц и с обеспечением международного мира и безопасности. Этот тезис стал теоретической основой и инструментом для объяснения противозаконности и террористичности национально-освободительной борьбы, которая велась в ряде государств, стал инструментом игнорирования законных требований угнетенных народов (как это случилось, например, в Израиле).

Во-вторых, ситуация допустимости самоопределения вышла за пределы деколонизации. На первых порах существования принципа самоопределения признавалась безусловной его антиколониальная и (или) национально-освободительная от оккупации, иной иностранной зависимости природа. Таким образом формулируются нормы п. 2 ст. 1, ст. 73 Устава ООН, в Резолюциях ГА ООН 637 (VII) 1952 г., 1514 (XV) 1960 г., в Декларации о принципах международного права 1970 г. Большинство исследователей склоняются именно к такому толкованию анализируемой международно-правовой нормы и в настоящее время.⁷

Однако в доктрине международного права, в решениях различных судов, в актах международных организаций в последние десятилетия становится все отчетливее мысль о расширительном содержании права на самоопределение, его выходе за пределы деколонизационного процесса. Так, например, Резолюция ГА ООН «Всеобщее осуществление права народов на самоопределение» (Doc. 48/93, 1993) в п. 1 подтверждает как важнейшее условие эффективной гарантии и соблюдения прав человека и сохранения и поощрения этих прав, «...всеобщее осуществление права всех народов, в том числе (курсив мой – Н.Ч.) народов, находящихся под колониальным, иностранным и чужеземным господством».

В контексте данной идеи состоялись сепарационные процессы в Югославии, Судане, Эритрее. Давая собственную оценку правовым обстоятельствам возведения защитной стены вокруг Палестины, судья Международного суда ООН Хиггинс в особом мнении указал, что «...Суд впервые, без какого-либо детального анализа, фактически принял вторую (т.е. после колониальной точки зрения на самоопределение) точку зрения...»⁸.

В совпадающем особом мнении судей Вильдхабер и Рисдал к решению ЕСПЧ по делу Лоизиду (1996) наиболее полно сформулирована идея трансформации содержания права на самоопределение: «До недавнего времени в международной практике право на самоопределение в практических условиях было идентичным праву на деколонизацию и ограниченным им. В последние годы, как представляется, сформировался консенсус, в соответствии с которым народы также могут осуществлять

право на самоопределение, если их права человека последовательно и грубо нарушаются, либо же если они совсем не представлены или массово нерепрезентативны недемократическим и дискриминационным образом. Если данное описание является верным, право на самоопределение является инструментом, который может использоваться для восстановления международных стандартов прав человека и демократии»⁹. (курсив наш – Н.Ч.). Аргументация, обосновывающая независимость Косово, во многом строится на том, что косовский народ подвергался грубым нарушениям прав человека со стороны сербов¹⁰.

Широкое понимание самоопределения признается Канадским правосудием. Согласно отзыву Верховного суда Канады о сецессии Квебека право на сецессию возникает у народа при наличии хотя бы одной из следующих характеристик: 1) колониальный режим государства; 2) различного вида угнетенность другими государствами; 3) попытка реализации права народов на самоопределение всеми другими возможными способами¹¹.

Таким образом, в международно-правовом пространстве сформулирована идея о возможности начала сецессии в государстве, в том числе в связи с нарушением прав человека и в связи с неудовлетворительными результатами внутреннего самоопределения для инициаторов данного процесса. В связи с этим И.И. Лукашук отмечает, что «... Если государство обеспечивает народу право на самоопределение, то есть право самому определять политическую, социальную и экономическую систему, гарантирует права человека, то расчленение такого государства по воле того или иного меньшинства является противоправным»¹². Аналогичной точки зрения придерживается Н.В. Остроухов¹³.

По мнению Д. Дюрера, Т. Барри, трактовка права на самоопределение как индивидуального права несет в себе взрывоопасный потенциал, отражает переход борьбы за независимость, с правовой точки зрения, на «зыбкую почву», в сферу «неочевидности»¹⁴. С этим выводом можно согласиться. Действительно, признание возможности раздела государств не в связи с исторически-обусловленным освободительным движением (как следствие колонизации, оккупации, иного иностранного захвата и т.д.), создается ситуация, угрожающая всеобщему миру и безопасности. Причем, как справедливо указал И.З. Фархутдинов, в условиях такого толкования права на самоопределение, может быть поставлена под сомнение юридическая сила защитной клаузулы Декларации о принципах международного права 1970 г. (в связи с абсолютным приоритетом прав человека над всеми остальными правами)¹⁵. Таким образом, все многонациональные, поликонфессиональные, политически плюралистические державы окажутся в зоне риска. Безусловно, подобное будет неоднозначно воспринято как гражданским обществом, так и правящими кругами, послужит причиной для различных конфликтов, в том числе и для возможных террористических атак, совершаемых как сторонниками сецессии, так и ее противниками.

Выходом из такого положения могла бы стать согласованная международным сообществом доктрина самоопределения, в рамках которой были бы идентифицированы ее сущностные элементы: субъектный состав, формы и методы реализации, условия правомерности, иные важные признаки.

¹ Para 18, 19, 29. Final report of the Special Rapporteur, Daes E.-I. A. Prevention of Discrimination and Protection of Indigenous Peoples. Doc. E/CN.4/Sub.2/2004/30. 13 July 2004. // URL: un.org/esa/socdev/unpfii...Report...Erica...A. Daes.pdf (дата обращения: 04.04.2015 г.).

² Именно как право определенной группы (народа) понимается самоопределение в Декларации о принципах международного права 1970 г. Аналогичным образом раскрывается право на самоопределение в актах Международного суда ООН.

³ См., напр., п. 1. Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 3103 от 12.12.1973 г.

⁴ См., напр., п. 1, 3. Тунисская декларация о правах человека и правах народов. Принята в Тунисе 3 декабря 1988 года.

⁵ *Concurring Opinion of Judge Wildhaber, Joined by Judge Rysdhal. Case of Loizidou v. Turkey (Application no. 15318 /89). 18 December 1996.; Case of Freedom and Democracy Party (Özdep) v. Turkey (Application № 23885/94). 8 December 1999; Case of Yazar and Others v. Turkey (Applications Nos. 22723/93, 22724/93 And 22725/93). 9 April 2002.*

⁶ Толстых В.Л. Три идеи самоопределения в международном праве // Евразийский юридический журнал. 2014. № 9. С. 70.

⁷ Алексанян А.А. Реализация права народов на самоопределение в контексте принципа территориальной целостности государств // Вестник Пермского университета. Пермь: Изд-во Перм. ун-та, 2013, № 4(22). С. 64; Грушкин Д.В. Право народов на самоопределение: идеология и практика. М.: Звенья. 1997. С. 11–13.

⁸ Para 30. Separate opinion of Judge Higgins. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Advisory Opinion. ICJ Case 131 (9 July 2004).

⁹ Concurring Opinion of Judge Wildhaber, Joined by Judge Rysdhal. Case of Loizidou v. Turkey (Application no. 15318/89). 18 December 1996.

¹⁰ *Thürer D., Burri Th.* Self-Determination. Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]. December 2008. Para 27. // URL: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/-9780199231690/law-9780199231690-e873> (дата обращения: 04.04.2015 г.).

¹¹ *Reference* re secession of Quebec, done at 20 August 1998 // URL:<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do> (дата обращения: 04.04.2015 г.).

¹² *Лукашук И.И.* Международное право. Общая часть: учебник. М., 1996. С. 281.

¹³ *Остроухов Н.В.* Территориальная целостность государств в современном международном праве и ее обеспечение в Российской Федерации и на постсоветском пространстве: автореф. дис.... д-ра юр. наук. Специальность 12.00.10. М., 2010. С. 10.

¹⁴ *Thürer D., Burri Th.* Op. cit. Para 34, 35.

¹⁵ *Фархутдинов И.З.* Евразийская интеграция и испытание украинской государственности в системе международного права // ЕврАзЮЖ. №12 (79). 2014. С. 35.

IX. АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ЮРИДИЧЕСКОГО ОБРАЗОВАНИЯ

Л.Т. Бакулина

Казанский (Приволжский) федеральный университет, г. Казань

ИСТОРИКО-ПРАВОВЫЕ ДИСЦИПЛИНЫ В СИСТЕМЕ ЮРИДИЧЕСКОГО ОБРАЗОВАНИЯ

Из уроков истории, которая не учит ничему,
поскольку дает пример всему, можно извлечь
любую философию, любую мораль и любую политику.

П. Валери

В системе современного юридического образования изучению истории юриспруденции (римское право, история государства и права, история политических и правовых учений, история международного права, криминология и др.) отводится значительное место. Роль исторических дисциплин в формировании мировоззрения студентов, несомненно, значима, но, на наш взгляд, недооценена в системе вузовского социально-гуманитарного образования. Одно бесспорно: даже в этом сильно изменившемся глобализирующемся мире мы постоянно обращаемся к прошлому опыту, переосмысливая накопленные знания, модернизируем реальность. На политическую организацию общества оказывает влияние относительно самостоятельная творческая сила – идеология соответствующих классов, социальных групп и их наиболее одаренных представителей. Вследствие этого неизбежно обращение к истории: государства и права, политических и правовых учений, цивилистической мысли, международного права и т.д.

Процесс смены мировоззрения эпохи, общества, отдельных личностей (как, впрочем, и научных парадигм, теорий, стереотипов поведения, ценностных ориентаций и пр.) длительный, сложный, но на определенных этапах развития человечества неизбежный. В этой связи хотелось бы напомнить один исторический факт. В 1740 г. один парижский издатель задумал перевести с английского «Энциклопедию, или Толковый словарь наук, искусств и ремесел» англичанина Э. Чемберса. Однако Д. Дидро и Ш.Л. Даламбер, коим через семь лет после ряда неудач был поручен перевод, предпочли переработать оригинал полностью. Кто бы мог предположить, что чисто коммерческая затея обернется такими глобальными историческими последствиями. В 1759 г. королевским указом выпуск издания был приостановлен в связи с тем, что «вред, наносимый энциклопедией общественной морали и религии, слишком велик, несмотря на то, что она служит прогрессу наук и искусств». При этом необходимо отметить, что только во Франции к 1789 г. «Энциклопедия», которую переводили на многие языки, в том числе и на русский, была переиздана 5 (!) раз. Будучи католиками и протестантами (а в большинстве своем скептиками), энциклопедисты, создавая нерелигиозную картину мира, громко посмеялись бы над теми, кто решил, что они готовят политический переворот. Монархия не казалась им устаревшей формой, а республика прославлялась только в статье о Женеве (с оговоркой, что такая форма применима только для малых государств). Но объективно статьи энциклопедистов таили в себе мощную революционную энергию. Постепенно меняя психологию людей, их представления о жизненных ценностях, труд энциклопедистов невольно обосновывал необходимость социальных перемен.

Исторические дисциплины не только просвещают, но и воспитывают. Это – коллективная память народа, у которой нет срока давности, что наиболее ярко проявляется во всех юридических дисциплинах теоретико-исторического профиля. В частности, «История политических и правовых учений» не ограничивается лишь просветительской функцией, она позволяет дать оценку идеям в свете общественно-исторической практики, мобилизует для решения задач сегодняшнего дня. Она заставляет задуматься, учит критически осмысливать социально-политическую действительность, предлагает при конструктивном подходе множество вариантов решения проблем. При этом и само историческое знание находится в постоянном становлении и развитии.

«История политических и правовых учений» предстает как наука интерпретирующая и актуализирующая исторический опыт объяснения государства и права. В этом смысле, как справедливо отмечают питерские коллеги – преподаватели кафедры теории истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета, история учений о праве и государстве может быть рассмотрена как пространство научного диалога современных ученых, который опосредуется текста-

ми мыслителей предшествующих эпох. Проявлением диалогичности данной науки как части современного социально-гуманитарного знания является постоянная актуализация различных аспектов наследия мыслителей прошлого, которые представляются важными для участников современного научного диалога.

На наш взгляд, проявлением диалогичности «Истории политических и правовых учений» как учебной дисциплины выступает умение преподавателя изложить материал так, чтобы не просто показать всю историческую палитру взглядов, идей, учений отдельных мыслителей, но и вовлечь студентов в этот увлекательный процесс познания прошлого с целью понимания настоящего и прогнозирования будущего. Диалог между Учителем и Учеником не менее важен, чем диалог цивилизаций, диалог культур или диалог между государствами.

В свете происходящих в мире международных событий, когда «перекраиваются» границы и переписывается история не только отдельной страны, но и предпринимаются попытки переписать мировую историю, изучение истории международного права является, на наш взгляд, особенно важным для современных выпускников юридических вузов.

Современная наука международного права, прошедшая долгий путь от «*jus natural*» до «*jus gentium*», представляет собой совершенно особую, находящуюся в постоянном развитии правовую систему будущего, поскольку в концентрированном виде содержит в себе все те ценности и достижения, которые за тысячелетнюю историю выработало человечество. В отечественной литературе по международному праву есть лишь немного монографических работ, посвященных истории международного права. Одна из них написана основоположником Казанской школы международного права профессором Д.И. Фельдманом¹.

Следует отметить, что научные интересы профессора Д.И. Фельдмана в международном праве носили многосторонний характер. Его труды охватывали не только вопросы теории и истории международного права, но и другие, получившие широкую известность в зарубежной и отечественной науке международного права, в частности исследования института признания. В XXI в. это не просто история вопроса, а актуальнейшая проблема современного многополярного мира.

О.Э. Лейст очень емко определил значение «Истории политических и правовых учений», как «школы альтернативного мышления», что, несомненно, может быть отнесено ко многим историческим дисциплинам. Поэтому в системе юридического образования практическое значение историко-правовых дисциплин важно не только для тех, кто принимает непосредственное участие в управлении государственными делами, но и для всех тех, кому только предстоит делать сознательный выбор в политико-правовых ориентациях.

¹ Баскин Ю.А., Фельдман Д.И. История международного права. М., 1990.

З.П. Замаараева

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ОСОБЕННОСТИ ПОДГОТОВКИ СПЕЦИАЛИСТОВ ПО КОНФЛИКТОЛОГИИ В РАМКАХ ВУЗОВСКОЙ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЙ СИСТЕМЫ

Актуальность проблемы, рассматриваемой в данной статье, определена противоречием, которое возникает между наличием потребности в подготовке компетентных специалистов, способных вести профессиональный диалог в разных сферах общения и недостаточным их количеством в практической деятельности, где становится все более актуальным поиск компромисса и методов разрешения конфликтов.

В статье рассматривается специфика подготовки специалистов конфликтологов в условиях вузовской образовательной системы, некоторые подходы к уровню ее организации.

Необходимо отметить, что в настоящее время в Российской Федерации образовательная программа по конфликтологии приобрела постоянную основу, она включена в Общероссийский классификатор специальностей образования, признана постоянно действующей. За короткий период существования образовательной программы по конфликтологии в ней самой произошли изменения – она стала программой учитывающей последние достижения отечественной конфликтологии. Над ее реализацией трудятся специалисты в различных отраслях конфликтологии, из академических и образовательных учреждений.

Образовательная программа олицетворяет плод совместного труда Центра конфликтологии Института социологии РАН и ведущих преподавателей Санкт-Петербургского государственного университета.

По мнению ее разработчиков, содержание российской образовательной программы по конфликтологии отражает уровень развития отечественной конфликтологии. Концептуально она построена с учетом абстрактно-аналитического и прикладного характера. Абстрактно-аналитический характер представлен курсом «Общая конфликтология» и отраслевыми конфликтологиями, такими как «Политическая конфликтология», «Экономическая конфликтология», «Юридическая конфликтология» и другими. Ее прикладной аспект представлен в технологиях регулирования конфликтов в различных сферах жизни, которыми, как правило, завершаются курсы, относящиеся к отраслевым конфликтологиям.

В данных курсах подвергается анализу конфликты, протекающие в различных сферах жизни современного общества, указываются специфические различия в самом конфликтном взаимодействии, а также представлены различия технологий регулирования и разрешения конфликтов в той или иной сфере. Последнее необходимо не только для того, чтобы показать специфику конфликта в той или иной сфере, но и чтобы показать, что для регулирования и разрешения конфликтов в различных сферах используется как набор общих инструментов, к которым необходимо отнести переговоры, так и свои специфические средства. Прикладной аспект образовательной программы раскрывает сложившиеся в практике демократического общества способы предупреждения, управления и разрешения конфликтов.

Если иметь в виду область формирования профессиональных навыков будущих конфликтологов в процессе вузовской подготовки, то она ориентирована, в большей степени, на основные закономерности зарождения конфликтов, их динамику, структуру, состояние субъектов конфликтов и технологий урегулирования; конфликтные и мирные способы взаимодействия в различных сферах жизни общества; анализ и экспертизу конфликтного взаимодействия в обществе, социальных группах, между индивидами, общностями и индивидами; технологии предупреждения, управления, разрешения конфликтов и трудовых споров, сохранения и укрепления социального мира и партнерства; технологии урегулирования конфликтов посредством переговоров, медиации и фасилитации; экспертно-консалтинговые способы, методы, техники и приемы урегулирования конфликтов и поддержания мира; альтернативные (ненасильственные, помимо правовых) социальные способы разрешения конфликтов в различных сферах жизнедеятельности общества, миротворчество и миротворческое волонтерство, стратегии культуры мира. Вектором профессионального развития студентов в рамках иных обучающих программ по конфликтологии является примирительное разрешение споров в области семейных, соседских, жилищных, трудовых, школьных, коммерческих и иных длительных постоянных отношений.

Для России рост интереса и спроса на данную профессию в ближайшие годы определяется и принятием закона от 27.07.10 «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» в соответствии с которым медиатор (конфликтолог) наряду с судьей становится еще одним специалистом по разрешению споров, возникающих из гражданских правоотношений, в том числе в связи с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, а также из трудовых и семейных правоотношений, в судебной и внесудебной системы.

Принятие закона и иные важные обстоятельства, способствовали открытию специальности «Конфликтология» на юридическом факультете.

Обучение проводится на базе самостоятельно установленного образовательного стандарта разработанного в порядке, установленным ПГНИУ в соответствии с правом, предоставленным Федеральным законом «Об образовании в Российской Федерации» от 29.12.2012 г. № 273-ФЗ, с учетом требований федерального государственного образовательного стандарта высшего профессионального образования (ФГОС) по направлению «Конфликтология».

Самостоятельно устанавливаемый образовательный стандарт ПГНИУ имеет общность структуры требований с ФГОС высшего образования и позволяет выполнять их функции в части обеспечения единства образовательного пространства Российской Федерации и качества образования; объективности контроля деятельности ПГНИУ по реализации образовательных программ высшего образования.

Преподавание дисциплин по конфликтологии (медиации) организуется профессорско-преподавательским составом кафедры социальной работы и конфликтологии, многие из них имеют опыт работы в данной области, специальную подготовку. В их числе: С.И. Реутов – к.юр.н., проф. (под его руководством подготовлено более 15 курсовых и дипломных работ по медиации и медитив-

ным технологиям, проведены конференции и круглые столы со студентами и практиками, разработаны учебно-методические пособия, включая учебные фильмы, создана и развивается студенческая медиативная клиника, проводится активная пропаганда применения медиативных техник в правовой сфере); Т.И. Марголина – к. псих.н., проф. кафедры, Уполномоченный по правам человека в Пермском крае (ее личное участие связано не только с внедрением медиации в вузовское образование, но и в область практики Пермского края, при этом, она является дипломированным специалистом, эффективным пропагандистом и лектором).

В область вузовской подготовки конфликтологов включаются все новые идеи. В 2014 году на базе кафедры была создана школа начинающего медиатора (для старшеклассников города Перми), организаторами ее стали выпускники специальности «Социальная работа», магистры права юридического факультета Д.Попов и Д.Муравьев. В 2015 году с их участием и активистов школьных служб примирения было принято решение расширить сферу обучения, школа будет иметь статус краевой и заочной.

Опираясь на накопленные за многолетнюю историю академические традиции, юридический факультет в качестве своих приоритетов считает важным проводить подготовку студентов с учетом социально-экономических особенностей развития региона, реальной потребности в специалистах конфликтологах Пермского края, а также политику, возможности и перспектив Пермского государственного национального исследовательского университета и университетской среды.

Г.С. Стародубцев

Российский университет дружбы народов, г. Москва

РУССКОЕ ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ НА СЕВЕРО-ВОСТОКЕ КИТАЯ

Первые русские поселенцы появились в Китае в начале XVII в. Их пребывание носило временный характер. В 1896 г. на территории Маньчжурии началось строительство Китайско-Восточной железной дороги (КВЖД). Оно стало мощным фактором, способствовавшим заселению Маньчжурии и постепенному формированию российской колонии в Северо-Восточном Китае.

После победы Октябрьской революции часть населения бывшей Российской империи начала покидать пределы своей Родины. Появление русских беженцев на территории северной Маньчжурии следует отнести к началу 1918 г. В 1919 г. уже сотни эмигрантов пересекали советско-китайскую границу.

Для беженцев возникал вопрос о том, куда идти, где начинать новую жизнь. Для многих заманчивым пристанищем казался город Харбин — крупный торгово-промышленный центр с многочисленным русским населением. Одним из кардинальных вопросов для любого эмигранта являлся вопрос владения языком страны пребывания. В Маньчжурии языковой проблемы не существовало. Здесь была возможность жить, владея только русским языком.

Китай еще признавал Временное правительство. Русский консул в Харбине имел в распоряжении некоторую сумму денег, которую выдавал в виде ссуды тем приезжающим русским, которые хотели начать какое-либо дело, но не имело денег. Беженцев привлекали условия и распорядок жизни населения русско-китайского Харбина. В 1917 г. на КВЖД трудилось около 20 тыс. русских рабочих и служащих.

Привилегии, которые имели русские жители Маньчжурии до 1917 г., были связаны с действием русско-китайского союзного договора 1896 г. Положения договора наделяли подданных Российской империи, проживающих в полосе отчуждения КВЖД (территория, прилегающая к железнодорожной полосе с центром в г. Харбине), рядом прав и преимуществ. В Харбине были русский муниципалитет, полиция, жандармерия, русская почта, различные культурные центры, православные храмы, больницы, банки, кинотеатры, большое число начальных школ и гимназий и пр. Акционерное предприятие «Общество КВЖД», для которого была заключена концессия от имени Русско-Азиатского банка, кроме дороги владело 20 пароходами, пристанями и другим речным имуществом. У КВЖД были свои угольные и лесные концессии и т.д.

К началу 1920-х гг. Харбин был типичным для дореволюционной России крупным провинциальным центром, где мало что напоминало о китайском окружении. Это был город, построенный по проектам русских инженеров, архитектурно похожий на многие старые российские города того времени, с совершенно русским укладом и стилем жизни.

В этих условиях вполне закономерным стало создание русского юридического учебного заведения на Северо-Востоке Китая. Юридический факультет в Харбине ведет свое начало с 1 марта 1920 г. Именно тогда были открыты Высшие экономико-юридические курсы, имевшие в своем составе 98 слушателей, которые 3 июля 1922 г. были переименованы в юридический факультет. Юридический факультет представлял собой интересное явление в истории русской высшей школы. Он наряду с Русским юридическим факультетом в Праге давал российское высшее юридическое образование в эмиграции. В его нашли отражение и русская эмиграция, и советское, и китайское, и маньчжурское, и японское влияния.

Юридический факультет осуществлял свою деятельность на основании общего Университетского Устава дореволюционной России 1884 г. с последующими изменениями. В соответствии со ст. 57 этого Устава на юридическом факультете было создано 12 кафедр:

1. Римское право.
2. Гражданское право и гражданское судопроизводство.
3. Торговое право и торговое судопроизводство.
4. Уголовное право и уголовное судопроизводство.
5. История русского права.
6. Государственное право.
7. Международное право.
8. Административное право.
9. Финансовое право.
10. Каноническое право.
11. Политическая экономия и статистика.
12. Энциклопедия и история философии права.

С 1923 г., принимая во внимание местные условия, на факультете ввели преподавание китайского права: государственного, административного, гражданского, уголовного права и процесса, торгового. В связи с восстановлением связей с СССР было введено преподавание и советского права.

Обучение на юридическом факультете было платное. Плата составляла 150 иен. Лица со средним образованием зачислялись действительными студентами, без такового – вольнослушателями. Однако этих средств не хватало. Использовались самые разнообразные методы финансовой поддержки факультета. Принимались пожертвования от влиятельных людей. Так, в декабре 1922 г. «присяжный поверенный В.И. Александров пожертвовал 360 экземпляров весьма ценных книг». Преподаватели читали платные лекции за пределами юридического факультета. В 1922 г. администрацией железнодорожного собрания было решено каждый понедельник регулярно проводить лекции на научно-публицистические темы. Свое согласие выступить в качестве лекторов выразили Г.К. Гинс, Н.И. Никифоров и другие.

25 января 1924 г. состоялось публичное заседание факультета, посвященное первому выпуску студентов (1923 г.). Выступая на нем, декан факультета В.А. Рязановский говорил: «И я могу с уверенностью сказать, что наши окончившие юристы обладают нормальными познаниями. Мы не были к ним слишком мягкими, слишком снисходительными и заставляли их серьезно работать». Это действительно так. Из 98 слушателей, поступивших на факультет в 1920 г., дипломы получили только 6 человек.

Речь В.А. Рязановского содержала и другие очень важные моменты, раскрывающие разные стороны русского юридического образования за рубежом. Он, в частности, замечал: «Сегодня мы празднуем не только наш обычный ежегодный академический праздник, но и первый выпуск студентов юридического факультета. ... русская юридическая традиция не замерла. Она возродилась за границей: в пределах дружественной Китайской республики возник юридический факультет в 1920 году и в Праге – в 1922 году. Я не сомневаюсь в том, что пройдет еще несколько лет и в России юридическое образование займет приличествующее ему место, ибо там, где существуют юридические нормы, как бы их не называть – законами, указами, постановлениями и так далее, – всегда нужны люди, которые могли бы истолковать эти юридические нормы и применять их в жизни».

29 ноября 1937 г. состоялось последнее публичное заседание Совета профессоров юридического факультета в Харбине. 11 декабря 1937 г. был вечер окончивших факультет, на котором от имени выпускников был зачитан адрес, в котором, в частности, говорилось:

«Дорогие учителя!

Лучезарным светом озаряло солнце русской правовой науки свой путь на историческом небосклоне. Живительные лучи испускает оно и сейчас, сияя на мировом горизонте. Это есть сияние новой истины, новой правды, которую русская правовая наука принесла в храм науки общемировой.

Русская правовая наука никогда не была замкнутой и национально ограниченной. Идея справедливости – вот что было написано на ее славных знаменах. ...

Большую задачу выполнил основанный вами юридический факультет. Он хранил здесь русскую правовую науку и ее лучшие традиции, попираемые, разрушаемые и уничтожаемые большевистской властью в России. Много сделал он для сближения русской культуры с культурой Востока, найдя для них язык взаимопонимания. Здесь, на рубеже этих культур, он заложил одну из прочных основ их дальнейшего тесного сотрудничества.

Вы зажгли здесь факел русской правовой науки. И этот факел ярко горел в течение 18 лет. Светом истины освещал он трудную зарубежную жизнь русских изгнанников. Много светильников зажег он и в среде местного населения, подготовил и из их рядов много культурных работников. Ваш факел горел 18 лет не напрасно: яркий отблеск давал он в душах людей, приобщая их к истокам знаний и культуры.

Сейчас факел, зажженный вами, уже не горит. Но свет просвещения, полученный от него, продолжает гореть в наших сердцах, в сердцах нескольких сот ваших питомцев. Мы должны сохранить этот свет, донести его до заветных для нас рубежей, вновь воспламенив им душу нашего великого народа. Пусть сегодняшние наши слова благодарности вам звучат в то же время словами клятвы, нашей клятвы на верность русской науке, на верность идеалам русской интеллигенции».

Т.П. Строгонова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ОБЕСПЕЧЕНИЕ КАЧЕСТВА ЮРИДИЧЕСКОЙ ПОМОЩИ, ОКАЗЫВАЕМОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ КЛИНИКОЙ

В соответствии со ст.48 Конституции РФ каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи. Одной из целей Федерального закона «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации» (далее – Закон) является:

– создание условий для реализации установленного Конституцией РФ права граждан на получение квалифицированной юридической помощи, оказываемой бесплатно. Буквальное значение слова «квалифицированный» – имеющий высокую квалификацию, опытный¹. В этой связи появление в Законе норм о месте юридической клиники в системе бесплатной юридической помощи, о порядке создания и деятельности юридических клиник, не нашло однозначной поддержки среди многих юристов. «Студенческие клиники, даже под надзором опытных юристов и адвокатов,- это очень опасная вещь, такая же опасная, как возникновение народных дружин под эгидой работников милиции. Основа и эффективность любой деятельности – профессионализм. Непрофессионализм может привести к серьезным негативным последствиям»². Как же парировать? Какие можно привести доводы, которые заставят по-другому относиться к юридическим клиникам и повысят их репутацию не столько в глазах простых граждан, сколько в глазах профессионального юридического сообщества. Аргумент о том, что не все дипломированные юристы и даже имеющие практический опыт, на деле оказываются профессионалами, на первый взгляд, кажется убедительным. Однако, размышления по поводу юридической услуги, оказываемой студентом, еще не обладающим достаточным комплексом теоретических знаний и тем более практических навыков, приводят к некоторым сомнениям в ее качестве. Такие рассуждения постигнут любого человека, будь он юристом или обладателем другой профессии, если этот человек никогда не соприкасался с работой юридической клиники и не знает, как она построена изнутри. Многолетний опыт функционирования юридических клиник уже сформировал свои критерии и правила, позволяющие обеспечивать качество юридической помощи, предоставляемой юридической клиникой. Попробуем их обобщить и классифицировать:

1. Обучение практическим навыкам.

В каждом ВУЗе, имеющем юридическую клинику, студенты проходят обучение, направленное на выработку навыков интервьюирования, консультирования, анализа дела. Дисциплины (курсы) называются по-разному: «Юридическое клиническое образование», «Юридическое консультирование» и т.п. Модели обучения: от простого чтения лекций до проведения тренингов по различным ситуациям, возникающим на практике или смоделированным кураторами. Преподавание дисциплины проходит с привлечением практических работников (представителей судов, прокуратуры, адвокатуры, нотариата). Итогом такого обучения является решение о допуске или не допуске к возможности

участия в приеме и консультировании граждан. Критериями допуска являются наличие знаний, навыков и другого опыта, необходимого для работы с клиентами (умение правильно провести опрос клиента, составить и оформить документы и т.д.).

2. Правила зачисления в клиницисты.

Большинство юридических клиник ведут набор клиницистов на добровольной основе, при этом преимущество всегда отдается студентам, имеющим высокие оценки по правовым дисциплинам. Клинцисты, как правило, делятся на две категории: «диспетчеры» – это студенты 2–3–х курсов, которые еще не допускаются к приему граждан, а занимаются предварительной записью, ведением карточек, формированием дел и иным делопроизводством в клинике; «студенты-консультанты» – студенты 4–5 курсов, которые ведут прием и консультирование граждан (клиентов). Порядок приема в клинику и прекращение деятельности в ней регулируется внутренними документами клиники (В клинике Пермского государственного национального исследовательского университета таким документом является Регламент, который утвержден решением Ученого совета юридического факультета).

3. Правила взаимоотношения с клиентами.

Правила взаимоотношения с клиентами закрепляются также во внутренних документах Клиники, с которыми знакомятся все клиницисты. В основном эти правила касаются порядка приема клиентов, дачи консультаций, составления документов. Как правило, прием граждан ведется по записи с целью фиксации в самых общих чертах проблемы, с которой обращается клиент. Консультирование клиента осуществляется в два приема. При первом посещении клиницист заполняет карточку приема, где указывается согласие клиента на оказание ему юридической помощи студентом, проводит интервьюирование, знакомится с документами по проблемному вопросу. После проведенного анализа дела клиницист готовит консультацию в устной или письменной форме и после визирования ее куратором проводит второй прием клиента. Такой порядок позволяет качественно подготовить консультацию.

4. Правила взаимоотношений куратор-клиницист.

В силу того, что на преподавателя–куратора возлагается ответственность за качество юридической помощи, важно сформулировать правила взаимоотношений между куратором и клиницистом. Работа кураторов в каждом ВУЗе строится по своим правилам, однако следует выделить важные моменты, которые должны быть закреплены в качестве общих правил в юридической клинике:

- прием клиента проводится с участием преподавателя-куратора. Правильное и полное интервьюирование является залогом качественной консультации.
- результаты деятельности клинициста должны быть согласованы преподавателем-куратором, желательно в письменном виде.

Только в плодотворном сотрудничестве клинициста с куратором достигается важная цель – оказание квалифицированной юридической помощи.

Таким образом, обобщенные и сформулированные правила представляют собой средства обеспечения качества бесплатной юридической помощи, оказываемой юридической клиникой и созвучны положениям, закрепленным в проекте Стандартов деятельности участников негосударственной системы бесплатной юридической помощи³ [3.]

¹ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М.:Азбуковник, 1999. С. 271.

² Ливеровский А.А. России нужны юристы // Эж-Юрист. 2009. №22. С. 4.

³ Стандарты деятельности участников негосударственной системы бесплатной юридической помощи. <http://codolc.com/news/read/16/>.

Ю.Д. Ткач

*Херсонский факультет Одесского государственного университета
внутренних дел, г. Херсон*

Ю.Д. Петриченко

Одесский государственный университет внутренних дел, г. Одесса

НОВАЯ ДОКТРИНА СЕМИУРОВНЕВОГО ЮРИДИЧЕСКОГО ОБРАЗОВАНИЯ

Юридическое образование берет начало, по сути, со школьного образовательно-квалифицированного уровня (ОКУ), где должны закладываться азы такого образования.

В этой связи представляет особый интерес следующая предложенная Т.А. Коросташовой **новая доктрина бесплатного и доступного семиуровневого образования и науки**, несколько развитая вариация которой имеет такой вид:

1. **Общий дошкольный ОКУ**, который должен быть обязательным для всего населения государства, приобретаться в течение 5-летнего (с 2 до 7 лет включительно) дошкольного обучения и составлять основу для поступления и надлежащего обучения в первом классе общеобразовательной средней школы.

По указанному и всем последующим ОКУ (особенно актуально, с общего среднего образования по квалифицированный ОКУ) должны быть разработаны нормоалгоритмы (нормированный поэтапный распорядок дня) каждого из суточных этапов на все 24 часа, в пределах которых должны быть четко урегулированы почасовые рамки и содержание каждого из этих этапов — этап обучения, этап хобби, этап дневного отдыха (этап дневного сна для дошкольного ОКУ), этап ночного сна и др., когда почасовые рамки и содержание этапа обучения должны строго регламентироваться единой учебной программой, региональные особенности и специализация которой по направлениям общественной деятельности должны реализовываться строго на добровольной основе и в пределах этапа хобби.

2. **Общий средний школьный ОКУ**, который также должен быть обязательным для всего населения государства, приобретаться в течение 10-летнего обучения и предоставлять возможность занимать только неквалифицированные рабочие должности по производству материальных благ и оказанию услуг или осуществлению сопутствующей такому производству деятельности.

3. **Средний специальный ОКУ**, который приобретается в течение года-полутора отдельно или трех лет параллельно с последними годами общего среднего ОКУ и позволяет занимать уже квалифицированные такого рода рабочие должности – квалифицированные рабочие должности по производству материальных благ и оказанию услуг или по осуществлению сопутствующей такому производству деятельности.

Таковыми, например, фактически являются не только рабочие должности соответствующих рядов, но и должности медицинских сестер, секретарей судебных заседаний и др., а в советское время ими были вспомогательные низовые должности в антиделиктных органах, образование для работы на которых получали, в частности, в средних школах милиции и др.; нотариусы – в средних юридических училищах и т.д.

На сегодняшний день такими должностями могут быть такие начальные должности служащих, которые являются вспомогательными, осуществляются под контролем служащего, обучаемого по последующим ОКУ, и предназначены повысить эффективность, рациональность и качество деятельности этих служащих, к примеру, помощник судьи, помощник следователя, помощник адвоката, помощник нотариуса и др.

4. **Базисный (бакалаврский) ОКУ**, получаемый путем 3-летнего стационарного вузовского образования по определенному направлению квалификации общественной деятельности (ее специальности, специализации и, при необходимости, субспециализации), предоставляет выпускнику право не работать, а только определиться с будущей специальностью, специализацией и, при необходимости, субспециализацией квалификации вузовского образования и, как следствие, право на осуществление соответствующей практической деятельности по окончании вуза фактически обеспечивает наибольший уровень осознанности выбора направления квалификации такой деятельности.

5. **Специализированный (специалистский) ОКУ**, получаемый путем 2-летнего стационарного вузовского образования по избранному направлению квалификации, предоставляет выпускнику право на любую практическую деятельность служащего по этому направлению квалификации, за исключением тех видов деятельности (образовательной, научной, руководящей работы на уровне руководителя юридического лица и выше), которая предусмотрена в следующем ОКУ.

6. **Квалифицированный (магистерский) ОКУ**, получаемый после 5-летней практической деятельности выпускника по имеющемуся направлению квалификации путем 2-летнего стационарного вузовского образования по тому же направлению квалификации для осуществления по окончании вуза по данному направлению уже образовательной или научной деятельности или руководства юридическим лицом либо руководства высшего ранга.

7. **Научный ОКУ**, который должен быть освобожден от существующей связи с лицензированием и аккредитацией вузов, планированием и иной волонтаризацией «выпуска ученых», необходимостью ответить за расходование бюджетных средств на аспирантов и докторантов или за то, что не смогли осуществить исследования соответствующего уровня, отсутствием четких критериев разграничения кандидатской и докторской диссертации и с иными обстоятельствами, которые фактически обуславливали появление псевдонаучной деятельности. Такое крайне негативное состояние дел сле-

дует исправить путем установления единой квалификации «Профессор определенного научного направления», например, «Профессор юриспруденции», присуждаемой голосованием по результатам публичной защиты в специализированном совете при ВАК России или Украины (члены которой должны работать здесь на постоянной основе без права совместительства в вузах и научно-исследовательских учреждениях) за научное открытие – разработку основ новой науки, научного направления, доктрины, теории, закона и иных подобных научных результатов, аналогичная фундаментальность которых не должна вызывать сомнений.

Понятие научного открытия для каждого научного направления будет иметь свои особенности (например, в медицине им может быть открытие новой методики лечения серьезного заболевания человека) и является сугубо оценочным, но все же более конкретным и четким, чем существующее, принципиально надуманное, разграничение результатов докторской и кандидатской диссертаций.

Противное приводит к появлению в вузе необходимого количества не кандидатов наук (доцентов) и докторов наук (профессоров), а лиц, которые имеют только соответствующие дипломы и аттестаты и фактически представляют собой непреодолимое препятствие для настоящей науки, на фоне которой становится более очевидными псевдонаучность их «научных результатов». В ряде случаев такого рода «псевдоученые» не в состоянии оценить настоящие научные результаты своих оппонентов или справиться с псевдонаучной завистью. Для занятия должности преподавателя и успешного прохождения лицензирования или аккредитации вуза должно быть достаточно степени магистра соответствующей специальности, специализации и субспециализации, квалификационные научные исследования которых, как и специалистов, и должны преследовать цель получения иных научных результатов, чем «научное открытие».

Каждый из изложенных уровней юридического и иного образования должен преследовать цель получения **образовательной компетентности**, состоящей из таких компетенций, как:

1. **Доктринальная компетенция**, т.е. обладание определенной совокупностью знаний по конкретному направлению общественной деятельности, его специальности, специализации и/или субспециализации, которая должна делиться на:

1.1. **Доктринальную компетенцию по овладению базисными знаниями**, к проверке уровня владения которыми обучаемый не должен готовиться, этими знаниями он должен быть готов оперировать в любое время и в любой ситуации, данная совокупность знаний должна отличать выпускника определенного ОКУ от представителя другого направления общественной деятельности, например, юриста от медика и т.д. Базисные знания составляют сущность базисных специальных курсов по каждой науке.

1.2. **Доктринальную компетенцию по овладению детальными знаниями**, которые находятся в различных правовых актах, источниках учебно-практической и научной литературы и т.п. В этом случае обучаемый должен приобрести устойчивые прикладные компетентности по наиболее эффективному, рациональному и качественному поиску этих источников и такого рода знаний в них, оперирования такими знаниями для выполнения определенных прикладных задач.

2. **Прикладные компетенции**, т.е. овладение определенными навыками и умениями работать по определенному направлению практической деятельности, например, уже описанными прикладными навыками по использованию детальным знаниям, навыками составления и иной работы с определенными документами, техническими средствами и др.

3. **Аналитическая компетенция**, т.е. обладание определенным уровнем самостоятельного аналитического мышления, позволяющим сопоставлять существующие подходы к решению тех или иных доктринальных или прикладных проблем определенной науки и практики и выбирать из них наиболее целесообразные или, в конце концов, предложить свой вариант решения этих же проблем и др.

ПРОФЕССИОНАЛЬНЫЕ КАЧЕСТВА ЮРИСТА В КОНЦЕПЦИИ ПСИХОЛОГИИ ЖИЗНЕДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Обсуждение результатов исследований правовой регуляции систем «человек» – «общество» проводятся нами на протяжении ряда лет в соотношении профессиональной деятельности и психологии жизнедеятельности (ЖД)¹: негативные явления в деятельности юристов, проблемные явления в обществе²; условия жизни и стрессогенные ситуации³; организация труда и производительность/привлекательность правовой деятельности⁴; правовая регуляция в полисистемной детерминации психологии жизнедеятельности⁵.

Рассмотрим результаты изучения *профессиональных качеств юриста* в вариантах взаимодействия с окружающей реальностью. В современной психологии проводятся исследования в многомерном (полисистемном) отображении «человек – стиль – социум» (Б.А. Вяткин, М.Р. Щукин и др.)⁶. Нами изучено взаимовлияние разных систем: объективной реальности (условия жизни, особенности деятельности) и индивидуальности, при различных вариантах взаимодействия с окружающей реальностью. В теории метаиндивидуального мира выделяются взаимоотношения индивидуальности (как системы) с социальной действительностью (также являющейся системой), образующих *мир индивидуальности* (Л.Я. Дорфман, 2004). Полагаем, качества юриста могут быть изучены не только в традиционном (линейном) соотношении: условия профессиональной деятельности и индивидуальные качества – это поверхностный уровень знания. Вместе с тем в русле концепции психологии жизнедеятельности (ЖД) выявлено: в сложных (политдетерминированных) реалиях бытия человека его профессиональные качества формируются в полисистемных (а не линейных) зависимостях. А именно – профессиональные качества формируются не только в требованиях профессии к субъекту, но зависят и от условий жизни. Более того: профессиональные качества зависят также и от того, **как именно взаимодействует** человек с этим окружающим миром. Профессиональные качества мы рассматриваем в сопоставленной зависимости: от социальной действительности (условий жизни и правовой деятельности) и от «мира индивидуальности» (взаимоотношений индивидуальности с социальной реальностью). *Полидетерминированная метасистема жизнедеятельности складывается из взаимодействующих систем: одной из них является собственно индивидуальность, другая представлена социальной реальностью.* Рассмотрим, как формируются профессиональные качества юриста, сопряженные с его «миром индивидуальности» в концепции психологии жизнедеятельности, – *человек строит свою жизнь и создает свою индивидуальность согласно вариантам организации взаимодействия систем (индивидуальности и социальной реальности).* Взаимодействия индивидуальности и окружающего мира формируют сочетания *полимодального «Я»* (Л.Я. Дорфман, 2004)⁷: «Я-Авторское» (автономность, независимость), «Я-Превращенное» (терпимость, принятие «Другого»), «Я-Воплощенное» (обладание «Другим»), «Я-Вторящее» (зависимость от «Другого»). Полимодальное Я предоставляет возможность изучения социально-психологического взаимодействия в терминах «слияние» и «обособление». «Обособление» – независимость, терпимость и принятие, автономность («Я») и терпимость («к Другому»); «слияние» – обладание («Другим») и зависимость («от Другого»).

В нашем исследовании приняли участие юристы со стажем работы (до 10 лет) в следующих специализациях: уголовно-правовые юристы (сотрудники ОВД, n=288) и гражданско-правовые юристы (n=296). Рассмотрим варианты взаимодействия (*организации мира индивидуальности*) в сопряженности со свойствами индивидуальности ($p < 0,01$):

1. Вариант взаимодействия систем: **гомогенно-толерантный** – независимость и принятие «Другого» – «обособление», по Л.Я. Дорфман (2004). Автономность и независимость («Я-Авторское») *равномерно* выражена с терпимостью и принятием другого человека («Я-Превращенное») – обозначим как **гомогенно-толерантный**.

1.1. Сочетание такого взаимодействия с качествами индивидуальности.

«Обособление» сочетано со следующими качествами индивидуальности: общая активность (t – критерий: 2,98), адаптивность (3,53), саморегуляция (4,98), воля (3,18), аналитическое мышление (4,18), контроль (Q3 = 4,43). Это сочетание связано с успешностью ЖД (2,62) – **социально-позитивные качества индивидуальности**.

2. Другой вариант взаимодействия систем: **гетерогенно-асимметричный** (неравномерный, зависимый) – «слияние», по Л.Я. Дорфман (2004). Зависимость («Я-Вторящее») преобладает над обладанием «Другим» («Я-Воплощенным»).

2.1. Сочетание с качествами индивидуальности. «Слияние» систем выражено в сопряженности со следующими качествами индивидуальности: общая эмоциональность (3,01), тревожность (3,40), возбудимость (2,81), экзальтированность (4,24). Такой вариант сочетания *не способствует* успешности – **социально-зависимые (негативные) качества индивидуальности**.

3. **Дифференциация** свойств индивидуальности в зависимости от вариантов взаимодействия систем индивидуальности и социальной реальности.

3.1. Вариант взаимодействия систем: **гомогенно-толерантный** – независимость и принятие («Другого») – «обособление»: сочетан с **социально-позитивными качествами**: у сотрудников ОВД: личностное качество «Q3» (контроль, 5,44); у гражданско-правовых юристов: воля (3,21).

3.2. Вариант взаимодействия систем: **гетерогенно-асимметричный** (неравномерный, зависимый) – «слияние»: сочетан с **социально-зависимыми (негативными) качествами** (не способствуют успешности): у сотрудников ОВД: эмоциональность (3,00), в отличие от гражданско-правовых юристов.

Выявленные варианты взаимодействия систем индивидуальности и объективной реальности (в организации мира индивидуальности) имеют практическое значение, так как позволяют формировать успешность ЖД субъекта и индивидуально-профессиональные качества юриста.

Далее рассмотрим варианты организации мира индивидуальности в сочетании с компонентами ЖД в **правовой регуляции** систем «человек»-«общество» ($p < 0,01$):

4. Вариант взаимодействия систем: **гомогенно-толерантный** – независимость себя и принятие («Мира» «Другого») – «обособление» по Л.Я. Дорфман (2004).

4.1. Сочетание с компонентами жизнедеятельности (ЖД). «Обособление» сочетано с компонентами ЖД: устойчивость общения (t-критерий: 2,59), социальная желательность (нормативность) поведения в правовой деятельности (2,56); психическая устойчивость в повседневных и неблагоприятных условиях (по Дембо = 2,54 и 4,70); саморегуляция поведения – самостоятельность (3,50); профессиональная активность – субъективное значение правовой деятельности (ВА – 1,97); преодоления кризиса – активное преодоление (ОР – 5,67), стремление к совершенству (PS – 4,32), спокойствие при неудаче (IR – 2,17); отношения с коллегами – уверенность, независимость (2,34); взаимодействие с гражданами – асертивность (уверенность, 5,56).

Вариант взаимодействия систем, обозначенный ранее как гомогенно-толерантный, дополнен **тенденцией к независимости и уверенности (асертивности)** во взаимодействии с социально-профессиональной средой (с гражданами и коллегами, социально-статусной интенцией) и социальной нормативностью правовой деятельности. Связан с успешностью ЖД, психической устойчивостью и характеризует **мир индивидуальности – асертивной правовой регуляции ЖД**.

5. Вариант взаимодействия систем: **гетерогенно-асимметричный** (неравномерный, зависимый) – «слияние» по Л.Я. Дорфман (2004).

5.1. Сочетание с компонентами жизнедеятельности (ЖД). «Слияние» сочетано со следующими компонентами ЖД: пассивное преодоление трудностей – отказ при неудаче (2,17), длительное пассивное переживание (3,64); отношения с коллегами – сотрудничество, вплоть до компромиссного поведения и «несдержанностью излишнего дружелюбия» (2,32). Взаимодействие с гражданами – избегание: пассивное взаимодействие в ответ на обращение граждан (4,57), агрессивные действия по отношению к гражданам (2,47). Вариант взаимодействия, обозначен ранее как гетерогенно-асимметричный (неравномерный, зависимый), дополнен как **амбивалентный** – так как выявлены полярные, противоположные отношения с коллегами и взаимодействия с гражданами. Здесь компоненты ЖД связаны с нестабильной успешностью, психической неустойчивостью – обозначают данный мир индивидуальности как **амбивалентно-зависимой правовой регуляции**.

6. **Дифференциация** компонентов жизнедеятельности в зависимости от вариантов взаимодействия систем индивидуальности и социальной реальности.

6.1. Вариант взаимодействия систем, гомогенно-толерантный («обособление») с **тенденцией к независимости и уверенности (асертивности)** во взаимодействии с социально-профессиональной средой: **мир индивидуальности – асертивной правовой регуляции ЖД**. У сотрудников ОВД **дифференциация** связана с интенцией социального статуса (2,62) и оценкой результатов поведения (2,82). У гражданско-правовых юристов – самостоятельность поведения (3,33).

6.2. Вариант взаимодействия систем: гетерогенно-асимметричный (неравномерный, зависимый) с полярностью отношений с коллегами и взаимодействий с гражданами (**амбивалентность**):

мир индивидуальности – **амбивалентно-зависимой правовой регуляции**. У гражданско-правовых юристов *дифференциация* связана с сотрудничеством с коллегами (2,52), обеспечением комфорта в жизни (2,12) и агрессивным взаимодействием с гражданами (2,26), в отличие от сотрудников ОВД.

Итак, **выявленные варианты взаимодействия систем (индивидуальности и объективной реальности)** характеризуют взаимозависимость индивидуальности и социальной реальности и проявляются во взаимодействии с социальной средой (мир индивидуальности) в концепции психологии жизнедеятельности.

Резюме

1. Взаимодействия индивидуальности с объективной реальностью (в организации мира индивидуальности) имеют практическое значение, так как влияют на успешность субъекта и формируют профессиональные качества юриста.

2. Профессиональные качества юристов зависят не только от условий и требований деятельности, но и от условий и качества жизни, вариантов взаимодействия с социально-профессиональной средой (объективной реальностью).

3. Взаимодействия субъекта с социальной действительностью (мир индивидуальности) позволяют прогнозировать: полисистемный механизм детерминации и процесс взаимодействия систем в формировании метасистемы психологии жизнедеятельности; совершенствовать социально-профессиональную среду; формировать индивидуальность (профессионально-важные качества); результат («последствия») реалитетов правовой регуляции систем «человек»-«общество».

4. Результаты изучения организации стратегий (стилей) жизнедеятельности юриста (как опосредующего звена влияния индивидуальных свойств, условий и качества жизни) будут представлены в дальнейших публикациях.

¹ Шмыков В.И. Профессиональная деятельность и психология жизнедеятельности: монография. Пермь: Перм. гос. нац. иссл. ун-т, 2012. 252 с.

² Шмыков В.И. Социально-профессиональные особенности деятельности юристов (аспект жизнедеятельности) / Пермский конгресс ученых: мат. докл. межд. науч.-практ. конф. Пермь: Перм. гос. ун-т, 2010. С. 77–82.

³ Шмыков В.И. Условия жизнедеятельности в правовой сфере бытия (на примере юристов) / Пермский конгресс ученых: мат. докл. межд. науч.-практ. конф. Пермь: Перм. гос. нац. иссл. ун-т, 2011. С. 41–43.

⁴ Шмыков В.И. Правовая деятельность в правовой регуляции систем «человек» – «общество» / Пермский конгресс учёных: мат. докл. межд. науч.-практ. конф. Пермь: Перм. гос. нац. иссл. ун-т, 2012. С. 263–265.

⁵ Шмыков В.И. Правовая регуляция: метасистема опосредования психологии жизнедеятельности / Пермский конгресс учёных: мат. докл. межд. науч.-практ. конф. Пермь: Перм. гос. нац. иссл. ун-т, 2014. С. 242–244.

⁶ Вяткин Б.А., Щукин М.Р. Человек – стиль – социум: полисистемное взаимодействие в образовательном пространстве: монография. Пермь: ПГПУ, 2007.

⁷ Дорфман Л.Я. Интегральная индивидуальность, я-концепция, личность. М.: Смысл, 2004.

X. АНГЛОЯЗЫЧНАЯ СЕКЦИЯ

A.S. Zarubin

Western-the Ural Institute of Economics and law, Perm

TO THE PROBLEM OF PROVIDING BANKING SECRECY: AN ANALYSIS OF JUDICIAL AND ARBITRATION PRACTICE

One of the most important duties of the Bank when concluding the Bank Deposit contract is the obligation to ensure the confidentiality of information on transactions, accounts and deposits of customers. The problem of Bank secrecy, and security are of great interest among researchers, especially in recent times.

On the one hand, banking secrecy represents one of the Central guarantees for the protection of the rights to confidentiality of information about the movement of its capitals.

On the other hand, the cornerstone of legal relations arising in the banking sector is financing illegal activities and concealment of proceeds of crime. As a consequence, in the modern world more and more clearly a tendency to increase the number of persons who, in accordance with the legislation the right of access to information constituting banking secrecy.

It is interesting to note that the mentioned trend is also observed at the level of interstate cooperation in the banking sector. So, in the Protocol on amending the agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the Republic of Cyprus, in particular, a procedure for the exchange of information between the tax authorities of the Contracting States, as well as expanded opportunities to obtain information from credit institutions.

To ensure bank secrecy at the highest level is no simple task. The fact is that in this case there is a conflict of public and private interests, a close relationship dispositive and imperative legal norms of the banking legislation.

In accordance with article 26 of the Law on banks and banking, credit institution, Bank of Russia, the organization carrying out the functions of compulsory insurance of contributions, guarantee secret about operations, accounts and deposits of its clients and correspondents. All employees of the credit organisation are obliged to store secret about operations, accounts and deposits of its clients and correspondents, as well as the other information set by the credit institution, if it is not against Federal law.

Here is an example from judicial practice of the Perm regional court.

25.03.2013, between the Bank and Charles was signed a loan agreement whereby the Bank has provided sh cash under certain conditions. Sh requested an extended excerpt on her personal account for the entire period of the contract. This document the Bank was not provided. However, the judicial Board finds that in this case the Bank's actions cannot be regarded as violations of the consumer to receive the necessary information.

Sh. claimed information on movement of funds on the account referred to banking secrecy. Her extradition is made on the basis of proper registration in the statement of the obligatory requisites specified by the account holder on the card with samples of signatures, or personal visit to the Bank with the document proving the identity.

Compliance with the contractual procedures for the verification of the client's application for extradition of the relevant documents is a prerequisite to ensure and guarantee Bank secrecy. The Bank to protect Bank secrecy is obliged to check and identify submitted to the Bank statements. Since the receipt of the application by mail without documents confirming the identity of the applicant, the Bank deprived of the opportunity to identify his personality with the personality of the owner of the Deposit, the Bank on the refusal to expel account statements sh. was lawful.

In judicial practice, there are disputes about what information may be related to Bank secrecy. In practice, formed following approach to determining the content of Bank secrecy: the law provides for the right of the borrower to preserve the information about his Bank account, transactions in that account, as well as information relating directly to the borrower, confidential and disclosure of this information to third parties not specified in the law violates his rights . Information on the nature and types of economic activity of the client, its lease relations with third parties are not Bank mystery therefore, by providing such information to third parties, the credit organization does not violate the provisions of the Law on banks and banking activity.

Analysis of the Law on banks and banking activities allows us to conclude that, on the one hand, banking secrecy case the credit institution itself and, on the other hand, norms of a peremptory character that al-

lows certain persons to obtain access to such information, limit the independence of credit organizations in the enforcement of Bank secrecy.

The legal regime of banking secrecy, established by the modern Russian legislation is the identification of persons with access to information constituting banking secrecy. So, when it comes to providing information on the operations and accounts of legal entities and citizens engaged in entrepreneurial activities without forming a legal entity, then such certificates may be received by the following persons: courts and arbitration courts (judges), accounting chamber of the Russian Federation, tax authorities, Pension Fund, social insurance Fund of the Russian Federation and bodies of compulsory execution of judicial acts, the bodies of preliminary investigation on cases within their proceedings.

It is important to note that these entities have access to banking secrecy only in the manner prescribed by law.

Any person admitted to the information constituting a Bank secret, may not disclose it, otherwise such persons will be forced to incur liability under the applicable civil, administrative or criminal law.

The analysis of the rules governing the limitation of Bank secrecy, allows us to conclude that the categories of persons having access to such information is strictly limited by law and is authorized to receive confidential information only for the purposes of performing socially useful functions entrusted to a particular organ or other authorized person.

We believe it is necessary at the level of Federal legislation to establish a closed list of information, which is subject to the Bank secrecy regime.

I.Yu. Mirskikh

Perm State National Research University, Perm

INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AND SELECTION RESULTS

Plant cultivation is one of the most important branches of economy. But there are a lot of problems connected with the legal regulation and protection of intellectual property in this sphere.

The Civil Code of Russia doesn't regulate the process of breeding. It only states the conditions of selective breeding use and breeder rights protection. Selective legislation consists of the Civil Code and Federal Law N149 "On seed breeding" which creates legal basis for production, storage, realization and transportation and use of seeds.

The article 1412 of the Civil Code of Russian Federation states that the objects of intellectual rights to selection attainments shall be varieties of plants and breeds of animals registered in the State Register of Protected Selection Attainments if these results of intellectual activity meet the requirements for such selection attainments set forth by the present Code.

A group of plants that, regardless of protectability, being defined by distinguishing features of the given genotype or combination of genotypes and being distinct from other groups of plants of the same botanical taxonomy by one or several features shall be deemed as a variety of plants. A variety may be represented by one or several plants or a part or several parts of a plant provided that such a part or such parts can be used for reproduction of the whole plants of variety. Clone, line, first generation hybrid, and population shall be protectable categories of plant variety.

Legal norms in the sphere of selection are aimed to protect selector's (breeder's, author's) rights. The Civil Code of Russia (part 4 includes rules on protection and use of selection results (attainments). Up to the article 1413 of Civil Code of Russia Criteria of protectability of a selection attainment shall be novelty, distinctness, uniformity, and stability.

A variety of plants or breed of animals shall be deemed new if in filing date of the patent application, the seeds or breeding material of the said selection attainment have not been sold and have not been transferred in another manner by the breeder, his legal successors or with their consent to other persons for using the selection attainment:

- 1) within the territory of the Russian Federation – earlier than one year before the aforesaid date;
- 2) within the territory of another State – earlier than four years or, if it concerns varieties of grape, decorative tree or fruit tree cultures or forest tree breeds, earlier than six years before the aforesaid date.

© Mirskikh I.Yu., 2015

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).

A selection attainment shall be clearly distinct from any other selection attainment well-known at the time of filing of patent application. The selection attainment, entered to official bulletins or a reference collection or precisely described in one of the publications, shall be deemed a well-known selection attainment. Patent application filing shall also provide that a selection attainment is considered as well-known from the filing date provided that the selection attainment patent was granted. Plants of one variety or animals of one breed shall be sufficiently uniform in their features taking into account individual deviations that may take place in connection with the peculiarities of reproduction. Selection attainments shall be deemed stable if their basic features remain unchanged after repeated reproduction or, in the case of a special cycle of reproduction, at the end of each cycle of reproduction.

The analysis of foreign experience of innovation stimulating in the sphere of plant growing showed that the expansion of protecting methods in the sphere of agriculture and selection (including seeds) made it possible to raise attractiveness of plant cultivation as a kind of business. It is possible to include fundamental research and development in this sphere and provide more effective protection of results and stimulate private investments in industry.

An opportunity to patent different living organisms led to collisions in rights protection. The development of biotechnologies caused new problems for intellectual property regimes and led to status changing. Patenting of living organisms (e.g. seeds) appeared as a result of wide application of biotechnologies and genetic engineering in agriculture which stimulated the development of this sector. Plant selection is a science which changes the genetic type of a plant in order to create new breeds (varieties) with specific characteristics and defined features.

It is very important to improve legal regulation of selection results, to create up to date norms and rules protecting new kinds of living organisms and giving an opportunity to patent the results of selective activity.

Научное издание

**ШЕСТОЙ
ПЕРМСКИЙ КОНГРЕСС
УЧЕНЫХ-ЮРИСТОВ**

Материалы научно-практической конференции
(г. Пермь, Пермский государственный национальный
исследовательский университет, 16–17 октября 2015 г.)

Корректор *Л.В. Хлебникова*
Компьютерная верстка *Н.Ю. Шадрина, В.В. Шадриной*

Подписано в печать __.10.2015. Формат 60x84 1/8.
Усл. печ. л. __,__. 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