

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

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

**МЕЖРЕГИОНАЛЬНЫЙ РОССИЙСКИЙ ФОРУМ
КЛАССИЧЕСКОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ УНИВЕРСИТЕТСКОЙ НАУКИ**



permcongress.com

Пермь, 18–19 ноября 2016 г.

УДК 34:061.3
ББК 67
С28

С28 **Седьмой пермский конгресс ученых-юристов: материалы всеросс. науч.-практ. конф.** (г. Пермь, ПГНИУ, 18–19 нояб. 2016 г.) / отв. ред. В. Г. Голубцов; О. А. Кузнецова; Перм. гос. нац. исслед. ун-т. – Пермь, 2016. – 506 с.

ISBN 978-5-7944-2821-6

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», санаторий «Демидково»,
ООО «ЛУКОЙЛ-Пермнефтеоргсинтез», ООО «ЛУКОЙЛ-ПЕРМЬ», группу компаний
«Финансовый Дом», ПАО «Метафракс», ПАО «Уралкалий», ООО «Юкей», группу
компаний «Налоги и право», ПАО «Соликамскбумпром», АО «Телеком Плюс»,
ООО «Информационные решения», Попечительский Фонд Пермского университета

Редакционная коллегия:

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

Научное издание

Корректоры: редакционно-издательский отдел Издательского центра ПГНИУ

Компьютерная верстка: *Ю. О. Ярушина*

Подписано в печать 10.11.2016. Формат 60×84/8. Усл. печ. л. 58,82. Тираж 300 экз. Заказ _____

Издательский центр Пермского государственного национального исследовательского университета
614990, г. Пермь, ул. Букирева, 15

Типография ПГНИУ
614990, г. Пермь, ул. Букирева, 15

ISBN 978-5-7944-2821-6

© ПГНИУ, 2016

Содержание

I. ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА	9
<i>Аристов Е.В.</i> Интерпретации содержания принципа социальности государства в правовых позициях судебных органов Австралии	9
<i>Батюшкина М.В.</i> К вопросу о статусе субъекта законодательного дискурса	11
<i>Бондарев А.С.</i> Правомерное поведение – неотъемлемая часть живой части правовой культуры субъектов права	13
<i>Витко В.С.</i> О субъективизме в правовой науке	17
<i>Логинова Т.Е.</i> Процессуальное положение свидетелей по «Каролине» 1532 г.	19
<i>Мхитарян Л.Ю.</i> Возрождение церковного суда в России	20
<i>Поляков С.Б.</i> Диагностика системы ценностей в правосознании судов	22
<i>Реутов В.П.</i> Принципы правотворчества – понятие и значение	24
<i>Скоробогатов А.В.</i> Норма права в современном юридическом дискурсе	26
II. КОНСТИТУЦИОННОЕ, МУНИЦИПАЛЬНОЕ, АДМИНИСТРАТИВНОЕ И ФИНАНСОВОЕ ПРАВО	29
<i>Белкин О.Г.</i> Некоторые вопросы применения административного выдворения	29
<i>Воронов А.М.</i> Негосударственная система обеспечения национальной безопасности современной России	31
<i>Гоголев А.М.</i> Публичное администрирование как правовая категория	34
<i>Диденко А.Н.</i> Совмещение упрощённой и общей системы налогообложения	42
<i>Иванова О.А.</i> Проблемы временного ввоза транспортных средств	46
<i>Казеева Я.С.</i> Договор как инструмент системы управления налогами	48
<i>Кобзарь-Фролова М.Н.</i> Принцип обеспечения безопасности в ОДКБ	50
<i>Либанова С.Э.</i> Обеспечение единообразия законодательства и правоприменения	51
<i>Ромашов П.А.</i> О новых полномочиях Конституционного суда РФ по осуществлению конституционного контроля	55
<i>Рыльская М.А.</i> Миротворческая деятельность как гарант обеспечения стабильности и безопасности в кризисных ситуациях	58
<i>Стахов А.И.</i> Публичное администрирование и публичное взаимодействие в сфере обеспечения безопасности: понятие, структура, особенности нормативного правового регулирования в субъектах Российской Федерации	59
<i>Телегин А.С.</i> Административная ответственность в сфере дорожного движения: некоторые вопросы правового регулирования	62
<i>Худолей Д.М.</i> Форма правления зарубежных стран СНГ и Балтии	63
<i>Худолей К.М.</i> Организационно-правовая форма территориальных общественных самоуправлений	65
<i>Черкасов К.В.</i> Обеспечение национальной безопасности страны в контексте современных концепций государственного администрирования	68
<i>Шабуня В.В.</i> О проблемах правового регулирования функционирования электроэнергетической отрасли с позиции обеспечения энергетической безопасности Российской Федерации	69
<i>Широбоков С.А.</i> Административные действия по обеспечению права граждан на обращение в органы государства в советский период	71
<i>Эктумаев А.Б.</i> Свобода слова и право на частную жизнь должностных лиц	75
III. ГРАЖДАНСКОЕ, СЕМЕЙНОЕ И ЖИЛИЩНОЕ ПРАВО	79
<i>Алборов С.В.</i> Понятие, правовая природа и некоторые проблемы правового регулирования договора суррогатного материнства по законодательству Российской Федерации	79
<i>Ананьева А.А.</i> Социально-экономические предпосылки построения системы договоров оперативного управления транспортной деятельностью	81
<i>Анисимов А.П.</i> Правовое регулирование соседских отношений в контексте глобальных экологических вызовов современности	83
<i>Арсланов К.М.</i> О двусторонне обязывающем характере договора займа	85
<i>Аюрова А.А.</i> Новеллы правового регулирования оспоримых сделок в России	88
<i>Аюшеева И.З.</i> Проблемы реформирования гражданского законодательства о некоммерческих организациях	89
<i>Белькова Е.Г.</i> Соавторство: проблемы правового регулирования	91
<i>Вабищевич С.С.</i> Содержательные и функциональные особенности понятия «добросовестность» в гражданском праве	93
<i>Валеев М.М.</i> О качестве ст. 1079 ГК РФ и необходимости существования категории «источник повышенной опасности»	95
<i>Валеева Н.Г.</i> Гражданско-правовая природа права доступа	97

<i>Васёва Ю.Н.</i> К вопросу о проблемах реализации права пользования жилым помещением, предоставленным по завещательному отказу	99
<i>Василенко Н.В.</i> Некоторые предложения, касающиеся договора страхования ответственности по договору	101
<i>Вахитова Ю.И.</i> Исполнение как объект смежных прав: доктринальные подходы и тенденции регулирования в гражданском кодексе РФ	103
<i>Волков А.В.</i> Притворные и мнимые сделки. Трудности квалификации	105
<i>Волос А.А.</i> К вопросу о понятии принципов-методов гражданского права	109
<i>Гавва А.А.</i> К вопросу о конкуренции вещных прав	111
<i>Гаврилов Е.В.</i> О двух тенденциях в сфере компенсации нематериального (репутационного) вреда юридическим лицам в России	114
<i>Галкина У.В.</i> Фирменное наименование как средство индивидуализации юридических лиц	116
<i>Головкина Д.В.</i> Вещные права в России в свете проекта изменений гражданского кодекса РФ	118
<i>Гурьянова В.В.</i> Современный взгляд на критерий разграничения публичного и частного права	120
<i>Ельникова Е.В.</i> Взыскание неустойки как способ защиты прав участника долевого строительства	122
<i>Еманова Н.С.</i> Может ли компьютерная программа быть субъектом права? миф и реальность	124
<i>Ермакова А.В.</i> Отметка о наличии судебного спора в отношении зарегистрированного права на объект недвижимости как индикатор потенциальной недостоверности Единого государственного реестра	126
<i>Замрий О.Н.</i> О предпосылках злоупотребления публичным интересом со стороны органов опеки и попечительства	129
<i>Захаркина А.В.</i> Предмет и объект факультативного обязательства: допустимо ли отождествление?	132
<i>Зинковский М.А.</i> Заимствование производственных и торговых идей	135
<i>Ильина О.Ю.</i> Некоторые особенности согласия супруга как односторонней сделки	136
<i>Князева Е.В.</i> Образ жизни и моральный облик лица как условие его алиментирования	138
<i>Кожемякин Д.В.</i> Обратный захват и защита прав добросовестных администраторов доменных имен	140
<i>Кожокаръ И.П.</i> Нетипичные объекты гражданского права в цивилистической дефектологии	142
<i>Кочеткова Т.Ю.</i> Принцип неприкосновенности собственности, его фундаментальное значение и тенденции развития	144
<i>Краснова С.А.</i> Проблемы определения размера компенсации за нарушение исключительных прав	145
<i>Кузнецова Н.В.</i> Виды ограничений свободы договора	147
<i>Кузнецова О.А.</i> К вопросу о «виновной» и «безвиновной» гражданско-правовой ответственности	149
<i>Куркова Н.А.</i> Залог: отдельные вопросы правового регулирования	152
<i>Ладыгина В.П.</i> Концепция отграничения «профилактической охраны» и «предотвратительной охраны» от «защиты гражданских прав»	153
<i>Левушкин А.Н.</i> Проблемы и перспективы законодательного регулирования поставки товаров для государственных нужд	155
<i>Малеина М.Н.</i> Обязанность родителей обеспечить получение детьми общего образования	156
<i>Мартыненко И.Э.</i> Кодификация законодательства об охране объектов культурного наследия: первый опыт в СНГ	158
<i>Матвеев А.Г.</i> Монистическая (германская) модель системы авторских прав	160
<i>Матвийчук С.Б.</i> Отдельные вопросы защиты неопределенного круга потребителей в Республике Беларусь	162
<i>Мигачева А.Ю.</i> К вопросу о функциях гражданского права	164
<i>Микрюков В.А.</i> Аналогия в механизме перемены лиц в обязательстве из предварительного договора	167
<i>Микрюкова Г.А.</i> О месте корпоративных отношений в предмете гражданского права	168
<i>Мингалева Ж.А.</i> Элементы системы правовых механизмов стимулирования должника к надлежащему исполнению обязательств и гарантирования интересов кредитора, предусмотренные Гражданским кодексом РФ	170
<i>Мирских И.Ю., Мингалева Ж.А.</i> К вопросу об оценке практики реализации, охраны и защиты инноваций	171
<i>Нечаев В.В.</i> К вопросу о компенсации морального вреда в семейных правоотношениях	174
<i>Низамиева О.Н.</i> Актуальные проблемы применения норм об ответственности супругов по обязательствам	176
<i>Новикова Н.А.</i> Коллизионный аспект реализации права на имя	179
<i>Папулов А.Г.</i> Субъекты защиты гражданских прав	181
<i>Подшивалов Т.П.</i> К вопросу о способах достижения реализации принципа правовой определенности в гражданском праве	183
<i>Прудникова А.Е.</i> Фонд капитального ремонта и государственный контроль за его формированием и использованием	186
<i>Пушкарева А.Н.</i> К вопросу о системе гражданско-правовых тайн по законодательству Российской Федерации: постановка проблемы и пути решения	188

<i>Пьянкова А.Ф.</i> Об императивности нормы ст. 782 ГК РФ	189
<i>Реутов С.И., Закалина И.С.</i> Соглашение о разделе общего имущества супругов	192
<i>Сабитова Э.Н.</i> Механизм защиты детей, оказавшихся в трудной жизненной ситуации: постановка проблемы	195
<i>Серебрякова А.А.</i> Пределы осуществления алиментного права супруга и бывшего супруга	196
<i>Строгонова Т.П.</i> Право членов семьи собственника жилого помещения: правовая природа	198
<i>Сулейманова С.А.</i> Влияние категории «возможность» на определение содержания правоспособности	200
<i>Сулова С.И.</i> Правовое регулирование отношений общей собственности на жилое помещение нормами гражданского и жилищного законодательства	203
<i>Тарасова Е.А.</i> Некоторые вопросы при нотариальном удостоверении сделок с недвижимостью. Пределы компетенции нотариуса по проверке правоустанавливающих и правоподтверждающих документов	205
<i>Усачева Е.А.</i> Баланс и конкуренция семейного и гражданского законодательства при регулировании отношений, связанных с динамикой семейно-правовых договоров	208
<i>Фиошин А.В.</i> К вопросу об оценочных понятиях в нормах-принципах семейного законодательства	210
<i>Формакидов Д.А.</i> Договор дарения с условием о сохранении права проживания за прежним собственником: проявление принципа свободы договора или недействительная сделка?	213
<i>Ходырев П.М.</i> Основания и порядок увеличения стоимости образовательных услуг по договорам об образовании	214
<i>Ходырева Е.А.</i> Отказ от наследства или непринятие наследства (к вопросу о правильности выбора)	216
<i>Чиркаев С.А.</i> Общие вопросы недействительности завещания	218
<i>Шершень Т.В.</i> К вопросу о способах защиты семейных прав	220
<i>Щенникова Л.В.</i> Воспитательная функция гражданского права и роль модернизации гражданского законодательства в ее осуществлении	222
<i>Эйриян Г.Н.</i> Определение пространственных границ земельного участка	223
<i>Mirskikh I. Yu.</i> The codification of intellectual property sphere in Russia	225
IV. ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО, ГРАЖДАНСКИЙ И АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕСС	227
<i>Акинфиева В.В.</i> Недопустимость внесения исправление, изменений в текст мирового соглашения в арбитражном процессе	227
<i>Аксенова Т.В.</i> Категория индивидуального предпринимателя в Российском праве	229
<i>Аксенчук М.А.</i> Недобросовестное использование конструкции юридического лица	232
<i>Афанасьев А.Б.</i> Добросовестность сторон при заключении договора банковского вклада	234
<i>Барков А.В.</i> О некоторых направлениях совершенствовании законодательства о социальном обслуживании в условиях формирования модели социального предпринимательства	236
<i>Бублик В.А.</i> Ценности частного права в контекстах современной геополитики: деградация или модернизация?	238
<i>Гладкая Е.Н.</i> Отдельные особенности производства по делу о банкротстве банка	241
<i>Голубцов В.Г.</i> Концепция единого Гражданского процессуального кодекса: от дифференциации к унификации	243
<i>Горшунев Д.Н.</i> К вопросу о процессуальном порядке рассмотрении дел о признании информации, запрещенной к распространению в Российской Федерации	245
<i>Гришина Я.С.</i> Достоинства и недостатки законопроекта Минэкономразвития о социальном предпринимательстве: экспертное мнение	249
<i>Данилова Л.Я.</i> Корпоративный договор как средство индивидуального регулирования корпоративных отношений	251
<i>Демиева А.Г.</i> Систематизация постановлений высших судебных органов в сфере Предпринимательства	253
<i>Дьяченко Е.М., Томилова Л.Н.</i> Тенденции развития инвестиционного законодательства	255
<i>Загоруйко И.Ю.</i> Отдельные проблемы правового регулирования рекламной деятельности	258
<i>Загоруйко И.Ю., Эстерлейн Ж.В.</i> Гражданско-правовые основы к определению интернет-рекламы	261
<i>Зарубин А.С.</i> Актуальные вопросы развития института несостоятельности (банкротства) в российском праве: эволюционный аспект	263
<i>Карпычев М.В.</i> Реформа гражданского процессуального законодательства и проблема унификации правовых норм	265
<i>Козлова М.Ю.</i> Соотношение недобросовестной конкуренции и злоупотребления правом	267
<i>Коротков Д.Б.</i> Обязательный досудебный порядок урегулирования спора по АПК РФ	268
<i>Лапенков А.В.</i> Добровольное предложение о приобретении более 30 процентов акций публичного общества: основания и процедура	270
<i>Любимова Е.В.</i> Существенные условия медиативной оговорки	274

<i>Маньковский И.А.</i> Императивные нормы как правовое средство регулирования экономических отношений	275
<i>Матишова Е.С.</i> Технические регламенты таможенного союза в сфере оборота пищевой продукции: постановка проблем	278
<i>Мионов А.Н.</i> Ведомственный контроль как средство предупреждения правонарушений в области закупочной деятельности учреждениями УИС	280
<i>Останина Е.А.</i> Институт залога прав по договору банковского счета: как развивается практика?	281
<i>Попова О.В.</i> Закупочные и товарные интервенции в российском сельском хозяйстве	284
<i>Радьков К.М.</i> К вопросу о гражданско-правовом статусе индивидуального предпринимателя	285
<i>Рубцова Н.В.</i> Планирование предпринимательской деятельности: миф или реальность?	288
<i>Семешко А.И., Поткина М.А.</i> Исследование возможности применения института арбитража (третейского разбирательства) к рассмотрению споров в сфере профессионального спорта	289
<i>Соловьева Т.В.</i> Добросовестная реализация процессуальных прав в гражданском судопроизводстве	291
<i>Степанченко А.В.</i> Компенсационная природа валютной оговорки в договорах	293
<i>Сыропятова Н.В.</i> Правовое регулирование договора счета эскроу и договора условного депонирования (эскроу) в России	296
<i>Сятчихин А.В.</i> Юридическая конструкция заранее оцененных убытков в континентальном праве	298
<i>Фролович Э.М.</i> Понятие и значение стадии возбуждения производства в суде апелляционной инстанции	300
<i>Чаплинская А.А.</i> Модели корпоративного управления в России: характеристика и тенденции развития	303
<i>Чекмарева А.В.</i> Тенденции реформирования гражданского процесса в современной России	305
<i>Чукулаев Р.В.</i> Вопросы понимания категории права по ценной бумаге	308
<i>Чудинов О.Р.</i> Новеллы антимонопольного законодательства и опыт Китая	310
<i>Шукин А.И.</i> О порядке исполнения на территории РФ судебных актов в отношении иностранного государства и его имущества	312
V. МЕДИАЦИЯ	316
<i>Архипкина А.С.</i> Развитие медиации в субъектах Российской Федерации (опыт Иркутской области)	316
<i>Боронина М.Н.</i> Возможности применения медиации в нотариальной практике	319
<i>Голубева О.В.</i> Медиация в свете реформ гражданского законодательства	321
<i>Леденцова В.А.</i> Семейная медиация в ситуации развода: постбракная коммуникативная модель	323
<i>Михель Д.Е.</i> К вопросу о правовой природе медиации	324
<i>Нессонов К.С.</i> Некоторые вопросы применения процедуры медиации в разрешении коллективных трудовых споров	327
<i>Реутов С.И.</i> Знания о праве в медиации	329
<i>Соболева Л.А.</i> Медиация в Пермском крае. Некоторые итоги социального эксперимента 2002–2015 гг.	334
<i>Реутов С.И., Спиридонова Е.И.</i> Необходимость применения примирительных процедур (медиации) при разрешении споров, затрагивающих интересы детей, как защита их прав (зарубежный опыт)	338
<i>Хавкина А.Л.</i> Технологии медиации как инструмент урегулирования конфликтов в социальной сфере	341
<i>Шуренкова С.С.</i> О возможностях медиации в предпринимательской деятельности	344
VI. ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ	347
<i>Балицкий К.С.</i> Влияние научных идей Л.Ю. Бугрова на формирование института трудового Договора	347
<i>Благодир А.Л.</i> Защитная функция и ее роль в праве социального обеспечения	349
<i>Булавина Д.В.</i> Институт дистанционных работников в условиях постиндустриального общества	352
<i>Васильева Ю.В., Шуралева С.В.</i> Практика применения законодательства о дистанционном труде (анализ разъяснений федеральных органов исполнительной власти)	355
<i>Вишнякова М.А.</i> Альтернативный подход к понятию перерывов в трудовом праве	357
<i>Гонцов Н.И.</i> Региональное соглашение о минимальной заработной плате в субъекте Российской Федерации: анализ некоторых вопросов	359
<i>Драчук М.А.</i> Трудовые и гражданские договоры в сфере использования личного труда: современное состояние	361
<i>Зайцева Л.В.</i> Отграничение представительства в отношениях, урегулированных трудовым правом, от гражданско-правового представительства	363
<i>Замараева З.П.</i> Правовое регулирование современной системы социальной защиты населения	366
<i>Иванчина Ю.В.</i> Глобализация и функции трудового права	371
<i>Истомина Е.А.</i> Сфера действия права социального обеспечения и профилактика социальных рисков	372
<i>Киррилова Л.С.</i> Пермская школа трудового права: взгляд на трудовой договор	375

<i>Клепалова Ю.И.</i> К вопросу об обязательности применения профессиональных стандартов	377
<i>Корняков В.И.</i> Некоторые особенности представительства прав и интересов малолетних работников в сфере трудового права России	379
<i>Коробченко В.В., Сафонов В.А.</i> Особенности управления трудом при направлении работников к другим хозяйствующим субъектам по договору о предоставлении труда работников (персонала)	380
<i>Кудрин А.С.</i> О воздействии профсоюзов на трудовые и служебные правоотношения в период рыночной экономики	383
<i>Кудрин С.М.</i> К вопросу о теоретических и практических аспектах социального партнерства на государственной службе	385
<i>Кузнецова К.Н.</i> Социальное обслуживание лиц пожилого возраста в Швеции: правовые и организационные особенности	387
<i>Лушников А.М.</i> Социальные договоры в праве: постановка проблемы	389
<i>Лушников М.В.</i> Способы закрепления договорных конструкций в праве социального обеспечения	391
<i>Маматказин И.Р.</i> О природе функций права социального обеспечения	393
<i>Новикова Н.В.</i> К вопросу о признаках пермской школы трудового права	395
<i>Скачкова Г.С.</i> Трудовая мобильность и занятость	397
<i>Суханова М.Г.</i> Соответствие российского законодательства международным нормам, направленным на защиту прав работников несостоятельного работодателя	399
<i>Татаринов А.А.</i> Потребности человека как фактор мотивации и трудовое законодательство	401
<i>Федорова М.Ю.</i> Ситуация социального риска: понятие и правовая характеристика	404
<i>Худякова С.С.</i> «Трудящийся-мигрант», «работник-мигрант», «иностранный работник»: подходы к определению понятий в международном и российском праве	406
<i>Шукаева Е.С.</i> Категория «Работодатель» в механизме правового регулирования труда: опыт ФРГ	407
VII. УГОЛОВНОЕ ПРАВО, ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР И КРИМИНОЛОГИЯ	410
<i>Воеводкин А.В.</i> Феномен рейдерства в России: экономический аспект	410
<i>Воеводкина К.М.</i> О кредиторской задолженности как предмете преступления, предусмотренного ст. 177 УК РФ	412
<i>Кирова Т.А.</i> Поощрение в системе мер уголовно-правового воздействия	414
<i>Корепанова Е.А.</i> К вопросу о критериях разграничения кражи и мошенничества, совершаемых с использованием платежных карт	416
<i>Рожков С.А.</i> Некоторые особенности применения уголовного наказания в виде штрафа	419
<i>Степанов В.В.</i> Пермский след «дела энергетиков»: уголовно-правовая квалификация	421
<i>Суллопаров И.А.</i> Насильственные преступления против собственности в структуре Особенной части Уголовного кодекса России	423
<i>Чудин Н.М.</i> Противодействие экстремистской деятельности	425
<i>Шумихин В.Г.</i> Новое судебное толкование вымогательства	426
<i>Эккерт В.Ю., Эккерт Т.В.</i> Причины совершения преступлений в отношении несовершеннолетних	429
VIII. УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА	433
<i>Афанасьева С.И.</i> Предмет рассмотрения уголовных дел судом кассационной инстанции	433
<i>Борисевич Г.Я.</i> Полномочие суда апелляционной инстанции по направлению дела в суд первой инстанции на новое рассмотрение в процессуальном праве России	435
<i>Добровлянина О.В.</i> Процессуальное основание для осмотра места происшествия в жилище на стадии возбуждения уголовного дела	437
<i>Долгинов С.Д.</i> Компьютерно-программное обеспечение раскрытия, расследования преступлений	439
<i>Килина И.В.</i> Сравнительный анализ прослушивания телефонных переговоров и их контроля и записи ...	441
<i>Ланцедова Ю.А.</i> Новая редакция статьи о доказательствах и порядке работы с ними в антикриминальном судопроизводстве	443
<i>Макарчук И.Ю.</i> Правовые средства процессуальной деятельности прокуратуры окружного суда (на примере судебной реформы 1864 года)	445
<i>Маркелов С.В.</i> Управление организационными преобразованиями в пенитенциарной системе России	447
<i>Моисеенко И.Я.</i> Рецензия на учебник: Криминалистика: в 2 т. // под общ. ред. А.И. Бастрыкина. М.: Экзамен, 2014. 599 с.	449
<i>Пастухов П.С.</i> О совершенствовании собирания электронных доказательств в уголовно-процессуальном доказывании	450
<i>Шадрин М.А.</i> Концептуальные проблемы доказывания по уголовным делам, рассматриваемым с участием присяжных заседателей	453
<i>Эккерт В.Ю., Эккерт А.В.</i> Некоторые современные криминалистические аспекты преступлений в сфере информационных технологий	456
<i>Якубина Ю.П.</i> Современное содержание правосудия в уголовном судопроизводстве	460

IX. МЕЖДУНАРОДНОЕ И ЗАРУБЕЖНОЕ ПРАВО	463
<i>Брылева Е.А.</i> Интернет как средство информационной войны	463
<i>Бушмелёва Д.Б.</i> Опыт реализации болонского процесса в странах ЕС и в Российской Федерации	465
<i>Марголина Т.И.</i> Роль уполномоченного по правам человека в продвижении европейских стандартов прав человека	467
<i>Михайлова Н.С.</i> Не соблюдение обязательств владельцами SEP как злоупотребление доминирующим положением в конкурентном праве ЕС.....	473
<i>Мохова Е.В.</i> Новый этап развития европейской модели регулирования трансграничных банкротств	474
<i>Понкин И.В., Редькина А.И.</i> О зарубежном опыте защиты прав спортивного судьи (на примере Франции и Бразилии)	475
<i>Седова Ж.И.</i> Злоупотребление эстоппелем	477
<i>Сивопляс А.В.</i> Европейские политические партии	481
<i>Трефилов А.А.</i> Принципы законности, уважения человеческого достоинства и справедливости по новому УПК Швейцарии	483
<i>Третьякова Е.С.</i> Организационная составляющая механизма осуществления внешнеполитической деятельности Российского государства в XIX веке	485
<i>Трубинова Е.И.</i> Законодательство о недобросовестной конкуренции в государствах-членах ЕАЭС как аспект становления в ЕАЭС единой конкурентной политики	487
<i>Чернышева Ю.Ю.</i> О проблемах применения судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права	489
<i>Чернядьева Н.А.</i> К вопросу об уголовной ответственности организаций в связи с борьбой с терроризмом	492
X. АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ГУМАНИТАРНОГО ОБРАЗОВАНИЯ	494
<i>Бурдо Е.П., Гаранина И.Г.</i> Проблемы реализации инклюзивного образования в международном праве и в российской федерации на современном этапе	494
<i>Зенина О.Г., Кузнецова О.В.</i> Законодательство о высшем образовании как элемент единого правового пространства Российской Федерации	496
<i>Кириченко А.А.</i> Развитие новой доктрины бесплатного и доступного четырнадцатиступенчатого образования и науки	500
<i>Тунтула А.С.</i> Развитие новой доктрины учебного обеспечения четырнадцатиступенчатого образования и науки	502
<i>Шмыков В.И.</i> Юридическая психология в ПГНИУ – некоторые итоги исследований	504

I. ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Е. В. Аристов

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ИНТЕРПРЕТАЦИИ СОДЕРЖАНИЯ ПРИНЦИПА СОЦИАЛЬНОСТИ ГОСУДАРСТВА В ПРАВОВЫХ ПОЗИЦИЯХ СУДЕБНЫХ ОРГАНОВ АВСТРАЛИИ

Интереснейшую эмпирическую основу в исследовании сущности, природы, особенностей проявления и выражения социальности государства и обеспечения благосостояния населения дает Австралия.

Принцип социальности государства на конституционном уровне в Австралии не закрепляется напрямую, однако приведенное ниже положение позволяет говорить о социальном характере этой страны.

Согласно пункту XXIII-А ст. 51 Конституционного акта (Конституции) Содружества Австралии от 1900 г. (вступившего в силу в 1901 г.)¹, которая содержит перечень законодательных полномочий Парламента Австралии, Парламент с учётом положений данного Конституционного акта вправе принимать законы для обеспечения мира, порядка и надлежащего управления Содружеством в отношении предоставления пособий по беременности и родам, пенсий вдовам, денежного обеспечения для детей, предоставления пособий по безработице, болезни, больничных и фармацевтических пособий, предоставления медицинских и стоматологических услуг, пособий студентам и семьям.

Содержание принципа социальности государства нашло отражение в следующих решениях судов Австралии.

Решение Верховного суда штата Виктория Австралии от 27 февраля 1976 г. № [1976] VicRp 50; [1976] VR 501 по делу «Тансел против "Renown Plate Co Pty Ltd"»

Истец по данному делу был серьезно ранен на рабочем месте, его рука была раздавлена прессом, которым он управлял. Впоследствии он обратился в окружной суд в Мельбурне с иском против своего работодателя с целью получить компенсацию за причиненный ему ущерб. Ответчик по данному делу признал свою ответственность и выплатил истцу компенсацию в размере согласно вынесенному указанным судебным органом решению. Однако истца не устроил подход суда первой инстанции к исчислению размеров компенсации, который был основан на определении размеров утраченной истцом нетрудоспособности, поэтому он обратился с апелляцией в Верховный суд штата Виктория.

Как указал Верховный суд штата Виктория, «в современном обществе из-за политики так называемого государства благосостояния некоторые формы поддержки обеспечиваются государством и стали достаточно распространенным явлением».

Верховный суд штата Виктория также отметил, что с появлением государства благосостояния, в котором истец по данному делу получает помощь от государства в случае любого рода безработицы, то в соответствии с принципами справедливости и правосудия, а также согласно государственной политике истец должен получить компенсацию только за фактический ущерб, причиненный ему безработицей, но не более².

Решение Федерального суда Австралии от 3 ноября 2006 г. № [2006] FCA 1414 по делу «Комиссар по налогам и сборам против "Word Investments Ltd"»³

В своем решении по данному делу Федеральный суд Австралии отметил, что с упадком государства благосостояния благотворительные организации, как ожидается, должны расширять сферу своей деятельности, имея при этом то же неизменившееся количество ресурсов.

Решение Федерального суда Австралии от 22 мая 2013 г. № [2013] FCA 480 по делу «Биллингтон против Секретаря Департамента по делам семей, жилищного обеспечения, общественным услугам и по делам коренного населения»

При обосновании своего решения по данному делу Федеральный суд Австралии указал, что такова природа современного государства благосостояния и, соответственно, всепроникающей роли органов публичной власти в нашем обществе, что иногда серьезные конституционные вопросы могут

возникать самым неожиданным образом и в отношении наиболее естественных событий, как в данном деле рождения ребенка.

Что касается сути дела, то 30 марта 2011 г. заявитель по данному делу родила сына и оставалась с ним в медицинском учреждении до 4 апреля 2011 г. 5 апреля 2011 г. заявитель обратилась в соответствующее учреждение для получения государственной выплаты в соответствии с законодательством о помощи семьям, известной как «бейби-бонус».

Согласно указанному законодательству одним из критериев, которым должен был соответствовать ребенок, чтобы на него могло быть получено такое пособие, являлся уход за таким ребенком со стороны взрослого, который несет за него полную ответственность, и пособие предоставлялось за весь срок предоставления такого ухода ребенку указанным взрослым.

31 марта 2011 г. магистрат Саутпорта (штат Квинсленд) издал приказ в соответствии с законодательством о защите детей в отношении ребенка заявителя (без уведомления заявителя) о том, что до 3 апреля 2011 г. тот находился под защитой главы Департамента общественных услуг. Однако 1 апреля 2011 г. другой магистрат штата Квинсленд продлил действие данного приказа до полуночи 4 апреля 2011 г.

4 апреля 2011 года сын заявителя был передан в приемную семью, и заявитель более с ним не контактировала.

В итоге было установлено, что заявитель несла ответственность за ребенка только в течение одного дня, 30 марта 2011 года, и ей положена лишь соответствующих размеров небольшая выплата. Заявитель обратилась с иском в суд первой инстанции⁴.

Решение Высокого суда Австралии от 20 августа 1984 г. № [1984] HCA 52; [1984] 155 CLR 549 по делу «Жэни против Коффи»⁵

В данном решении Высокий суд Австралии выразил свою позицию относительно влияния государства благосостояния на развитие законодательства о причинении личного вреда.

Как указал Высокий суд Австралии, ранее законодательство о халатности развивалось тогда, когда фактически не существовало социального обеспечения, однако в настоящее время в Австралии оно должно развиваться последовательно, с развитием всеобъемлющей национальной системы медицинского обеспечения, а также системы предоставления пособий в рамках социального обеспечения.

Также, как отметил в данном решении Высокий суд Австралии, федеральное законодательство Австралии о социальном благосостоянии предусматривает предоставление пенсионных пособий по инвалидности, а также различных пособий для безработных или больных. И медицинские расходы, во всяком случае те, которые покрываются указанными государственными программами, не должны учитываться при исчислении размеров компенсации за причинение личного вреда.

Решение Административного апелляционного трибунала Австралии от 28 июня 1988 г. № [1988] AATA 561 по делу «Шейн Томас О'Брайен против Министра по вопросам иммиграции, местного самоуправления и по этническим вопросам»⁶

В своем решении по данному делу Административный апелляционный трибунал Австралии отметил, что в государстве благосостояния иногда людям слишком легко намеренно обмануть систему. И это не может быть оправдано даже тем, что люди чувствуют, что не получили от общества справедливого отношения.

Анализируя вышеуказанную судебную практику – решения различных судов Австралии, можно сделать следующие выводы о ее влиянии на проблематику социального государства (в части постановки проблем и способов их разрешения):

- в соответствии с принципами справедливости и правосудия любое лицо должно получить компенсацию только за фактический ущерб, причиненный ему безработицей;
- медицинские расходы, покрываемые государственными программами, не должны учитываться при исчислении размеров компенсации за причинение личного вреда;
- одним из критериев, которым должен соответствовать ребенок, чтобы на него могло быть получено пособие, является уход за ним со стороны взрослого, который несет за него полную ответственность, и пособие необходимо предоставлять за весь срок такого ухода за ребенком;
- в государстве благосостояния людям слишком легко намеренно обмануть систему, это не может быть оправдано даже тем, что люди чувствуют, что не получили от общества справедливого отношения.

¹ Конституционный акт (Конституция) Содружества Австралии от 1900 года [Commonwealth of Australia Constitution Act (The Constitution) of 1900] // <<https://www.comlaw.gov.au/Details/C2013Q00005>>; <<http://www.austlii.edu.au/au/legis>>

² Case «Tuncel v. Renown Plate Co Pty Ltd» / Decision of the Supreme Court of Victoria of 27 February 1976 № [1976] VicRp 50; № [1976] VR 501 // <<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/vic/VicRp/1976/50.html?>>.

³ Case «Commissioner of Taxation v. Word Investments Ltd» / Decision of the Federal Court of Australia of 3 November 2006 № [2006] FCA 1414 // <<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/FCA/2006/1414.html?>>.

⁴ Case «Billington v. Secretary, Department of Families, Housing, Community Services and Indigenous Affairs» / Decision of the Federal Court of Australia of 22 May 2013 № [2013] FCA 480 // <<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/FCA/2013/480.html?>>.

⁵ Case «Jaensch v Coffey» / Decision of the High Court of Australia of 20 August 1984 № [1984] HCA 52; [1984] 155 CLR 549 // <<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1984/52.html?>>.

⁶ Case «Shane Thomas O'Brien v. Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs» / Decision of the Administrative Appeals Tribunal of Australia of 28 June 1988 № [1988] AATA 561 // <<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/AATA/1988/561.html?>>.

М. В. Батюшкина

*Законодательное Собрание Омской области,
г. Омск*

К ВОПРОСУ О СТАТУСЕ СУБЪЕКТА ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО ДИСКУРСА

Актуальность темы исследования обусловлена научно-теоретической значимостью вопросов, связанных с формированием системы научных представлений о природе законодательного дискурса. Важные моменты, которые отмечают исследователи при рассмотрении различных аспектов законодательного дискурса (М.П. Брандесом, М.Е. Жуковой, О.А. Крапивкиной, К.Ч. Рекошем, А.А. Чекалиным и др.), могут быть учтены при описании дискурсивного пространства законодательных текстов, а также способны оказать многообразное воздействие на практику работы российских парламентов, в том числе на экспертное сопровождение законодательного процесса.

Законодательный дискурс определяет способ трактовки общества и государства, а также человека в обществе и государстве. В связи с этим важность определения статуса субъектов – участников законодательного дискурса имеет следующие основания. Во-первых, исследователи законодательного дискурса на первый план выдвигают законодательный текст и непрерывный процесс законотворчества, оставляя за пределами законодательного дискурса такой его базовый компонент как субъектность. Во-вторых, субъекты законодательного дискурса конструируются законодательным дискурсом, т. е. являются составной частью законодательного дискурса. В-третьих, субъекты своими волевыми решениями и действиями конструируют законодательный дискурс, и в этом случае законодательный дискурс может быть рассмотрен в качестве «производного» от субъективной деятельности определенного круга лиц.

Российская модель юридического дискурса, образуемого на двух уровнях: федеральном и региональном, предполагает множественность субъектов законодательного дискурса. Данные субъекты имеют прямое или косвенное отношение к созданию и применению на практике законодательных текстов. В качестве субъектов законодательного дискурса позиционируются не только индивидуальные языковые личности, но и коллективные субъекты (группы людей, органы власти, организации, социальные институты и проч.).

В нашем исследовании субъект законодательного дискурса – это собирательный и обобщенный образ, который мы распространяем на множество субъектов, нивелируя при этом специфические различия этих субъектов, сделав приоритетной их доминантный связующий признак – характеристику функциональной роли в законодательном дискурсе. На наш взгляд, система субъектов, сложившаяся в российском законодательном дискурсе, обусловлена прежде всего четким распределением функциональных ролей данных субъектов. Определенность функциональной роли субъекта рассматривается в качестве основного фактора организации законодательного дискурса и его результативности. Другими словами, чем лучше субъект выполняет свою функциональную роль, тем эффективнее законодательный процесс и его результат – российские законы. При изменении функциональных ролей

субъектов или при утрате ими функциональных ролей и, соответственно, субъектных позиций, эволюционирует как система субъектов, так и законодательный дискурс в целом.

Взаимодействие субъектов законодательного дискурса и законодательного дискурса опосредовано взаимодействием субъектов друг с другом, корреляцией их функциональных ролей. В свою очередь, корреляция функциональных ролей является предпосылкой статусного равноправия или неравноправия субъектов законодательного дискурса.

Например, как депутаты Государственной думы, так и депутаты региональных парламентов наделены правом законодательной инициативы. Однако первые осуществляют данное право на общегосударственном уровне, вторые – на уровне субъектов федерации. При этом различное статусное положение субъектов в юридическом дискурсе не предполагает подчиненности одних субъектов другим.

С другой стороны, при одинаковом статусном положении субъектов может наблюдаться неравенство полномочий, создающее ситуацию преимущества одних субъектов перед другими. Так, субъекты, наделенные в Государственной Думе правом законодательной инициативы (Президент РФ, Совет Федерации, члены Совета Федерации, депутаты Государственной думы, Правительство РФ, региональные парламенты, Конституционный суд РФ, Верховный суд РФ, Высший арбитражный суд РФ), на первый взгляд, являются равноправными субъектами законодательного дискурса. Однако Конституционный суд РФ, Верховный суд РФ, Высший арбитражный суд РФ, несмотря на одинаковое с иными субъектами права законодательной инициативы статусное положение, могут вносить проекты федеральных законов только по вопросам своего ведения, следовательно, в пределах законодательного дискурса они ограничены в своей функциональной роли.

Несмотря на то что понятие субъекта законодательного дискурса является собирательным, обобщенным, субъектные характеристики отражают фактическое положение личности в определенных коммуникативных ситуациях.

Так, статус депутата российского парламента имеет синтетический характер и представлен в виде совокупности четко определенных личностных, профессиональных и социально-правовых характеристик¹. Данные характеристики иллюстрируют специфику статуса депутата, совместимость этого статуса с иными статусами субъектов законодательного дискурса, коммуникативные отношения, складывающиеся в процессе осуществления субъектом полномочий, обусловленных его статусом. Основу приведенных характеристик составляют требования, запреты, ограничения и преференции, которые, с одной стороны, направлены на достижение определенного результата депутатской деятельности, с другой стороны, идентифицируют принадлежность депутата к депутатскому сообществу с его традициями и нормами. Выход за границы предписанного дискурсом статусного положения (например, приобретение гражданства иностранного государства, назначение на иную должность и проч.) обуславливает «потерю» статусного положения, т. е. прекращение депутатом исполнения своих полномочий.

Реализация субъектами законодательного дискурса четко определенных функциональных ролей в ходе законодательного процесса связана с работой парламента, позволяющего построить совместную деятельность данных субъектов как систему коммуникативных связей, возникающих между субъектами законодательного дискурса и юридическим дискурсом.

Исследуя вопрос о субъекте законодательного дискурса, мы не можем, безусловно, обойти вниманием такие важные дискурсивные маркеры, как «образ государства» и «образ закона». В юридическом дискурсе государство наделено специфическими атрибутами и качествами «активного» субъекта волеизъявления, воздействующего на адресатов, дозволяющего или запрещающего адресатам какие-либо действия и охраняющего их права². Функциональная роль государства как персонифицированного субъекта закреплена в законодательных текстах. Примеры: Государство *гарантирует* равенство прав и свобод человека и гражданина³; Государство *обеспечивает* потерпевшим доступ к правосудию и компенсацию причиненного ущерба⁴; Языки народов Российской Федерации *находятся под защитой государства*⁵.

Особыми функциональными ролями наделяется и закон, который позиционируется, с одной стороны, в качестве источника правового знания и формы представления этого знания, с другой стороны, в качестве персонифицированного «активного» субъекта-адресанта. В результате корреляции данных функциональных ролей создается иллюзия того, что «закон» устанавливает и определяет политические, экономические, морально-этические, этноязыковые и другие факторы организации государства и общества. Примеры: Право частной собственности *охраняется законом*⁶; *Настоящий Закон, выражая уважение* ко всем народам, населяющим Удмуртскую Республику, *определяет основные принципы* регулирования общественных отношений в области использования и развития языков, которыми пользуются народы Удмуртской Республики⁷.

Поскольку понятия «государство» и «закон» представляют собой правовые концепты, выражающие в концентрированном виде наиболее значимые аспекты содержания национальной правовой системы и национальной правовой культуры, языковое выражение «образа государства» и «образа закона» в качестве адресантов законодательного текста можно считать речевой стратегией, направленной на достижение цели законотворчества.

Подводя итоги, отметим следующее. Актуальность и значимость вопроса о статусе субъекта законодательного дискурса объясняется необходимостью формирования целостного и точного представления о природе современного законодательного дискурса, его функциональной и прагматической сторонах, в частности, о процедурных правилах законодательного процесса и их роли в порождении законодательного текста. Рассмотрение вопроса о статусе субъекта законодательного дискурса основывается на деятельностном подходе, позволяющем учитывать четкую определенность функциональных ролей, исполняемых данными субъектами в законодательном процессе при разработке, обсуждении и принятии законодательного текста. Каждый субъект законодательного дискурса вносит свой вклад в дискурсивную законодательную практику и ее совершенствование.

¹ О статусе члена Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации: Федер. закон от 8 мая 1994 г. № 3-ФЗ: в ред. закона от 03.05.2016 № 140-ФЗ // Рос. газета. 1999. 8 июля.

² Фетюков Ф.В. Эволюция представлений о сущности и содержании понятия «функции государства» // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2014. № 3(25). С.33-43.

³ Статья 18 Конституции России. URL: http://www.duma.gov.ru/analytics/publication-of-legal-department/2015/20_tri-08-15.pdf (дата обращения 29.03.2016).

⁴ Статья 52 // Там же.

⁵ О языках народов Российской Федерации: Федер. закон Российской Федерации от 25 окт. 1991 г. № 1807-1: в ред. закона от 12.03.2014 г. № 29-ФЗ // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. 12 дек. № 50, ст. 1740. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

⁶ Статья 35 Конституции России. URL: http://www.duma.gov.ru/analytics/publication-of-legal-department/2015/20_tri-08-15.pdf (дата обращения 29.03.2016).

⁷ О государственных языках Удмуртской Республики и иных языках народов Удмуртской Республики: закон Удмуртской Республики от 06.12.2001 г. № 60-РЗ: в ред. закона от 10.04.2015 г. № 15-РЗ // Известия Удмуртской Республики. 2001. 18 дек. № 196. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс Регион».

А. С. Бондарев

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ПРАВОМЕРНОЕ ПОВЕДЕНИЕ – НЕОТЪЕМЛЕМАЯ ЧАСТЬ ЖИВОЙ ЧАСТИ ПРАВОВОЙ КУЛЬТУРЫ СУБЪЕКТОВ ПРАВА

Изучение места правомерного поведения субъектов права в живой части их правовой культуры имеет не только чисто познавательный, академический, но и большой политико-практический характер, так как установление истинного места правомерного поведения в правовой системе общества позволит создать и реализовать научную программу его формирования и совершенствования. Правомерное поведение субъектов российского права, как мы полагаем, может формироваться только в лоне живой части их правовой культуры.

Для решения поставленной задачи необходимо, прежде всего, определиться с понятием «правомерное поведение», его границами. Дело в том, что в отечественной юридической науке это понятие стало активно разрабатываться только в последней четверти XX в. в связи с потребностью россиян в построении правового государства, обуславливающей их правовую активность. Однако до сих пор наука не выработала общепринятого понятия «правомерное поведение». Существуют различные точки зрения – как расширяющие рамки такого поведения, так и неоправданно сужающие.

Например, к правомерному поведению субъектов права относят все их поведение, не запрещенное правом, по принципу «дозволено все, что не запрещено законом». Здесь, как видим, границы правомерного поведения расширяются за счет необоснованного включения в него нейтрального к праву положительного поведения субъектов права – действия субъектов права в правосвободном

пространстве общества. И наоборот, некоторые исследователи сужают границы правомерного поведения. К ним относятся те, кто правомерным поведением считают поведение субъектов права, основанное только «на высоком уровне правовой установки». Здесь правомерное поведение сводится только к социально-активному – одному из его четырех видов, при этом игнорируются три других вида. Указанные подходы к понятию правомерного поведения были подвергнуты обоснованной критике еще в восьмидесятые годы прошлого века известным исследователем правомерного поведения В.О. Оксамытным¹.

Однако существующий до сих пор разброс мнений по поводу правомерного поведения (это поведение субъектов, совпадающее с требованиями права; не запрещенное правом; не противоречащее нормам права и т.д.), на наш взгляд, во многом объясняется тем, что оно рассматривается в отрыве от правовой культуры, неотрывной частью которой является. В этом случае в состав правомерного поведения «негласно» включаются компоненты живой части правовой культуры субъектов права, которые психологически готовят его, умственно вырабатывают внутренний образ правомерного поведения, планируют пути его осуществления. Это мы видим и в монографиях, и в диссертациях, и в учебной литературе, в которой ему отводятся обособленные главы.

С другой стороны, дело осложняется тем, что в юридической науке существует большой разброс мнений в понимании правовой культуры. Насчитывают до двухсот пятидесяти ее определений. Наш анализ существующих понятий правовой культуры показал, что правовая культура в основном понимается односторонне, сводится только к ее предметной стороне – опредмеченным результатам правомерной деятельности субъектов права. Упускается, таким образом, из виду ее другая сторона – живая, динамичная, непосредственными носителями которой являются сами субъекты права. Так, к примеру, опредмеченным результатом живой правотворческой культуры субъектов правотворчества являются правовые нормативные акты. В правовых нормативных актах результаты живой правотворческой культуры творцов права (нормы права, выработанные живой частью их правовой культуры) опредмечиваются в знаки письменного юридического языка, «омертвляются», становятся неподвижными. Если никому для жизни не будут необходимы опредмеченные в данных нормативных актах нормы права, то их никто не станет распредмечивать и эти нормативные правовые акты превратятся в памятники правовой культуры.

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 нет средств прямого воспитательного воздействия на ее опредмеченную часть (законодательство, к примеру). Ведь предельно ясно, что повышать правовую культуру законодательства можно лишь через повышение правовой правотворческой культуры самого законодателя. Таким образом, категория «правовая культура» должна, на наш взгляд, включать не только те или иные правовые ценности. Прежде всего правовая культура есть правовое свойство субъектов права. Она есть степень их правовой развитости, правового совершенства, способность их качественно творить и эффективно использовать необходимые правовые средства для достижения своих правомерных целей, правомерных интересов и потребностей и воплотить эти свои способности в социально-правомерную активность, а результаты ее (опредмечивая их) – в те или иные требуемые правовые ценности.

Это понятие правовой культуры указывает на две формы ее существования: живую и предметную. Предметную часть правовой культуры составляют объекты опредмеченной живой части правовой культуры субъектов права: законодателей – система законодательства; субъектов применения права – акты применения норм права; субъектов толкования права – интерпретационные правовые акты; граждан, к примеру, – письменные правовые договоры и т.п. правовые ценности. В живой форме правовая культура принадлежит каждому субъекту права индивидуально, так как она может формироваться только в здоровой человеческой психике и его правомерном поведении. Следовательно, по своей природе в живом виде она неотделима от него. Отсюда и в коллективных субъектах права носителями живой части их правовой культуры являются их члены персонально. Так, к примеру, живая правовая культура Федерального собрания РФ в статике находится в головах депутатов Государственной Думы и членов Совета Федерации. Динамический характер она приобретает в процессах их участия в деятельности комиссий обеих палат и их пленарных заседаниях в выступлениях. 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 живой правовой культуры.

Живая часть правовой культуры субъектов права носит системный характер. Она состоит из трех взаимодействующих элементов: 1. Знания субъектом требуемого ему права и умения эффективно использовать необходимые правовые средства для достижения своих правомерных целей; 2. Позитивной правовой убежденности субъекта права в ценности права и готовности следовать ему (позитивной правовой установки); 3. Социально-правомерного поведения (деятельности) субъекта права по использованию правовых средств для достижения своих правомерных целей в правовом пространстве общества. Рассмотрим кратко содержание трех указанных элементов живой части (стороны) правовой культуры.

1. Знание субъектом права и умение им пользоваться кладет начало живой части его правовой культуры. 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.

Субъектам права для обеспечения своего правомерного поведения важно, прежде всего, знать и понимать необходимость и ценность права не только для жизни общества, но и своей собственной жизни. Знать и осознать его основные принципы, конституционные права и обязанности. Субъектам права требуются знания и многих конкретных правовых норм. Так как правомерное поведение субъектов права происходит в правовом пространстве общества (системе его общественных правоотношений), то истинный образ своих конкретных юридических прав и обязанностей они могут познать из содержания норм права, которыми законодатель урегулировал общественные отношения, в которые субъекты решают вступить в определенной роли ради обеспечения своих интересов и потребностей. Скажем, субъект решил поступить на работу. Это значит, что он должен вступить в роль работника в трудовом общественном правоотношении «работодатель – работник». Следовательно, чтобы грамотно юридически действовать, он должен изучить нормы трудового права, устанавливающие правила заключения трудового договора, права и обязанности работника и работодателя и т.д. Допустим, субъект права решил жениться – вступить в роль мужа семейного общественного правоотношения «муж – жена». Ему необходимы знания соответствующих норм семейного права, регулирующих порядок вступления в брак, юридические права и обязанности мужа и жены и т.д. Каждый субъект права, живя в правовом пространстве общества, для удовлетворения своих интересов и потребностей вынужден, играя различные социальные роли, вступать в многочисленные и разнообразные общественные правоотношения (семейные, гражданские, финансовые, земельные, гражданско-процессуальные и т.д.). Следовательно, субъекту права необходимо обладать таким объемом конкретных правовых знаний, который бы в полной мере обеспечил ему нормальную правовую жизнь в пределах его ролевого набора. Причем, в силу того, что каждый субъект права обладает неповторимым набором ролей, изменяя его в процессе своей жизни, то правовые знания в правовых культурах субъектов права страны будут разнообразны по содержанию и изменчивы как во времени, так и в правовом пространстве.

В правовой культуре важными являются не только правовые знания, но и правовые умения. Правовое умение есть способность субъекта осознанно подбирать необходимые правовые средства, умело применять правила их использования для удовлетворения своих правомерных потребностей. Ведь можно знать право, но не уметь пользоваться им (скажем, к примеру, не уметь распредмечивать правовые нормы, использовать те или иные их элементы и т.д.), что не менее значимо для правовой культуры.

2. Позитивная правовая убежденность субъектов права – второй необходимый структурный элемент живой части их правовой культуры. Как нередко свидетельствует жизнь, даже глубокое знание субъектом права и умение пользоваться им еще не гарантируют его правомерного поведения. Необходима глубокая правовая убежденность в ценности действующего права. Иначе говоря – необходима сформированная позитивная правовая установка. Правовая убежденность субъектов права имеет сложное содержание, включающее рациональный, эмоционально-чувственный и волевой компоненты. *Рациональный* – это осознанные субъектом правовые знания. Осознать – значит «полностью довести до своего сознания, понять» (С.И. Ожегов). Следует осознать содержание, цели и задачи требуемой части правовых норм для регулирования своего правомерного поведения в избранной сфере жизни общества. *Эмоционально-чувственный* компонент составляют правовые эмоции, чувства и другие социально-психологические образования субъекта, закрепляющие осознанные им правовые знания и вместе с тем закрепляемые ими. «Эмоция – это нечто, что переживается как чувство

(feeling), которое мотивирует, организует и направляет восприятие, мышление и действия человека»². Эмоции и чувства, мотивируя правомерное поведение субъекта, мобилизуют его энергию, и эта энергия ощущается им как тенденция к совершению действия. Они (эмоции и чувства) «предполагают сотрудничество психического и телесного, задействующее все уровни личности»³.

В процессе эмоционально-чувственного переживания субъекта вызванного предстоящей реализацией осознанных юридических прав и обязанностей, должен произойти сплав (синтез) осознанного знания права (рациональный элемент правовой убежденности) и правовых эмоций и чувств (эмоциональный элемент правовой убежденности). Их сплав (синтез) есть неременная предпосылка формирования соответствующего третьего – волевого элемента содержания правовой убежденности субъекта права. Если указанный сплав произошел, то включается в действие третий – волевой компонент позитивной правовой убежденности субъекта права. Под волей понимается способность субъекта к выбору цели деятельности и внутренней умственной деятельности, необходимой для подготовки ее реального достижения, а затем и в ходе ее практической реализации. Для сложного волевого акта существенно то, что практическому действию субъекта предшествует его сложная умственная деятельность, включающая учет последствий практических действий, осознание их мотивов, принятие решения, возникновение намерения его осуществить, составление плана для его осуществления. Говоря психологическим языком, волевым элементом правовой убежденности субъекта права завершается интериоризация. То есть переход образов правомерного поведения субъектов права извне (из норм права, требуемых для регулирования данного правомерного поведения данного субъекта права, распределенных им из правовых нормативных актов) внутрь, в сознательно-волевою сферу. Далее субъект права осуществляет умственную деятельность (указанную выше) для обеспечения практической реализации своего правомерного поведения, предусмотренного нормами права, завершающаяся выработкой плана своей реального правомерного поведения вовне⁴.

Принятие субъектом права мотивированного волевого решения реализовать права и обязанности, установленные нормами права, и умственное определение плана их практической реализации открывает путь действия третьему (завершающему) элементу живой части правовой культуры субъектов права, также нуждающемуся в волевом сопровождении.

3. Социально-правомерные внешние действия субъекта права по воплощению выработанного им в сознании (на основе интериоризации содержания норм права) плана правомерного поведения – завершающий элемент живой части его правовой культуры.

На этом этапе живой правовой культуры субъекта права происходит противоположный интериоризации процесс – процесс осуществляемой им экстериоризации. *Экстериоризация* (от лат. *exterior* – внешний) – переход изнутри вовне⁵. В нашем случае это переход от внутреннего умственного плана правомерного поведения (выработанного субъектом права на основании своих юридических прав и обязанностей интериоризированных норм права, распределенных из нормативных правовых актов) к его предметной реализации в форме соответствующих приемов и действий (либо бездействий). Все будет зависеть от того какого вида нормы права предоставили юридические права и обязанности данному субъекту права. Так, обязывающие нормы права требуют от субъекта активных действий, а запрещающие наоборот, – бездействий.

¹ См: *Оксамытний В.О.* Правомерное поведение личности. Киев, 1985. С. 20–22.

² *Изард К.Э.* Психология эмоций. М., СПб., Н. Новгород, 2003. С. 27.

³ *Изард К.Э.* Указ. соч. С.28.

⁴ Подробно см.: *Гомезо М.В., Домошенко И.А.* Атлас по психологии. М., 2001. С. 80,202.

⁵ *Философский энциклопедический словарь.* М., 1989. С. 760; *Советский энциклопедический словарь.* М., 1979. С. 1552.

О СУБЪЕКТИВИЗМЕ В ПРАВОВОЙ НАУКЕ

Доктрина должна служить людям
(Б.М. Гонгало)

Причиной написания данной статьи послужило суждение известного ученого о том, что «правовая наука в большей степени пронизана субъективизмом, нежели объективным подходом к изучаемым ею явлениям»¹.

Считая это суждение верным, возьмем на себя смелость высказать мнение о некоторых положениях в доктрине, которые являются весьма оригинальными, но при этом они, как нам кажется, едва ли применимы в реальной действительности.

Начнем с рассмотрения предложения, действительно нового и интересного: по включению в законодательство новых объектов гражданских прав, согласно которому «объектом абсолютных имущественных прав может быть не только имущество, но и имущественные блага, не отвечающие признакам вещей (воздушные коридоры для самолетов, транспортные маршруты и т.п.)»². Как следствие предлагается дополнить ст. 128 ГК РФ такими объектами, как материальные блага, не обладающие признаками вещей.

Хорошо, сильно сказано, но что дальше? Ведь если кто-то утверждает, что правовая категория есть *sui generis*, то неизбежно нужно указывать квалифицирующие признаки этого понятия. Но мы не находим ни признаков этих новых «объектов» прав, ни предложения об установлении по отношению к ним определенного правового режима (вещного, обязательственного или исключительного). Кроме того, соответствует ли это предложение действительности, и могут ли эти блага «отлиться в объект особых субъективных прав», как считает, например, О. ф. Гирке?

Что, например, представляют собой воздушные коридоры – эти, можно сказать, «правовые сироты» нашего гражданского права, оставленные до сих пор законодателем без внимания, но, якобы, участвующие в обороте? Если воздушные коридоры действительно могут быть объектом гражданского оборота, то, на наш взгляд, правовой порядок должен вступить за него.

По мнению исследователя, «воздушный коридор» – это «материальное благо, не обладающее признаками вещей», и с точки зрения классификации объектов гражданских прав это товарное благо (объект, обладающий потребительной стоимостью и социальной значимостью)³.

Что смущает исследователей в этом подходе? Во-первых, ст. 128 ГК РФ не содержит группы объектов прав, объединенных понятием «товары». Во-вторых, учитывая, что «полезность вещи делает ее потребительной стоимостью. Но эта полезность не висит в воздухе. Обусловленная свойствами товарного тела, она не существует вне этого последнего»⁴, едва ли можно утверждать, что воздушный коридор сам по себе обладает потребительной стоимостью (полезностью). В-третьих, выдвинутое определение, к сожалению, носит чисто отрицательный характер: ведь сказать, что новым «объектом» права является «материальное благо, не обладающее признаками вещей», без указания признаков (свойств) этого объекта, – значит не дать ему определение в собственном смысле слова.

Также необходимо ответить на вопрос, что же именно будет объектом правоотношения и кто будет его субъектами? Полагаем, что этим социальным благом, на которое должно быть направлено поведение обязанного лица, вряд ли может быть *необособленное* воздушное пространство.

Как «не могут быть предметом какого бы то ни было гражданского правоотношения "дрова вообще"»⁵, так не может быть предметом правоотношения и воздушное пространство вообще.

Постараемся вникнуть в существо отношений, стоящих за понятием «воздушный коридор», чтобы попытаться ответить на вопрос о возможности установления на него субъективного гражданского права.

Воздушный коридор – это область в воздушном пространстве, ограниченная по ширине от 5 до 20 км в обе стороны от оси коридора (чаще всего и по высоте), предназначенная для безопасного полета воздушных средств, в которой полет самолетов контролируется наземными станциями слежения (радиомаяками) и управляется авиадиспетчерами. По существу воздушный коридор – это *воображаемая линия* полета самолета (маршрут), по которой расположена система радиомаяков для ориентации в пространстве.

Исходя из этого можно утверждать, что воздушный коридор представляет собой ценность (полезность) не как часть мысленно выделенного небесного пространства, а по той причине, что полет по нему обеспечивается системой радиомаяков и услугами авиадиспетчеров.

Таким образом, потребительную стоимость имеет не область небесного пространства (воздушный коридор) благодаря своим физическим свойствам, а услуги, оказываемые авиадиспетчерами (организация управления воздушным движением).

Поэтому едва ли можно считать, что воздушный коридор, т.е. воображаемая линия полета самолетов, представляет собой материальное благо, на которое можно установить вещные права, так как его невозможно обособить от остальной части воздушного пространства. Не представляет он собой и нематериальный объект интеллектуальной собственности, который можно было бы подчинить правовому режиму исключительных прав.

В свое время Р. ф. Иеринг писал, что «юридическому мышлению пора освободиться от тисков телесности», на что Е.А. Флейшиц справедливо ответила так: «Основные черты права собственности неразрывно связаны с материальной природой его объекта, и всякая попытка признать собственностью право на нематериальный объект есть в лучшем случае литературный прием, метафора, а в худшем – источник юридических заблуждений и путаницы»⁶.

По этой причине конструирование прав на такие блага, как «воздушные коридоры», видится несостоятельным, и нам кажется, что подобные попытки образования такого рода новых «объектов» прав, как бы они ни объяснялись развитием оборота, скорее всего, должны быть оставлены. Такие взгляды не выдерживают соприкосновения с реальностью, и если согласиться с ними, то правовая действительность в какой-то части будет напоминать сон Татьяны: «Там карла с хвостиком, а вот / Полужуравль и полукот» (А.С. Пушкин).

Обратим внимание еще на один тезис, высказанный в науке, который видится неординарным, но, на наш взгляд, оставляет без должного внимания объективность права: интеллектуальная собственность – это объект гражданских прав, который представляет собой *совокупность* личных неимущественных и имущественных (исключительных) прав, а также объективированных результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации товаров, работ и услуг, которые предусмотрены законодательством Республики Казахстан⁷.

В его защиту находим следующее обоснование: «Интеллектуальная собственность – это и объект гражданских прав, который выступает в качестве объекта гражданско-правовых сделок. И с этой позиции значение имеет не только сам объективированный результат интеллектуальной деятельности, интерес представляет такой объективированный результат, в случае, когда ему сопутствуют еще и права, а именно: личные неимущественные и исключительные»⁸.

Попробуем разобраться, что же представляет собой содержание этого положения: 1) интеллектуальная собственность – это *новый*, прямо не поименованный в ст. 115 Гражданского кодекса Республики Казахстан (далее – ГК РК) объект гражданских прав, входящий в состав «другого имущества» (п. 2 ст. 115 ГК РК); 2) по содержанию этот объект права представляет собой *совокупность трех объектов прав*: а) результата интеллектуальной деятельности; б) исключительного права на него; в) личных неимущественных прав (п. 3 ст. 115 ГК РК), – каждый из которых упомянут в законе.

Сразу возникает вопрос: какие субъективные гражданские права возможно установить на этот *совокупный объект*? Что это будут за права? На наш – возможно, ошибочный – взгляд, в предложенном определении интеллектуальной собственности как объекта гражданских прав трудно найти точный юридический смысл. Тогда какое практическое значение может иметь предлагаемое определение интеллектуальной собственности?

Надо ли добавить, что согласно общему воззрению в казахстанской и российской правовой доктрине, понятие интеллектуальной собственности включает только права: исключительное право на результаты творческой деятельности, а также личные неимущественные права авторов⁹; «*совокупность прав на объективно выраженный результат интеллектуальной деятельности*»¹⁰.

Таким образом, предлагаемое определение отличается от других только тем, что включает еще и сам результат интеллектуальной деятельности, что представляется достаточно спорным. Поэтому есть основание говорить о том, что «интеллектуальная собственность» и «интеллектуальные права» как обобщающие понятия являются по содержанию совпадающими понятиями и включение в понятие интеллектуальной собственности результата интеллектуальной деятельности не видится необходимым и обоснованным.

Исследование, как известно, есть средство для выражения своих мыслей, и поэтому нет никаких сомнений, что ученый обладает правом на собственную позицию, но при этом также бесспорно и то, что «*доктрина должна служить людям*»¹¹.

¹ Гонгало Б.М. Объективное и субъективное в праве и в правовой доктрине / Шестой Пермский конгресс ученых-юристов (г. Пермь, 16–17 октября 2015 г.): Избранные материалы / Отв. ред. В.Г. Голубцов, О.А. Кузнецова. М., Статут. 2016. С. 16.

² Хатуницыв О.А. Субъективные вещные права как разновидность абсолютных имущественных прав: проблемы теории и практики: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2015. С. 14.

³ Там же.

⁴ Маркс К. Капитал. Т. 1. М., 1978. С. 44.

⁵ Флейшиц Е.А. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. М., Статут. 2015. Т. 2. С. 689.

⁶ Флейшиц Е.А. Указ. соч. С. 165.

⁷ Амангельды А.А. Право интеллектуальной собственности Республики Казахстан на современном этапе: дис. ... д-ра. юрид. наук. М., 2015. С. 13.

⁸ Амангельды А.А. Указ. соч. С. 48.

⁹ Абуова Р.Ж. Авторский договор в гражданском праве Республики Казахстан: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Алматы, 2002. С. 5.

¹⁰ Близнец И.А. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: теоретико-правовое исследование: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2003. С.137, 160.

¹¹ Гонгало Б.М. Указ. соч. С. 16.

Т. Е. Логинова

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПОЛОЖЕНИЕ СВИДЕТЕЛЕЙ ПО «КАРОЛИНЕ» 1532 г.

Разработанная и представленная в уголовном Уложении 1532 года система формальных доказательств большое место отводила свидетельским показаниям. Свидетелем считалось физическое лицо, которое давало показания о своих наблюдениях, основанных на личном восприятии тех или иных событий. Показания одного свидетеля считались при этом «полудоказательством» (ein halbbeweisung). С помощью одного свидетеля было возможно доказать лишь самое главное события преступления (ст. XXX)¹. Но если кто-либо желал доказать иные обстоятельства, то сделать это он мог только с помощью не менее двух «добрых», «добродетельных», «безупречных» свидетелей. Показания двух «добрых свидетелей» требовались, в частности, для того, чтобы улики были признаны достаточными для применения допроса под пыткой (ст. XXIII). То есть все общие и частные доказательства признавались таковыми лишь в случае подтверждения их двумя свидетелями. С помощью свидетелей уполномоченными судьей шеффенами устанавливалась и достоверность тех обстоятельств, на которые указал допрашиваемый во время сделанного им под пыткой или помимо нее признания (ст. LIV).

Поскольку и истец, и обвиняемый могли представлять судье свои контраргументы, закон империи 1532 г. предусматривал допуск в процесс так называемых неизвестных свидетелей (unbekanten zeugen). Однако ст. LXIII делала существенную оговорку: «Неизвестные свидетели в случае возражения противной стороны не должны быть допущены, если тот, кто их выставляет, не представит достаточных доказательств их добросовестности и безупречности». Что именно считалось по мнению законодателя достаточными доказательствами добросовестности и безупречности, об этом можно судить из общей атмосферы, царившей в обществе того времени. Далее указывалось, что не допускались к показаниям и подкупленные свидетели (betonten zeugen), более того, они подлежали даже уголовному наказанию (ст. LXIV).

Как известно, в дальнейшем при рассмотрении уголовных дел стали учитываться и такие свидетельские показания, которые основывались не только на личном восприятии фактов, но и на сведениях, полученных из других источников (от других лиц или из документов). Общеимперское уложение, однако, специально оговаривало недопустимость показаний, основанных не на «самоличном знании истины» (ст. LXV).

Кого Уложение 1532 г. относил к надлежащим свидетелям? Об этом мы узнаем из ст. LXVI: «Належащими свидетелями являются те, которые не опорочены и не подлежат отводу ни на каком ином правомерном основании». Правда, закон специально не оговаривал правомерные основания

отвода кроме плохой репутации, подкупа и косвенного происхождения знаний о факте преступления и лице, его совершившем. Не было указаний относительно родственных отношений свидетелей или еще каких бы то ни было их связей с участниками судебного разбирательства. Поскольку «Каролина» не говорила ни о возрасте, ни о поле свидетелей, следовательно это и не имело значения. Однако такие обстоятельства, не значимые для законодателя, были важны для судебной практики. С полным основанием можно допустить, что приоритет отдавался лицам мужского пола и знатного происхождения. Вне всякого сомнения, расплывчатая и неопределенная характеристика «надлежащих свидетелей» успешно использовалась судебными властями для вынесения нужного и удобного для них решения дела. Тем более что если преступление было засвидетельствовано двумя или тремя «заслуживающими доверия», «добрыми свидетелями», дающими показания на основе знания истины, то уголовное судопроизводство должно было завершиться вынесением приговора (ст. LXVII).

Следует также отметить, что для ненадлежащих свидетелей, свидетелей подкупленных, например, законодатель предусмотрел ответственность. Ответственность была установлена и для тех свидетелей, которые «путем ложных и злостных свидетельских показаний пытались подвести невиновного под уголовное наказание». За лжесвидетельство они подвергались тому же наказанию, которое грозило невиновному в результате данных ими показаний (ст. LXVIII).

Выслушивание свидетельских показаний могло происходить в суде в присутствии судьи, двух «искусных и сведущих лиц» и судебного писца (ст. LXXI). Уголовное Уложение империи устанавливало возможность выслушивать свидетельские показания и вне суда. Происходило это с участием судьи и четырех шеффов, посылаемых для производства допроса высшей властью. После заслушивания «судьей и сведущими лицами» свидетельских показаний, они оглашались другим участникам процесса. «Судья и сведущие лица» должны были заранее назначить день для оглашения свидетельских показаний. Порядок дальнейшей работы со свидетельскими показаниями определяла ст. LXXIII.

Интересно, что существовало два способа получения свидетельских показаний. Первый состоял в том, что свидетелей вызывали в суд, и тогда, по ст. LXXV, содержание свидетелей осуществлялось за счет того, кто ссылаясь в уголовном деле на свидетельские показания²; второй – когда к свидетелям направляли специально уполномоченных лиц, а содержание последних и издержки, возникающие в связи с допросом для свидетелей, велись не за счет сторон, а за счет судебных органов (ст. LXXII). Вероятно, это зависело от положения свидетелей, т.к. в ст. LXXV, которая и определяла положение для свидетелей, говорилось о простолюдинах и пешеходах. В ст. LXXII не указывалось социального положения свидетельствующих, но поскольку к ним посылались специальные люди – представители суда, то следовательно положение их обуславливало именно подобную форму допроса как бы «на дому». Это могли быть люди состоятельные, имеющие в данном обществе известность.

«Каролина», таким образом, давая весьма неопределенное понятие «надлежащих» свидетелей (ст. LXVI), определяя, кто не мог быть свидетелем и по каким причинам (ст. LXIII, LXIV), устанавливая определенную ответственность за лжесвидетельство (ст. LXVIII), определяла различные способы допроса свидетелей – в зависимости от их социального положения.

¹ *Каролина*. Уголовно-судебное уложение Карла V / пер., предисл. и прим. С.Я. Булатова. Алма-Ата: Наука. 1967.

² *Schötensack A. Der Strafprozesses der Carolina*. Leipzig. 1904. S. 72.

Л. Ю. Мхитарян,

*Пермский государственный гуманитарно-педагогический университет,
г. Пермь*

ВОЗРОЖДЕНИЕ ЦЕРКОВНОГО СУДА В РОССИИ

Понятие церковного суда в Древней Руси появилось с принятием христианства. Он представлял собой специальный орган с особыми правилами судостроительства и судопроизводства. В советский период деятельность церковных судов оказалась под официальным запретом. Так продолжалось вплоть до начала третьего тысячелетия, когда в 2008 г. на Архиерейском Соборе было принято Положение о церковном суде и утвержден состав этого органа. В настоящее время церковная судебная

система только начинает формироваться. Поэтому неслучайно не все церковнослужители (не говоря уже о людях, далеких от церковных канонов) знают сейчас о существовании церковных судов.

В соответствии со ст. 118 Конституции РФ, правосудие в России осуществляется только судом посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства. В свою очередь, церковь, как общественная организация, свободна от государства при определении своей внутренней структуры и осуществлении своей деятельности. Церковный суд не является судебной инстанцией в традиционном понимании, скорее – дисциплинарной комиссией, главной задачей которой является установление факта церковного правонарушения, определение виновных лиц, а также назначение канонического прещения (наказания).

Судебная власть в Русской Православной Церкви (далее – РПЦ) осуществляется церковными судами посредством церковного судопроизводства. Согласно ст. 4 гл. IX Устава РПЦ, судебная система РПЦ включает в себя епархиальные суды, общецерковный суд, а также суд Архиерейского Собора. Согласно Положению о церковном суде, церковные суды РПЦ осуществляют судебную власть, руководствуясь священными канонами, Уставом РПЦ, Положением о церковном суде РПЦ и иными установлениями Православной Церкви.

В Положении о церковном суде РПЦ обозначены задачи церковного суда: «Церковные суды предназначены для восстановления нарушенного порядка и строя церковной жизни и призваны способствовать соблюдению священных канонов и иных установлений Православной Церкви». Это предназначение как нельзя лучше иллюстрирует одно из первых решений, принятых Общецерковным судом в 2010 г.: «Настоятельно рекомендовать митрополиту Псковскому и Великолукскому Евсевию и протоиерею П.А. Адельгейму, следуя духу Евангельской любви, лично встретиться для взаимного прощения и примирения и впредь не выносить на публичное обсуждение обоюдные упреки, разрешая возникающие разногласия в духе богозаповеданного мира»¹.

Священным Синодом РПЦ установлен круг церковных правонарушений, подлежащих рассмотрению церковным судом²: церковные правонарушения против веры и Церкви, против христианской нравственности, против церковно-иерархического порядка, и т.д. Один из создателей церковного суда, протоиерей Владислав (Цыпин) так охарактеризовал подведомственность дел церковному суду: «Не входит в компетенцию духовного суда ныне и рассмотрение каких бы то ни было гражданских дел мирян, тем более не обременены они делами уголовными. Лишь преступления клириков против их служебных обязанностей по самому их характеру остаются в юрисдикции церковной судебной власти, хотя, разумеется, такие преступления сами по себе не считаются преступлениями с точки зрения гражданского законодательства. Но уголовные преступления клириков, подсудные судам светским, могут, конечно, быть поводом и для привлечения виновных к ответственности перед церковной властью»³.

Епархиальные суды в большинстве случаев являются судами первой инстанции, рассматривая дела, мирян, относящихся к разряду церковно-должностных лиц, а также монашествующих – по обвинению в совершении церковных правонарушений. Что касается Общецерковного суда, то в большинстве случаев он играет роль второй инстанции по отношению к епархиальным судам, однако по отношению к архиереям может быть и первой инстанцией.

Важным отличием церковного суда от светского является зависимость первого от административных органов РПЦ: судебная власть в церковных судах принадлежит Патриарху и епархиальным архиереям и делегируется Общецерковному и епархиальному суду соответственно. Таким образом, принцип независимости судебной власти, декларируемый в Конституции РФ и Федеральном конституционном законе «О судебной системе Российской Федерации», в церковных судах не соблюдается.

В отличие от светского, церковное судопроизводство является закрытым. Решения Общецерковного суда после рассмотрения дел утверждаются Святейшим Патриархом Московским и всея Руси и публикуются на официальном сайте РПЦ. Вступившие в законную силу постановления церковных судов признаются обязательными для всех клириков и мирян. Однако допускаются исключения. Так, в 2013 г. Общецерковный суд повторно рассмотрел дело, по которому уже вынес решение в 2011 г., а также принял к рассмотрению дело с пропущенным сроком подачи апелляционной жалобы⁴. Эти факты свидетельствуют о поиске РПЦ форм и методов организации деятельности церковных судов. При этом мог бы оказаться полезным опыт, накопленный Русской Православной Церковью Заграницей, где деятельность церковного суда не прерывалась и продолжалась в течение всего XX века.

В настоящее время в российском обществе активно осуществляется поиск оптимальных моделей взаимодействия светской и духовной власти. Общество испытывает значительный интерес к цер-

ковным проблемам. Возрождение церковного суда в России может сыграть не последнюю роль в вопросах укрепления нравственности и морали в современном обществе.

¹ *Решение* Общецерковного суда по делу № 01-02-2010 от 17 мая 2010 г. // Журнал Московской Патриархии. 2010. № 8. С. 43–45.

² Перечень церковных правонарушений, подлежащих рассмотрению церковными судами. Документ утвержден на основании определения Священного Синода Русской Православной Церкви от 27 июля 2011 г. (журнал № 86) // URL: www.patriarchia.ru/db/text/1586931.html (дата обращения: 16.05.2016 г.).

³ Церковный суд. URL: www.sedmitza.ru/lib/text/432470/ (дата обращения: 16.05.2016 г.).

⁴ См.: *Решения* Общецерковного суда // Журнал Московской Патриархии. 2013. № 1. С. 40–42.

С. Б. Поляков

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ДИАГНОСТИКА СИСТЕМЫ ЦЕННОСТЕЙ В ПРАВОСОЗНАНИИ СУДОВ

Применение норм права с оценочными формулировками, прежде всего, выраженными этическими понятиями, определяется системой моральных ценностей суда. Ее определение в индивидуальном и групповом судебном правосознании поэтому имеет значение прогностическое и для выводов о законности принятых решений путем сравнения ее с системой ценностей, установленной законом.

Диагностика индивидуальной системы моральных ценностей судьи вполне объективно может быть осуществлена исходя из формально-юридического анализа судебного акта. Еще более объективная оценка может быть дана при диагностике групповой системы моральных ценностей суда путем применения также статистического метода, который затруднительно применять для анализа индивидуального правосознания судьи из-за сложности выборки его решений по аналогичным делам.

Применение указанных методов можно проиллюстрировать следующим.

Постановлением участкового уполномоченного полиции от 16 августа 2011 г. было отказано в возбуждении уголовного дела в отношении Майоровой С.В. по ст.324 УК РФ в связи с истечением срока давности привлечения к уголовной ответственности. Майоровой С.В. копия этого постановления не направлялась. Прокуратура и все судебные инстанции, рассматривавшие ее жалобу в порядке ст.125 УПК РФ, отказали в удовлетворении жалобы на указанное постановление. Когда материал был запрошен в Конституционный суд РФ в связи с принятием к рассмотрению жалобы Майоровой С.В., постановлением заместителя прокурора Пермского края от 17 апреля 2014 г. постановление об отказе в возбуждении уголовного дела от 16 августа 2011 г. было отменено. Постановлением от 6 мая 2014 г. отказано в возбуждении уголовного дела за отсутствием в действиях Майоровой С.В. состава преступления. Поэтому Конституционным судом РФ было вынесено определение от 5 июня 2014 г. № 1309-О, в котором указано на неправильное применение норм УПК РФ полицией и судами¹.

Майорова С.В. обратилась в суд с иском о компенсации морального вреда и о возмещении имущественного вреда – расходов на оплату услуг адвоката за юридическую помощь по отмене порочащего ее постановления об отказе в возбуждении уголовного дела.

Решением Кировского райсуда г. Пермь от 15 октября 2015 г. по делу № 33-967 ее иск о компенсации морального вреда удовлетворен в сумме всего 5000 руб. и частично возмещены расходы по оплате услуг представителя в сумме 2000 руб.

В апелляционной жалобе Майоровой С.В. в части размера присужденной компенсации было указано, что из оспариваемого решения следует такая иерархия нравственных ценностей, затрагиваемых решением, в правосознании судьи, начиная с наиболее значимой для судьи:

1. Казна РФ.
2. Удовольствие представителей ответчика и третьих лиц на их стороне.
3. Репутация прокуратуры.
4. Уважение к решениям Конституционного суда РФ.
5. Законность.
6. Правопорядок.
7. Репутация полиции.

8. Достоинство и доброе имя Майоровой С.В.

9. Имущество Майоровой С.В.

Минимальное взыскание с казны РФ (в общей сумме с госпошлиной всего 7300 руб.) объективно показывает, что все иные ценности были подчинены сохранению бюджетных средств.

Удовольствие причинителя вреда, субъективно выраженное в явной радости представителя ГУВД Пермского края при оглашении решения, и разочарование потерпевшего от решения суда является показателем отсутствия в решении справедливости – критерия законного размера компенсации морального вреда, предусмотренного п. 2 ст. 1101 ГК РФ.

Полное отсутствие в решении выводов по исковым требованиям в связи с деяниями прокуратуры показывает, что у суда нет опровержения их незаконности, но и решения об этом, обоснованно умаляющим репутацию прокуратуры, нет.

В пункте 4 мотивировочной части определения Конституционного суда РФ от 5 июня 2014 г. № 1309-О по жалобе Майоровой С.В. говорится: «Не исключает, а, наоборот, предполагает – несмотря на отсутствие прямого на то указания – обязанность направлять извещение лицу, в отношении которого вынесено решение об отказе в возбуждении уголовного дела в связи с истечением сроков давности уголовного преследования, и конституционный принцип равенства всех перед законом и судом, имеющий прямое действие и предопределяющий обязательность осуществления судопроизводства на основе состязательности и равноправия сторон (статья 19; статья 123, часть 3, Конституции Российской Федерации)». Несмотря на это в письменном отзыве и в судебном заседании представитель ГУ МВД России по Пермскому краю утверждал: «Также считаем необходимым отметить что истцами не представлено доказательств того, что Майоровой С.В. необходимо представить сведения о вынесении постановления об отказе в возбуждении уголовного дела.<...>прямая обязанность должностного лица уведомлять об отказе в возбуждении уголовного дела лиц не указанных в ч.4 ст.148 УПК РФ не закреплена» (орфография сохранена).

На запрос о том, почему ее не уведомили о новом постановлении об отказе в возбуждении уголовного дела от 6 мая 2014 г., Майорова получила ответ руководителя органа внутренних дел от 25 августа 2014 г. о том, что ее нельзя уведомлять о принятом решении, со ссылкой на приказ МВД России. Сведения об отказе в возбуждении уголовного дела в отношении Майоровой С.В. в связи с истечением срока давности привлечения к уголовной ответственности исключены из данных информационного центра ГУ МВД России по Пермскому краю накануне вынесения решения суда от 15 октября 2015 г. после прений сторон по делу.

Таким образом, правопорядок (состояние упорядоченности отношений) тот же, что и до определения Конституционного Суда РФ от 05.06.2014 № 1309-О. Деятельность полиции Пермского края продолжает заключаться в тайном обвинении законопослушных граждан в совершении преступлений и внесении сведений о таких «преступлениях» в информационные базы данных. Безнаказанность или символические наказания за такую деятельность не изменяют такого состояния отношений между полицией и людьми.

Между тем из положений статей 2, 15, 18, 21, 52, 53, 125 (ч.5) Конституции РФ, ст.6 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации», статей 1, 3, 5 Федерального закона от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ «О полиции», ст.1 Федерального закона от 17 января 1992 г. № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» законная иерархия нравственных ценностей, затрагиваемых решением Кировского райсуда г. Перми от 15 октября 2015 г., должна быть такой:

1. Достоинство и доброе имя Майоровой С.В.
2. Имущество Майоровой С.В.
3. Уважение к решениям Конституционного суда РФ.
4. Законность.
5. Правопорядок.
6. Казна РФ.
7. Репутация прокуратуры и полиции.

Казна РФ, удовольствие полиции, репутация прокуратуры и полиции не определены как задачи гражданского судопроизводства в ст.2 ГПК РФ, но таковыми в ней названы законность, правопорядок, предупреждение правонарушений, уважительное отношение к закону и суду.

Совокупная судебная цена основополагающих конституционных прав: достоинства (ст.21 Конституции РФ), чести и доброго имени (ст.23 Конституции РФ), информации о частной жизни (ст.24 Конституции РФ), – 5000 руб., что ниже цены заурядного бытового электроприбора, о чем в Конституции РФ не упоминается.

В апелляционном определении от 1 февраля 2016 г., которым указанное решение суда оставлено без изменения, не опровергается, что решение выражает именно указанную в апелляционной жалобе иерархию нравственных ценностей. В нем не приводятся фактические доводы о том, что решением суда участникам дела показана значимость достоинства и доброго имени Майоровой С.В., их верховенство по отношению к удовольствию полиции, прокуратуры и суда от действий по унижению достоинства и длительности необоснованного обвинения в преступлении и по отношению к сохранности казны РФ. Но приводятся дополнительные доводы о несущественности нравственных ценностей – достоинства и доброго имени Майоровой С.В., презумпции не порочащего лица характера сведений о совершении им преступления.

Это соответствует представлениям судебной системы Пермского края о малозначительности достоинства личности (групповое правосознание), что подтверждается анализом апелляционных определений Пермского краевого суда по делам, в которых суды обеих инстанций признали, что государственными органами были нарушены права граждан по указанной категории дел. Только по 6 из 26 дел при установлении факта нарушения прав граждан государственными органами удовлетворен иск о компенсации морального вреда (23%). Сведений о достойной компенсации морального вреда в части унижения достоинства личности органами государственной власти не обнаружено².

¹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014, № 28, ст. 4139.

² Кондакова Л.В. Цена человеческого достоинства в решениях судов Пермского края // Норма. Закон. Законодательство. Право: материалы XVIII Междунар. науч.-практ. конф. молодых ученых (г. Пермь, 31 марта–1 апреля 2016 г.) / науч. ред. О.А. Кузнецова; Перм. гос. нац. исслед. ун-т. Пермь, 2016. С.27–30).

В. П. Реутов

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ПРИНЦИПЫ ПРАВОТВОРЧЕСТВА – ПОНЯТИЕ И ЗНАЧЕНИЕ

Принципы правотворчества анализируются, прежде всего, в учебной литературе. Так, Н.А. Власенко под принципами правотворчества понимает руководящие начала, требования к деятельности компетентных органов, осуществляющих принятие, отмену или замену нормативных правовых актов. В числе принципов правотворчества он называет принцип законности, демократизма, гласности, научности, профессионализма, оперативности, системности и связи правотворчества и практики¹. Близкие по сути определения дают и авторы других учебных пособий. Совпадают во многом и названия принципов. В частности, можно назвать фамилии А.Б. Венгерова, С.Н. Кожевникова, И.Н. Сенякина и др.

Из контекста соответствующих разделов учебной литературы становится ясно, что при анализе принципов обычно имеются в виду как собственно правотворчество, т.е. завершающий этап правообразования, формирования правовых норм (нормативных актов), так и вся процедура их создания, начиная с формирования идеи о необходимости создания новых или изменения существующих правил. Между тем очевидно, что, хотя эти два этапа единого процесса тесно связаны между собой и взаимно обуславливают друг друга, каждый из них отличается определенной спецификой². Значит, скорее всего, и перечень принципов, и конкретное их содержание на каждом этапе должны уточняться.

Поэтому за понятием принципов правотворчества может стоять более широкое явление – принцип правосозидания.

Нетрудно заметить, что предлагаемый перечень принципов правотворчества и правообразования перекликается и даже во многом воспроизводит систему принципов права. Так, в упомянутом пособии Н.А. Власенко в числе принципов права упомянуты законность, демократизм, гуманизм, справедливость и др.³ Очевидно, что это не случайно. Принципы правосозидания и правотворчества не могут не быть основаны на общих принципах права, не могут не развивать и конкретизировать их.

Однако принципы правосозидания и правотворчества не просто повторяют (совпадают) с принципами права. Они должны трансформироваться, перетекать, сохраняя свою суть. Промежуточ-

ным этапом, или звеном, такого изменения могут быть анализируемые в современной литературе принципы правотворческой политики.

Вопрос о соотношении принципов правовой политики и принципов права рассматривался в целом ряде работ. Отмечалось их сущностное единство, связь с принципами правотворчества, предлагались различные варианты сочетания и взаимосвязи данных принципов. Квалифицированный анализ позиций по данной проблеме содержится в работе А.П. Мазуренко⁴.

Автор, в частности, выделяет исходные, базовые принципы правотворческой политики, вытекающие из Конституции РФ. Это принцип разделения властей, федерализм, принцип высшей юридической силы и прямого действия Конституции РФ, а также принцип верховенства закона и принцип соблюдения и обеспечения прав человека и гражданина⁵. Представляется, что предлагаемые А.П. Мазуренко исходные принципы правотворческой политики, безусловно, связанные и с общеправовыми принципами, представляют собой скорее принципы деятельности государственных органов в области правительства. Они ориентированы, прежде всего, именно на работу государственных структур по формированию права и собственно правотворчеству.

Что же касается принципов самой правотворческой политики или, как называет их А.П. Мазуренко, специфических, присущих, прежде всего, правотворческой политике, то автор относит к их числу научную обоснованность, гласность, предсказуемость и системность⁶.

Нетрудно заметить, что предлагаемые автором принципы правотворческой политики возвращают нас к названным в начале данной работы принципам правотворчества. И это вполне закономерно, ибо конституционные начала и общеправовые принципы неизбежно трансформируются в принципы правотворческой политики и принципы правотворчества. Или, точнее, принципы формирования права, правосозидания, ибо, как будет отмечено далее, принципы собственно правотворчества имеют и свою специфику.

Несколько соображений по поводу предложенных А.П. Мазуренко принципов правотворческой политики и, видимо, принципов формирования права. Начнем с научной обоснованности. Очевидно, научная обоснованность должна основываться, прежде всего, на научном подходе к анализу социально-экономической и политической ситуации в обществе, вызывающей необходимость совершенствования законодательства. В современных исследованиях этой проблеме не уделяется должного внимания. Хотя в отдельных работах справедливо отмечается, что в законодательстве должны быть отражены закономерности связей экономических, имущественных, земельных и иных базисных отношений с политическими, культурными, властными и иными связями. При этом необходимо реализовать принцип социального партнерства и сотрудничества, социализации и гуманизации права⁷.

Об этом же пишет В.В. Трофимов, глубоко изучивший проблему основ правообразовательного процесса, утверждая, что необходимо обеспечить процесс балансировки и выравнивания общественных отношений и что сделать это возможно только с помощью права⁸.

Другой аспект научной обоснованности как принципа правообразования и правотворчества предполагает научную обоснованность самой организации правотворческого процесса, создание оптимальной законодательной процедуры, включающей необходимость всестороннего анализа предлагаемых проектов нормативных актов, определение их места в системе действующих актов, соответствие научным концепциям и конструкциям, соблюдение норм правового языка и т.д. Это должно сопровождать правосозидание на всех его этапах: от появления идеи акта до его принятия, обнародования и вступления в силу. И здесь мы вступаем в область профессионализма как принципа правообразования.

Казалось бы, что профессионализм является производным от научного подхода: профессионал должен действовать на основе научных подходов. Но это, видимо, не совсем так, ибо профессионализм предполагает и владение рядом специфических навыков, вырабатываемых длительной практикой, опытом. Это относится к сфере, которую ныне часто называют правотворческой технологией. Поэтому можно считать, что хотя принципы научности и профессионализма тесно связаны между собой, не совпадают абсолютно по своему содержанию⁹.

Что же касается принципа гласности, то вряд ли существуют основания для придания ему статуса самостоятельного принципа наряду с общеправовым принципом демократизма, пронизывающим и процесс создания, и реализации права. Предсказуемость и системность, а также встречающиеся в иных работах принципы планомерности, доступности текста и некоторые иные вполне вписываются в содержание принципов демократизма, научного подхода и профессионализма. Хотя, разумеется, их значение как своеобразных требований к правообразованию и собственно правотворчеству от этого отнюдь не снижается.

Между стадиями процесса создания правовых норм и принципами правотворчества (правосозидания) существует определенная связь. Законность, хотя этот принцип и не упоминается ныне многими авторами, бесспорно, должна пронизывать весь процесс правосозидания. Являясь проявлением общеправового принципа, законность, тем не менее, особо необходима именно на стадии собственно правотворчества, ибо при этом строго регламентируется процедура принятия нормативных актов, здесь установлены санкции за отступление от установленного порядка.

Несколько иная картина наблюдается при реализации принципа гласности и в целом демократизма. Разумеется, они присущи всему процессу, но проявления их, так сказать, глубина и особенно масштабы демократизма и гласности на предварительных стадиях объемнее, содержательнее.

Что касается научности и профессионализма, то, разумеется, они относятся также ко всему процессу создания правовых норм. Однако научный подход на стадии выработки концепции акта определяет во многом его судьбу на весь последующий период. Возможно, что случаи, когда законопроект, концепция которого предварительно одобрена и он даже принят в первом чтении Государственной Думой, задерживается на длительный период с принятием, во многом бывают связаны с недостаточной его научной обоснованностью.

Особое значение принцип научного подхода на первой стадии имеет еще и потому, что существует связь между содержанием принципа научности и типом правопонимания. Эта связь была проанализирована Е.Г. Комиссаровой, отметившей, что при анализе принципа научности следует учитывать его роль в ракурсе разных типов правопонимания, что существенно повышает науковедческий уровень исследований, позволяет избегать механического смешивания разных подходов и исключить необоснованные разноречивые следствия¹⁰.

Разумеется, принцип научности реализуется и на завершающей стадии, но здесь имеет скорее прикладной характер. Упор делается на знание юридической техники и технологии. На первый план выходит профессионализм, позволяющий использовать весь арсенал средств юридической техники для превращения проекта в полноценный эффективный нормативный акт, учитывающий потребности юридической практики, направленный на достижение поставленных целей.

¹ Власенко Н.А. Теория государства и права. М.: Юриспруденция, 2009. С.140-142.

² Сапун В.А. Правообразование и правотворчество: соотношение и правовые средства оптимизации // Правотворчество в Рос. Федерации: проблемы теории и практики: матер. науч.-практ. конференции (М., 13–16 апр. 2009 г.)/отв. ред. В.М. Сырых, М.А. Занина, М., 2010. С.108.

³ Власенко Н.А. Указ. раб. С.117-120.

⁴ Мазуренко А.П. Российская правотворческая политика: концепция и реальность. М.: Юрист, 2010. С.79.

⁵ Мазуренко А.П. Указ. раб. С.80-81.

⁶ Мазуренко А.П. Указ. раб. С.82.

⁷ Витушко А.А. Сложно-структурированный монистический подход к пониманию права// V Пермский конгресс ученых-юристов. (г. Пермь, 24-25 октября 2014 г.)/ отв. ред. В.Г. Голубцов, О.А. Кузнецова. М.: Статут, 2015. С.17.

⁸ Трофимов В.В. Правообразование в современном обществе: теоретико-методологический аспект. Саратов, 2009. С.179,198.

⁹ Карташов В.Н. Место и роль юридических принципов в технологии правовой кодификации (правосистематизирующего правотворчества)// Правотворчество в Рос. Федерации... С.325.

¹⁰ Комиссарова Е.Г. Принципы гражданского права в контексте разных типов правопонимания // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2009. Вып. 2(4). С.99-101.

А. В. Скоробогатов

*Казанский инновационный университет им. В. Г. Тимирязова (ИЭУП),
г. Казань*

НОРМА ПРАВА В СОВРЕМЕННОМ ЮРИДИЧЕСКОМ ДИСКУРСЕ

Постклассическая рациональность, характеризующая развитие науки на современном этапе, принципиально меняет отношение к научному знанию. Постклассическая наука отстаивает открытость и незавершенность нашего знания об окружающей социальной реальности и допускает существование множества относительно истинных теорий.

Применительно к правовой реальности это означает существенное расширение предметного поля исследований. Современный юридический дискурс понимается как совокупность юридических текстов, т.е. вербальных, литеральных и невербальных выражений правовых представлений, с учетом разнообразных исторических и социокультурных контекстов. Если классическая наука основное внимание уделила анализу лишь одной правовой категории, одной грани правовой реальности: правовой нормы, правоотношений и правосознания, – постклассическая юриспруденция, ориентируясь на достижения постмодернистской философии, прежде всего феноменологии и герменевтики, предполагает, что знание о праве основывается не только на анализе нормативных, правоприменительных и правоинтерпретационных актов с точки зрения их текста, правового подтекста и социального контекста, но и на выявлении позиции интерпретатора. Поэтому современная наука исследует не только собственно знания о праве, но и представления, сформировавшиеся как в научной среде, так и в профессиональном сообществе и даже в быту. Однако для стран, принадлежащих к романо-германской правовой семье, в том числе и для России, где развитие правовой реальности в значительной степени опосредовано нормативным массивом, в центре исследования юридического дискурса находятся язык права и норма права, т.е. явления, прямо обусловленные эталонным характером законодательства.

Именно это обусловило формирование новой философско-правовой категории – правопонимания, которая рассматривается как определяющая позицию интерпретатора. Правопонимание – это философско-правовая категория, включающая в себя как интеллектуальную познавательную деятельность, ее отдельные элементы (восприятие, оценка, представления), так и систему интерпретируемых правовых явлений, полученных в результате познавательно-правовой деятельности. При этом правопонимание можно рассматривать в качестве самостоятельного уровня правовой реальности наряду с правотворчеством, правореализацией и правовым поведением. Однако правореализация связана с этими уровнями не горизонтальными связями, а вертикальными, определяя формирование и бытование определенного образа права в правотворческих, правореализационных и правоинтерпретационных текстах.

Сложность анализа правопонимания обуславливается существованием, как минимум, двух уровней интерпретации. Во-первых, индивид способен интерпретировать собственно юридические документы, что будет определять его правовое поведение и отношение, в т. ч. и доктринальное, к окружающей правовой реальности. Во-вторых, ученые осуществляют интерпретацию правовых текстов доктринального характера, что позволяет сформировать представление не только о значимости права, но и о сущности правовой реальности в целом, месте в ней социума и бытия отдельного индивида, факторы, определяющие правовое поведение индивида в конкретной социокультурной ситуации.

Постклассическая наука предполагает необходимость исследования любого явления на нескольких уровнях. Применительно к юридическому дискурсу это означает осуществление как синхронного, так и диахронного исследования правовых текстов с целью получить новые данные, которые не содержатся ни в одном из сравниваемых юридических текстов, и формирование правовой модели. Наиболее ярким обозначением такой модели является категория «концепт», которая понимается как смысловое значение имени, в отличие от его предметного значения.

Применение дискурсивного анализа к исследованию юридических текстов позволяет типологизировать современные интерпретации нормы права, независимо от границ научной дисциплины, в рамках которой сформировались те или иные представления об этом явлении.

Формирование современного российского юридического дискурса определяется социально-культурными, экономическими, политическими и правовыми процессами, идущими в нашей стране на протяжении последних 25 лет. Развал СССР и преодоление марксистско-ленинской парадигмы как методологии гуманитарных наук привели к тому, что в современной российской юриспруденции, правотворчестве и правореализации отсутствует единая трактовка права, существует плюрализм правопониманий. Эта ситуация усугубляется характером конституционного правопонимания, основанном на агломерате трех теорий правопонимания: нормативизм, социология права и естественно-правовая теория. Попытки преодолеть эту проблему в отраслевом правотворчестве и создании эффективного механизма правоприменения при восприятии конституции как высшей нормативной и доктринальной ценности не увенчались успехом.

Концепт «норма права» в современном юридическом дискурсе можно представить пятью моделями:

1) нормативистская модель, базирующаяся на представлении о праве как системе правил поведения, установленных или санкционированных государством и обеспеченных мерами государственного принуждения. Норма права рассматривается как правило поведения общего характера, аб-

страктное, общеобязательное, формально-определенное. При этом отождествляются понятия «норма права», «правовая норма» и «юридическая норма». Эта модель наиболее полно разработана в трудах М.И. Байтина и А.В. Аверина;

2) Социологическая модель правовой реальности, основанная на идее, что право формируется в процессе жизнедеятельности общества, а эффективность норм, издаваемых государством, определяется их социальной востребованностью. В наибольшей степени эта модель соответствует англосаксонскому типу правового мышления и правовой системе США, что и обусловило широкое использование при развитии российского права американского опыта. Однако для социологии права США понятие «норма права» имеет совершенно определенное значение, доктринально восходящее к идеям О.В. Холмса. Современная социология права США разграничивает понятия «правовая норма» (соотносимая с «живым правом») и «юридическая норма» (соотносимая с «мертвым правом», законом). Юридическую силу имеет только правовая норма, т.е. права и обязанности конкретных субъектов конкретного правоотношения, объективированные в тексте договора или судебного решения. Юридическая норма может приобрести юридическую силу только в случае ее соответствия живой норме и включения в тексты «живого права». В российском юридическом дискурсе это привело к рассмотрению нормы права через призму социальной информации и сосредоточению внимания на проблеме эффективности нормы как на этапе ее формирования, так и в процессе реализации (Е.В. Масловская, В.Н. Кудрявцев);

3) юснатуралистская модель, в основе которой лежат конституционные положения о приоритете принципов международного права и прав человека, отождествляющая их с естественным правом в объективном и субъективном смысле, определяющими содержание позитивного права. Норма права рассматривается как первичный элемент надгосударственного права и фактически отождествляется с принципами международного права, объективированными в международных актах и договорах (В.В. Шафиров, В.К. Бабаев);

4) интегративная модель, основанная на синтезе классических монистических теорий и утверждающая, что право представляет собой воплощенные в юридических нормах и фактических правовых действиях правовые ценности, которые определяют их эффективность. Эта модель нашла текстуальное воплощение в теории реалистического позитивизма Р.А. Ромашова и коммуникативной теории права А.В. Полякова. Интересной представляется точка зрения последнего, выделяющего в норме права «логическое содержание, ценностное значение (как нормы, оправданно наделяющей субъектов корреляционными правами и обязанностями) и текстуальную привязку (правовые тексты, явившиеся основанием для интерпретации и легитимации правовой нормы)»;

5) постмодернистская модель, исходящая из представлений о праве как многомерном явлении, познать которое возможно только на основе обращения к современным философским концепциям (феноменологии, герменевтике, экзистенциализму), позволяющим понять глубинную сущность права, его гносеологическое и аксиологическое значение в бытии индивид, локального сообщества и общества в целом. В российском юридическом дискурсе эта модель представлена диалогической теорией права И.Л. Честнова, который рассматривает нормы права как господствующие представления о должном, инкорпорированные в единичные, массово воспроизводимые действия людей.

Таким образом, современный российский юридический дискурс характеризуется плюрализмом правопонимания. Концепт «норма права» не имеет строго вербализованного смыслового значения, будучи представлен пятью конкурирующими моделями, что осложняет позитивное функционирование и гармонизацию правовой реальности.

II. КОНСТИТУЦИОННОЕ, МУНИЦИПАЛЬНОЕ, АДМИНИСТРАТИВНОЕ И ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

О. Г. Белкин

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ПРИМЕНЕНИЯ АДМИНИСТРАТИВНОГО ВЫДВОРЕНИЯ

Административное выдворение за пределы Российской Федерации иностранного гражданина или лица без гражданства является одним из видов административного наказания. Данный вид наказания установлен в ст. 3.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях¹. В соответствии с названной статьей административное выдворение за пределы Российской Федерации иностранных граждан или лиц без гражданства заключается в принудительном и контролируемом перемещении указанных граждан и лиц через государственную границу Российской Федерации за пределы Российской Федерации или в контролируемом самостоятельном выезде иностранных граждан и лиц без гражданства из Российской Федерации

Кроме Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях применение административного выдворения регулируется некоторыми другими нормативными документами².

При этом в РФ наряду с административным выдворением существует похожее, на первый взгляд, понятие депортации, установленное ст. 2 ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в РФ», – это принудительная высылка иностранного гражданина из Российской Федерации в случае утраты или прекращения законных оснований для его дальнейшего пребывания (проживания) в РФ³.

Однако административное выдворение необходимо отличать от депортации в первую очередь по тому основанию, что административное выдворение – это одно из административных наказаний и применяется за совершение административных правонарушений. В свою очередь депортация не является административным наказанием. Однако в данной статье отличия административного выдворения от депортации подробно рассматриваться не будут.

В качестве особенности административного выдворения необходимо отметить, что в соответствии со ст. 3.10 КоАП РФ это специальное административное наказание, которое применяется не ко всем, а только к иностранным гражданам и лицам без гражданства. Таким образом, административное выдворение не может применяться к гражданам Российской Федерации, а также, согласно п. 2 ст. 3.10 КоАП РФ не может применяться к военнослужащим – иностранным гражданам.

В качестве иллюстрации применения административного выдворения можно сослаться на сообщение Главного Управления МВД России по Пермскому краю от 5 ноября 2015 г. о том что по материалам полиции в Пермском крае за 10 месяцев 2015 г. в отношении 268 иностранцев судами приняты решения об административном выдворении за пределы Российской Федерации⁴. Чаще всего административное выдворение применяется к иностранным гражданам таких стран, как Азербайджан, Кыргызстан, Таджикистан, Узбекистан⁵.

Административное выдворение производится путем принудительного выдворения за пределы Российской Федерации либо путем контролируемого самостоятельного выезда за пределы Российской Федерации. Назначается административное выдворение, как правило, судами, но в некоторых случаях возможно применение иными органами (п.2 ст.13.10 КоАП РФ), в частности пограничными органами согласно ст. 23.10 КоАП РФ по правонарушениям, указанным в ст. 18.1–18.4 КоАП РФ.

После вступления в законную силу постановления о назначении наказания в виде административного выдворения оно исполняется службой судебных приставов или пограничной службой. Вместе с тем до 2015 г. отсрочка исполнения наказания в виде административного выдворения за пределы Российской Федерации иностранного гражданина или лица без гражданства не допускалась. В настоящее время Федеральным законом от 08.03.2015 № 57-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁶ предусмотрена возможность отсрочки исполнения данного наказания.

При этом нужно отметить, что, согласно позиции Верховного Суда Российской Федерации, «исходя из ч. 2 ст. 1.1 КоАП РФ и с учетом международно-правовых обязательств Российской Феде-

рации в случае принятия Европейским судом по правам человека согласно правилу 39 Регламента обеспечительных мер, предписывающих Российской Федерации воздержаться от любых действий по высылке или выдаче или иному принудительному перемещению заявителя в третье государство, судье следует приостановить исполнение постановления о назначении административного наказания в виде административного выдворения»⁷.

Итак, в соответствии со ст. 31.5 КоАП РФ возможна отсрочка или рассрочка постановления о назначении административного наказания в виде принудительного выдворения за пределы Российской Федерации иностранного гражданина или лица без гражданства. При наличии обстоятельств, вследствие которых исполнение постановления о назначении административного наказания невозможно в установленные сроки суд, должностное лицо или орган, вынесшие постановление, могут отсрочить исполнение постановления на срок до одного месяца.

В качестве одного из последствий применения административного выдворения нужно отметить, что иностранному гражданину или лицу без гражданства не разрешается въезд в РФ в течение пяти лет со дня административного выдворения за пределы Российской Федерации, а в случае, если в отношении него неоднократно (два и более раза) выносилось решение об административном выдворении за пределы Российской Федерации не разрешается въезд в РФ в течение десяти лет со дня административного выдворения за пределы Российской Федерации⁸.

В связи с указанными обстоятельствами необходимо обратить внимание на случаи применения административного выдворения к лицам, проходящими свидетелями или потерпевшими по уголовным и административным делам, производство по которым не закончено. В этом случае выдворяемые иностранные граждане или лица без гражданства могут потребоваться для проведения каких-либо следственных действий, для рассмотрения какого-либо дела и т.п. Однако в связи с применением к таким лицам административного выдворения проведение этих действий может оказаться невозможным. В связи с этим, думается, необходимо изменить и дополнить законодательство в части возможности отсрочки исполнения административного выдворения за пределы Российской Федерации до окончания следственных или иных действий правоохранительных органов и суда.

Кроме того, если рассмотреть ситуацию административного выдворения лица, являющегося потерпевшим по какому-либо делу, то можно видеть, что применение выдворения может ограничить или нарушить его права как потерпевшего. Так, например, по одному из дел гражданка Таджикистана была признана потерпевшей по делу о смерти ее ребенка, а в дальнейшем к ней было применено административное выдворение⁹. Представляется, что в этом случае выдворенному лицу будет затруднительно реализовывать свои права потерпевшего. В связи с этим, думается, необходимо изменить законодательство в части возможности отсрочки исполнения административного выдворения за пределы Российской Федерации в случае, если оно может ограничить или нарушить права лиц, признанных потерпевшими до окончания следственных или иных действий правоохранительных органов и суда.

Итак, рассмотрев некоторые вопросы применения административного выдворения за пределы Российской Федерации иностранного гражданина или лица без гражданства предлагаем дополнить ст. 31.5 КоАП РФ установление возможности на основании ходатайства соответствующих правоохранительных органов отсрочки административного выдворения лиц, являющихся свидетелями или потерпевшими по уголовным или административным делам, до окончания необходимых следственных или иных действий.

¹ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ: Федер. закон от 30 дек. 2001 г. № 195-ФЗ (ред. от 13.07.2015) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 1 (ч.1), ст. 1.

² Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации: Федер. закон от 8 мар. 2015 г. № 21-ФЗ (ред. от 29.06.2015) // Там же. № 10, ст. 1391 (ввод. в действие с 15.09.2015); *О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации*: Федер. закон от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ (ред. от 13.07.2015) // Там же. № 30, ст. 3032; *Об исполнительном производстве*: Федер. закон от 2 окт. 2007 г. № 229-ФЗ (ред. от 29.06.2015) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2007. № 41, ст. 4849.

³ *О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации*: Федер. закон от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ (ред. от 13.07.2015) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 30, ст. 3032

⁴ URL: 59.mvd.ru/news/item/6713238/

⁵ URL: <https://news.mail.ru/politics/24024000/?frommail=1>

⁶ *О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации*: Федер. закон от 8 мар. 2015 г. № 57-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2015. № 10, ст. 1427.

⁷ *Обзор судебной практики Верховного суда Российской Федерации 1 (2014)* (утв. Президиумом Верховного суда РФ 24.12.2014) // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸ *О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию: Федеральный закон от 15.08.1996 № 114-ФЗ (ред. от 13.07.2015) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 19.08.1996. № 34, ст. 4029.*

⁹ <https://news.mail.ru/incident/23941111/>

А. М. Воронов

*Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации,
г. Москва*

НЕГОСУДАРСТВЕННАЯ СИСТЕМА ОБЕСПЕЧЕНИЯ НАЦИОНАЛЬНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ

Как показывает анализ теории и практики обеспечения безопасности интересов личности, общества и государства в целом, сфера социальной (общественной), да и национальной безопасности остается не в полной мере защищенной, так как участие институтов гражданского общества, их место и роль в обеспечении безопасности не прописаны в основополагающих документах, регламентирующих лишь деятельность государственных администраций в сфере безопасности. При этом негосударственная система обеспечения общественной безопасности, успешно функционирующая де-факто и в настоящее время (к примеру: добровольные народные дружины, частные охранные предприятия, казачьи сообщества и др. объединения граждан правоохранительной направленности) так и не была вписана в дислокацию единой системы сил и средств обеспечения безопасности.

Поэтому именно в развитии негосударственной системы обеспечения безопасности видится тот резерв, которым располагает гражданское общество и который не в полной мере используется на благо всего государства.

Обращаясь к истории вопроса следует отметить, что правовые основы обеспечения национальной безопасности заложены в Конституции Российской Федерации, общепризнанных нормах международного права, международных договорах и соглашениях, в которых участвует Россия, законодательстве Российской Федерации.

Соответствующие документы отражают совокупность официально принятых взглядов на цели и государственную стратегию в области обеспечения безопасности от внешних и внутренних угроз политического, экономического, социального, военного, техногенного, экологического, информационного и иного характера с учетом имеющихся ресурсов и возможностей.

Первым таким документом стало Послание по национальной безопасности Президента Российской Федерации Федеральному Собранию от 13 июня 1996 г., в котором была сформулирована политика национальной безопасности на 1996–2000 гг.

17 декабря 1997 г. своим указом Президент утвердил Концепцию национальной безопасности Российской Федерации. В ней впервые была сформулирована система национальных интересов России. Документ носит долгосрочный характер и определяет основные цели России на ее историческом пути, формирует стратегические и текущие задачи внутренней и внешней политики, реализующиеся через систему органов государственной власти.

Далее Указом Президента Российской Федерации от 12 мая 2009 года № 537 утверждена «Стратегия национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года»¹(далее – Стратегия), которая является базовым документом по планированию развития системы обеспечения национальной безопасности Российской Федерации (в котором излагаются порядок действий и меры по обеспечению национальной безопасности) и является основой для взаимодействия органов государственной власти, организаций и общественных объединений для защиты национальных интересов Российской Федерации и обеспечения безопасности личности, общества и государства.

Указом от 31 декабря 2015 г. № 683 Президент Российской Федерации утвердил обновленную редакцию «Стратегии национальной безопасности РФ» (далее – Стратегия). Правовую основу Стратегии составляют: Конституция Российской Федерации, федеральные законы от 28 декабря 2010 г. № 390-ФЗ «О безопасности» и от 28 июня 2014 г. № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации»², другие федеральные законы, нормативные правовые акты Президента Российской Федерации.

Настоящая Стратегия призвана консолидировать усилия федеральных органов государственной власти, других государственных органов, органов государственной власти субъектов Российской Федерации (далее – органы государственной власти), органов местного самоуправления, *институтов гражданского общества*³ по созданию благоприятных внутренних и внешних условий для реализации национальных интересов и стратегических национальных приоритетов Российской Федерации.

Стратегия является основой для формирования и реализации государственной политики в сфере обеспечения национальной безопасности Российской Федерации и основана на неразрывной взаимосвязи и взаимозависимости национальной безопасности Российской Федерации и социально-экономического развития страны.

Впервые в Стратегии под обеспечением национальной безопасности понимается реализация органами государственной власти и органами местного самоуправления *во взаимодействии с институтами гражданского общества* политических, военных, организационных, социально-экономических, информационных, правовых и иных мер, направленных на противодействие угрозам национальной безопасности и удовлетворение национальных интересов. При этом национальная безопасность Российской Федерации (далее – национальная безопасность) определяется как состояние защищенности личности, общества и государства от внутренних и внешних угроз, при котором обеспечиваются реализация конституционных прав и свобод граждан Российской Федерации (далее – граждане), достойные качество и уровень их жизни, суверенитет, независимость, государственная и территориальная целостность, устойчивое социально-экономическое развитие Российской Федерации.

Национальная безопасность включает в себя оборону страны и все виды безопасности, предусмотренные Конституцией Российской Федерации и законодательством Российской Федерации, прежде всего государственную, общественную, информационную, экологическую, экономическую, транспортную, энергетическую безопасность, безопасность личности;

национальные интересы Российской Федерации (далее – национальные интересы) – объективно значимые потребности личности, общества и государства в обеспечении их защищенности и устойчивого развития;

угрозу национальной безопасности – совокупность условий и факторов, создающих прямую или косвенную возможность нанесения ущерба национальным интересам.

Стратегия национальной безопасности Российской Федерации состоит из 6 разделов и 112 статей. Автором настоящей публикации был проведен сравнительно-правовой анализ данного документа и ранее действующей Концепции национальной безопасности Российской Федерации на предмет определения роли и выявления места институтов гражданского общества в системе обеспечения безопасности.

В Стратегии отмечается, что «появление и укрепление влияния террористической организации, объявившей себя «Исламским государством»⁴ стало результатом политики двойных стандартов, которой некоторые государства придерживаются в области борьбы с терроризмом. Итогом таких безответственных действий стали многолетняя нестабильность в Афганистане, Ираке, Ливии, война в Сирии, широкое распространение оружия, организованной преступности, наркобизнеса, систематическое нарушение прав и свобод миллионов людей».

Обновленная стратегия, в частности, призвана «консолидировать усилия по созданию благоприятных внутренних и внешних условий для реализации национальных интересов и стратегических национальных приоритетов РФ». Она основана на «взаимосвязи и взаимозависимости национальной безопасности РФ и социально-экономического развития страны».

В Стратегии впервые определены национальные интересы Российской Федерации на долгосрочную перспективу, среди прочих: развитие демократии и гражданского общества, повышение конкурентоспособности национальной экономики. При этом национальная безопасность России реализуется через стратегические национальные приоритеты: национальную оборону, государственную и общественную безопасность.

Обеспечение национальной безопасности строится на приоритетах устойчивого развития, под которым понимается:

- повышение качества жизни граждан путем гарантирования личной безопасности и высоких стандартов жизнеобеспечения;
- экономический рост, достижимый путем развития национальной инновационной системы и инвестиций в человеческий капитал;
- наука, технологии, образование, здравоохранение и культура;
- экология живых систем и рациональное природопользование;
- стратегическая стабильность и равноправное стратегическое партнерство.

Основными угрозами государственной и общественной безопасности помимо прочих, определены:

– деятельность радикальных общественных объединений и группировок, использующих националистическую и религиозно-экстремистскую идеологию, иностранных и международных неправительственных организаций, финансовых и экономических структур, а также частных лиц, направленная на нарушение единства и территориальной целостности Российской Федерации, дестабилизацию внутриполитической и социальной ситуации в стране, включая инспирирование «цветных революций», разрушение традиционных российских духовно-нравственных ценностей;

– деятельность преступных организаций и группировок, в том числе транснациональных, связанная с незаконным оборотом наркотических средств и психотропных веществ, оружия, боеприпасов, взрывчатых веществ;

– организация незаконной миграции и торговли людьми. Именно нелегальная миграция создает условия для формирования террористических организаций, политического и религиозного экстремизма, национализма⁵.

При этом в целях обеспечения государственной и общественной безопасности создаются механизмы предупреждения и нейтрализации социальных и межнациональных конфликтов, а также противодействия участию российских граждан в деятельности преступных и террористических группировок за рубежом.

Контроль за ходом реализации настоящей Стратегии осуществляется в рамках ежегодного доклада Секретаря Совета Безопасности Российской Федерации Президенту Российской Федерации о состоянии национальной безопасности и мерах по ее укреплению.

Реализация настоящей Стратегии призвана способствовать развитию национальной экономики, улучшению качества жизни граждан, укреплению политической стабильности в обществе, обеспечению обороны страны, государственной и общественной безопасности, повышению конкурентоспособности и международного престижа Российской Федерации.

На основании вышеизложенного представляется целесообразным отметить, что обновленная Стратегия имеет ряд преимуществ перед утратившей силу Концепцией национальной безопасности Российской Федерации:

Во-первых, Стратегия впервые увязана с федеральным законом от 28 июня 2014 г. № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации» и основана на неразрывной взаимосвязи и взаимозависимости национальной безопасности Российской Федерации и социально-экономического развития страны (при этом вопросы обеспечения национальной безопасности упоминаются в тексте закона 84 раза).

В законе также прописано, что Стратегия национальной безопасности Российской Федерации – документ в сфере обеспечения национальной безопасности Российской Федерации, который разрабатывается Советом Безопасности Российской Федерации совместно с другими участниками стратегического планирования с учетом стратегического прогноза Российской Федерации на долгосрочный период, не превышающий периода, на который разработан стратегический прогноз Российской Федерации, и корректируется каждые шесть лет.

Во-вторых, отличие состоит в формате документов. Концепция формулировала только направление деятельности государства в обеспечении национальной безопасности и уточняла порядок выявления угроз. Стратегия же в первую очередь определяет стратегические национальные приоритеты, формирует механизм реализации совместных усилий государства и общества и дает оценку результативности. В результате, главным отличием Стратегии являются критерии, по которым определяется состояние национальной безопасности Российской Федерации.

В-третьих, в Стратегии определена цель политики России – это возвращение статуса мировой державы, повышение ее роли в формирующемся полицентричном мире, осуществление устойчивого развития страны, сохранение территориальной целостности и суверенитета.

В-четвертых, особенностью Стратегии является ее выраженная социальная и социально-политическая направленность: национальная безопасность обеспечивается высоким уровнем социально-экономического развития России, а именно повышением качества жизни граждан, экономическим ростом, наукой, новыми технологиями, повышением качества образования, здравоохранения и культуры, сохранением экологии и развитием рационального природопользования.

В-пятых, применительно к заявленной нами теме впервые Стратегия впервые прописывает участие институтов гражданского общества, их место и роль в обеспечении национальной безопасности. По мнению автора, именно в развитии негосударственной системы обеспечения безопасности

видится тот резерв, которым располагает гражданское общество и который не в полной мере используется в обеспечении защищенности интересов личности, общества и государства в целом.

¹ *Стратегия* национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года: указ Президента Российской Федерации от 12 мая 2009 г. № 537 о // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2009. № 20, ст. 2444.

² *О стратегическом планировании* в Российской Федерации: Федер. закон Российской Федерации от 28 июня 2014 г. № 172-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014. № 26 (часть 1). ст. 3378.

³ При этом впервые в систему обеспечения национальной безопасности РФ прописаны институты гражданского общества (– А. В.).

⁴ ИГИЛ либо ДАИШ – запрещенная в РФ террористическая группировка – А. В.

⁵ *Воронов А.М.* Концепция общественной безопасности: вопросы реализации // Вестник Пермского университета. Сер.: Юридические науки. 2014. Вып. 4(26). С. 39.

А. М. Гоголев

*Пермский филиал ФГОБУ ВО «Финансовый университет
при Правительстве Российской Федерации»,
г. Пермь*

ПУБЛИЧНОЕ АДМИНИСТРИРОВАНИЕ КАК ПРАВОВАЯ КАТЕГОРИЯ

На современном этапе развития мирового социума происходят кардинальные изменения в сфере управления обществом. Представляется важным уточнить, что для достижения поставленных целей, а также обеспечения конкурентоспособности государство не должно сосредоточивать все функции управления только в руках центральных органов власти. В этой связи потребность в гибкой системе управления в государстве и в мире становится все более актуальной. Публичное администрирование, на наш взгляд, является именно таким механизмом гибкого управления, основными элементами которого являются не только институты правового государства, но и гражданского общества.

Теория публичного администрирования, важнейшим элементом которого является публичная служба, – молодая, быстро развивающаяся область научного знания, – одна из содержательных теорий государственного администрирования. Публичное администрирование как процесс включает в себя деятельность в системе институтов публичной власти и публичной службы, которая направлена на сбалансированное удовлетворение потребностей общества и государства, исполнение нормативно-правовых актов, издаваемых органами государственной власти и местного самоуправления, обеспечение верховенства права, соблюдения Конституции и законодательства, а также реализацию законных прав и свобод человека и гражданина.

По мнению большинства ученых, ни в одной стране мира пока что не создано совершенной системы публичной службы. И поэтому сегодня, когда в России происходит становление школы публичного администрирования, особенно важно удержаться от соблазна применения готовых иностранных форм такой службы.

На наш взгляд, в зависимости от наличия государственных властных полномочий, составляющими публичной службы могут быть: государственная публичная служба, к которой отнесем органы государственной власти, органы местного самоуправления, имеющие государственные властные полномочия, и негосударственная публичная служба, охватывающая деятельность субъектов публичной власти, которые государственных властных полномочий не имеют (политические партии, масс-медиа, общественные организации, неправительственные организации и объединения, граждане и т. д.).

Отметим, что развитие системы публичной службы в России сегодня происходит на национальном, региональном и местном уровнях, а также в области международных отношений и в других сферах жизнедеятельности общества. Модернизация системы публичной власти рассматривается в государственной политике как государствообразующий и социально значимый проект, а государственное регулирование и администрирование процессов жизни общества через эффективную коммуникацию – как одно из приоритетных направлений публичного администрирования в целом.

Здесь также уместно отметить, что научный термин «публичная администрация» был разработан в странах континентальной системы административного права. Он применяется административно-правовой наукой подавляющего большинства стран мира. Установление границы деятельности публичной администрации, закрепление правового статуса служащих органов публичной администрации и определение формы контроля над ней осуществляются административным правом.

Органы и учреждения публичной администрации признаются обязательными субъектами административно-правовых отношений, при этом характерными чертами публичной администрации являются: подчиненное положение, обеспечение исполнения и применения законов, действие в публичных интересах, наделение ее прерогативами публичной власти. Подробно исследуя понятие публичной администрации в зарубежных государствах, М. А. Штатаина определяет ее «как организацию и деятельность органов и учреждений, подчиненных политической власти, обеспечивающих исполнение закона, действующих в публичных интересах и наделенных прерогативами публичной власти»¹. Следовательно, можно говорить об организации различных звеньев государственного аппарата, т. е. совокупности органов и организаций, осуществляющих административные функции. Такая трактовка данного понятия применяется наиболее часто, особенно в странах романо-германской правовой семьи (в том числе и в России). Однако и сама административная деятельность, осуществляемая в общественных интересах, также включается в понятие публичной администрации.

Обращаясь к истории вопроса, следует отметить, что у истоков становления публичного администрирования, как правового института стоял Вудро Вильсон, один из президентов США, который также знаменит тем, что подготовил проект мирного договора, завершающего Первую Мировую войну (договор получил название «14 пунктов Вильсона»). Эта программа впоследствии легла в основу Версальского мира. «14 пунктов Вильсона» были альтернативой разработанному В.И. Лениным «Декрету о мире», который был куда менее приемлемым для западных держав.

Именно Вудро Вильсон впервые ввел понятия «публичное управление» (*public governance*) и «публичная администрация» (*public administration*).

Полагаем, для более правильного раскрытия содержания понятия «публичное администрирование», следует обратиться к этимологии слов «администрирование» и «публичный». Администрирование (от лат. *administro* – управляю, заведу) – деятельность органов управления и их должностных лиц. Администрирование также определяют как деятельность, непосредственно связанную с реализацией управленческих решений. Администрирование – это функция исполнительных органов власти.

Понятие «публичный» происходит от латинского слова *publica* – общество, народ, люди и *publicus* – общественный, народный. «Словарь иностранных слов» определяет понятие «публичный» как открытое, гласное, общественное. В. Даль выводит содержание термина «публичный» из термина «публика» и определяет его как всенародный, общенародный, объявленный, явный, известный. Таким образом, можно заключить, что публичное администрирование – деятельность органов управления и их должностных лиц применительно к решению проблем всего общества в целом.

В глоссарии Программы развития ООН термин «публичное администрирование» имеет два тесно связанных значения: 1) целостный государственный аппарат (политика, правила, процедуры, системы, организационные структуры, персонал и тому подобное), который финансируется за счет государственного бюджета и отвечает за управление и координацию работы исполнительной ветви власти; 2) управление и реализация разных правительственных мероприятий, которые связаны с выполнением законов, постановлений и решений правительства по предоставлению публичных услуг.

Исходя из данного выше определения понятие «публичное администрирование» тесно связано с такими понятиями, как государственное управление, государственное администрирование. Другое понятие, которое имеет отношение к публичному администрированию – это публичное управление. Таким образом, мы имеем четыре понятия, которые касаются управления обществом. Однако при этом у них есть общие черты и характерные отличия.

Во-первых, в зарубежных научных источниках понятие «публичное администрирование» пришло на смену понятию «публичное управление». Термин «публичное управление» (англ. *public management*), который был заменен термином «публичное администрирование» (англ. *public administration*), впервые использует английский государственный служащий Десмонд Килинг в 1972 г. Смена этих понятий была вызвана демократическими преобразованиями в этих странах и возрастанием роли гражданского общества в управлении общественными процессами и в контроле над государственной властью. При этом публичное управление делает акцент на властных, командных, нормативных методах управления. Публичное администрирование делает акцент на участии общества в управлении и принятии решений.

Во-вторых, публичное управление, на наш взгляд, шире, чем государственное управление. Государственное управление являет собой публичное управление, так как представляет собой воздействие государства на общество, на общественную и личную жизнедеятельность с целью обеспечения целостности, суверенитета и развития общества. Однако государство не единственный субъект, который оказывает такое воздействие на социальные процессы. В публичное управление входят также такие формы управления, как местное управление и самоуправление (которое не является государственным управлением), а также другие виды публичного управления – например, деятельность различных общественных организаций, которые также оказывают воздействие на общественные процессы.

В-третьих, использование понятия «публичное» управление означает, что процесс управления происходит публично – гласно и основным субъектом управления является народ. В то время как ключевым субъектом государственного управления является государство. Считается, что основными чертами государственного управления являются его властный характер, подчинение общества государственной воле.

Из истории хорошо известно, что государственное управление может осуществляться не только во благо народа и не обязательно публично, а, например, партийной номенклатурой или властной верхушкой без привлечения народа и сообразно своим целям. Однако в современном демократическом обществе роль государства не тоталитарна, есть и другие институты власти, которые имеют право воздействия (т.е. управления) общественными процессами. Конечно, в системе публичного управления определяющую роль играет государственное управление, которое осуществляет управленческое влияние на все сферы общественной жизни. В то же время в условиях разветвления демократических преобразований растет активность и общественных структур в управлении не только общественными, но и государственными делами, в решении общественных проблем.

В России очень часто два разных термина *public administration* (публичное администрирование) и *public management* (публичное управление) переводятся с английского как «государственное управление». Однако как показал анализ нормативных правовых актов, все чаще применяется понятие «публичное администрирование», которое отвечает современным тенденциям и практике функционирования институтов демократического общества. В широком смысле понятия «публичное управление» и «публичное администрирование» часто используются как синонимы. В узком смысле эти понятия применяются с учетом указанных выше особенностей.

Объектом публичного администрирования являются управленческие отношения между участниками публично-административной системы, направленные на достижение национальных целей и соблюдения интересов народа.

Предметом публичного администрирования является система правовых мер и организационных мероприятий, составляющих организационно-правовой механизм реализации органами публичной администрации задач, направленных на достижение целей публичного администрирования. В качестве предмета публичного администрирования могут выступать следующие направления научного познания: организации управления на разных уровнях: национальном, региональном и местном; структурные элементы системы администрирования; организация управленческой деятельности, в том числе законодательных, исполнительных и судебных органов и органов местного самоуправления; механизм управления публичной системой; техника государственного администрирования; принципы, методы управления; механизм самоорганизации и саморегулирования публичной системы; координация и субординация общественных связей.

Вычленение объекта и предмета теории публичного управления позволяет дать определение данной отрасли познания. Публичное администрирование – это наука, изучающая управленческие процессы, принципы, содержание и формы управленческих отношений в публично-административной системе.

Общеизвестно, что метод государственного администрирования есть определенный способ воздействия субъекта управления на ту или иную группу публичных отношений для достижения цели и решения поставленных задач. Классификация административных методов управления многогранна и осуществляется по различным основаниям. Например, по форме выражения методы государственного администрирования подразделяются на административно-правовые (выраженные в правовой форме) и административно-организационные, т.е. обязывающие к совершению определенных действий. По форме государственно-властного предписания методы государственного администрирования разделяют на категорические (императивные), поручительные и рекомендательные и т.д.

Важнейшими методами изучения публичного администрирования являются системный, институциональный, поведенческий, сравнительный, исторический. Кроме названных исследовательских методов при изучении публичного администрирования широко используются и другие методы.

Например, моделирование выступает как метод первичного анализа путей подготовки возможных управленческих решений.

Здесь уместно сделать некоторые умозаключения, имеющие на наш взгляд, методологические значения. Полагаем, содержание термина «государственное администрирование» шире, нежели термина «государственное управление»². А ведь в любом демократическом государстве существует еще и судебная и законодательная власти.

При этом следует обратить особое внимание на то, что любое общество может только тогда именоваться обществом, когда оно структурировано на управляющую и управляемую подсистемы. Причем следует отметить, что такая градация есть потребность самих людей, которые сознательно выдвигают единоличного или коллективного управляющего, наделяя его определенным комплексом полномочий. Это может происходить стихийно или осознанно, но всегда формирование управляющей подсистемы является потребностью общества.

История изобилует примерами различных форм управляющих социальных подсистем, получивших название «государство», «stat», но в рамках заявленной проблематики на их подробном анализе останавливаться не представляется целесообразным. Тем не менее, на одном моменте действительно следует остановиться детально. Речь идет как о принципе, так и о реальном механизме разделения властей в демократическом государстве.

Разделение властей – это один из краеугольных камней современного государства. Ст. 10 Конституции Российской Федерации лаконично устанавливает следующее: «Государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на: законодательную, исполнительную и судебную. Органы законодательной, исполнительной и судебной власти самостоятельны».

Но при этом не следует забывать, что государственная власть должна быть единой, так как ее источником в демократическом государстве является народ, который не может формировать сразу несколько властей. Поэтому следует говорить об относительной самостоятельности каждой из ветвей государственной власти – исполнительной, судебной и законодательной.

Развивая данные умозаключения, следует отметить, что вопрос о разделении властей – это прежде всего вопрос об объеме властных полномочий законодательной и исполнительной властей. При этом законодательная власть на основании делегированных ей народом полномочий прописывает правоустановления, а исполнительная власть их реализует в практическую плоскость (осуществляет исполнительно-распорядительную деятельность).

В теории права под правоустановлением понимается форма, а также направление государственной деятельности, связанные с официальным выражением и закреплением норм права, которые составляют нормативно-правовое содержание всех действующих источников позитивного права. На наш взгляд, понятие «правоустановление» точнее выражает смысл и содержание той специфической деятельности, которая обычно именуется «правотворчеством».

Одной из важных форм правоустановления (т.е. «правотворчества», понимаемого как установление норм действующих источников позитивного права) является прямое государственное нормотворчество – издание соответствующими государственными органами нормативных правовых актов (законов и подзаконных нормативных актов).

Понятие «правоустановление» включает в себя различные виды правоустановительной деятельности, которые отражают особенности процесса выражения и закрепления нормативно-правового характера и содержания разных источников действующего права – нормативных правовых актов, судебного прецедента, нормативно-правового договора, обычного права, юридической доктрины и т.д.

Специфика этих различных видов деятельности, а также форм правоустановления обусловлена своеобразием соответствующих источников позитивного права, особенностями самого источника, его нормативно-правовой природы, характера и содержания.

При таком подходе законодатели не вправе непосредственно вмешиваться в деятельность исполнительной власти, в некоторых случаях они могут инициировать процедуру парламентского контроля. Парламентский контроль – контроль парламента как органа законодательной власти за деятельностью исполнительной власти, прежде всего, правительства.

Контрольные функции парламента, по мнению ряда исследователей, могут проявляться уже непосредственно в его законотворческой деятельности: депутаты и комитеты в ходе разработки и принятия законов обсуждают сложившееся положение, существующие проблемы и дают оценку работе ответственных органов государственной власти³. Однако в целях осуществления парламентского контроля законодательный орган, как правило, наделяется рядом особых полномочий и использует

специальные процедуры. Обязанность отчитываться перед парламентом также может быть конституционно закреплена за правительством и иными государственными учреждениями.

Формы и методы парламентского контроля также различаются в зависимости от формы правления, государственного устройства. К основным способам парламентского контроля относятся письменные и устные вопросы правительству, для которых предусмотрена специальная процедура на заседании парламента (в России носит название «правительственный час») и особая форма документа: парламентский запрос, направляемый в соответствующий орган всей палатой, или депутатский запрос отдельного ее члена; интерpellация, постановка вопроса о доверии, парламентское расследование, резолюция порицания.

При этом исполнительная власть не вправе навязывать свою волю законодательной власти, а может лишь инициировать законопроекты.

Третья ветвь власти, судебная власть, осуществляет правосудие, то есть по большому счету разрешает различные социальные конфликты, а также правовые споры, на основании норм материального права и посредством норм процессуального права. При этом судебная власть также осуществляет привлечение к ответственности за нарушение буквы закона и, кроме того, восстановление нарушенных прав и свобод как физических, так и юридических лиц.

Резюмируя, следует кратко отметить, что все три ветви государственной власти тесно взаимосвязаны друг с другом, так как решают задачи по достижению общей цели, прописанной в Конституции, а именно реализации законных прав, свобод и интересов человека и гражданина во всех сферах жизнедеятельности. Однако их деятельность реализуется строго в пределах отведенных им полномочий, а точнее компетенции.

При таком подходе, как представляется, термин «государственное администрирование» гораздо шире термина «государственное управление», так как охватывает своим содержанием не только исполнительно-распорядительную деятельность органов исполнительной власти, направленную на реализацию государственно-властных предписаний, а также и правотворческую деятельность законодательной власти, направленную на выработку таких предписаний, а также правоприменительную деятельность судебной власти, направленную на защиту и восстановление нарушенных прав и свобод человека и гражданина, и также привлечение к ответственности лиц, совершивших противоправные деяния.

Как следует из вышеизложенного, содержание понятия «государственное администрирование» довольно многогранно. Данная деятельность осуществляется всеми тремя ветвями власти Российской Федерации и направлена на реализацию Конституционных прав и свобод человека и гражданина, интересов общества и государства в целом

Вновь обращаясь к вопросам публичного администрирования, следует согласиться с А.В. Винницким, который совершенно справедливо отмечает, что квалификация публичных (и прежде всего административных) правоотношений как отношений «власти–подчинения» весьма распространенное заблуждение, которое не соответствует современным реалиям или, по крайней мере, представляет собой чрезмерное упрощение действительных черт соответствующих отношений. Значительная часть из них, складывающихся в сфере публичного администрирования, на сегодняшний день возникают по инициативе и в интересах частных лиц (предоставление государственных и муниципальных услуг, мер поддержки, содействие в реализации прав граждан и организаций), либо частных лиц и публичной администрации (так называемое государственно-частное партнерство)⁴.

В этом случае следует говорить об отношениях зависимости частных лиц от органов и агентов публичной администрации либо об их взаимной заинтересованности, когда обе стороны подчиняются закону, который императивно устанавливает процедуру взаимодействия и объем встречных прав и обязанностей. Отношения власти–подчинения в классическом их представлении (когда одна сторона дает обязательные для исполнения предписания другой стороне) в контексте проводимых в России реформ постепенно вытесняются; подобная правовая связь сторон сохраняется главным образом во внутриаппаратных и некоторых контрольных отношениях. Однако изменение форм и методов осуществления государством и муниципальными образованияами публичных функций вовсе не означает исключение соответствующих отношений из сферы публично-правового (административно-правового) регулирования и распространение на них гражданско-правового режима.

На наш взгляд, здесь также следует отметить, что сфера публичного администрирования уже давно не исчерпывается деятельностью только органов публичной власти (государственной власти и местного самоуправления). Конституционный Суд РФ в своих постановлениях сформулировал позицию о том, что Конституция РФ не запрещает государству передавать отдельные полномочия исполнительных органов власти негосударственным организациям, участвующим в выполнении функций

публичной власти⁵. В связи с этим был признан законным публично-правовой статус нотариальных палат, саморегулируемых организаций арбитражных управляющих, призванных выполнять в соответствующей сфере общественных отношений функции саморегулирования в интересах общества, кредиторов и должников.

Далее в развитие института публичного администрирования принимается Федеральный закон от 13.07.2015 № 224-ФЗ (ред. от 29.12.2015) «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁶.

Развитие механизма государственно-частного партнерства (далее – ГЧП) способствует решению приоритетных государственных проблем, а также реализации национальных проектов и программ. Заметим, что в России процесс формирования и использования механизма ГЧП как реального инструмента находится на начальном этапе. Следовательно, такая ситуация не позволяет использовать все возможности ГЧП для общественно значимых программ или проектов в масштабе страны.

Механизм ГЧП можно определить как взаимодействие государства и бизнеса на взаимовыгодных условиях для решения национальных и международных, масштабных и локальных общественно значимых задач.

В настоящий момент в Российской Федерации ввиду бюджетных ограничений отсутствует возможность осуществить финансирование всей необходимой публичной инфраструктуры, требуемой для реализации полномочий Российской Федерации, субъектов Российской Федерации и муниципальных образований, в соответствующих сферах деятельности исключительно за счет бюджетных средств. В действующем законодательстве отсутствуют достаточные правовые условия для инвестирования в долгосрочные инфраструктурные проекты в целях улучшения доступности и повышения качества публичных услуг на условиях распределения рисков и привлечения частных инвестиций и компетенций – проекты государственно-частного партнерства.

Проведенный анализ законодательных актов Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, а также сложившейся практики реализации проектов ГЧП показал, что в настоящее время отсутствует возможность реализации проектов ГЧП по формам сотрудничества, используемым в мировой практике. Нормы российского законодательства предусматривают использование ограниченного числа моделей преимущественно в рамках реализации концессионных соглашений, что существенно ограничивает возможности инвестора по привлечению заемного финансирования.

В отсутствие эффективного и достаточного регулирования договорных инструментов ГЧП на федеральном уровне некоторые субъекты Российской Федерации стали разрабатывать и принимать региональные законы о ГЧП.

К настоящему времени региональные законы о ГЧП приняты более чем в 60 субъектах Российской Федерации. Главным образом целью разработки регионального закона о ГЧП являлось создание правового инструмента, который стал бы альтернативой концессионным соглашениям.

Одной из ключевых проблем регионального законодательства в сфере ГЧП является наличие рисков противоречия указанных законов и, соответственно, конкретных положений соглашений по проектам ГЧП, реализуемых в соответствии с такими законами, императивным нормам федерального законодательства. Важно отметить, что указанные риски объективны, так как они были вызваны отсутствием надлежащего регулирования отношений в рамках ГЧП на федеральном уровне и в целом не зависят от качества подготовки законов субъектов Российской Федерации.

На наш взгляд, развитие правового регулирования государственно-частного партнерства на федеральном уровне устанавливает в России единую терминологию государственно-частного партнерства для реализации проектов ГЧП в Российской Федерации, определяет полномочия Правительства Российской Федерации, субъектов Российской Федерации и муниципальных образований при реализации субъектами Российской Федерации и муниципальными образованиями соглашений о государственно-частном партнерстве, в том числе по контролю за деятельностью частного партнера по соблюдению им условий соглашения о ГЧП.

В настоящее время устанавливаются обязательства публичного и частного партнеров при реализации соглашения о ГЧП, в том числе по обязательному финансированию и эксплуатации и (или) техническому обслуживанию объекта соглашения частным партнером. При этом регламентируется возможность использования сторонами соглашения различных форм участия в соглашениях о ГЧП и их сочетания в зависимости от целей конкретного проекта, в том числе с использованием форм, предполагающих нахождение объекта соглашения в частной собственности.

Таким образом, относительно публичного администрирования как правовой категории, на наш взгляд, под ним следует понимать урегулированную нормами права деятельность публичной админи-

страции (институтов публичной власти и публичной службы), которая направлена на реализацию законных прав и свобод человека и гражданина, удовлетворение потребностей общества и государства, исполнение нормативно-правовых актов, издаваемых органами государственной власти и местного самоуправления, обеспечение верховенства права, соблюдения Конституции и законодательства.

РАЗВИТИЕ ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВЕННОГО АДМИНИСТРИРОВАНИЯ В СФЕРЕ ОБЕСПЕЧЕНИЯ БЕЗОПАСНОСТИ ГРАЖДАНСКОГО ОБЩЕСТВА

Переходя к рассмотрению вопросов государственного администрирования в сфере обеспечения социальной безопасности следует отметить, что Указом Президента Российской Федерации от 12 мая 2009 года № 537 утверждена «Стратегия национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года»⁷ (далее – Стратегия), которая является базовым документом по планированию развития системы обеспечения национальной безопасности Российской Федерации, в котором излагаются порядок действий и меры по обеспечению национальной безопасности, и является основой для взаимодействия органов государственной власти, организаций и общественных объединений для защиты национальных интересов Российской Федерации и обеспечения безопасности личности, общества и государства.

В контексте ее развития Указом от 31 декабря 2015 г. № 683 Президент Российской Федерации утвердил обновленную редакцию «Стратегии национальной безопасности РФ». Итак, правовую основу Стратегии составляют: Конституция Российской Федерации, федеральные законы от 28 декабря 2010 г. № 390-ФЗ «О безопасности» и от 28 июня 2014 г. № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации»⁸, другие федеральные законы, нормативные правовые акты Президента Российской Федерации.

Настоящая Стратегия призвана консолидировать усилия федеральных органов государственной власти, других государственных органов, органов государственной власти субъектов Российской Федерации (далее – органы государственной власти), органов местного самоуправления, институтов гражданского общества по созданию благоприятных внутренних и внешних условий для реализации национальных интересов и стратегических национальных приоритетов Российской Федерации. При этом следует отметить, что впервые в систему обеспечения национальной безопасности РФ в ней были прописаны институты гражданского общества, составляющие негосударственную систему безопасности.

Стратегия является основой для формирования и реализации государственной политики в сфере обеспечения национальной безопасности Российской Федерации и основана на неразрывной взаимосвязи и взаимозависимости национальной безопасности Российской Федерации и социально-экономического развития страны.

Впервые в Стратегии под обеспечением национальной безопасности понимается реализация органами государственной власти и органами местного самоуправления во взаимодействии с институтами гражданского общества политических, военных, организационных, социально-экономических, информационных, правовых и иных мер, направленных на противодействие угрозам национальной безопасности и удовлетворение национальных интересов. При этом национальная безопасность Российской Федерации (далее – национальная безопасность) определяется как состояние защищенности личности, общества и государства от внутренних и внешних угроз, при котором обеспечиваются реализация конституционных прав и свобод граждан Российской Федерации (далее – граждане), достойные качество и уровень их жизни, суверенитет, независимость, государственная и территориальная целостность, устойчивое социально-экономическое развитие Российской Федерации.

Национальная безопасность включает в себя оборону страны и все виды безопасности, предусмотренные Конституцией Российской Федерации и законодательством Российской Федерации, прежде всего государственную, общественную (социальную), информационную, экологическую, экономическую, транспортную, энергетическую безопасность, безопасность личности.

Впервые в Стратегии также определены национальные интересы Российской Федерации на долгосрочную перспективу, среди прочих – развитие демократии и гражданского общества, повышение конкурентоспособности национальной экономики.

Основными угрозами государственной и социальной (общественной) безопасности помимо прочих, определены следующие: деятельность радикальных общественных объединений и группировок, использующих националистическую и религиозно-экстремистскую идеологию, иностранных и международных неправительственных организаций, финансовых и экономических структур, а также частных лиц, направленная на нарушение единства и территориальной целостности Российской Фе-

дерации, дестабилизацию внутривластную и социальную ситуации в стране, включая инспирирование «цветных революций», разрушение традиционных российских духовно-нравственных ценностей.

При этом для противодействия угрозам качеству жизни граждан органы государственной власти и органы местного самоуправления во взаимодействии с институтами гражданского общества принимают следующие меры: совершенствуют защиту прав и свобод человека путем развития законодательства, судебной и правоохранительной систем; содействуют росту благосостояния граждан, снижению дифференциации населения по уровню доходов, сокращению бедности, в том числе путем развития пенсионной системы, социальной поддержки отдельных категорий граждан, совершенствования системы социального обслуживания; принимают меры по защите населения от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, а также по снижению риска их возникновения на территории Российской Федерации; обеспечивают развитие информационной инфраструктуры, доступность информации по различным вопросам социально-политической, экономической и духовной жизни общества, равный доступ к государственным услугам на всей территории Российской Федерации, в том числе с использованием информационных и коммуникационных технологий.

Также в Стратегии отмечается, что одним из основных показателей оценки состояния национальной безопасности является, прежде всего, удовлетворенность граждан степенью защищенности своих конституционных прав и свобод, личных и имущественных интересов, в том числе от преступных посягательств.

Реализация настоящей Стратегии способствует развитию национальной экономики, улучшению качества жизни граждан, укреплению политической стабильности в обществе, обеспечению обороны страны, государственной и общественной безопасности, повышению конкурентоспособности и международного престижа Российской Федерации.

В заключение следует отметить, что особенностью Стратегии является ее выраженная социальная и социально-политическая направленность: национальная безопасность обеспечивается высоким уровнем социально-экономического развития России, а именно повышением качества жизни граждан, экономическим ростом, наукой, новыми технологиями, повышением качества образования, здравоохранения и культуры, сохранением экологии и развитием рационального природопользования.

Впервые Стратегия прописывает участие институтов гражданского общества, их место и роль в обеспечении национальной безопасности. По мнению автора, данное направление правоохранительной составляющей деятельности по осуществлению публичного администрирования является актуальным и перспективным направлением исследования, главной целью которого является обеспечения безопасности гражданского общества.

¹ *Административное право зарубежных стран: учебник / под ред. А. Н. Козырина и М. А. Шатиной. М.: Спарк, 2003. С. 32.*

² Это аргументируется приведенными выше аргументами (управление – подзаконная, осуществляемая на основе и во исполнение закона, исполнительно-распорядительная деятельность государственных администраций (исполнительной власти) во всех сферах государственного управления).

³ *Иванец Г.И., Калининский И. В., Червонюк В. И.* Парламентский контроль // Конституционное право России: Энциклопедический словарь / под общ. ред. проф. В. И. Червонюка. М.: Юридическая литература, 2002. С. 224-225.

⁴ *Винницкий А.В.* О необходимости законодательного закрепления института юридических лиц публичного права // Журнал российского права. 2011. № 5. С. 81-90.

⁵ *По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 2, 12, 17, 24 и 34 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате: постановление Конституционного Суда РФ от 19 мая 1998 г. № 15-П // Собр. Законодательства Рос. Федерации. 1998. № 22. ст. 2491; По делу о проверке конституционности абзаца восьмого пункта 1 статьи 20 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобой гражданина А. Г. Меженцева: постановление Конституционного Суда РФ от 19 дек. 2005 г. № 12-П // Собр. Законодательства Рос. Федерации. 2006. № 3. ст. 335.*

⁶ *О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации: Федер. закон от 13 июля 2015 г. № 224-ФЗ (ред. от 29.12.2015) // Собр. Законодательства Рос. Федерации. 2015. ч. 1. ст. 4350*

⁷ *Стратегия национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года: указ Президента Российской Федерации от 12 мая 2009 г. № 537 о» // Собр. Законодательства Рос. Федерации. 2009. № 20, ст. 2444.*

⁸ *О стратегическом планировании в Российской Федерации: Федер. закон РФ от 28 июня 2014 г. № 172-ФЗ // Собр. Законодательства Рос. Федерации. 2014. № 26 (ч.1). ст. 3378.*

СОВМЕЩЕНИЕ УПРОЩЁННОЙ И ОБЩЕЙ СИСТЕМЫ НАЛОГООБЛОЖЕНИЯ

Исследуется актуальная проблема перехода на упрощённую систему налогообложения вновь созданной организации с сохранением обязанностей по общей системе налогообложения.

Цель статьи – выявить особенности правоприменительной реализации нормы ч.2 ст.346.13. Налогового кодекса Российской Федерации (часть вторая) от 05.08.2000 г. № 117-ФЗ (далее «НК РФ»).

Методологическую основу данного исследования составляет совокупность методов научного познания, среди которых главное место принадлежит диалектическому методу. В статье использованы общенаучные (диалектика, анализ и синтез, абстрагирование и конкретизация) и частнонаучные методы исследования (формально-юридический, сравнительно-правовой, технико-юридический). В ходе научного поиска особое внимание уделялось сравнительному, системному методам исследования, а также методам правового, государственного, экономического моделирования.

Автор данного исследования делает акцент на том, что анализ законодательства подтверждает желание законодателя позитивно регулировать сферу налогообложения с учетом соблюдения интересов субъектов малого и среднего бизнеса. Однако правоприменительная практика не позволяет считать, что воля законодателя выражена достаточно чётко, чтобы учитываться должным образом органом, осуществляющим контроль за уплатой налогов и сборов.

Как правило, при проверках соблюдения налогового законодательства налоговые органы не учитывают ситуации, связанные с пробелами в НК РФ, а также небрежного отношения самих налоговых органов к исполнению обязанностей по осуществлению контроля за соблюдением законодательства о налогах и сборах. Вопросы возникают при оценке ситуаций, связанных с подачей заявления о переходе на упрощённую систему налогообложения, и последующим информированием налогоплательщика о праве применения данного специального режима.

Автор приходит к выводу, что в настоящее время налоговые органы должны оперативно информировать налогоплательщиков о праве применения упрощённой системы налогообложения, а в случаях установленных ограничений – не допускать применения данной системы налогообложения в целях пресечения налоговых правонарушений, и как следствие, минимизации убытков для налогоплательщиков.

Конституция Российской Федерации провозглашает принцип свободы экономической деятельности (ст.8 часть 1)¹, согласно которому налогоплательщик осуществляет данную деятельность самостоятельно на свой риск и вправе самостоятельно и единолично оценивать её эффективность и целесообразность. В свою очередь, Конституционный суд РФ неоднократно указывал, что налоговое законодательство не применяет понятия экономической целесообразности и не регулирует порядок и условия ведения финансово-хозяйственной деятельности². Более того, анализируя деятельность налогоплательщика, необходимо основываться на презумпции экономической оправданности совершённых налогоплательщиком операций^{3;4}.

По нашему мнению, презумпция экономической оправданности экономических операций может быть применена к праву выбора налогоплательщиком режима налогообложения при заданных условиях и ограничениях.

Российское налоговое законодательство различает две группы налоговых режимов: общий и специальные. К специальным, в частности, относится упрощённая система налогообложения.

Выбор того или иного режима налогообложения зависит от многих факторов, правильная оценка которых является существенным условием добросовестности налогоплательщика (вид деятельности; величина доходности; количество работников; доля участия в уставном капитале и др.).

НК РФ устанавливает право добровольного перехода организации и индивидуального предпринимателя к УСН и возврат к общему режиму налогообложения⁵. Необходимо отметить, что упрощённая система налогообложения появилась задолго до принятия НК РФ и была оформлена Федеральным законом от 29.12.1995 г. № 222-ФЗ «Об упрощенной системе налогообложения, учета и

отчетности для субъектов малого предпринимательства». Право на применение упрощённой системы налогообложения подтверждалось патентом, который выдавали в налоговом органе по месту постановки налогоплательщика на налоговый учёт (ст.5)⁶. Иными словами, изначально, праву налогоплательщика на применение упрощённой системы налогообложения корреспондировала обязанность налоговых органов проверить такое правомочие налогоплательщика и выдать подтверждающий документ – патент. Такая система с большей долей вероятности не допускала налогоплательщика к необоснованному выбору режима налогообложения, и, как следствие, препятствовала налоговым правонарушениям. При формировании системы правового регулирования той или иной сферы общественных отношений необходимо предусматривать такие механизмы реализации, которые бы, с одной стороны, создавали беспрепятственный доступ к тем или иным благам при определённых условиях, а с другой – не допускали необоснованность в таком доступе. В данном случае можно согласиться с позицией С.С. Боголюбского, который утверждает о необходимости учёта правового нигилизма и юридической безграмотности в отправлении хозяйственных операций. Здесь достаточно отметить отсутствие на государственном уровне системы правового просвещения предпринимателей, их всеобуча в условиях динамично развивающихся рыночных отношений⁷.

Упрощенная система налогообложения претерпела кардинальные изменения после вступления в силу второй части НК РФ⁸.

Положения главы 26.2 Кодекса не предусматривают принятие налоговым органом каких-либо решений по поданному налогоплательщиком заявлению.

В этой связи у налогового органа нет оснований для направления налогоплательщику уведомлений о возможности или невозможности применения УСН⁹.

Рассмотрим ситуацию, когда общество с ограниченной ответственностью (условно ООО «Весна») было создано в декабре текущего года (например, 15 дек. 2013 г.), и в качестве единственного учредителя выступало другое юридическое лицо (условно – ООО «Азимут»). При этом в день получения свидетельства о государственной регистрации директор ООО «Весна» подал в налоговый орган заявление о переходе на упрощенную систему налогообложения по ставке 6%. В последующем, ООО «Азимут» продало 100% своей доли в уставном капитале ООО «Весна» физическому лицу 13 янв. 2014 г. по нотариально удостоверенному договору. По факту уступки доли в уставном капитале физическому лицу были назначены новый директор и главный бухгалтер. При этом ООО «Весна» начало ведение хозяйственной деятельности только после 25 янв. 2014 г.

В течение всего 2014 г. ООО «Весна» велась хозяйственная деятельность с применением УСНО по ставке 6% (в распоряжении главного бухгалтера имелось заявление о переходе на УСНО, с отметкой налогового органа от 15.12.2013 г.). Однако в феврале 2015 г. ООО «Весна» получает в электронной форме *Сообщение о несоответствии требованиям применения упрощённой системы налогообложения (ФОРМА №26.2-4)* (далее *Сообщение*).

Согласно указанному *Сообщению*, ООО «Весна» допустило несоответствие для применения УСНО, в связи с чем ООО «Весна» не имело права применять УСН до 01.01.2015 г.

В связи с данным обстоятельством, налоговый орган вполне логично предлагает ООО «Весна» в течение пяти дней устранить выявленные нарушения законодательства о налогах и сборах за 2013 и 2014 гг. (п.3 ст. 88 НК РФ).

Согласно п.6 ст.6.1. НК РФ, срок, определенный днями, исчисляется в рабочих днях, если срок не установлен в календарных днях. При этом рабочим считается день, который не признается в соответствии с законодательством Российской Федерации выходным и (или) нерабочим праздничным днем.

Согласно п.2. ст.6.1. НК РФ течение срока начинается на следующий день после календарной даты или наступления события (совершения действия), которым определено его начало.

По мнению автора данной статьи, позиция налогового органа о несоответствии ООО «Весна» требованиям применения УСНО, может быть подвержена критике, с использованием нижеследующего обоснования. Действительно, изначально в декабре 2013 г. ООО «Весна» было создано единственным учредителем – ООО «Азимут». Однако 13.01.2014 г. 100%-ная доля была отчуждена физическому лицу по нотариальному договору. Фактически доля перешла к физическому лицу 13.01.2014 г., т.е. в пределах 30-дневного срока после постановки на налоговый учёт ООО «Весна» (с учётом переноса нерабочих дней на первый рабочий день). Наличие соответствующих документов в налоговом органе объективно вменяется в силу Федеральным законом от 08.08.2001 г. № 129-ФЗ (ред. от 31.01.2016 г.) «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»¹⁰, а также Федеральным законом от 08.02.1998 г. № 14-ФЗ (ред. от 29.12.2015 г.) «Об обществах с ограниченной ответственностью»¹¹.

Согласно пункту 12 ст. 21 ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» от 08.02.1998 г. №14-ФЗ доля или часть доли в уставном капитале общества переходит к ее приобретателю с момента нотариального удостоверения сделки, направленной на отчуждение доли или части доли в уставном капитале общества. Таким образом, ООО «Азимут» перестало быть участником ООО «Весна» 13 янв. 2014 г. Право на долю перешло к физическому лицу 13 янв. 2014 г.

Условия НК РФ о праве применения УСНО позволяют судить о том, что вновь созданные организации «... вправе уведомить о переходе на упрощенную систему налогообложения не позднее 30 календарных дней с даты постановки на учет в налоговом органе, указанной в свидетельстве о постановке на учет в налоговом органе, выданном в соответствии с пунктом 2 статьи 84 НК РФ. В этом случае, организация и индивидуальный предприниматель признаются налогоплательщиками, применяющими упрощенную систему налогообложения, с даты постановки их на учет в налоговом органе, указанной в свидетельстве о постановке на учет в налоговом органе» (п. 2 ст. 346.13 НК РФ).

Уведомление и было подано в установленный срок (15 дек. 2013 г).

Согласно пункту 12 ст. 21 ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» от 08.02.1998 г. №14-ФЗ к приобретателю доли или части доли в уставном капитале общества переходят все права и обязанности участника общества, возникшие до совершения сделки, направленной на отчуждение указанной доли или части доли в уставном капитале общества. Получается, что к физическому лицу, ставшему единственным участником ООО «Весна», перешли права и обязанности участника ООО «Весна», имеющиеся на момент подачи уведомления о переходе на УСН, т.е. на 15 дек. 2013 г.

Согласно п. 2 ст. 346.13. НК РФ, ООО «Весна» признаётся налогоплательщиком, применяющим упрощенную систему налогообложения, с даты постановки на учет в налоговом органе, указанной в свидетельстве о постановке на учет.

НК РФ не содержит указания на то, что подавать уведомление о применении УСНО запрещено организациям, в уставном капитале которых доля другого юридического лица более 25%. Существенным моментом является фактор «применения» этого режима налогообложения (совершение фактических хозяйственных операций, порождающих соответствующий объект налогообложения).

Данная ситуация вполне соответствует воле законодателя.

Учитывая, что организации, в которых доля участия других организаций составляет более 25 %, не вправе применять упрощенную систему налогообложения (подп.14 п. 3 ст. 346.12. НК РФ), ООО «Весна», руководствуясь указанным императивным правилом, не применяло данный режим налогообложения в 2013 г., поскольку не осуществляло никакой хозяйственной деятельности (не создавало объект налогообложения).

Если налоговый орган считал, что ООО «Весна» находится на общем режиме налогообложения, то согласно п.1, п.4., п.6. ст.80 НК РФ оно должно было сдавать налоговую декларацию по каждому налогу, подлежащему уплате этим налогоплательщиком, если иное не предусмотрено законодательством о налогах и сборах..., лично или через представителя, либо направлено в виде почтового отправления с описью вложения или передано в электронной форме по телекоммуникационным каналам связи,... и в установленные законодательством о налогах и сборах сроки.

В частности, согласно п. 5. ст. 174 НК РФ, налогоплательщики (в том числе являющиеся налоговыми агентами), а также лица, указанные в пункте 5 ст. 173 НК РФ, обязаны представить в налоговые органы по месту своего учета соответствующую налоговую декларацию по установленному формату в электронной форме по телекоммуникационным каналам связи через оператора электронного документооборота в срок не позднее 20-го числа месяца, следующего за истекшим налоговым периодом, если иное не предусмотрено настоящей главой. Для примера, согласно ст. 163 НК РФ, налоговый период ...по НДС устанавливается как квартал. Аналогично, это же касается налога на прибыль (первый квартал, полугодие, девять месяцев). Декларацию по налогу на имущество нужно было сдавать до 30 марта 2014 г. Получается, что в течение 2014 г. налоговый орган знал, что ООО «Весна» должно было сдавать декларацию по НДС пять раз, по налогу на прибыль – три раза, по налогу на имущество, но видя, что ООО «Весна» этого не делает, не предпринимал никаких превентивных действий, предусмотренных ст. 76 НК РФ (приостановление операций по счетам), не возбуждал дел о нарушении ст. 119 НК РФ.... Принимая во внимание, что налоговый орган нельзя заподозрить в неисполнении своих функций (ст. 32 НК РФ), в т. ч. по осуществлению контроля за соблюдением законодательства о налогах и сборах, можно сделать вывод, что налоговый орган признавал ООО «Весна» плательщиком УСНО. Учитывая указанную позицию налогового органа по отношению к ООО «Весна» в течение всего 2014 г., можно сделать однозначный вывод о том, что ООО «Весна» является добросовестным налогоплательщиком, применяющим УСНО.

Кроме того, обращаем Ваше внимание, что ООО «Весна» сдавало декларацию по УСНО за 2013 г. до 31 марта 2014 г., а также неоднократно обращалось в свой территориальный налоговый орган, однако, ни разу в адрес ООО «Весна» не было высказано замечание о том, что ООО «Весна» якобы *не имеет* право применять УСНО.

«Применение» УСНО означает совершение хозяйственных операций в режиме, который определяется правилами УСНО, т. е. именно ведение предпринимательской деятельности. Однако ООО «Весна» информировало налоговый орган о том, что ООО «Весна» в декабре 2013 г., январе, феврале 2014 г. хозяйственную деятельность не вело.

Факт того, что деятельность должна именно *вестись*, подтверждается содержанием п.8 ст. 346.13. НК РФ: «...в случае *прекращения* налогоплательщиком предпринимательской деятельности, в отношении которой применялась упрощенная система налогообложения, он обязан уведомить о прекращении такой деятельности с указанием даты ее прекращения налоговый орган по месту нахождения организации..... не позднее 15 дней со дня прекращения такой деятельности», а также ст. 346.22. НК РФ (о сроках подачи декларации при прекращении предпринимательской деятельности, в отношении которой применялась УСНО). Иными словами, законодатель подразумевает определенную активность совершения хозяйственных операций, составляющих основу предпринимательской деятельности (заключение сделок, ведение расчётов и т.п.).

Если придерживаться позиции налогового органа и учитывать содержание п. 3 ст. 346.12. НК РФ, п. 2 ст. 346.13. НК РФ, получается, что, если бы ООО «Весна» (имея в наличии единственного участника – физическое лицо) с 15 дек. 2013 г. совершило несколько хозяйственных операций по общему режиму налогообложения, то, подав уведомление о применении УСНО на 30-й день, ООО «Весна» считалось бы налогоплательщиком по УСНО с 15.12.2013г. и автоматически освободилось бы от обязательств, сопутствующих общему режиму налогообложения....Ситуация весьма странная, однако, если принять во внимание, что законодатель в качестве основного условия применения выбранного режима налогообложения ставит именно применение режима налогообложения через реальное осуществление предпринимательской деятельности, то всё становится на свои места (отсутствует объект налогообложения). В противном случае, согласно п.7 ст.3 НК РФ, все неустранимые сомнения, противоречия и неясности актов законодательства о налогах и сборах толкуются в пользу налогоплательщика (плательщика сборов).

Таким образом, без устранения выявленных автором данной статьи противоречий в налоговом законодательстве невозможно считать налогоплательщиков, применяющих УСНО в схожих обстоятельствах, недобросовестными.

¹ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ) // Официальный интернет-портал правовой информации URL: www.pravo.gov.ru (дата обращения: 01.08.2014). Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014, № 31, ст. 4398.

² По ходатайству Министерства Российской Федерации по налогам и сборам о разъяснении Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 12 окт. 1998 г. по делу о проверке конституционности п. 3 ст. 11 Закона Российской Федерации «Об основах налоговой системы в Российской Федерации»: определение Конституционного суда РФ от 4 июля 2007 г. №138-О // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 32, ст. 3410.

³ По делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 74 и 77 Федерального закона «Об акционерных обществах», регулирующих порядок консолидации размещенных акций акционерного общества и выкупа дробных акций, в связи с жалобами граждан, компании «Кадет Истеблишмент» и запросом Октябрьского районного суда г. Пензы: постановление Конституционного суда РФ от 24 фев. 2004 г. №3-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2004, № 9, ст. 830.

⁴ По запросу группы депутатов Государственной Думы о проверке конституционности абзацев второго и третьего п. 1 ст. 252 Налогового кодекса Российской Федерации: определение Конституционного суда РФ от 4 июня 2007 г. №320-О-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2007, № 28, ст. 3479.

⁵ Апресова Н.Г. Налогообложение малого бизнеса // Lex russica. 2013. № 3. С. 280–285.

⁶ Об упрощенной системе налогообложения, учета и отчетности для субъектов малого предпринимательства. Федеральный закон от 29 дек. 1995 г. № 222-ФЗ (ред. от 31.12.2001, с изм. от 19.06.2003) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 1, ст. 15.

⁷ Боголюбовский С.С. К вопросу о генезисе виктимного, возникающего при осуществлении предпринимательской деятельности // Административное и муниципальное право. 2013. № 3. С. 250–255.

⁸ Налоговый кодекс Российской Федерации. Ч. 2 от 5 авг. 2000 г.: введ. Федер. законом от 5 авг. 2000 г. № 117-ФЗ (в ред. от 08.03.2015) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2000. № 32, ст. 3340.

⁹ *Об информировании* налогоплательщиков о праве применения упрощенной системы налогообложения и единого сельскохозяйственного налога: письмо ФНС РФ от 4 дек. 2009 г. № ШС-22-3/915@ // Официальные документы. 2009. 22 дек. (еженед. прилож. к газете «Учет, налоги, право»).

¹⁰ *О государственной* регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей: Федер. закон от 8 авг. 2001 г. № 129-ФЗ (ред. от 31.01.2016) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001, № 33 (ч. 1), ст. 3431.

¹¹ *Об обществах* с ограниченной ответственностью: Федер. закон от 8 фев. 1998 г. № 14-ФЗ (ред. от 29.12.2015) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1998, № 7, ст. 785.

О. А. Иванова

*Пермский институт экономики и финансов,
г. Пермь*

ПРОБЛЕМЫ ВРЕМЕННОГО ВВОЗА ТРАНСПОРТНЫХ СРЕДСТВ

Временный ввоз транспортных средств на территорию Таможенного союза вправе осуществлять как российские, так и иностранные физические лица. Каждая категория осуществляет ввоз с определенной спецификой.

Порядок перемещения товаров и транспортных средств физическими лицами для личного пользования определен главой 49 Таможенного кодекса Таможенного союза, Соглашением между Правительством Российской Федерации, Правительством Республики Беларусь, Правительством Республики Казахстан от 18 июня 2010 г. «О порядке перемещения физическими лицами товаров для личного пользования через таможенную границу Таможенного союза и совершения таможенных операций, связанных с их выпуском». Пунктом 2 статьи 358 ТК ТС предусмотрена возможность временного ввоза иностранным физическим лицом на таможенную территорию Таможенного союза транспортного средства, зарегистрированного на территории иностранного государства, для личного пользования на срок своего временного пребывания с освобождением от уплаты таможенных платежей.

При этом пунктом 5 статьи 358 ТК ТС установлено, что в случае, если временно ввезенные товары для личного пользования находятся на таможенной территории Таможенного союза, в связи с невывозом, по истечении установленного срока, в отношении таких товаров взимаются таможенные пошлины, налоги в порядке, установленном таможенным законодательством Таможенного союза.

Однако нередко нарушения не только таможенного законодательства при временном ввозе, но и совершение иных правонарушений с использованием таких транспортных средств. Так, КоАП РФ содержит статьи, предусматривающие ответственность за невывоз либо неосуществление обратного ввоза товаров и (или) транспортных средств физическими лицами (ст. 16.18), за незаконные операции с временно ввезенными транспортными средствами (ст. 16.24).

При невывозе транспортных средств бюджет недополучает значительные суммы таможенных пошлин. Так, отделом организации дознания Южной оперативной таможни в отношении перемещенного транспортного средства лица было возбуждено уголовное дело по п. «г» ч. 2 ст. 194 УК РФ «Уклонение от уплаты таможенных платежей, взимаемых с физического лица в особо крупном размере». Рыночная стоимость данного автомобиля на тот момент составляла около 10 млн руб. Затем гражданин с целью получения прибыли передал его в пользование гражданину Российской Федерации без надлежащего таможенного оформления и уплаты причитающихся таможенных платежей в размере более 4 млн руб.

Законодательство, позволяющее выявлять правонарушения в сфере временного ввоза, постепенно совершенствуется. В соответствии с изменениями, внесенными в Правила дорожного движения, водитель механического транспортного средства, участвующий в международном дорожном движении, обязан иметь при себе и по требованию сотрудников полиции передавать им для проверки регистрационные документы на данное транспортное и водительское удостоверение, соответствующие Конвенции о дорожном движении, а также документы, предусмотренные таможенным законодательством Таможенного союза, с отметками таможенных органов, подтверждающими временный ввоз данного транспортного средства.

В соответствии со ст. 27.13 КоАП РФ за нарушение требований ч.1 ст. 12.3 КоАП РФ (управление транспортным средством водителем, не имеющим при себе регистрационных документов на транспортное средство, а в установленных случаях документов, предусмотренных таможенным законодательством Таможенного союза, с отметками таможенных органов, подтверждающими временный ввоз транспортного средства) может применяться задержание транспортного средства.

Однако, если проверка документов осуществляется сотрудниками ГИБДД, возникает проблема: даже при наличии документов (которые могут быть и поддельными) определить, что транспортное средство находится во временном ввозе, можно только при проверке VIN-кода по базам таможенных органов, к которым нет доступа у сотрудников ГИБДД. Им приходится запрашивать такие сведения дополнительно и ждать письменного подтверждения, если есть время и желание. Транспортное средство может и не вызывать подозрений. И фактически временно ввезенное средство, за которое не уплачены таможенные платежи, может быть не выявлено, и собственники могут смениться неоднократно, введенные в заблуждение.

Кроме того, при совершении правонарушений на таких транспортных средствах лица фактически могут избежать ответственности, так как средства фотовидеофиксации просто не позволяют идентифицировать ни номер транспортного средства (если номер иностранный), ни владельца. И при совершении дорожно-транспортного происшествия поиск такого транспортного средства, если водитель скрылся, значительно затруднен. Возможно и совершение преступлений с использованием таких транспортных средств.

Интересно, что в соответствии с ч. 1 ст. 168 Федерального закона от 27 ноября 2010 г. № 311-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации» при обнаружении в рамках таможенного контроля таможенными органами товаров, незаконно ввезенных в Российскую Федерацию, либо товаров, в отношении которых нарушены условия применения таможенных процедур или ограничения по пользованию и (или) распоряжению товарами, в отношении которых предоставлены льготы по уплате ввозных таможенных пошлин, налогов, что повлекло за собой неуплату таможенных пошлин, налогов или несоблюдение запретов и ограничений, у лиц, которые приобрели товары на таможенной территории Таможенного союза в связи с осуществлением ими предпринимательской деятельности, такие товары подлежат изъятию таможенными органами, если они не были изъяты и на них не был наложен арест в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях или уголовно-процессуальным законодательством Российской Федерации. По данной норме изъятие товаров, находящихся под таможенным контролем, возможно только у лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, к которым обычный гражданин не относится. Поэтому таможенный орган, в соответствии со ст. 168 Закона, не имеет права изымать товары, находящиеся под таможенным контролем у физического лица. Хотя в соответствии с КоАП РФ таких ограничений по изъятию орудий и предметов правонарушения не предусмотрено. Предлагаем исключить из данной статьи фразу «осуществляющих предпринимательскую деятельность».

Совместные мероприятия по контролю временно ввезенных транспортных средств и обеспечению их своевременного вывоза проводятся таможенными органами ГИБДД. Это очень важно. Однако необходимо обеспечить доступ к информационным ресурсам таможенных органов. Это обеспечит лучшую выявляемость таких правонарушений. Также необходимо техническое совершенствование средств фотовидеофиксации ГИБДД по анализу иностранных номеров транспортных средств.

Таким образом, контроль за временно ввезенными транспортными средствами может обеспечить предупреждение совершения иных правонарушений.

ДОГОВОР КАК ИНСТРУМЕНТ СИСТЕМЫ УПРАВЛЕНИЯ НАЛОГАМИ

Для эффективного осуществления своих функций региональные и местные органы власти нуждаются в значительных средствах, что требует грамотного вертикального распределения налоговых полномочий внутри государства. В целях разграничения компетенций конкурирующих уровней власти, предотвращения внутреннего вертикального двойного налогообложения и снижения бремени на налогоплательщика используются различные правовые инструменты. Одним из наиболее распространенных таких инструментов являются налоговые соглашения.

В России внутренние договоры, в которых фигурируют финансовые вопросы, в том числе и налоговые, известны давно¹. Соответствующая норма закреплена и в Конституции Российской Федерации (ч. 3 ст. 11)². Однако сегодня считается, что федеральный законодатель привел направление развития правовой системы России к ситуации, при которой подавляющее большинство общественных отношений будет урегулировано в законодательном порядке. Договорный же порядок сохранится на какое-то время лишь для нестандартных ситуаций³.

Вместе с тем налоговые соглашения как инструмент системы управления налогами используются во многих государствах. В зависимости от объекта регулирования налоговых соглашений их можно разделить на две группы:

- налоговые договоренности, направленные на общую гармонизацию налоговых систем уровней власти;
- налоговые договоренности, направленные на гармонизацию отдельных налогов.

Налоговые договоренности, направленные на общую гармонизацию налоговых систем уровней власти.

Одним из государств, использующих такого рода налоговые договоренности, является Мексика. Распределение между субъектами федеральных доходов и предоставление льгот осуществляется на основе закона 1978 г. «О налоговой координации»⁴, соглашений о присоединении к Национальной системе налоговой координации и соглашений об административном содействии в налоговых делах (ст. 1, 10, 13 закона «О налоговой координации»).

Соглашения о присоединении к Национальной системе налоговой координации представляют собой соглашения, заключаемые Министерством финансов и государственного кредита с каждым из штатов и с федеральным округом. В настоящее время такие соглашения действуют со всеми 32 субъектами федерации⁵. В силу соглашений штаты и федеральный округ получают право на участие в распределении федеральных доходов и взамен обязуются не устанавливать налоги на уровне штатов и муниципалитетов, которые бы противоречили ограничениям, установленным в законе 1978 г. «О налоге на добавленную стоимость»⁶ и других законах о специальных налогах, которые в соответствии с Конституцией имеет право устанавливать только Федерация.

Особый интерес представляет практика использования межправительственных налоговых договоренностей в Швейцарской Конфедерации. Союзная Конституция 1999 г.⁷ провозглашает независимость кантонов (ст. 3), которая достигается в том числе посредством заключения договоров (конкордатов) между кантонами, статус которых закреплён в Союзной Конституции (ст. 48). На практике такие конкордаты признаются «межкантональным правом», являющимся обязательным к исполнению⁸.

На сегодняшний день существуют около 760 действующих конкордатов, в которых участвуют от двух до всех 26 кантонов. Наибольшее число конкордатов в сфере налогообложения имеют кантоны Цюрих, Санкт-Галлен, Берн, Аргау, Базель-Ланд и Ваадт (более 20 каждый)⁹. Одним из ярких примеров является Конкордат между кантонами Швейцарской Конфедерации об исключении налоговых соглашений от 10 декабря 1948 г.¹⁰, участниками которого являются все 26 кантонов, а также Союз, присоединившийся к Конкордату 26 сентября 1949 г. В соответствии с Конкордатов каждый присоединяющийся кантон обязуется на своей территории обеспечить одинаковое применение налогово-правовых норм ко всем субъектам и объектам налогообложения (ст. 1, абз. 1).

Таким образом, указанные межправительственные налоговые договоренности могут иметь различную правовую природу (заключаться на основании законодательного акта, принятого центральной властью (как в Мексике) или инициироваться субнациональными образованиями, лишь с последующим присоединением к соглашению центрального правительства (как в Швейцарии), но по своей сути они преследуют одну цель – гармонизацию налоговых систем и их координацию между собой.

Налоговые договоренности, направленные на гармонизацию отдельных налогов.

Такого рода межправительственные налоговые договоренности в широкой степени использует Канада. Основным нормативно-правовым актом, регулирующим совместное ведение в налоговой сфере федерации и субъектов, помимо Конституции (раздел VI Конституционного акта 1867 г. «Распределение законодательной власти»¹¹), является акт 1985 г. «О налоговых договоренностях федерации и провинций»¹². В п. 1 ст. 2 акта перечислены три основных вида договоренностей, заключаемых между федерацией и субъектами:

- соглашение об управлении, в соответствии с которым осуществляется проведение в жизнь актов законодательного органа провинции, правительства аборигенов или Парламента Канады об установлении налога, а также платежи в отношении собираемых налогов;
- соглашение о сборе налогов, в соответствии с которым Правительство Канады осуществляет от имени провинции сбор налогов, взимаемых провинцией с доходов физических лиц и (или) корпораций, и осуществляет платежи провинциям в отношении собранных налогов;
- соглашение о гармонизации налога с продаж.

Кроме того, в части VIII акта упоминается еще один вид соглашений – налоговое соглашение на условиях взаимности, в соответствии с которым федеральное и региональное правительства обязуются платить налоги с продаж, устанавливаемые соответственно субъектами и федерацией¹³.

Наряду с Канадой, аналогичные межправительственные налоговые договоренности использует Австралия. Так, Австралийский Союз совместно со штатами и территориями вступили в Межправительственное соглашение о федеральных финансовых отношениях 2009 г.¹⁴, одними из целей которого являются распределение доходов от налога на товары и услуги (НТУ) и налоговое выравнивание между штатами и территориями (ст. 5). Союз обязуется оказывать постоянную финансовую поддержку штатам и территориям посредством общей финансовой помощи, в том числе путем распределения доходов от НТУ, которые могут использоваться штатами свободно для любых целей (ст. 19, 25, 26). В 2015–2016 финансовом году планируемые распределения НТУ составят 57,1 млрд долларов¹⁵.

Таким образом, приведенные межправительственные налоговые договоренности направлены прежде всего на установление единого администрирования ключевых налогов: в Канаде – налога на доходы физических лиц, корпорационного налога (при помощи соглашений об управлении и соглашений о сборе налогов) и налога с продаж (при помощи соглашений о гармонизации налога с продаж и налоговых соглашений на условиях взаимности); в Австралии – НТУ (при помощи Межправительственного соглашения о федеральных финансовых отношениях).

Итак, следует констатировать, что налоговые соглашения являются одним из наиболее часто используемых и действенных правовых инструментов системы управления налогами. Удобство их использования заключается и в том, что они могут быть направлены как на гармонизацию систем налогообложения в целом (на примере Мексики, Швейцарии), так и на создание системы единого администрирования отдельных налогов (Канада, Австралия).

¹ Шепенко Р.А. Международные налоговые правила. Ч. I. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 33.

² Собрание законодательства Российской Федерации. 2014. №15, ст. 1691.

³ Колибаб К.Е. Договоры Российской Федерации с ее субъектами о разграничении предметов ведения и полномочий: необходимо участие законодателей // Журнал рос.права. 1998. № 8. С. 11.

⁴ DOF 27-12-1978.

⁵ Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Marco Jurídico. Coordinación con Entidades Federativas. Acuerdos y convenios. URL: <http://www.shcp.gob.mx/LASHCP/MarcoJuridico/CoordinacionConEntidadesFederativas/AcuerdosYConvenios/Paginas/Aguascalientes.aspx> (дата обращения: 01.07.2016).

⁶ DOF 29-12-1978.

⁷ Verfassungen der Schweiz. – Режим доступа: <http://www.verfassungen.de/ch/> (дата обращения: 01.07.2016).

⁸ Parker J. Comparative Federalism and Intergovernmental Agreements: Analyzing Australia, Canada, Germany, South Africa, Switzerland and the United States. Routledge, 2014. P. 137-139.

⁹ Datenbank über die Schweizer Kantone und Städte. Zusammenarbeit: Konkordate, NFA, Gemeinden. Konkordate nach Bereich: Öffentliche Finanzen, Steuern. Neustes Jahr. 2003. URL: http://www.badac.ch/db/db.php?abs=canton_x&code=Cs4.42f&annee=max&arg=&lang=De (дата обращения: 01.07.2016).

¹⁰ Kanton Appenzell Innerrhoden. Gesetzessammlung Appenzell I. Rh. – Januar 2007. Konkordat zwischen den Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Ausschluss von Steuerabkommen vom 10. Dezember 1948. URL: <http://www.ai.ch/dl.php/de/4b66b2792d2a4/671.910.pdf> (дата обращения: 01.07.2016).

¹¹ Department of Justice. A Consolidation of the Constitution Acts 1867 to 1982. Consolidated as of January 1, 2013. URL: http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/CONST_E.pdf (дата обращения: 01.07.2016).

¹² R.S.C., 1985, с. F-8.

¹³ Olling R. D., Westmacott M. W. Perspectives on Canadian federalism. Prentice-Hall Canada, 1988. P. 177.

¹⁴ Federal Financial Relations. Intergovernmental Agreement on Federal Financial Relations. URL: http://www.federalfinancialrelations.gov.au/content/intergovernmental_agreements/IGA_federal_financial_relations_aug11.pdf (дата обращения: 01.07.2016).

¹⁵ Australian Government. Budget 2015 // Budget Paper. № 3: Federal Financial Relations. URL: http://www.budget.gov.au/2015-16/content/bp3/html/bp3_02_part_1.htm (дата обращения: 01.07.2016).

М. Н. Кобзарь-Фролова

*Российский государственный университет правосудия,
г. Москва*

ПРИНЦИП ОБЕСПЕЧЕНИЯ БЕЗОПАСНОСТИ В ОДКБ

Образование организации, объединенной договором о коллективной безопасности (далее – Договор, ОДКБ), было опосредовано распадом Советского Союза, изменениями в геополитической ситуации и возникновением ряда независимых государств на Евразийском континенте. Договор был подписан в Узбекистане (в Ташкенте) 15 мая 1992 г. главами шести государств – Армения, Казахстан, Киргизия, Россия, Таджикистан и Узбекистан. Позднее к Договору присоединились Азербайджан, Белоруссия и Грузия (1993 г.). ОДКБ с точки зрения международного права является региональной международной организацией безопасности. ОДКБ действует в строгом соответствии с Уставом ООН, решениями Совета Безопасности ООН, руководствуется общепризнанными принципами международного права.

7 октября 2002 г. в Кишиневе участниками был подписан Устав ОДКБ. В соответствии со ст. 3 Устава ОДКБ целями организации являются укрепление мира, международной и региональной безопасности и стабильности, защита на коллективной основе независимости, территориальной целостности и суверенитета государств-членов.

Целями организации являются укрепление мира, международной и региональной безопасности и стабильности (ст. 3).

Принцип обеспечения безопасности в рамках ОДКБ многогранен. Включает в себя:

- создание благоприятных и стабильных условий для всестороннего развития государств-участников и обеспечения их безопасности, суверенитета и территориальной целостности;
- приверженность целям и принципам Договора и принятым в его рамках международным договорам и решениям;
- развитие и углубление военно-политического сотрудничества в интересах обеспечения и укрепления национальной, региональной и международной безопасности;
- продолжать и наращивать тесные и всесторонние союзнические отношения во внешнеполитической области, военной и военно-технической, а также в сфере противодействия транснациональным вызовам и угрозам безопасности государств и народов;
- намерение повышать эффективность деятельности в рамках Договора;
- сотрудничество с государствами, не являющимися членами ОДКБ;
- поддержание отношений с международными межправительственными организациями, действующими в сфере безопасности. Оказание содействия в формировании справедливого демократического миропорядка, основанного на общепризнанных принципах международного права;

- неукоснительное уважение независимости, добровольность участия, равенство прав и обязанностей государств-членов, невмешательство в дела, подпадающие под национальную юрисдикцию государств-членов.

Обеспечение безопасности государств – членов ОДКБ достигается путем принятия совместных мер к формированию в рамках ОДКБ действенной системы коллективной безопасности. Система обеспечивает коллективную защиту в случае возникновения угрозы безопасности, стабильности, территориальной целостности и суверенитету, включая создание коалиционных (коллективных) сил, миротворческих сил, объединенных систем и органов управления ими, а также формирование военной инфраструктуры.

Государства-члены координируют и объединяют свои усилия в борьбе с международным терроризмом и экстремизмом, незаконным оборотом наркотических средств и психотропных веществ, оружия, организованной транснациональной преступностью, нелегальной миграцией и другими угрозами безопасности государств-членов, принимают меры к созданию и функционированию в рамках ОДКБ системы реагирования на кризисные ситуации, угрожающие безопасности, стабильности, территориальной целостности и суверенитету государств-членов. Государства-члены согласовывают и координируют свои внешнеполитические позиции по международным и региональным проблемам безопасности, используя в том числе консультационные механизмы и процедуры.

Принцип обеспечения безопасности в сегодняшних реалиях приобретает новое содержание, новый окрас. Он становится сопряженным (пограничным) с принципом ООН о свободе. Каждое государство свободно в развитии государственности, обеспечивая собственную безопасность, при этом не должны создаваться условия, нарушающие и ограничивающие свободы и безопасность других государств.

С. Э. Либанова

*Уральский государственный юридический университет,
г. Екатеринбург*

ОБЕСПЕЧЕНИЕ ЕДИНООБРАЗИЯ ЗАКОНОТВОРЧЕСТВА И ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

Эффективность публичной власти тесно связана с решением проблем правового регулирования и конституционного правоприменения.

Правосудие не является универсальной гарантией обеспечения прав человека, если оно не ориентируется на ценности права и конституционные принципы. Сворачиваемость демократических институтов, неэффективность государственной власти, коллизии между федеральным законодательством и законодательством субъектов, формализм конституционных предписаний как выражение кризиса конституционного строя способны оказать деструктивное влияние на функционирование всех отношений в стране.

Выявление конституционных возможностей неизбежности обеспечения реальной защиты, восстановления, а главное, исключения нарушения органами системы публичной власти конституционных прав и свобод человека является одной из важнейших задач юридической науки, ее вкладом в изыскание путей становления государства правовым, а деятельности публичной власти – соответствующей требованиям Конституции РФ.

Развитие и расширение полномочий Конституционной юстиции в свете конституализации (ответствие деятельности судебной системы конституционным ценностям) общества позволит реально контролировать конституционность деятельности судов и презюмирование ими именно защиты права человека как высшей ценности во всех судебных спорах с органами публичной власти, обеспечив эффективность и единообразие их деятельности в ее соответствии с конституционным правоприменением.

Государство станет правовым, когда каждый судья, начиная с мирового, при вынесении решений будет руководствоваться конституционными презумпциями, гарантированными Конвенцией о

защите прав человека и основных свобод, а решения Конституционного Суда РФ приобретут большую юридическую силу, чем Верховного суда РФ, и их исполнение будет реально обеспечено.

Полагаем, что для этого необходимо расширить полномочия Конституционного Суда РФ, создав коллегия по проверке конституционности правоприменения нормативных актов судебной системой.

5 февраля 2013 г. Президент РФ Владимир Путин подписал закон РФ о поправке к Конституции РФ от 5 февраля 2014 г. № 2-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации», а также ряд сопутствующих федеральных законов. С 26 июля 2014 г., после окончания переходного периода для реализации этих законов, в нашей стране начал функционировать единый Верховный Суд Российской Федерации, которому подведомственны, в том числе и дела по экономическим спорам. Объединенный Верховный суд РФ, к сожалению, не повысил эффективность судопроизводства в целом, не обеспечил единство правоприменительной практики. Конституционное правоприменение реально поможет решить проблему единообразия правоприменительной практики на всей территории России.

В настоящее время в связи с объединением Высшего Арбитражного и Верховного Суда РФ активно ведется разработка нового гражданско-процессуального кодекса. В нем целесообразно в порядке исполнения требований Указа Президента РФ от 20.05.2011 № 657 «О мониторинге правоприменения в Российской Федерации»¹ и Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. №8 (в ред. от 06.02.2007 № 5; от 16 апреля 2013 № 9; от 3.03.15 № 9) «О некоторых вопросах применения судами Конституции РФ при осуществлении правосудия»², закрепить положение о том, что обязательными являются указания вышестоящих судов, основанные на конституционных принципах и нормах, соответствующие актам Конституционного Суда РФ.

Абсолютно совершенного, идеального законодательства нет нигде в мире. Коллизии законов и пробелы в регламентации судопроизводства создают предпосылки для произвола и коррупции.

Предупреждение, выявление и устранение юридических коллизий в законодательстве являются важнейшими задачами юридической науки. Обеспечение единообразия правоприменения возможно при наличии максимальной четкости изложения нормы права и неукоснительном следовании всеми правоприменителями конституционным принципам. Сутью конституционной юстиции является обеспечение верховенства и прямого действия Конституции РФ. В настоящее время Конституционный Суд РФ является судебным органом конституционного контроля, разрешающим дела о соответствии Конституции федеральных законов, нормативных актов Президента РФ, Совета Федерации, Государственной Думы, Правительства РФ; конституций республик и других законов, включенных в перечень полномочий Конституционного Суда РФ (ст. 3), наделенным полномочием по толкованию Конституции РФ.

Согласно п. 3 «В случае неопределенности в вопросе о том, соответствует ли Конституции РФ примененный или подлежащий применению по конкретному делу закон, суд, исходя из положений ч. 4 ст. 125 Конституции, обращается в Конституционный Суд РФ с запросом о конституционности этого «закона». Такой запрос в соответствии со ст. 101 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» может быть сделан судом первой, кассационной или надзорной инстанции в любой стадии рассмотрения дела.

Нередко конституционные права человека ущемлены такой ситуацией, когда закон соответствует Конституции РФ, но применен судом с нарушением конституционных принципов. Этим основные конституционные права человека, прямо записанные в Конституции РФ, грубо нарушаются и не восстанавливаются фактически, порождая недоверие к деятельности всей судебной системы, проблемы обеспечения эффективности деятельности публичной власти из-за отсутствия четкого правового регулирования отдельных вопросов.

Констатация наличия данного факта должна явиться не только правовым процессуальным основанием для направления дела на новое рассмотрение в рамках системы судов общей юрисдикции, но и основанием для проверки Конституционным Судом РФ данного дела после не устранения возникшей в деятельности судебной системы неконституционности правоприменения Верховным Судом РФ или по делам, рассмотренным по первой инстанции, мировым судом кассационной инстанцией суда субъекта РФ³.

Расширение полномочий Конституционного суда в сфере проверки неконституционного правоприменения имеет место в деятельности Конституционного Суда республики Азербайджан. В ч.5 ст.130 Конституции республики Азербайджан⁴ закреплено право на обращение в Конституционный Суд при неверном толковании нормативно-правовых актов судами (ч.34.2 ст.34 закона «О Конституционном Суде Азербайджанкой республики»), в том числе Верховным Судом Азербайджанкой рес-

публики. В ст. 131 Конституции РФ прописана структура Верховного Суда, а в ст. 132 апелляционного суда РФ.

Юридически значимыми признаются нарушения права на защиту как права принципа, так и права процедуры при причинении вреда заявителю.

Введение в России права на конституционную защиту как права процедуры поможет преодолеть правовой нигилизм и повысить авторитет не только деятельности всей судебной системы, но и государственной власти в целом.

Подтверждением актуальности предлагаемого автором нововведения, призванного не только на законодательном уровне, но и фактически обеспечить неизбежность конституционного правоприменения, как судебной системой, так и органами публичной власти, является Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. №8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции РФ при осуществлении правосудия»⁵, обязывающее суды при разбирательстве конкретных судебных дел руководствоваться Конституцией РФ. В это постановление 3 марта 2015 г. были внесены изменения в ст. в части порядка официального опубликования федеральных нормативных правовых актов, определенного Федеральным законом Российской Федерации «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания» и Указом Президента Российской Федерации от 23 мая 1996 г. № 763 «О порядке опубликования и вступления в силу актов Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации и нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти» (в редакции Указов Президента Российской Федерации от 16 мая 1997 г. № 490 и от 13 августа 1998 г. № 963; от 28 июня 2005 г. № 736; от 17 ноября 2011 г. № 1505; от 2 февраля 2013 г. № 88; от 14 октября 2014 г. № 668).

В п. 2 ч. 2 указанного Постановления указано, что суд, разрешая дело, применяет непосредственно Конституцию, в частности, когда: а) закрепленные нормой Конституции положения, исходя из ее смысла, не требуют дополнительной регламентации и не содержат указания на возможность ее применения при условии принятия федерального закона, регулирующего права, свободы, обязанности человека и гражданина и другие положения; б) суд придет к выводу, что федеральный закон, действовавший на территории РФ до вступления в силу Конституции, противоречит ей; в) суд придет к убеждению, что федеральный закон, принятый после вступления в силу Конституции РФ, находится в противоречии с соответствующими положениями Конституции; г) закон либо иной нормативный правовой акт, принятый субъектом РФ по предметам совместного ведения РФ и субъектов РФ, противоречит Конституции, а федеральный закон, который должен регулировать рассматриваемые судом правоотношения, отсутствует.

Указы Президента РФ как главы государства подлежат применению судами при разрешении конкретных судебных дел, если они не противоречат Конституции и федеральным законам (ч. 3 ст. 90).

Эффективное обеспечение прав человека высшим законом возможно при внесении положения в гражданско-процессуальный кодекс РФ об обязательности указаний вышестоящих судов для нижестоящих, основанных на конституционных принципах и нормах, соответствующих актам Конституционного Суда РФ.

Для этого требуется определить критерий конституционности правоприменения, понятный каждому правоприменителю, а главное, каждому правоисполнителю, обеспечивающий гармоничное интегрирование институциональных систем общества (правового государства и гражданского общества) в сфере обеспечения конституционных прав.

Отдельные принципы, закрепленные в Конституции РФ, могут эффективно реализоваться только в единстве с однопорядковыми по сути конституционными гарантиями. Это позволило автору объединить их в единую новую концептуальную категорию, образованную на правовом конституционном уровне группой особых конституционных норм, определив ее как «принцип-гарантия Конституции». В качестве таковых нами предлагается рассматривать: человек – высшая ценность (ст. 2, 17, 18), народовластие (ст. 3, 32), верховенство права (ч. 1. ст. 4, ст. 15).

Полагаем, что именно конституционные принципы, выполняющие одновременно роль конституционных гарантий, прямо закрепленные в статьях 2,17,18,3,32,4,15 Конституции, обладают базальной властью⁶, являются базовыми, призваны обеспечить действие предлагаемого конституционного механизма обеспечения защиты и восстановления конституционных прав человека, соответствуют механизмам международно-правовой защиты прав человека.

Три выделенные нами институционально-регулятивные базовые принципа-гарантии Конституции РФ представляют нравственный категорический императив всего общества и предлагаются в качестве специфичного универсального методологического ключа модернизации действующего зако-

нодательства, позволяющего конституционализировать деятельность государства. Требуется признание их Президентом РФ как гарантом Конституции (ст.80) или Конституционным судом РФ в качестве основополагающего критерия конституционности законодательства и правоприменения.

Полагаем, что сам процесс доказывания может быть существенно упрощен введением обязательности применения базовых принципов-гарантий Конституции РФ в процесс судопроизводства в судах общей юрисдикции, определив их в качестве критерия конституционности, который можно будет проверить именно в Конституционном Суде РФ.

Именно принципы конституционного права лежат в основе обеспечения конституционных гарантий. «Эти принципы, как указано в Постановлении Конституционного Суда РФ от 27 января 1993 г., обладают высшей степенью нормативной обобщенности, определяют содержание конституционных прав человека, отраслевых прав граждан, носят универсальный характер и в связи с этим оказывают регулирующее воздействие на все сферы общественных отношений. Общеобязательность таких принципов состоит как в приоритетности перед иными правовыми установлениями, так и в распространении их действия на все субъекты права»⁷.

Произошедшие коренные преобразования в политической и экономической системе страны повлекли за собой глобальные изменения всех сфер жизни, создав принципиально новую правовую ситуацию, требующую пересмотра и систематизации не только принципов конституционного права, но и конституционных принципов, справедливо разделяемых Г.Н. Комковой⁸.

Принцип гарантированного осуществления прав и исполнения обязанностей, имеющий генетическую связь с международно-правовым принципом уважения прав человека и его основных свобод, закрепленным во Всеобщей декларации прав человека, отражает тесную взаимосвязь принципов и гарантий Конституции РФ (ст. 18), подтверждая концептуальные выводы автора. Этот принцип является одновременно системой условий, средств и способов, обеспечивающей их реализацию. Его уязвимость, на наш взгляд, заключается в том, что он предполагает наличие системы разнородных гарантий, осложняющих контроль и надзор за их реализацией, в отличие от предлагаемой нами концепции принципа-гарантии Конституции РФ, обеспечивающей единство.

Для эффективного конституционного правоприменения особое значение имеют именно принципы обеспечения или принципы-гарантии, так как «гарантия – это обеспечение, обеспечивать – гарантировать»⁹.

Поскольку времена меняются, изменяются условия, отношения, институты, сознание людей. Возникают новые реалии, обусловленные процессами глобализации.

Соблюдение всех конституционных принципов является обязательным для всех субъектов правоприменительной деятельности, призванных конституционно гарантировать реализацию прав и свобод человека. В обязанности государства вменены признание, соблюдение и защита конституционных прав. Правоприменительная деятельность, по мнению С.С. Алексеева, представляет собой систему разнородных действий основного и вспомогательного характера, обеспечивающих претворение предписания правовых норм в жизнь¹⁰.

На основании вышеизложенного дадим авторское комплексное определение гарантий. Это правовые средства и способы обеспечения реализации прав и исполнения обязанностей, обусловленные закономерностями политического строя, состоянием экономической и правовой систем, используемые в деятельности институциональных систем общества, призванные обеспечить реализацию конституционных принципов.

Под базовыми принципами-гарантиями Конституции РФ, закрепленными в ст. 2 ч.2; ст.3 ч.2; ст. 4 ч. 1; ст. 15, 17, 18, 32 следует понимать гарантированные конституционные принципы, закрепленные в самой Конституции РФ одновременно в качестве принципов и гарантий.

Полагаем, что именно эти принципы, одновременно выполняющие конституционные обеспечительные функции гарантий невозможности нарушения конституционных прав, призваны обеспечить эффективную реализацию их защиты и восстановления, обладают базальной властью, являются базовыми, соответствующими механизмам международно-правовой защиты прав человека. Неэффективность применения конституционных принципов и гарантий, принципов и гарантий самой Конституции РФ*, вызывают необходимость введения принципиально новой понятийной категории. Можно расширить их перечень, но исходя из целей проводимого исследования остановимся на избранных, позволяющих обосновать тезис о необходимости развития и расширения полномочий Конституционной юстиции.

Принятие и внедрение в правоприменительную практику новой концептуальной категории, признание ее универсальным методологическим ключом конституционного законодательства и правоприменения даст возможность в значительной мере пересмотреть как процессы законодательства, так

и правоприменения без сложной и длительной ревизии всего действующего законодательства на соответствие его Конституции РФ, избежать затраты на формирование дополнительной структуры для выполнения этой задачи и расходов государственных средств на ее содержание. А главное, что это реально позволит расширить полномочия Конституционной юстиции и эффективно решить проблемы в области защиты прав человека в России

Деятельность публичной власти, соответствующая требованиям Конституции РФ, основанная на конституционном законотворчестве и правоприменении, обеспечит эффективность реализации полномочий и решение вопросов компетенции.

¹ *О мониторинге* правоприменения в Российской Федерации: указ Президента РФ от 20.05.2011 № 657 // Рос. газета. 2011. 25 мая.

² *О некоторых* вопросах применения судами Конституции РФ при осуществлении правосудия: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 окт. 1995 г. № 8 (в ред. от 06.02.2007 № 5) // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³ *Либанова С.Э.* Демокурия. Курган: изд-во Курганского гос. ун-та. 2014. С. 41-52.

⁴ Конституция республики Азербайджан на русском языке. Баку. QANUN. 2014. 60с.

⁵ *О некоторых* вопросах применения судами Конституции РФ при осуществлении правосудия: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 окт. 1995 г. № 8 (в ред. от 16.04.2013) // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶ Базальная власть от греч. Basis-основа // Большой энциклопедический словарь.- М.: Большая Российская энциклопедия, 1998. С.91

⁷ Вестник Конституционного Суда РФ. 1993. №2–3.

⁸ *Комкова Г.Н.* Принципы Конституционного права России. Принципы Российского права: общетеоретический и отраслевой аспекты. Саратов: изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2010. С. 375.

⁹ *Ожегов С.И.* Словарь русского языка / под ред. Н.Ю. Шведовой. М., 1981.

¹⁰ *Алексеев С.С.* Общая теория права: учебник .2-е изд. перераб. и доп. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. С. 525.

*Прим автора: нами различаются принципы и гарантии, непосредственно закрепленные в Конституции РФ, от иных.

П. А. Ромашов

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

О НОВЫХ ПОЛНОМОЧИЯХ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РФ ПО ОСУЩЕСТВЛЕНИЮ КОНСТИТУЦИОННОГО КОНТРОЛЯ

За последнее время Конституционный суд РФ (КС РФ) неоднократно привлекал внимание многих теоретиков и практиков к своей деятельности по осуществлению конституционного контроля. Так, живую дискуссию в среде конституционалистов вызвало определение КС РФ от 17 июля 2014 г. № 1567-О¹.

Однако еще более пристальное внимание с 31 марта 2016 г. было обращено к Конституционному суду РФ в связи с первым в его истории рассмотрением дела по запросу Министерства юстиции РФ о возможности исполнения постановления Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ) от 4 июля 2013 года «Анчугов и Гладков против России», в котором Минюст РФ просит признать невозможность исполнить, в соответствии с Конституцией РФ, постановление ЕСПЧ по предоставлению права голоса осужденным, содержащимся в местах лишения свободы. По мнению заявителя, вывод Европейского суда о недопустимости безоговорочного ограничения активного избирательного права таких граждан вступает в противоречие с ч. 3 ст. 32 Конституции РФ, а согласие с позицией ЕСПЧ и предоставление заключенным права голоса на выборах нарушило бы положения Конституции РФ о ее высшей юридической силе и приоритете над другими правовыми актами (ч. 1 ст. 15).

И хотя результаты рассмотрения дела на момент написания настоящей статьи еще не известны, становится очевидным, что новейшие изменения, принятые ФКЗ от 14 декабря 2015 г. № 7-ФКЗ и

предусмотревшие в ФКЗ «О Конституционном суде РФ» новую главу XIII.1. «Рассмотрение дел о возможности исполнения решений межгосударственного органа по защите прав и свобод человека», начали действовать, применяться на практике и нуждаются в научном осмыслении².

В целом на проблемы теории и практики конституционного правосудия и полномочия Конституционного суда РФ неоднократно обращалось внимание в научной литературе, например по вопросам проверки конституционности референдарных законов, законов о поправке к Конституции РФ и др.³ Однако новые полномочия КС РФ и изменения в ФКЗ «О Конституционном суде РФ» еще в недостаточной степени изучены конституционалистами.

В свете этого необходимо отметить, что данные изменения были разработаны во исполнение постановления Конституционного суда Российской Федерации от 14 июля 2015 г. № 21-П⁴ и направлены на реализацию правомочия федерального законодателя – исходя из требований Конституции Российской Федерации и с учетом правовых позиций КС РФ, выраженных в указанном постановлении, – предусмотреть не противоречащий юридической природе Конституционного Суда Российской Федерации и его предназначению как высшего судебного органа конституционного контроля «специальный правовой механизм разрешения им вопроса о возможности или невозможности с точки зрения принципов верховенства и высшей юридической силы Конституции Российской Федерации исполнить вынесенное по жалобе против России постановление Европейского Суда по правам человека, в том числе в части мер общего характера».

Данным законом, в частности, предусматривается, что по запросу федерального органа исполнительной власти, наделенного компетенцией по защите интересов Российской Федерации при рассмотрении в межгосударственном органе по защите прав и свобод человека жалоб, поданных против Российской Федерации на основании международного договора, Конституционный Суд Российской Федерации разрешает вопрос о возможности исполнения решения межгосударственного органа по защите прав и свобод человека. В случае принятия Конституционным Судом Российской Федерации постановления о невозможности исполнения в целом или в части решения межгосударственного органа по защите прав и свобод человека, в соответствии с Конституцией Российской Федерации, какие-либо действия или акты, направленные на исполнение такого решения, не могут осуществляться или приниматься в Российской Федерации.

Также Законом предусматривается, что Президент РФ и Правительство РФ вправе обращаться в Конституционный суд РФ с запросом о толковании положений Конституции Российской Федерации в целях устранения неопределенности в их понимании с учетом выявившегося противоречия между положениями международного договора РФ в истолковании, данном межгосударственным органом по защите прав и свобод человека, и положениями Конституции РФ применительно к возможности исполнения решения этого органа. Правовым последствием названного толкования Конституции Российской Федерации в смысле невозможности исполнения решения межгосударственного органа по защите прав и свобод человека без нарушения положений Конституции Российской Федерации будет также являться невозможность осуществления действий или принятия актов, направленных на исполнение решения этого органа.

Следует отметить, что законе используется термин «решение межгосударственного органа по защите прав и свобод человека», хотя в первоначальной его редакции использовался другой термин – «постановление межгосударственного органа по защите прав человека»⁵. Выбор законодателем данного подхода обусловлен тем, что понятие «решение межгосударственного органа...» является более широким (универсальным).

Известно, что под межгосударственным органом по защите прав и свобод человека может подразумеваться не только ЕСПЧ, но и несудебные международные органы, действующие в рамках отдельных универсальных международных договоров в области прав человека, в частности Комитет по правам человека, Комитет против пыток, Комитет по правам инвалидов и др. Правовая природа и наименования «решений» данных органов различны, обращения в эти органы также носят разные наименования («жалобы», «сообщения») с учетом того, кем (физическими лицами, организациями или государствами) и в какой орган они подаются. В этой связи следует вывод, что закон предусматривает полномочия КС РФ по проверке возможности исполнения в целом или в части решений различных межгосударственных органов по защите прав и свобод человека, а не только ЕСПЧ.

В то же время, по мнению ряда специалистов, очевидно, что законодатель в первую очередь имел в виду именно проверку возможности исполнения решений ЕСПЧ.

И хотя данная инициатива законодателя вызывает множество дискуссий: некоторые депутаты ГД ФС РФ нашли в этом попытку отменить приоритет норм международного права и возможность не исполнять международные обязательства (п. 4 ст. 15 Конституции РФ)⁶, другие видят в этом возмож-

ность обеспечить правовой суверенитет России и верховенство Конституции РФ (ч. 1 ст. 4 Конституции РФ)⁷, третьи усмотрели в этом шаге попытку заблокировать исполнение постановления ЕСПЧ по делу «ЮКОСа» – науке конституционного права следует обратить внимание на горизонт новых возможностей КС РФ с точки зрения не только существующей практики КС РФ, но и его взаимодействия с ЕСПЧ и стремления принимать решения, которые не просто соответствуют, а в ряде случаев опираются на практику ЕСПЧ⁸.

В то же время известно, что, согласно Венской конвенции, государство не может ссылаться на Основной закон страны в качестве оправдания невыполнения международного договора и своих «действий или бездействия», его нарушающих. Так, по мнению Венецианской комиссии Совета Европы, если КС РФ не способен устранить противоречия между решением ЕСПЧ и Конституцией, то в последнюю должны быть внесены соответствующие изменения, а требования Страсбурга касательно выплаты государством компенсации заявителям и других «индивидуальных мер» восстановления их прав вообще «не могут быть предметом оценки конституционности». При этом Комиссия также настаивает, что споры о конституционности решений ЕСПЧ должны рассматриваться в КС РФ с участием лиц, выступавших по ним заявителями в Страсбурге.

В этой связи, как правильно отмечают некоторые авторы, возникает еще и проблема избирательного применения указанного Закона, поскольку подавляющее большинство дел, рассматриваемых ЕСПЧ, не вступают в коллизию с Конституцией РФ. Кроме того, проверить все решения Страсбургского суда либо даже только те, что вынесены против России, для КС РФ дело немыслимое. Проблема коллизии между страсбургской и российской системой защиты прав человека все равно возникла бы как сугубо юридический вопрос. Вместе с тем нужно отметить, что рассматриваемые коллизии характерны и для других европейских правовых систем. Опыт британских судов весьма показателен. В решении от 16 октября 2013 года по делу *R v. Secretary of State for Justice; McGeoch v. The Lord President of the Council* (2013 UKSC 63) Верховный суд Великобритании обосновал отказ от формального исполнения постановления ЕСПЧ по делу «Хёрст против Соединенного Королевства» (№74025/01) от 6 октября 2005 года тем, что правовые позиции ЕСПЧ, в соответствии с Актом о ратификации Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года, должны только «приниматься во внимание» британскими судами. Другим примером является решение Лондонского апелляционного суда от 18 февраля 2014 года по делу *R v. McLoughlin; R v. Newell* (2014 EWCA Crim 188). Суд отказал в исполнении постановления ЕСПЧ по делу «Винтер и другие против Соединенного Королевства» (№№66069/09, 130/10 и 3896/10) от 9 июля 2013 года, обосновав это тем, что ЕСПЧ не разобрался в тонкостях британского права, которое по своей сути и способности к толкованию не содержит вмененных нарушений.⁹

В заключение автор полагает возможным отметить, что реализация указанных полномочий КС РФ является совершенно новой формой осуществления конституционного контроля для конституционной практики Российской Федерации и еще только предстоит осмыслить все ее стадии в конституционно-правовом аспекте.

¹ По запросу группы депутатов Государственной Думы о проверке конституционности ряда положений Закона Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации «О Верховном суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации»: определение Конституционного Суда РФ от 17 июля 2014 г. № 1567-О // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014. № 30 (ч. 2), ст. 4397.

² О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном суде Российской Федерации»: Федер. конституц. закон от 14 дек. 2015 г. № 7-ФКЗ // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: www.pravo.gov.ru (дата обращения 30.03.2016).

³ Брежнев О.В. Судебный контроль при пересмотре Конституции Российской Федерации и внесении в нее поправок: проблемы правового регулирования // Конституционное и муниципальное право. 2009. № 4. С. 6–11; Кряжков В.А., Лазарев Л.В. Конституционная юстиция в Российской Федерации. М.: БЕК, 1998. 462 с; Худoley К.М. Полномочия Конституционного суда РФ: проблемы теории и практики конституционного правосудия // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2011. Выпуск 2 (12). [Электронный ресурс]: дата обращения 30.03.2016. <http://www.jurvestnik.psu.ru/index.php/ru/vipusk2122011/9-2010-12-01-13-31-58/-2-12-2011/121-2011-2-10>.

⁴ По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», частей 1 и 4 статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и пункта 2 ча-

сти четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы: постановление Конституционного Суда Рос. Федерации от 14 июля 2015 г. № 21-П // Офиц. интернет-портал правовой информации. URL: www.pravo.gov.ru (дата обращения 30.03.2016).

⁵ Официальный сайт Государственной Думы Федерального Собрания Рос. Федерации. URL: <http://www.duma.gov.ru> (дата обращения 30.03.2016).

⁶ Право КС проверять решения международных судов обсудили в Госдуме. Законопроект рекомендован к первому чтению // Редакция Закон.ру. URL: https://zakon.ru/discussion/2015/11/26/pravo_ks_proveryat_resheniya_mezhdunarodnyh_sudov_obsudili_v_gosdume__zakonoproekt_rekomendovan_k_pe (дата обращения 30.03.2016).

⁷ Конституционному суду расширят полномочия. Депутатский законопроект наделяет его правом проверять решения международных судов // Редакция Закон.ру. URL: https://zakon.ru/discussion/2015/11/18/konstitucionnomu_sudu_rasshiryat_polnomochiya__deputatskij_zakonoproekt_nadelyaet_ego_pravom_provery (дата обращения 30.03.2016).

⁸ Роль Конституционного Суда РФ в реализации Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Выступление В.Д. Зорькина на VIII Международном форуме по конституционному правосудию «Имплементация решений Европейского суда по правам человека в практике конституционных судов стран Европы» // URL: <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=16> (дата обращения 30.03.2016).

⁹ Калиниченко П. Новый потенциал Конституционного суда. URL: <https://legal.report/novyyj-potencial-konstitucionnogo-suda> (дата обращения 30.03.2016).

М. А. Рыльская

*Институт проблем эффективного государства
и гражданского общества Департамента политологии
Финансового университета при Правительстве Российской Федерации,
г. Москва*

МИРОТВОРЧЕСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ КАК ГАРАНТ ОБЕСПЕЧЕНИЯ СТАБИЛЬНОСТИ И БЕЗОПАСНОСТИ В КРИЗИСНЫХ СИТУАЦИЯХ

Глобальные изменения в мире, приведшие к кардинальной перестановке сил на международной арене, способствовали коррекции концептуальных подходов международного сообщества и отдельных государств к проблемам международной безопасности.

Это коснулось и вопросов, связанных с международной миротворческой деятельностью, поскольку возросла сложность задач, решаемых миротворческими силами. Опробованные формы и способы урегулирования конфликтных ситуаций в ряде случаев перестали рассматриваться как оптимальные, возникла потребность поиска путей повышения их эффективности.

В настоящее время различают две основные модели операций по поддержанию мира. Первая модель – использование миссии военных наблюдателей ООН. Вторая – применение международных военных контингентов. Операции по поддержанию мира в зависимости от состава участников и их действий носят военный, полувойсковой или невоенный характер.

Обобщая опыт в проведении военных операций по поддержанию мира, можно выделить ряд основных аспектов, характеризующих эти акции. В качестве основного и важного предварительного условия необходимо согласие сторон в конфликте на их развертывание.

Следует подчеркнуть, что на данный момент в мире значительное число миротворческих контингентов и большинство процедурных вопросов по их применению, в силу их сложности и объемности, обеспечиваются в основном существующими военными союзами. Однако силы по осуществлению санкций не должны вовлекаться в сражения или действия с угрозой применения силы по отношению к стороне, к которой санкции применяются.

Другое дело операции второго типа третьего уровня — операции высокой интенсивности. В ст. 42 Устава ООН они определяются как санкции самого высокого уровня, которые Совет Безопасности ООН может принять в связи с серьезной угрозой международному миру и безопасности.

Данные операции могут быть предприняты только в случае, если все остальные средства разрешения конфликтов исчерпаны, что может предусматривать серьезные военные действия против определенного государства-агрессора. В ходе проведения операции может последовательно исполь-

зоваться весь арсенал авиации, сил флота и средств огневой поддержки. Контингент сил, как правило, предоставляется и готовится существующими военными союзами.

Предполагается, что в отличие от операций первого и второго уровня силы, участвующие в интенсивных операциях третьего уровня, могут понести серьезные потери в личном составе и вооружении, что в свою очередь, обуславливает необходимость их тщательного планирования и подготовки, а также всестороннего материально-технического обеспечения.

Итак, еще раз обратившись к описанному содержанию миротворческих усилий, можно без сомнения подтвердить, что эта работа носит ярко выраженный гуманный характер и направлена на сохранение мира между народами.

Согласно концепции *операций по поддержанию мира*, они проводятся с помощью подобранного на международной основе военного персонала и преследуют цель прекращения или предотвращения военных столкновений, разъединения воюющих сторон или наблюдения за соблюдением условий мира, прекращения огня. К ним относятся следующие типы операций.

Операции по поддержанию мира:

а) миротворческие операции, предполагающие согласие конфликтующих сторон на присутствие миротворческих контингентов, их беспристрастность, а также желательное неприменение силы, даже в целях мира;

б) операции по силовому умиротворению, или насильственному принуждению к миру, не связанные этими ограничениями.

Антипартизанские действия и оказание поддержки в области национально-государственного строительства (помощь в создании местных (национальных) органов безопасности — обучение, вооружение, техническое и информационное обеспечение; гуманитарная и другая помощь, не носящая экстренного характера, т. е. осуществляемая в некризисных условиях, и т. п.).

Поддержка повстанческих (партизанских) движений в других странах.

Операции по эвакуации граждан из зон конфликтов или стихийных бедствий.

Операции по контролю над соблюдением режима санкций.

Операции по демонстрации силы.

Таким образом, под *миротворческой деятельностью* следует понимать коллективные действия международных организаций и государств политического, экономического, военного и иного характера, осуществляемые после возникновения конфликта и в соответствии с нормами и принципами международного права, нацеленные на разрешение международных споров, предотвращение и прекращение вооруженных конфликтов преимущественно мирными способами для устранения угрозы международному миру. Эти действия могут также включать в себя посредническую деятельность, усилия по примирению конфликтующих сторон, переговоры, дипломатическую изоляцию и санкции, а также гуманитарное реагирование.

А. И. Стахов

*Российский государственный университет правосудия,
г. Москва*

ПУБЛИЧНОЕ АДМИНИСТРИРОВАНИЕ И ПУБЛИЧНОЕ ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ В СФЕРЕ ОБЕСПЕЧЕНИЯ БЕЗОПАСНОСТИ: ПОНЯТИЕ, СТРУКТУРА, ОСОБЕННОСТИ НОРМАТИВНОГО ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В СУБЪЕКТАХ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Общественные отношения безопасности являются самостоятельным объектом административно-правового регулирования, осуществляемого Российской Федерацией и субъектами Российской Федерации в соответствии ст. 55, 71, 72 Конституции РФ и положениями ФЗ от 28.12.2010 № 390-ФЗ «О безопасности».

Основными средствами административно-правового регулирования отношений безопасности, складывающихся с участием и (или) под контролем органов исполнительной власти и органов местного самоуправления (далее – публичная администрация), являются федеральные законы и законы

субъектов РФ, а также иные нормативные правовые акты Российской Федерации, субъектов РФ и муниципальных образований, в которых закрепляются административно-правовые нормы безопасности.

В таком контексте под *административно-правовыми нормами безопасности* понимаются *общеобязательные установления и правила, регулирующие общественные отношения с участием органов, подразделений и должностных лиц органов исполнительной власти и органов местного самоуправления, физических и юридических лиц, связанные с обеспечением защищенности (охраной и защитой) прав и законных интересов частных лиц и публичных образований от вредоносных факторов и условий техногенного, природного, иного рода, которые не в полной мере подвержены воздействию права и в этой связи создают повышенную опасность причинения вреда, ущерба данным правам и законным интересам.*

Регламентированные административно-правовыми нормами безопасности взаимосвязанные действия физических и юридических лиц, совершаемые без участия, но под контролем публичной администрации, могут быть определены как *публичное взаимодействие в сфере обеспечения безопасности*. Примерами такого публичного взаимодействия являются действия граждан в общественном транспорте или в ходе проведения публичных мероприятий, которые предусмотрены и регламентированы законами и иными нормативными правовыми актами.

Нормы, регламентирующие публичное взаимодействие физических и юридических лиц в сфере обеспечения безопасности, представляют собой разнообразные формально определенные, адресованные данным лицам условия, запреты, ограничения и обязанности, которые определяют порядок правомерного использования техногенных и природных источников опасности в процессе публичного взаимодействия физических лиц и организации без участия, но под контролем публичной администрации, а также порядок проведения публичных мероприятий, способных причинить вред правам и законным интересам. Выделяемые административно-правовые нормы безопасности в соответствии с положениями ФЗ от 26.12.2008 № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля», а также положениями федеральных законов регулирующих отдельные виды безопасности (пожарной, промышленной и др.), в обобщенном виде логично называть *обязательными требованиями безопасности*.

В зависимости от характера и целевой направленности условий, запретов, ограничений и обязанностей, адресованных физическим и юридическим лицам в сфере обеспечения безопасности, в структуре публичного взаимодействия, можно выделить урегулированные административно-правовыми нормами безопасности:

- сферу правомерного публичного использования физическими и юридическими лицами техногенных и природных источников опасности без участия, но под контролем публичной администрации;
- сферу организации и проведения физическими и юридическими лицами публичных мероприятий без участия, но под контролем публичной администрации.

Деятельность органов, структурных подразделений и должностных лиц органов исполнительной власти и органов местного самоуправления, регламентированную административно-правовыми нормами безопасности, предлагается называть *публичным администрированием в сфере обеспечения безопасности*. Примерами публичного администрирования в сфере обеспечения безопасности являются лицензирование и сертификация, контрольно-надзорная деятельность органов исполнительной власти и органов местного самоуправления, связанные с обеспечением исполнения разнообразных требований безопасности, предусмотренных законами и иными нормативными правовыми актами, в том числе требований безопасности дорожного движения, пожарной, промышленной и других видов безопасности, выделяемых законодателем.

Административно-правовые нормы безопасности, регламентирующие публичное администрирование, формально закрепляют компетенцию, цели, задачи, функции, а также применяемые методы и формы деятельности органов, подразделений и должностных лиц публичной администрации по обеспечению исполнения обязательных требований безопасности.

В зависимости от специфики применяемых административно-правовых методов в структуре публичного администрирования можно выделить:

- сферу административного санкционирования;
- сферу административного наблюдения;
- сферу административного принуждения;
- сферу административного арбитражирования;
- сферу административного стимулирования;

- административно-казуальную сферу.

В соответствии с Конституцией РФ, ФЗ от 28.12.2010 г. № 390-ФЗ «О безопасности», ФЗ от 06.10.1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации», ФЗ от 06.10.2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» административно-правовые нормы безопасности, регулирующие обозначенные выше сферы публичного администрирования, а также публичного взаимодействия, устанавливаются, изменяются и отменяются Российской Федерацией, субъектами РФ, муниципальными образованиями. Соответственно, можно говорить о трех основных видах нормативного правового регулирования отношений безопасности в административно-правовой сфере:

1) *федеральное нормативное правовое регулирование безопасности*, осуществляемое посредством установления, изменения и отмены соответствующих норм Конституции РФ, федеральных законов и иных нормативных правовых актов Российской Федерации, содержащих административно-правовые нормы безопасности;

2) *региональное нормативное правовое регулирование безопасности*, осуществляемое посредством установления, изменения и отмены соответствующих норм конституций, уставов, законов и иных нормативных правовых актов субъектов РФ, содержащих административно-правовые нормы безопасности;

3) *муниципальное нормативное правовое регулирование безопасности*, осуществляемое посредством установления, изменения и отмены соответствующих норм муниципальных нормативных актов, содержащих административно-правовые нормы безопасности.

Следует отметить, что принимаемые субъектами РФ конституции и уставы, по сути, определяют исходные начала нормативного правового регулирования общественной безопасности на территории соответствующего субъекта РФ в отдельных сферах или по отдельным направлениям обеспечения общественной безопасности, отнесенных к компетенции субъектов РФ в соответствии ст. 72 Конституции РФ и соответствующими положениями федеральных законов.

В этой связи необходимо также подчеркнуть, что региональное и муниципальное нормативное правовое регулирование общественной безопасности должно коррелировать с федеральным нормативным правовым регулированием в соответствии с решениями Конституционного суда РФ¹ и Верховного Суда РФ², в которых подчеркивается, что законодательный орган субъекта РФ не вправе вторгаться в сферы общественных отношений, регулирование которых отнесено к предмету совместного ведения с Российской Федерацией, когда отсутствует федеральный закон, предоставляющий такое право субъекту РФ.

Данная правовая позиция Конституционного Суда РФ и Верховного Суда РФ в настоящее время, как правило, реализована в статьях федеральных законов, допускающих продолжение федерального нормативного правового регулирования в области обеспечения общественной безопасности путем издания нормативных правовых актов субъектов РФ, а также муниципальных образований при наличии соответствующей нормы федерального закона³. Исключение из данного правила составляют случаи, когда нормативное правовое регулирование, обозначенное федеральным законом, непосредственно допускается продолжить иным нормативным правовым актом субъекта РФ⁴.

Из анализа федерального законодательства можно сделать вывод, что субъект РФ вправе в соответствии с федеральными законами, а также договорами и соглашениями о разграничении предметов ведения и полномочий с Российской Федерацией издавать собственные законы, регламентирующие публичное администрирование и публичное взаимодействие в сфере обеспечения общественной безопасности, в которых:

1) устанавливать для физических и юридических лиц отдельные виды обязательных требований общественной безопасности, контролируемые органами государственной власти субъекта РФ и органами местного самоуправления и обеспечиваемые силой административного принуждения в рамках государственного и муниципального контроля (надзора);

2) регламентировать отдельные меры административного принуждения, применяемые органами государственной власти субъекта РФ и органами местного самоуправления в связи с нарушением или ненадлежащим исполнением обязательных требований общественной безопасности, а также административно-правовые меры противодействия чрезвычайным и иным ситуациям техногенного, природного, иного рода.

Изложенный подход к пониманию специфики регионального нормативно-правового регулирования может служить ориентиром для разработки и принятия законов и иных нормативных правовых актов субъектов РФ в сфере обеспечения общественной безопасности.

¹ См., например, *Определение* Конституционного Суда Российской Федерации от 11 мая 2012 г. № 834-О; *Определение* Конституционного Суда Российской Федерации от 20 октября 2005 г. № 389-О; *Определение* Конституционного Суда Российской Федерации от 26 мая 2011 г. № 741-О; *Определение* Конституционного Суда Российской Федерации от 17 октября 2006 г. N 484-О.

² См., например, *Определение* Верховного Суда РФ от 16 апреля 2014 г. № 77-АПГ14-2, *Определение* Верховного Суда РФ от 24 июня 2015 г. № 71-АПГ15-3; *Определение* Верховного Суда Российской Федерации от 24 июня 2015 г. № 71-АПГ15-3;

³ См., например ст. 2 ФЗ от 21.12.1994 № 69-Федер. закона «О пожарной безопасности», ст. 2 Федер. закона от 09.01.1996 № 3-ФЗ «О радиационной безопасности населения» и др.

⁴ См., например, Федер. закон от 08.11.2007 г. № 259-ФЗ Устав автомобильного транспорта и городского наземного электрического транспорта.

А. С. Телегин

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

АДМИНИСТРАТИВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ В СФЕРЕ ДОРОЖНОГО ДВИЖЕНИЯ: НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Обеспечение безопасности в сфере дорожного движения является одной из актуальных проблем. Так, в 2015 г. в России произошло 184 тысячи аварий, в которых погибло 233114 чел и более 231 тысячи человек получили повреждения различной степени тяжести¹. В предупреждении тяжких последствий этих происшествий, связанных с нарушением правил дорожного движения и пользования транспортными средствами, важная роль принадлежит мерам административно-правового характера. Так, по данным МВД России, в 2015 г. к административной ответственности за правонарушения в сфере дорожного движения было привлечено 23,78 млн водителей транспортных средств².

Отметим, что поведение участников движения (водителей и пешеходов), порядок движения механических транспортных средств, требования к их техническому состоянию регламентированы Правилами дорожного движения, утвержденными постановлением Совета министров – Правительства РФ от 23 октября 1993 г. Перечень конкретных нарушений Правил дорожного движения, влекущих административную ответственность, установлен соответствующими статьями главы 12 КоАП РФ. При этом нормативно-правовое регулирование в рассматриваемой сфере характеризуется высокой степенью динамичности. Так, с момента вступления КоАП РФ в законную силу, принято 15 Федеральных законов в части, касающейся административных правонарушений в области дорожного движения, которыми в этот законодательный акт было внесено более 100 изменений³. Однако несмотря на предпринимаемые шаги, существуют некоторые проблемы правового закрепления основания административной ответственности.

Так, постановлением Правительства РФ от 30 января 2013 г. № 64 в п.3.4 Правил дорожного движения внесены дополнения, предусматривающие обязательное применение проблескового маячка желтого или оранжевого цвета при сопровождение организованных групп велосипедистов при проведении тренировочных мероприятий на автомобильных дорогах общего пользования⁴. Отсюда следует, что на всех транспортных средствах, которые сопровождают организованные группы велосипедистов, должны быть включены указанные сигналы. Вместе с тем в действующей редакции КоАП РФ не предусмотрена ответственность за неисполнение данного требования. Таким образом, наличие или отсутствие специальных световых сигналов целиком и полностью остается на совести лиц, управляющих автомобилями, которые сопровождают велосипедистов.

Постановлением Правительства РФ от 27 июля 2013г. № 621 предусмотрено также право собственников или владельцев автомобильных дорог разрешать повышенные скорости на участках дорог для отдельных видов транспорта (если дорожные условия обеспечивают безопасное движение). При этом величина разрешенной скорости на автомагистралях не должна превышать 130 км/час, на иных дорогах – 110 км/час⁵.

В этой связи необходимо вспомнить отмену ч.1 ст.12.9 КоАП РФ, которая среди водителей стала восприниматься как разрешение движения со скоростью, превышающей общие установленные пороги в 60, 90 и 110 км/час. Такой подход законодателя к вопросам ответственности создает условия для безнаказанного совершения административных правонарушений.

Важное значение имеет разрешение коллизии, возникающей при применении ответственности за оставление водителем места ДТП, участником которого он является (ч. 2 ст. 12.27 КоАП). Санкция данной статьи предусматривает лишение права управления транспортным средством сроком от одного года до полутора лет или административный арест, который, как свидетельствует судебная практика, применяется крайне редко. Поэтому на практике нередки случаи, когда водитель, находящийся в состоянии опьянения, скрывается с места дорожно-транспортного происшествия. Впоследствии, если он будет задержан или сам явится с повинной, установить состояние его опьянения в момент аварии будет невозможно. Таким образом, он может рассчитывать на более мягкое наказание по сравнению с тем, что предусмотрено ч.1 ст.12.8 КоАП РФ (штраф в размере тридцати тысяч рублей с одновременным лишением права управления транспортным средством на срок от полутора до двух лет). Чтобы устранить подобное противоречие, представляется целесообразным установить по ч. 2 ст. 12.27 санкцию, равную той, которая предусмотрена ч. 1 ст. 12.8 КоАП РФ.

Рамки данной статьи не позволяют рассмотреть все проблемы, возникающие при привлечении к ответственности за правонарушения в сфере дорожного движения. Тем не менее, полагаем, что решение даже части из них будет способствовать повышению безопасности участников дорожного движения.

¹ Баршев В. Опасный участок пройден // Рос. газета. 2016. 11 фев.

² РИА Новости. URL: [ria/ ru /society/20160220/...](http://ria.ru/society/20160220/)

³ Канунникова Н.Г. К вопросу об эффективности влияния изменений административного законодательства в области безопасности дорожного движения на состояние аварийности и поведение граждан // Административное право и процесс. 2015. №7.

⁴ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. № 5, ст.404.

⁵ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. № 31, ст. 4218.

Д. М. Худoley

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ФОРМА ПРАВЛЕНИЯ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН СНГ И БАЛТИИ

В настоящее время все зарубежные страны СНГ и Балтии являются республиками, хотя вопрос о реставрации монархии поднимался еще в 2007 г. в Грузии. В науке конституционного права выделяют парламентские, президентские, смешанные, а также суперпрезидентские республики.

В парламентских республиках, как правило, президент избирается парламентом и является только главой государства, осуществляя представительские функции, причем в некоторых случаях он вправе занимать свой пост всего один раз, хотя и на достаточно длительный срок (7 лет в Армении и 6 лет в Кыргызстане). В Эстонии главу государства избирает коллегия выборщиков, состоящая из депутатов парламента и представителей органов местного самоуправления. В парламентских республиках правительство контролирует действия президента, поскольку наиболее важные акты главы государства требуют контрасигнатуры премьер-министра или ответственного министра (Эстония, Латвия, Молдова, Украина, Грузия). Поэтому правительство, а не президент, решает вопросы гражданства (Латвия, Эстония), введения чрезвычайного положения (Эстония), а глава государства не является верховным главнокомандующим (Армения, Латвия). Однако в ряде парламентских республик глава государства избирается населением на выборах (Молдова, Украина, Грузия, Кыргызстан), что придает ему дополнительный «вес легитимности» в политической сфере, подкрепляемой достаточно большим объемом полномочий. Несмотря на то, что президент в парламентских республиках не возглавляет правительство, тем не менее, в некоторых случаях он может вести заседания правительства (Кыргызстан, Грузия, Армения, Латвия), как это предусмотрено в некоторых смешанных республи-

ках (Казахстан, Узбекистан, Беларусь). Эти обстоятельства обусловлены логикой концепции разделения властей, которая диктует включение главы государства в систему исполнительной власти де-юре (в президентских республиках) либо де-факто (в смешанных республиках, а также в парламентских республиках)¹. Правительство в парламентских республиках формируется парламентом по результатам парламентских выборов, поэтому президент обязан внести в парламент кандидатуру на пост премьер-министра лидера победившей партии или партийной коалиции. Отметим, что в таких республиках правительство несет ответственность только перед законодательным органом, а не перед президентом и обязано уйти в отставку в случае переизбрания парламента и при вынесении представительным органом вотума недоверия (в Грузии используется модель «конструктивного вотума»). Однако в условиях политического кризиса вместо того чтобы отправить правительство в отставку, президент может распустить парламент. Следует отметить, что установление режима парламентской республики в условиях превосходства на политической арене одной партии лидерского типа создает угрозу авторитаризма и формирование так называемой «министерской формы правления», при которой премьер-министр может замещать свой пост длительные сроки, являясь фактическим (но не юридическим) главой государства².

В президентской республике глава государства избирается народом и является главой исполнительной власти. Поэтому должность премьер-министра обычно не вводится (за исключением республик Азербайджан и Таджикистан). В президентских республиках правительство формируется президентом, но в зарубежных странах СНГ парламент нередко дает согласие на назначение всех членов правительства (Таджикистан) либо только премьер-министра (Азербайджан) или отдельных министров (Туркменистан). Стоит отметить, что только в Азербайджане парламент имеет право выразить вотум недоверия Кабинету Министров, но вопрос о его отставке все равно решает Президент. В президентских республиках глава государства не вправе распустить парламент, но у Президента Туркменистана есть такие полномочия.

В смешанной республике президент, избираемый населением, не является главой исполнительной власти, которую осуществляет правительство во главе с премьер-министром. В этих странах на главу государства возлагается задача по обеспечению согласованного функционирования всех ветвей государственной власти, когда он выступает своего рода «арбитром» в споре между ними. Как правило, в смешанных республиках президент обязан внести на рассмотрение парламента ту кандидатуру, которую поддерживает большинство депутатов парламента (Узбекистан, Казахстан). В конституциях ряда стран закрепляется, что если парламент (нижняя палата парламента в Беларуси) отклонит представленную кандидатуру премьер-министра определенное число раз (2 раза в Беларуси, 3 раза в Узбекистане), то президент вправе сам назначить премьер-министра и распустить парламент. В некоторых странах используется практика «позитивного парламентаризма», согласно которой правительство должно получить одобрение в парламенте правительственной программы (Литва, Беларусь). В смешанных республиках правительство ответственно перед парламентом и президентом, поэтому при их переизбрании правительство слагает свои полномочия (Литва) либо ставит вопрос о доверии (Казахстан). Как правило, парламент в смешанных республиках вправе выразить вотум недоверия правительству, а правительство может поставить вопрос о доверии перед парламентом. При этом выражение недоверия правительству влечет за собой его отставку. Однако в Беларуси Президент в случае выражения вотума недоверия Правительству вправе распустить Палату представителей Национального собрания, в то время как в Казахстане Президент даже в случае неоднократного выражения вотума недоверия Правительству парламентом имеет право не отправлять его в отставку. Подобные формулировки практически исключают ответственность правительства перед парламентом.

В науке конституционного права выделяют суперпрезидентские республики. В таких государствах президент является главой исполнительной власти и обладает значительными полномочиями в законодательной и судебной ветвях власти, имеет право переизбираться неограниченное число раз или занимает свой пост пожизненно. Формально среди стран СНГ нет суперпрезидентских республик, однако отдельные положения их конституций характерны именно для таких государств. Как представляется, после конституционной реформы 2007 г. Казахстан является смешанной республикой с сильной президентской властью, приближающейся к суперпрезидентской республике. Фактически такую же форму правления имеет и Беларусь. Полномочия президентов Таджикистана, Туркменистана и Азербайджана являются более широкими, чем это предусмотрено моделью президентской республики. Так, в Беларуси, Азербайджане и Туркменистане одно и то же лицо может быть президентом свыше двух сроков подряд, т.е. фактически переизбираться пожизненно. В Казахстане и Таджикистане ограничение по количеству занимаемых сроков подряд не распространяется на Н. Назарбаева и И. Рахмона. Но даже после смерти президента власть фактически «переходит по

наследству» к его близким родственникам. Например, Президентом Азербайджанской Республики после смерти Гейдара Алиева был избран его сын Ильхам. Кроме того, в ряде стран сроки исполнения президентских полномочий не учитываются, если происходит их конституционное изменение (Казахстан, Кыргызстан, Узбекистан, Таджикистан). Поэтому Президент Узбекистана А. Каримов занимает свой пост уже в пятый раз подряд, а Таджикистана И. Рахмон – в четвертый. При этом личность глав государств нередко становится сакральной – звания «лидеров нации» особыми законами были присвоены президентам Казахстана, Таджикистана, Туркменистана. Поэтому выборы президентов в ряде зарубежных стран СНГ в науке образно именуют «всенародным помазанием царя на престол»³. Отметим, что законодательная деятельность во многих странах ближнего зарубежья находится под контролем главы государства. Так, в Азербайджане глава государства имеет право абсолютно вето в отношении конституционных законов, в Туркменистане глава государства осуществляет амнистию. Вмешательство главы государства в законодательную деятельность выражается также в делегированном законодательстве (Беларусь, Казахстан, Туркменистан). Судебная деятельность в некоторых странах также находится под контролем главы государства: в Казахстане решения Конституционного Совета могут быть отменены указом Президента, а в Туркменистане создание специализированного органа конституционного контроля не предусмотрено⁴.

С одной стороны, первоначально Конституция Республики Беларусь 1994 г. и Конституция Республики Казахстан 1993 г. закрепляли форму правления, аналогичную той, которая предусмотрена Конституцией Российской Федерации 1993 г. Но Конституция Республики Беларусь 1996 г. и Конституция Республики Казахстан 1995 г. и принятые к ним поправки в 2004 г. и в 2007 г. соответственно еще больше укрепили власть глав государств. Конституционные реформы в Азербайджане и Туркменистане в 2008 г. также свидетельствуют об этом. С другой стороны, конституционные поправки в Молдове в 2000 г. и в Украине в 2004 г. трансформировали эти смешанные республики в парламентские. Узбекистан после конституционной реформы в 2007 г. и Грузия в 2004 г. из президентских республик стали республиками смешанного типа. Последующие конституционные реформы в Грузии в 2011 г., в Кыргызстане в 2010 г., в Армении в 2015 г. и Молдове в 2016 г. фактически закрепили в них парламентские республики с сильной президентской властью. Все эти изменения во многом обусловлены политической конъюнктурой и стремлением правящей элиты удержать свою власть посредством конституционных реформ. Нередко форма правления обусловлена рецепцией зарубежного опыта (французского в Казахстане и Армении, румынского в Молдове) и восстановлением действия конституций досоветского периода как символа государственности (в странах Балтии)⁵.

¹ Чиркин В. Е. Сравнительное конституционное право. М.: Международные отношения, 2002. С. 347.

² Страшун Б. А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Т.1-2. М.: Бек, 2000. С. 369.

³ Ветютнев Ю. Ю., Кулков М. О. Рецензия на кн.: Грачев Н. И., Гаджи-Заде Э. А. Формы правления и институт президентства в зарубежных странах СНГ: монография // Государственная власть и местное самоуправление. 2006. № 2. С. 46.

⁴ Худолей К. М. Полномочия Конституционного Суда РФ: проблемы теории и практики конституционного правосудия // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2011. № 2. С. 80.

⁵ Худолей К. М. Трудовые права в системе конституционных прав и свобод граждан зарубежных стран СНГ и Балтии // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2010. № 1. С. 177.

К. М. Худолей

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ОРГАНИЗАЦИОННО-ПРАВОВАЯ ФОРМА ТЕРРИТОРИАЛЬНЫХ ОБЩЕСТВЕННЫХ САМОУПРАВЛЕНИЙ

Согласно ч. 5 ст. 27 Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» (далее 131-ФЗ) территориальное общественное самоуправление (далее ТОС) считается учрежденным с момента регистрации устава территориального общественного самоуправления уполномоченным органом местного самоуправления соответствующего поселения. Но кроме того, территориальное общественное самоуправление в

соответствии с его уставом может являться юридическим лицом и подлежит государственной регистрации в органах юстиции в организационно-правовой форме некоммерческой организации. При этом ТОС не относится к муниципальным образованиям и другим субъектам гражданского права, к которым в соответствии с п. 2 ст. 124 ГК РФ применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством.

Примечательно, что в ст. 27 действовавшего ранее Федерального закона от 28 августа 1995 г. № 154-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» (далее 154-ФЗ) устанавливалось, что в соответствии с уставом муниципального образования органы ТОС могут являться юридическими лицами. Еще раньше, в ст. 8 Закона РСФСР от 6 июля 1991 г. № 1550-1 «О местном самоуправлении в РСФСР», предусматривалось, что орган территориального общественного самоуправления может наделяться правами юридического лица. В постсоветских странах, в которых предусматривается территориальное общественное самоуправление в качестве одной из форм непосредственного осуществления населением местного самоуправления, также в качестве юридических лиц регистрируются органы ТОС, но не ТОС (Украина, Беларусь, Туркменистан, Кыргызстан).

Принятие 131-ФЗ позволило ряду экспертов утверждать, что «юридическим лицом может являться только само территориальное общественное самоуправление, но не его органы»¹. Однако на практике статусом юридического лица нередко обладает и территориальное общественное самоуправление, и его орган. Согласно принципу стабильности гражданского оборота органы территориального общественного самоуправления, зарегистрированные в качестве юридических лиц до вступления в силу 131-ФЗ, могут сохранять свой статус до тех пор, пока уполномоченные государственные органы не примут иного соответствующего специального решения. Представляется важным указать, что в ч. 2 ст. 27 действовавшего ранее Федерального закона № 154-ФЗ предусматривалось, что порядок организации и осуществления территориального общественного самоуправления определяется уставом муниципального образования в соответствии с законами субъекта РФ и нормативными правовыми актами органов местного самоуправления. Таким образом, в федеральном законодательстве до принятия 131-ФЗ не давалось однозначного ответа об организационно-правовой форме органов ТОС.

До недавнего времени ТОС выбирали самые разнообразные организационно-правовые формы некоммерческих организаций: орган общественной самодеятельности, автономная некоммерческая организация, некоммерческое партнерство или без указания какой-либо конкретизации. При этом, по мнению многих авторов, наиболее оптимальной организационно-правовой формой ТОС является орган общественной самодеятельности². В соответствии со ст. 12 ФЗ «Об общественных объединениях» органом общественной самодеятельности является не имеющее членства общественное объединение, целью которого является совместное решение различных социальных проблем, возникающих у граждан по месту жительства, работы или учебы, направленное на удовлетворение потребностей неограниченного круга лиц, чьи интересы связаны с достижением уставных целей и реализацией программ органа общественной самодеятельности по месту его создания.

С 1 сентября 2014 г. вступили в силу изменения в гражданское законодательство, согласно которым юридические лица могут создаваться только в организационно-правовых формах, установленных главой 4 Гражданского кодекса РФ. При этом п.3. ч.2 ст. 50 ГК РФ закрепил, что юридические лица, являющиеся некоммерческими организациями, могут создаваться в форме общественных организаций, к числу которых также относятся органы общественной самодеятельности и территориальные общественные самоуправления. Согласно ФЗ «Об общественных объединениях» общественной организацией является основанное на членстве общественное объединение, созданное на основе совместной деятельности для защиты общих интересов и достижения уставных целей объединившихся граждан. Полагаем, стремление законодателя поставить точку в определении организационно-правовой формы ТОС следует оценивать положительно. Однако гражданское законодательство (ГК РФ и ФЗ «О некоммерческих организациях») не предусматривает отличий правового регулирования статуса общественных организаций и общественных объединений, хотя по закону об общественных объединениях они отличаются как род и вид. Примечательно, что первоначально изменения в Гражданский кодекс об организационно-правовых формах некоммерческих организаций, вступившие в силу 1 сентября 2014 г., приравнивали в правовом статусе к общественным организациям, так же и общественные движения, которые согласно ФЗ «Об общественных объединениях» к числу общественных организаций тоже не относятся. Но после принятия ФЗ-133 от 23 мая 2015 г. общественные движения были исключены из упоминания в п.3 ч.2 ст. 50 ГК РФ, и для них была создана отдельная разновидность организационно-правовой формы некоммерческих организаций.

Согласно ст. 27 131-ФЗ отношения по территориальному общественному самоуправлению осуществляются гражданами посредством собраний или конференций. Собрание граждан по вопросам организации и осуществления территориального общественного самоуправления считается правомочным, если в нем принимают участие не менее 1/3 жителей соответствующей территории, достигших 16-летнего возраста, а конференция – не менее 2/3 избранных на собраниях граждан делегатов, представляющих не менее 1/3 жителей соответствующей территории, достигших 16-летнего возраста соответственно. В то же время ФЗ «Об общественных объединениях» устанавливает, что членами и участниками общественных объединений могут быть граждане, достигшие 18 лет. Исключение сделано для молодежных общественных объединений (с 14 лет) и для детских (с 8 лет), но территориальное общественное самоуправление к ним вряд ли может быть отнесено. Данные положения согласовываются с общими положениями ч. 2 ст. 26 ГК РФ, не предусматривающие возможность для лиц, достигших возраста 16 лет, быть членами иных организаций, помимо кооперативов. Создание ТОС в форме общественной организации, имеющей членство неприемлемо также и потому, что отношения членства можно рассматривать как препятствия по осуществлению конституционного права на местное самоуправление всеми гражданами (ч. 2 ст. 130 Конституции РФ) и нарушение принципа свободы вступления в общественные объединения (ч. 2 ст. 30 Конституции РФ).

Кроме того, как видится, является неправомерным в полной мере относить ТОС к числу общественных организаций в силу возможности осуществления ими публичных функций и получения финансирования из местного бюджета. Можно сказать, что ТОС – это обязательный промежуточный элемент системы местного самоуправления, проявление народного суверенитета, находящийся между населением и органами местного самоуправления и обладающий отдельными чертами последних³. Так, согласно ч. 8 ст. 27 131-ФЗ органы ТОСа могут осуществлять хозяйственную деятельность по благоустройству территории, иную хозяйственную деятельность, направленную на удовлетворение социально-бытовых потребностей граждан, проживающих на соответствующей территории, как за счет средств указанных граждан, так и на основании договора между органами территориального общественного самоуправления и органами местного самоуправления с использованием средств местного бюджета, а также вправе вносить в органы местного самоуправления проекты муниципальных правовых актов, подлежащие обязательному рассмотрению этими органами и должностными лицами местного самоуправления, к компетенции которых отнесено принятие указанных актов. Понятно, что заниматься хозяйственной деятельностью могут только органы ТОСов, зарегистрированные в качестве юридических лиц. В этой связи Д. Б. Сергеев довольно справедливо обращает внимание на то, что «трудно согласиться с идеей, что юридическое лицо, созданное в организационно-правовой форме некоммерческой организации, имеющее в своей природе элементы общественного (гражданского) самоуправления, может быть частью организационного устройства, структуры муниципального образования, природа которого является исключительно муниципальной, властной, публичной»⁴. Неудивительно, что зарплата сотрудников органов ТОСов обычно финансируется из местного бюджета, а ст. 22 утратившего силу Закона Ставропольского края 1996 г. «О территориальном общественном самоуправлении» даже приравнивала ее по размеру к той, которую получали муниципальные служащие⁵. Таким образом, по нашему мнению, необходимо внести изменения в ч. 2 ст. 50 ГК РФ и исключить органы общественной самодеятельности и территориальные общественные самоуправления из числа общественных организаций, предусмотрев для них отдельную категорию организационно-правовых форм некоммерческих организаций.

¹ Шугрина Е.С. Судебная практика по вопросам, связанным с созданием и ликвидацией территориального общественного самоуправления // Муниципальная служба: правовые вопросы. 2012. № 1. С. 20–25.

² Ручин М. В., Худякова И. В. Организационно-правовая форма территориального общественного самоуправления как субъекта муниципальных и гражданских правоотношений // Государственная власть и местное самоуправление. 2005. № 8. С. 23–25.

³ Худoley Д. М. Суверенитет или автономия? // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2011. № 2. С. 54.

⁴ Сергеев Д. Б. Элементы структуры (организационной системы) муниципального образования // Административное и муниципальное право. 2010. № 11. С. 28–33.

⁵ Худoley Д. М. Конституционализация права на труд в зарубежных странах // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2010. № 1. С. 169.

ОБЕСПЕЧЕНИЕ НАЦИОНАЛЬНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ СТРАНЫ В КОНТЕКСТЕ СОВРЕМЕННЫХ КОНЦЕПЦИЙ ГОСУДАРСТВЕННОГО АДМИНИСТРИРОВАНИЯ

Проблемы обеспечения национальной безопасности являются, с одной стороны, традиционными для любой страны, с другой – порой весьма отличными по характеру и содержанию, что зависит от комплекса внутренних и внешних факторов. Особое значение вопросы обеспечения национальной безопасности в широком понимании приобрели для Российской Федерации как суверенного государства, обладающего значительными запасами востребованных в настоящем и, как минимум, в ближайшем будущем природными ресурсами. Механизм обеспечения национальной безопасности с течением времени претерпевал значительные изменения, а отдельные его элементы наполнялись новым смыслом и акцентами; менялись и его институциональные составляющие. В последнее время это связано, в частности, с активизацией международного терроризма, территориальным расширением Организации Североатлантического договора к западным границам России за счет включения в орбиту влияния стран бывшего «социалистического лагеря», реализацией проектов «цветных революций» в бывших союзных республиках, обострением локальных, в том числе национальных, конфликтов в мире. Существенным образом на процесс обеспечения безопасности в современной России повлияла инициированная руководством страны и активно реализуемая более десяти лет административная реформа. Одним из важнейших аспектов осуществляемых в настоящее время системных преобразований в сфере государственного управления явилось интегрирование в систему публичного администрирования концепций электронного и открытого правительств, предполагающих тесное взаимодействие государственных структур с институтами гражданского общества, и в не последнюю очередь, непосредственно с гражданами. Фактически, открытое правительство, создаваемое с 2012 года, стало одним из обоснованных направлений дальнейшей конкретизации системы электронного правительства, получившего интенсивное развитие в нашей стране с середины прошлого десятилетия. Действенное функционирование открытого правительства основано на развитом электронном правительстве, немислимо без высокого уровня внедрения электронных инновационных технологий в сферу государственного администрирования, функционирования государственных органов и служащих, повседневной жизни обычного человека. Вместе с тем открытое правительство обладает и принципиально иными (новыми) характеристиками, чем представляет собой электронное правительство, так как в силу своей специфики предполагает двустороннюю связь субъекта и объекта управления. При открытом правительстве в идеале наличествует возможность действительного влияния гражданина на решения органов государственной власти и управления, большую долю гарантированной вероятности учета его потребностей и интересов в их содержании.

Реализация обозначенных концепций администрирования в практике государственного строительства оказывает значительное влияние на механизм обеспечения государственной безопасности вообще и её важнейшей составляющей – общественной безопасности. Формирование электронного правительства во многом связано не только с поиском правильного направления модернизации публичного управления посредством оптимизации взаимодействия «гражданин – государственный орган (государственный служащий)», но и с необходимостью борьбы с коррупцией в государственном аппарате, являющейся признанной угрозой национальной безопасности страны. Осуществление идеи открытого правительства по большому счету было продиктовано недовольством населения страны отсутствием действительного доступа граждан к властным структурам, неразвитостью механизма «социального лифта» и фактически невосприятием публичными структурами позиции институтов гражданского общества при принятии властных решений. Форсированное внедрение концепции открытого правительства в российскую правовую действительность во много было обусловлено известными несанкционированными публичными выступлениями на Болотной площади в городе Москве, представлявшими собой своего рода попытку апробации на российской почве технологий «бархатных революций». Данные мероприятия сами по себе явились нарушением общественного порядка, угрожающим общественной безопасности.

Главная суть положительного влияния рассматриваемых нововведений в сфере публичного администрирования на обеспечение национальной безопасности государства заключается, как минимум, в следующем. Во-первых, в нивелировании посредством расширения взаимодействия граждан и государственных структур собственно предпосылок формирования реальных и потенциальных (вероятных) негативных тенденций, могущих непосредственно угрожать широкому кругу аспектам национальной безопасности. Речь идет о создании инструмента обеспечения реализации прав и удовлетворения потребностей социально активного населения страны в различных областях жизнедеятельности общества законными способами. Во-вторых, в получении соответствующими структурами альтернативной и объективной информации о происходящих в стране политических и социально-экономических процессах через дополнительно созданные каналы связи между государственными и негосударственными институтами. Последнее позволяет правоохранительным органам своевременно и адекватно реагировать на постоянно возникающие угрозы национальной безопасности государства, оперативно оптимизировать направления своей деятельности при решении стоящих перед ними задач.

В. В. Шабуня

*Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации,
г. Москва*

О ПРОБЛЕМАХ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ ЭЛЕКТРОЭНЕРГЕТИЧЕСКОЙ ОТРАСЛИ С ПОЗИЦИИ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЭНЕРГЕТИЧЕСКОЙ БЕЗОПАСНОСТИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Обеспечение энергетической безопасности государства является важнейшим элементом обеспечения суверенитета и национальной безопасности любого современного государства. Исходя из этого повышение уровня энергетической безопасности определено в Стратегии национальной безопасности Российской Федерации одним из главных направлений обеспечения национальной безопасности в области экономики на долгосрочную перспективу.

Энергетическая стратегия России на период до 2030 г. также устанавливает энергетическую безопасность в качестве одного из главных стратегических ориентиров долгосрочной государственной энергетической политики.

Указанной стратегией энергетическая безопасность определена как состояние защищенности страны, ее граждан, общества, государства и экономики от угроз надежному топливно- и энергообеспечению.

Эти угрозы формируются как внешними (геополитическими, макроэкономическими, конъюнктурными) факторами, так и состоянием и функционированием энергетического сектора страны.

Особое значение для обеспечения энергетической безопасности государства в структуре топливно-энергетического комплекса представляет электроэнергетическая отрасль.

Электроэнергетика является базовой отраслью, обеспечивающей функционирование экономики и жизнеобеспечение в РФ. Поэтому ее устойчивое развитие и надежное функционирование во многом определяют энергетическую безопасность государства и являются важными условиями успешного экономического развития страны.

В качестве негативных факторов в развитии и функционировании электроэнергетической отрасли, влияющих на состояние энергетической безопасности РФ, следует отметить следующие.

1. Продолжающийся процесс физического и морального износа (старения) основных производственных фондов, несоответствие используемого энергокомпаниями электрооборудования существующим нагрузкам и другие технические и технологические проблемы в условиях отсутствия единой технической и инвестиционной политики в электроэнергетической отрасли РФ, а также отсутствие системы нормативно-технического регулирования вопросов надежности и безопасности функционирования электроэнергетических систем и объектов электроэнергетики в отрасли.

В настоящее время в сфере нормативно-технического регулирования электроэнергетики сложилась ситуация, когда принятые в СССР государственные стандарты, ведомственные акты Министерства энергетики и электрификации СССР, Министерства топлива и энергетики РСФСР, а также

принятые в постсоветский период корпоративные документы ОАО РАО «ЕЭС России» утратили свою юридическую силу или потеряли свою актуальность вследствие технического прогресса и развития более современных технологий, либо не обязательны к применению и носят рекомендательный характер. Как следствие, в электроэнергетике с момента ликвидации ОАО РАО «ЕЭС России» не могут быть актуализированы и приняты в форме НПА обязательные требования к надежности и безопасности электроэнергетических систем и входящих в их состав объектов электроэнергетики, что представляет существенную угрозу энергетической безопасности РФ.

Недавно принятым Федеральным законом от 23 июня 2016 г. № 196-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон "Об электроэнергетике"» в части совершенствования требований к обеспечению надежности и безопасности электроэнергетических систем и объектов электроэнергетики» наконец Правительство РФ или уполномоченные им федеральные органы исполнительной власти наделены полномочиями по принятию НПА в указанной сфере.

2. По-прежнему одной из существенных проблем электроэнергетики, являющейся серьезным препятствием в развитии и техническом перевооружении отрасли, ставящей под удар финансовую устойчивость субъектов электроэнергетики и срывающей выполнение ими инвестиционных программ, является проблема неплатежей на рынках электрической энергии.

По информации Минэнерго России на сегодняшний день в отрасли сохраняется тенденция к увеличению задолженности на розничных рынках электроэнергии.

При этом наибольший рост задолженности за потребляемые энергетические ресурсы на розничных рынках электрической энергии отмечен у непромышленных потребителей энергетических ресурсов, в основном у организаций ЖКХ, а также потребителей, ограничение уровня энергоснабжения которых приводит к экономическим и социальным последствиям («неотключаемые» потребители).

В целях укрепления платежной дисциплины на оптовом и розничных рынках электрической энергии принят Федеральный закон от 3 ноября 2015 г. № 307-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с укреплением платёжной дисциплины потребителей энергоресурсов». Правительством РФ утвержден план мероприятий по реализации закона, предусматривающий разработку комплекса проектов нормативных правовых актов, которые до настоящего времени не приняты.

В отсутствие указанных нормативных правовых актов реализация положений закона на практике не представляется возможной.

3. Отсутствие правовой регламентации обеспечения готовности субъектов электроэнергетики к работе в отопительный сезон и проведения проверок такой готовности.

Одним из главных принципов государственной политики в сфере электроэнергетики является обеспечение бесперебойного и надежного функционирования электроэнергетики в целях удовлетворения спроса на электрическую энергию потребителей.

В соответствии с ФЗ «Об электроэнергетике» Правительство РФ или уполномоченные им федеральные органы исполнительной власти наделены полномочиями по утверждению порядка оценки готовности субъектов электроэнергетики к работе в отопительный сезон, а федеральные органы исполнительной власти полномочиями проводить оценку готовности субъектов электроэнергетики к отопительному сезону.

Вместе с тем действующее отраслевое законодательство на сегодняшний день не регулирует процедуру осуществления проверки такой готовности.

На законодательном уровне также не установлена обязанность лиц, осуществляющих деятельность в сфере электроэнергетики, обеспечить готовность к работе в отопительный сезон, а также не определены условия готовности и ответственность за неготовность к работе в отопительный сезон.

Таким образом наличие пробела в правовом регулировании вопросов проведения проверок готовности субъектов электроэнергетики к работе в отопительный сезон ставит под угрозу надежность работы субъектов электроэнергетики и бесперебойность энергоснабжения потребителей электрической энергии.

4. Большая зависимость электроэнергетической отрасли от импортных технологий, товаров и услуг.

По информации Минэнерго России зависимость электроэнергетики от импорта оборудования для генерации составляет: по газовым турбинам – до 45–70 %, трансформаторам – более 50 %, гидротурбинам – до 30 %. В электротехнической промышленности по ряду технологических направлений доля импорта составляет доходит до 90–100 %. В средне- и долгосрочной перспективе это может привести к увеличению стоимости и срока ремонтов оборудования при отсутствии импортных комплектующих, не имеющих аналогов, производимых на территории РФ (необходимость замены обо-

рудования в целом либо его блоков на продукцию отечественного производства), увеличению срока восстановительных работ при аварийных ситуациях, а также снижению качества и надежности электроснабжения.

В связи с этим крайне актуальным является вопрос импортозамещения и в сфере электроэнергетики.

В заключение следует отметить, что для устранения вышеуказанных негативных факторов, представляющих угрозу энергетической безопасности РФ, необходима разработка и реализация Правительством РФ и уполномоченными федеральными органами исполнительной власти в кратчайшие сроки комплекса организационно-правовых мероприятий, направленных на совершенствование механизмов работы электроэнергетической отрасли и повышение ее эффективности, в частности:

1. Принятие Правительством РФ постановления, наделяющего конкретные федеральные органы исполнительной власти соответствующими полномочиями, и формирование и утверждение перечней НПА и планов-графиков их разработки и принятия.

2. Принятие Правительством РФ подзаконных НПА, направленных на реализацию норм Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с укреплением платежной дисциплины потребителей энергетических ресурсов».

3. Принятие нормативно-правовой базы, регламентирующей вопросы обеспечения готовности субъектов электроэнергетики к работе в отопительный сезон и проверки такой готовности.

4. Разработка организационных и правовых мер поддержки производителей отечественного энергетического оборудования и рыночных механизмов стимулирования субъектов электроэнергетики к использованию оборудования отечественного производства.

С. А. Широбоков

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

АДМИНИСТРАТИВНЫЕ ДЕЙСТВИЯ ПО ОБЕСПЕЧЕНИЮ ПРАВА ГРАЖДАН НА ОБРАЩЕНИЕ В ОРГАНЫ ГОСУДАРСТВА В СОВЕТСКИЙ ПЕРИОД

Более 38 лет в России (с 1968 по 2006 г.) основным документом, определяющим правовое регулирование отношений по поводу подачи и рассмотрения обращений граждан, был Указ Президиума Верховного Совета СССР от 12 апреля 1968 г. «О порядке рассмотрения предложений, заявлений и жалоб граждан» (далее по тексту Указ). Прежде чем определить параметры правовой преемственности современного правового регулирования реализации конституционного права граждан на обращения, обратимся к правоприменительной административной практике, так как после принятия именно вышеупомянутого Указа наметилась тенденция к администрированию деятельности по работе с обращениями граждан.

В октябре 1981 г. Советом Министров СССР было принято постановление «О порядке ведения производства по предложениям, заявлениям и жалобам граждан в государственных органах, на предприятиях, в учреждениях и организациях». Постановление включало в себя следующие принципиальные положения:

– возложение обязанности утверждения типового положения о ведении делопроизводства по предложениям, заявлениям и жалобам граждан в государственных органах, на предприятиях, в учреждениях и организациях на подчинённые подразделения при Совете Министров СССР;

– были определены подчинённые органы, обязанные утвердить данное положение – Государственный комитет СССР по науке и технике, Государственный комитет СССР по стандартам, Главное архивное управление при Совете Министров СССР;

– министерствам, ведомствам СССР и Советам Министров союзных республик вменялось в обязанность обеспечение дальнейшей деятельности по ведению делопроизводства, с учётом особенностей их деятельности;

– дальнейшая деятельность должна включать в себя разработку и утверждение положений (инструкций) о ведении делопроизводства по обращениям граждан на основе типового положения.

Данным нормативно-правовым актом устанавливалась иерархия, определялись органы, ответственные за разработку и утверждение соответствующих документов, вменялось учитывать особенности деятельности государственных органов, предприятий, учреждений и организаций. В достаточно короткие сроки союзные органы справились с поставленными задачами, уже в ноябре 1981 г. было утверждено типовое положение о ведении делопроизводства по предложениям, заявлениям и жалобам граждан в государственных органах, на предприятиях, в учреждениях и организациях. Данное положение включало в себя 12 пунктов и 2 приложения. Отметим достаточно высокий уровень подготовленного нормативно-правового акта, которому следовали долгое время. Достаточная компактность и ёмкость содержания выгодно отличали данный документ. Разумеется, в полном объёме данное типовое положение не могло урегулировать все отношения, возникающие в процессе рассмотрения обращений граждан, так как в основном оно было направлено на удобство работы чиновников. Тем не менее положительные аспекты данного документа включали в себя следующее:

- делопроизводство по обращениям граждан должно вестись отдельно от других видов делопроизводства;
- делопроизводство по обращениям граждан возлагается на специально назначенных для этого должностных лиц;
- руководители государственных органов, предприятий, учреждений и организаций несут личную ответственность за состояние делопроизводства по обращениям граждан;
- руководители государственных органов, предприятий, учреждений и организаций систематически проверяют порядок ведения делопроизводства по обращениям граждан и принимают меры к совершенствованию этой работы;
- все поступающие обращения граждан должны быть приняты, учтены и зарегистрированы в день их поступления;
- давалось определение повторного обращения граждан;
- предусматривается возможность промежуточного ответа, с продолжением дальнейшего рассмотрения обращения;
- ответы на обращения могут быть как в письменной форме, так и в устной;
- определяется момент законченности работы над обращением граждан;
- предусмотрена возможность аналитической работы с обращениями граждан с целью своевременного выявления и устранения причин обращений граждан;
- устанавливался запрет на формирование и хранение дел после разрешения у исполнителей (обращения должны быть возвращены после их разрешения должностными лицами, ведущими делопроизводство, со всеми относящимися к ним материалами для централизованного формирования дела и картотеки);
- возлагалась ответственность за сохранность документов по обращениям граждан на руководителей;
- устанавливались сроки хранения документов по обращениям граждан.

После принятия данных документов работа с обращениями граждан начала приобретать более систематический характер, что создавало возможность для аналитической деятельности. Именно с этого времени во всех вновь принимаемых нормативных актах появляются ссылки на данный Указ. Продолжилась работа по привлечению внимания органов власти к проблемам рассмотрения обращений граждан, а также по реализации решений по обращениям на министерском уровне. Можно было бы предположить, что после проведения всех указанных мероприятий проблем с обращением граждан не будет, однако это далеко не так, поскольку проблем не стало меньше. Это доказывает отчётность органов государственной власти, задействованных в процессе рассмотрения обращений граждан, которая позволила выявить ряд серьёзных недостатков:

- отсутствие анализа объективных общественных отношений, предшествующих определённым реформам;
- отсутствие научно обоснованных прогнозов развития общественных отношений;
- недостаточная эффективность предложенных мероприятий по работе с обращениями граждан;
- отсутствие должной реализации организационных форм;
- отказ от данного направления деятельности государственных органов и органов общественнойности как одного из приоритетных;
- необеспеченность деятельности по рассмотрению обращений граждан и выполнение её лишь на общественных началах.

Процесс развития отношений, связанных с рассмотрением обращений граждан требовал постоянного внимания. И только одними административными мероприятиями его нельзя было упорядочить

или ввести в определённые рамки. В любом случае при любых ситуациях гражданин обязательно будет обращаться в органы государственной власти и в органы общественных организаций, но гражданину очень важны реакция на его обращение и деятельность государства по его рассмотрению.

В 1994 г. М.А. Миронов и В.Н. Крылов отмечали, что граждане России обращаются в органы управления, к высшим должностным лицам государства с уверенностью, что их внимательно выслушают, поймут, что их обращения будут рассмотрены, а требования, если они законны и обоснованы, удовлетворены. В этом проявляется определённое доверие народа к руководителям страны, проводимой ими политике. Однако и сегодня практикуется принесение существа дела в жертву форме, забвение интересов государства и граждан ради интересов ведомственных, местных и личных.

В современный период происходят достаточно серьёзные изменения в жизни нашей страны. Кардинально меняются общественные отношения. Принимаются и издаются фундаментальные нормативные акты. Однако многие проблемы обращений граждан остаются без внимания. И хотя утверждается, что процесс рассмотрения обращений граждан регламентируется множеством различных нормативных актов, тем не менее проблемы права обращений граждан всё более усугубляются и заходят в тупик.

30 марта 1995 г. в Администрации Президента Российской Федерации прошёл второй Всероссийский семинар-совещание руководителей и работников подразделений, занимающихся организацией рассмотрения письменных и устных обращений граждан в исполнительных органах субъектов Российской Федерации. На данном организационном мероприятии были отмечены как положительные аспекты деятельности, её перспективы и новации, так и проблемы работы с обращениями граждан в органах исполнительной власти. К положительным моментам можно отнести следующие аспекты:

- организация работы с почтовыми обращениями претерпела заметные изменения к лучшему и стала приобретать черты целостной системы;

- в большинстве властных структур обновили нормативную основу работы с обращениями, благодаря чему появился интересный опыт в организации, формах и методах реализации просьб и предложений граждан;

- руководители и специалисты служб по работе с обращениями граждан стали наделяться дополнительными полномочиями, стал укрепляться и упрощаться их контакт с «первыми» должностными лицами;

- повысился статус подразделений по работе с обращениями граждан, и им были приданы самостоятельные структурные формы;

- чем выше статус подразделения, занимающегося обращениями граждан, тем больше чёткости в работе с письмами, строже соблюдение сроков рассмотрения, объективнее и глубже ответы на контрольные обращения.

К перспективам и новациям деятельности можно отнести следующие:

- нацеленность на результат в работе с обращениями граждан;

- обеспечение максимально возможной доступности руководителей органов исполнительной власти;

- в организации приёма граждан следует повсеместно использовать активные формы;

- использование других форм организации деятельности по работе с обращениями граждан, которые хорошо себя зарекомендовали в прошлом (общественные приёмные);

- сотрудники подразделений по работе с обращениями граждан в республиках, краях и областях, особенно там, где они объединены в достаточно авторитетные отделы, должны определить для себя в качестве одной из важнейших задач методическую помощь сотрудникам городских, районных и сельских администраций;

- решительный пересмотр кабинетного стиля работы с обращениями граждан, в первую очередь – в контрольной её части;

- кардинальный пересмотр отношения к заявителям, концентрация усилий на оказание им действенной помощи в решении личных и общественных проблем;

- информационно-аналитическая работа подразделений по работе с обращениями граждан должна быть ориентирована на оказание помощи исполнительным органам власти в принятии решений, предупреждающих появление потока жалоб;

- весьма результативно, как показывает практика, привлечение к работе с обращениями граждан средств массовой информации.

Проблемы деятельности выражены в следующих моментах:

– в ходе структурных преобразований на местах процесс повышения статуса подразделений по работе с обращениями граждан оказался не застрахованным от попятного движения (упразднения, а затем восстановления);

– вся работа с обращениями граждан сверху донизу значительно осложняется отсутствием современного законодательства о порядке рассмотрения предложений, заявлений и жалоб граждан;

– формальное отношение к первичному заявлению гражданина, что в свою очередь отражается на том, что 25% обращений к Президенту Российской Федерации формируется именно из этих обращений;

– каждый десятый обратившийся, а кое-где и каждый четвёртый заявитель обречён на повторное хождение по инстанциям;

– должностные лица на местах, прикрываясь трудностями глобального масштаба, не оказывают помощи конкретному человеку в решении элементарного вопроса, что расценивается людьми как махровый бюрократизм и циничное равнодушие к их нуждам;

– проблемы исполнительской дисциплины, соблюдение установленных сроков рассмотрения обращений.

В организационном плане необходимо отметить, что в этот период создаётся крупное специализированное подразделение при Президенте Российской Федерации по работе с обращениями граждан, которое пришло на смену отделу писем и приёма граждан Администрации Президента Российской Федерации. Необходимо сразу отметить, что данное подразделение ориентировано на обращения граждан как к Президенту Российской Федерации и его Администрации, так и к Правительству Российской Федерации. В качестве функций Управления Президента Российской Федерации по работе с обращениями граждан (далее по тексту Управление) были отнесены следующие:

– централизованный учёт письменных и устных обращений граждан;

– обеспечение рассмотрения обращений граждан;

– информирование Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации и руководителя Администрации Президента Российской Федерации о количестве и содержании обращений граждан, принятым по ним мерам.

Исходя из обозначенных функций были сформулированы задачи Управления:

– организационно-методическое взаимодействие с подразделениями Администрации Президента Российской Федерации, Аппарата Правительства Российской Федерации, федеральными органами государственной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации по вопросам рассмотрения обращений граждан;

– своевременное рассмотрение поступивших письменных и устных обращений граждан, а также направление их для рассмотрения в соответствующие структурные подразделения Администрации Президента Российской Федерации, Аппарата Правительства Российской Федерации, федеральные органы государственной власти, органы государственной власти субъектов Российской Федерации и органы местного самоуправления по вопросам их компетенции;

– извещение граждан о результатах рассмотрения в Управлении их обращений;

– приём граждан работниками Управления в приёмной Администрации Президента Российской Федерации и Правительства Российской Федерации;

– организация работы по приёму граждан должностными лицами Администрации Президента Российской Федерации и Правительства Российской Федерации;

– осуществление контроля за своевременным и полным рассмотрением обращений граждан, направленных в другие органы государственной власти;

– анализ и обобщение вопросов, которые ставят граждане в письмах и на личном приёме, и на основе этого оперативное и периодическое информирование Президента Российской Федерации о количестве и характере обращений граждан;

– подготовка на основе анализа и обобщения обращений граждан предложений по устранению причин, порождающих обоснованные жалобы;

– создание на основе обращений граждан информационного фонда и обеспечение получения из этого фонда сведений для подразделений Администрации Президента Российской Федерации, Аппарата Правительства Российской Федерации, представителей различных органов государственной власти;

– освещение в средствах массовой информации об итогах рассмотрения обращений граждан;

– установление деловых отношений со структурными подразделениями органов государственной власти государств – участников Содружества Независимых Государств по работе с обращениями граждан;

– изучение зарубежного опыта работы с обращениями граждан.

Реорганизация обеспечивающих подразделений потребовала внесения корректировки и в правовые документы, устанавливающие структуру и сущность деятельности, в частности Указ Президента Российской Федерации от 25 июля 1996 г. «О мерах по совершенствованию структуры Администрации Президента Российской Федерации»; Указ Президента Российской Федерации от 3 апреля 1997 г. «Об Управлении Президента Российской Федерации по работе с обращениями граждан»; Указ Президента Российской Федерации от 21 апреля 1998 г. «О разграничении функций между Администрацией Президента Российской Федерации и Аппаратом Правительства Российской Федерации при рассмотрении обращений граждан».

На основании рассмотренных нами проблем можно сформулировать следующие выводы:

- работа по рассмотрению обращений граждан требует обязательного и многопланового административного регулирования;
- излишних административных мероприятий по рассмотрению обращений граждан не бывает;
- администрирование процесса работы с обращениями граждан требует профессионализма и постоянного контроля, а также использования возможностей современных цифровых технологий.

А. Б. Эктумаев

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

СВОБОДА СЛОВА И ПРАВО НА ЧАСТНУЮ ЖИЗНЬ ДОЛЖНОСТНЫХ ЛИЦ

Право частной жизни составляют обстоятельства личного характера, которые человек (гражданин) может не предавать огласке. В Конституции РФ это право конкретизируется в праве на неприкосновенность частной жизни (ч. 1 ст. 23), в праве на личную неприкосновенность (ч. 1 ст. 22) и в праве на неприкосновенность жилища (ст. 25).

Термин «частная жизнь» употребляется достаточно давно и часто. Как научное понятие «частная жизнь» используется сравнительно недавно, лишь в последние три десятилетия, при этом существует большой разброс во мнениях о ее сущности и особенностях.

Е.А. Лукашев полагает, что частная жизнь – это физическая и духовная сфера, контролируемая самим индивидом и свободная от внешнего воздействия¹.

По мнению Г.Б. Романовского, право на частную жизнь – это неотъемлемое право человека на самостоятельное определение своего образа жизни, свободного от произвольных регламентаций, вмешательства или посягательства со стороны государства, общества или человека и защищенное законом от какого бы то ни было навязывания стереотипов².

М.В. Баглай считает, что частную жизнь составляют те стороны личной жизни человека, которые он в силу своей свободы не желает делать достоянием других. Это своеобразный суверенитет личности, означающий неприкосновенность его «среды обитания». Презюмируется, что тайна в данном случае вовсе не прикрывает какую-то антиобщественную или противоправную деятельность. Она отражает естественное стремление каждого человека иметь собственный мир интимных и деловых интересов, скрытый от чужих глаз³.

Интересна позиция В.М. Баранова, который анализирует понятие частной жизни с точки зрения принципов юридической техники. Автором приводятся следующие характеристики категории «частная жизнь»:

- 1) частная жизнь – неотъемлемый элемент, обязательный компонент истинно гражданского общества;
- 2) частная жизнь – совокупность тех видов и форм духовной и физической жизнедеятельности человека, которую он сам себе устанавливает, развивает. Контролирует и самостоятельно определяет степень ее открытости. Это область личной деятельности, свободной от всякого внешнего социального контроля и направляющего воздействия;
- 3) субъектом права на неприкосновенность частной жизни является лишь нормально мыслящий, психически здоровый человек, в том числе несовершеннолетний;

4) частная жизнь гражданина сама по себе ни при каких условиях не может быть предметом юридического регулирования, объектом какого-либо государственного вмешательства. Частная жизнь гражданина должна находиться вне сферы правового воздействия, а не только юридического регулирования;

5) частная жизнь зависит от психологических характеристик конкретного человека, его образования, социальных связей, обычаев и традиций общества;

6) частная жизнь – не однопорядковое юридическое явление, а сложная динамическая функциональная система⁴;

7) защита со стороны закона и самозащита – основные средства обеспечения нормального функционирования сферы частной жизни.

Вышеизложенное позволяет сделать вывод, что частная жизнь представляет собой совокупность разнообразных сфер индивидуальной человеческой жизнедеятельности, которые человек сам для себя устанавливает.

В своей работе А.Н. Преснякова выделяет следующие сферы частной жизни:

а) семейная и интимная сфера. Неприкосновенность в этой сфере означает право человека самостоятельно принимать решение о вступлении в брак, об усыновлении или удочерении, о том, с кем прожить, право самостоятельно выбирать себе партнера, друзей и круг общения, самостоятельно и совместно с членами своей семьи устанавливать свой семейный и жизненный уклад. Данная сфера должна быть свободна от влияния государства и общества, от навязывания правил, стереотипов;

б) духовно-идеологическая сфера. Неприкосновенность в данной области предполагает право индивида самостоятельно принимать решение о своем вероисповедании, иметь собственные убеждения, отношение к религии, самостоятельно выбирать профессию, придерживаться той или иной теории или мысли, определять, каким наукам или ремеслу обучаться, как и где проводить свой досуг, выбирать увлечение и хобби;

в) сфера здравоохранения. Ее неприкосновенность характеризуется тем, что человек сам решает вопросы охраны своего здоровья, в частности о том, какие использовать процедуры и как распоряжаться своим телом, самостоятельно определять свой внешний вид;

г) информационная сфера. Смысл ее неприкосновенности заключается в том, что индивид самостоятельно выбирает информацию для просмотра, чтения, использования, хранения. Также сюда входит и информация, относящаяся к самому индивиду, а именно семейная и личная тайна, информация об интимной жизни, связях, здоровье, болезнях, покупках и т.д.⁵

Важно обратить внимание на то, что Европейский суд по правам человека (далее – Европейский суд) рассматривает понятие права на неприкосновенность частной жизни шире, чем это принято в России. Европейский суд устанавливает наличие частной жизни «применительно к данному случаю», то есть исходит из того, что в определенных обстоятельствах данные отношения подпадают под признаки частной жизни, тогда как российские суды исходят из статичного представления о толковании норм о частной жизни.

Так, Европейский суд по делу «X and Y v The Netherlands» определил частную жизнь как понятие, которое охватывает физическую и духовную неприкосновенность человека, включая его половую жизнь. По делу «Eriksson v Sweden», признано, что право на частную жизнь – это право родителя и ребенка находиться в обществе друг друга. По делу «Dudgeon v United Kingdom», Европейский суд пришел к выводу, что право на частную жизнь означает право выбирать определенные интимные аспекты собственной жизни без влияния государственного регулирования. По делу «Burghartz v Switzerland» признал, что право на частную жизнь означает и право выбора фамилии⁶.

В деле Прети (Pretti) против Великобритании Европейский суд определил право на частную жизнь как возможность жить по собственному усмотрению, которая может включать и возможности предпринимать действия, которые считаются физически или морально вредными или опасными для данного лица. Суд также указал, что нельзя исключать, что лишать заявительницу возможности реализовать ее собственное решение избежать унижительной и мучительной смерти является нарушением ее права на уважение частной жизни, тем самым расширив понятие частной жизни практически до неограниченного круга отношений⁷. В деле Микулич (Mikulic) против Хорватии Европейский Суд отметил, что понятие частной жизни может иногда включать в себя некоторые аспекты физической и социальной идентификации личности, и не усматривается никаких оснований для исключения из этого понятия определенных правовых связей между ребенком, рожденным вне брака, и его биологическим отцом⁸.

Следует отметить, что практика Европейского суда способствует существенному расширению содержания права на частную жизнь как за счет перечня субъектов, так и за счет отношений, подлежащих защите.

Особыми субъектами права на частную жизнь являются должностные лица органов государственной власти и органов местного самоуправления. Это связано с тем, что должностные лица нередко являются объектами пристального внимания общественности и представителей СМИ. Во многом это объясняется принципом гласности деятельности органов публичной власти, прозрачности информации об их деятельности, открытости политического процесса.

Г.Д. Мепаравшвили справедливо указывает на то, что общественные деятели не лишаются права на частную жизнь, но степень закрытости частной жизни находится в зависимости от степени общности трудовой и бытовой сфер⁹.

Действующее законодательство закрепляет дополнительные требования к представителям публичной власти, содержащие существенные ограничения частной жизни, например обязательность предоставления информации о состоянии здоровья, составе имущества и уплаченных налогах. У должностных лиц всегда есть выбор занимать или не занимать должность в органах публичной власти.

В своей правовой позиции Конституционный суд РФ указал, что, реализуя право на свободное распоряжение своими способностями к труду путем поступления на государственную службу, гражданин добровольно избирает профессиональную деятельность, которая предполагает наличие определенных ограничений в осуществлении им конституционных прав и свобод, что обусловлено исполнением особых публично-правовых обязанностей, возложенных на государственных служащих сообразно соответствующему виду государственной службы¹⁰.

В соответствии с устоявшейся практикой Европейского суда свобода выражения мнения представляет собой один из основных принципов демократического общества и одно из основополагающих условий его развития, а также реализации способностей и возможностей каждого человека. Свобода выражения мнения распространяется не только на «информацию» и «мнения», воспринимаемые положительно, считающиеся неоскорбительными, шокирующими или причиняющими беспокойство. Это является требованием плюрализма мнений, терпимости и либерализма, без которых бы не существовало демократического общества. СМИ выполняет существенную функцию в демократическом обществе. Журналистская свобода предполагает в определенной степени преувеличения или даже провокации.

Европейский суд неоднократно отмечал, что границы допустимой критики в отношении государственного служащего, осуществляющего свои властные полномочия, могут быть шире, чем пределы критики в отношении частного лица, поскольку первый неизбежно и сознательно открывает себя для тщательного наблюдения за каждым своим словом и поступком со стороны журналистов и большей части общества и, следовательно, он должен проявлять большую степень терпимости. Безусловно, политический деятель имеет право на защиту собственной репутации даже тогда, когда он действует в своих личных интересах, однако интересы защиты репутации должны ставиться в сравнение с интересами открытой дискуссии по политическим вопросам¹¹.

Важно отметить, что правовую позицию Европейского суда восприняли и российские высшие судебные инстанции. Так, в постановлении Пленума Верховного суда РФ указано, что политические деятели, стремящиеся заручиться общественным мнением, тем самым соглашаются стать объектом общественной политической дискуссии и критики в средствах массовой информации; государственные должностные лица могут быть подвергнуты критике в средствах массовой информации в отношении того, как они исполняют свои обязанности, поскольку это необходимо для обеспечения гласного и ответственного исполнения ими своих полномочий. Критика в средствах массовой информации должностных лиц (профессиональных политиков), их действий и убеждений сама по себе не должна рассматриваться во всех случаях как действие, направленное на унижение достоинства человека или группы лиц, поскольку в отношении указанных лиц пределы допустимой критики шире, чем в отношении частных лиц¹².

Таким образом, право на частную жизнь должностных лиц органов публичной власти не является абсолютным, данное право в известной мере ограничивается свободой слова. Это продиктовано их особым (специальным) публичным статусом, который допускает критику в средствах массовой информации в большем объеме, чем в отношении частных лиц.

¹ *Права человека: учебник для вузов / отв. ред. Е.А. Лукашева. М., 2004. С. 145–146.*

² *Романовский Г.Б. Конституционное регулирование права на неприкосновенность частной жизни: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1997. С. 7.*

- ³ Конституционное право Российской Федерации: учебник для вузов / под. ред. М.В. Баглай, Б.Н. Габричидзе. М., 1998. С. 181.
- ⁴ Канина И.А. Частная жизнь в сфере права: дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2006. С. 30–31.
- ⁵ Преснякова А.В. Право на неприкосновенность частной жизни в системе конституционных прав и свобод человека и гражданина // Конституц. и муницип. право. 2010. № 8. С. 18–19.
- ⁶ Дженис М., Кэй Р., Брэдли Э. Европейское право в области прав человека (Практика и комментарии). М., 1997. С. 281, 297.
- ⁷ Application 23461/02, Prettì v United Kingdom, Judgment of 25 April 2002.
- ⁸ Application 53176/99, Mikulic v. Croatia, Judgment of 7 February 2002.
- ⁹ Мепарашвили Г.Д. О неприкосновенности личной документации граждан в уголовном процессе // Государство и право. 1999. № 2. С. 74.
- ¹⁰ По делу о проверке конституционности положений п.10 ч. 1 ст. 17 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации» и ст. 20.1 Закона Российской Федерации «О милиции» в связи с жалобами граждан Л.Н. Кондратьевой и А.Н. Мумолина: постановление Конституционного Суда РФ от 30 июля 2011 г. № 14-П // Вестник Конституц. суда РФ. 2011. № 5.
- ¹¹ Постановление Европейского Суда по делу «Лингенс (Lingens) против Австрии» от 8 июля 1986 г. URL: <http://echr.ru/documents/doc/2461413/2461413.htm> (дата обращения: 15.02.2016).
- ¹² О судебной практике по уголовным делам о преступлениях экстремистской направленности: Постановление Пленума Верховного суда РФ от 28 июня 2011 г. № 11 // Бюл. Верхов. суда РФ, 2011. № 8.

III. ГРАЖДАНСКОЕ, СЕМЕЙНОЕ И ЖИЛИЩНОЕ ПРАВО

С. В. Алборов

Московская академия экономики и права,
г. Москва

ПОНЯТИЕ, ПРАВОВАЯ ПРИРОДА И НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ДОГОВОРА СУРРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Единого мнения по вопросу принадлежности договора суррогатного материнства к той или иной отрасли права на сегодняшний день среди исследователей не сложилось.

По мнению некоторых правоведов, данный договор носит гражданско-правовой характер. Е.С. Митрякова предлагает обратить внимание на наличие сходства договора о суррогатном материнстве с договором возмездного оказания услуги включить его по указанному признаку в перечень договоров, на которые распространяется действие главы 39 ГК РФ¹. С указанной позицией солидарна и Т.Е. Борисова².

А.А. Пестрикова отмечает, что «соглашение, заключаемое потенциальными родителями и суррогатной матерью, носит характер гражданско-правового договора». Учитывая правовое положение сторон и содержание возникающего обязательства, к отношениям суррогатного материнства в большей степени применимы нормы договора возмездного оказания услуг. Автор также отмечает, что исследуемый договор является комплексным и непоименованным³.

О.В. Фетисова относит договор суррогатного материнства к категории гражданско-правовых: выражением отношений служит договор возмездного оказания услуг, предметом – имущественные взаимоотношения сторон⁴.

Другие ученые относят рассматриваемый договор к семейно-правовым договорам. Ряд исследователей не относят договор суррогатного материнства ни к гражданско-правовым, ни к семейно-правовым договорам, признавая за ним особый статус, обозначая его как непоименованный, смешанный договор.

О необходимости выделения договора суррогатного материнства в отдельный, самостоятельный вид договора говорит Т.Е. Борисова⁵.

С.Ю. Чашкова также отмечает, что заключаемый при применении технологий суррогатного материнства договор находится на границе гражданского и семейного права⁶. Истинным непоименованным договором называет данный договор С.П. Журавлева⁷.

Следует согласиться с авторами, которые выделяют договор суррогатного материнства как отдельный вид договора. Данный договор имеет признаки как гражданско-правового, так и семейно-правового договора и в полной мере не регламентируется ни гражданским, ни семейным правом.

Кроме того, в настоящее время не урегулирован и вопрос о том, что составляет предмет такого договора. Определяющим для договора суррогатного материнства является оказание услуги по вынашиванию и рождению ребенка. Подобные услуги имеют большое сходство с услугами, оказываемыми возмездно в рамках гражданско-правового договора, что позволяет применять к ним нормы гл. 39 ГК РФ. Таким образом, предметом договора выступает оказание услуги, действия суррогатной матери по вынашиванию и рождению ребенка. В то же время следует учитывать наличие элементов семейно-правовых отношений (необходимость согласия суррогатной матери на государственную регистрацию ребенка), которые также должны быть урегулированы договором суррогатного материнства.

Однако бесспорным является понимание того, что специфика оказываемых услуг не позволяет уравнивать договор суррогатного материнства с традиционными договорами оказания услуг.

В соответствии с п. 1 ст. 420 ГК РФ, договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей. Договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. Ст. 432 ГК РФ относит к существенным условия о предмете договора. Предмет договора – это перечень и состав работ, выполняемых действий, определяющих тип и характер заключаемого соглашения.

Нетрадиционной, но заслуживающей внимания, точки зрения на предмет договора суррогатного материнства придерживается К.Ф. Фракшина⁸.

По мнению автора, определение предмета договора суррогатного материнства невозможно без учета существующей концепции рассмотрения того или иного исследователя самой правовой категории предмета договора. Как известно, к пониманию термина «предмет договора» сложилось два основных подхода. Согласно первому, им является предмет исполнения, по поводу которого заключен договор. Представители иного подхода сводят предмет договора к действиям. В.В. Витрянский, в частности, указывает, что предметом всякого гражданско-правового договора являются действия (бездействие)⁹.

Таким образом, имеются две точки зрения и на предмет договора суррогатного материнства. Согласно первой, предметом указанного договора являются действия, которые должны быть совершены по данному договору, т. е. обязательства по развитию человека из эмбриона в ребенка: суррогатная мать выращивает имплантированный ей эмбрион. При заключении договора суррогатного материнства стороны могут определить конкретный перечень действий, совершаемых суррогатной матерью в пользу потенциальных родителей. Однако соглашение с участием медицинского учреждения не может содержать подробного описания эмбриона в числе существенных условий договора в их классическом понимании.

Согласно второй точке зрения, предмет договора совпадает с объектом правоотношения. В ГК РФ предмет договора отождествляется именно с определенным объектом. В указанном понимании в предмет договора могут быть включены не только обязательства сторон по вынашиванию ребенка и выплате вознаграждения, но и эмбрион, а также и сам ребенок как объект, возникающий в результате исполнения договора.

Придерживаясь второго подхода к предмету договора, К.Ф. Фракшина полагает, что в силу сложившейся договорной практики эмбрион является объектом договора. В отношении него совершаются действия по имплантации, вынашиванию, рождению и передаче родителям. Исходя из этого, автор полагает, что предметом договора являются услуги по вынашиванию и рождению ребенка. В этой связи исследователем делается вывод о том, что договор суррогатного материнства аналогичен договору подряда, его целью выступает конечный результат в физическом выражении: а именно получение живого ребенка¹⁰.

Подобное отождествление договора подряда и договора суррогатного материнства представляется необоснованным. В ходе своих размышлений К.Ф. Фракшина приходит к выводу о наличии у договора суррогатного материнства, как и у договора подряда, некоего овеществленного результата – новорожденного ребенка. Однако придя к подобному заключению, автор должен был ответить на следующие вопросы: как заказчик будет осуществлять приемку работы, как будет оцениваться качество выполненной подрядчиком работы, какую ответственность понесет подрядчик за ненадлежащее качество оказанных услуг, как будет урегулирован вопрос распределения рисков между сторонами.

Отнесение договора суррогатного материнства к любой существующей категории гражданско-правовых договоров не будет учитывать специфические особенности, обусловленные особым характером указанных правоотношений.

Договор суррогатного материнства является непоименованным договором. Предметом исследуемого договора являются нематериальные услуги, для которых невозможно гарантировать наступление последствий, на которые была направлена воля лиц при заключении данного соглашения.

Исследуемый договор может быть как возмездным, так и безвозмездным. Безвозмездное суррогатное материнство не предполагает какой-либо оплаты за оказанные услуги. По договоренности суррогатной матери могут быть возмещены расходы, связанные с потерей заработной платы, или выплачена компенсация за перенесенную боль и физические страдания.

С учетом вышеизложенного договор суррогатного материнства можно определить как межотраслевой договор, по которому одна сторона (суррогатная мать) обязуется выносить и родить генетически чужого ей ребенка для последующей передачи его другой стороне (родителям-заказчикам), другая сторона в свою очередь обязуется оплатить программу суррогатного материнства. Заключение договора суррогатного материнства является необходимым условием соблюдения прав и законных интересов всех участников данных правоотношений. Договор суррогатного материнства является новым самостоятельным видом договора, отличным от иных гражданско-правовых договоров, перечисленных в Гражданском кодексе РФ.

¹ Митрякова Е.С. Правовое регулирование суррогатного материнства в России: дисс. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2007. С. 81.

² Борисова Т.Е. Договор суррогатного материнства: актуальные вопросы теории, законодательства и практики // Рос. юстиция. 2009. № 4. С. 32.

- ³ Пестрикова А.А. Обязательства суррогатного материнства: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Самара, 2007. С. 9.
- ⁴ Фетисова О.В. Бездетные семьи в России: пути решения проблемы // Семья и дети. Труды Института государства и права РАН. М., 2008. № 2. С. 59.
- ⁵ Борисова Т.Е. Договор суррогатного материнства: актуальные вопросы теории, законодательства и практики // Российская юстиция. 2009. № 4. С. 8.
- ⁶ Чашкова С.Ю. Система договорных обязательств в российском семейном праве: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 21.
- ⁷ Журавлева С.П. Правовое регулирование договора о суррогатном материнстве в Российской Федерации: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 12.
- ⁸ Фракишина К.Ф. Предмет договора суррогатного материнства: теория и практика // Актуальные проблемы российского права. 2013. № 6. С. 738.
- ⁹ Витрянский В.В. Существенные условия договора в отечественной цивилистике и правоприменительной практике // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2002. № 6. С. 78.
- ¹⁰ Фракишина К.Ф. Предмет договора суррогатного материнства: теория и практика // Актуальные проблемы российского права. 2013. № 6. С. 738.

А. А. Ананьева

*Российский государственный университет правосудия,
г. Москва*

СОЦИАЛЬНО-ЭКОНОМИЧЕСКИЕ ПРЕДПОСЫЛКИ ПОСТРОЕНИЯ СИСТЕМЫ ДОГОВОРОВ ОПЕРАТИВНОГО УПРАВЛЕНИЯ ТРАНСПОРТНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬЮ

Система права всегда производна от общественных отношений, которые также системны и изменение которых приводит к развитию либо деградации системы. Поэтому неудивительно, что существуют социально-экономические предпосылки создания системы договоров оперативного управления транспортной деятельностью.

К числу таких предпосылок прежде всего следует отнести изменение экономической парадигмы в России, следствием которого стали *отказ от государственного планирования и реформирование транспортной отрасли*. В результате реформ транспортная инфраструктура перестала принадлежать перевозчикам, у нее в подавляющем большинстве случаев теперь иной владелец – оператор путей сообщения. Данное обстоятельство обусловило появление договора об оказании услуг по использованию транспортной инфраструктуры, сторонами которого являются перевозчик и владелец транспортной инфраструктуры, т.е. оператор путей сообщения. В результате транспортных реформ появилась еще одна самостоятельная фигура – оператор подвижного состава. Теперь железнодорожный перевозчик во многих случаях не имеет не только инфраструктуры, но и вагонов, которые он вынужден брать в пользование у оператора на основании гражданско-правового договора. Между грузоотправителем и оператором подвижного состава также заключается договор, который в период командно-административной экономики участниками транспортных отношений востребован не был. Кроме того, появилась потребность предоставления вагонов в пользование по обезличенной технологии. Участниками договорных отношений в данном случае являются только операторы, а именно оператор железнодорожного подвижного состава и оператор путей сообщения. Таким образом, участниками значительного круга общественных отношений в транспортной сфере стали различного рода операторы, которые на основании гражданско-правовых договоров оказывают услуги оперативного управления транспортной деятельностью.

Реформирование рынка транспортных услуг сопровождается *появлением и развитием наиболее перспективных логистических подходов к доставке пассажиров и грузов по схеме «от двери до двери» с участием операторов смешанных перевозок*. Немалый толчок развитию пассажирских мультимодальных перевозок дало присоединение Крыма к России. Правительству Российской Федерации в кратчайшие сроки пришлось решать проблему доставки граждан России на полуостров и обратно посредством железнодорожного, морского и автомобильного транспорта. При этом потребовалось пра-

вовое регулирование складывающихся перевозочных договорных отношений с участием оператора перевозок.

Другой социально-экономической предпосылкой развития мультимодальных перевозок пассажиров явилось реформирование в последние годы рынка транспортных услуг в Москве и иных городах России¹. Благодаря усилиям правительства г. Москвы стали появляться и развиваться мультимодальные транспортные узлы, избавляющие пассажира от необходимости тратить время и силы при пересадке с одного вида транспорта на другой. В данном случае в качестве примеров можно привести взаимодействие метрополитена и железнодорожного транспорта с аэропортами. Другим примером является строительство мультимодального транспортного узла (хаба), обеспечивающего транспортную доступность Сколково. На территории хаба с аэроэкспресса будет осуществляться пересадка на внутренний общественный транспорт инновационного центра «Сколково». Остановочные пункты общественного транспорта будут расположены непосредственно у железнодорожных платформ для минимизации времени пересадки. Проектное решение предусматривает строительство над железнодорожными путями и Минским шоссе моста, который будет связан с железнодорожными платформами, остановками на Минском шоссе, эскалаторами, лестницами и лифтами². Также планируется, что в состав транспортно-пересадочного узла «Кунцевский» войдут станции метро, железнодорожная станция, перроны посадки-высадки наземного общественного транспорта и маршрутных такси, перехватывающая парковка на 600 мест для машин³.

Еще одной социально-экономической предпосылкой формирования системы договоров оперативного управления транспортной деятельностью является обеспечение безопасности движения. Большую роль в этом обеспечении играют «диспетчерские договоры», предусматривающие согласованную деятельность транспортных инфраструктур по организации транспортного процесса. Безопасность движения напрямую зависит от согласованной работы диспетчерских служб по управлению движением на всех видах транспорта, от своевременного предоставления аэронавигационной информации, от обеспечения своевременного пропуска судов через шлюзы и т.п.⁴

Таким образом, социально-экономическими предпосылками построения системы договоров оперативного управления транспортной деятельностью являются:

- 1) отказ от государственного планирования и реформирование транспортной отрасли, направленное на ее демонополизацию;
- 2) появление новых самостоятельных субъектов гражданского права – транспортных операторов;
- 3) изменение геополитической обстановки;
- 4) потребность в новых логистических подходах к доставке пассажиров и грузов;
- 5) совершенствование транспортной инфраструктуры, в том числе появление мультимодальных транспортных узлов (хабов) и платных автомобильных дорог;
- 6) системность транспортного процесса;
- 7) обеспечение безопасности движения.

¹ Например, Свяжский логистический центр в Татарстане. См.: Минтранс объявил о планах строить мультимодальные логистические центры в Москве и Ростове [Электронный ресурс]. URL: <http://ati.su/Media/News.aspx?ID=81142&HeadingID=8&PageSize=576> (дата обращения: 20.01.2016 г.)

² Воронков В.В. «Сколково» построят мультимодальный транспортный узел [Электронный ресурс]. URL: <http://sk.ru/news/b/pressreleases/archive/2012/07/25/v-skolkovo-postroyat-multimodalnyy-transportnyy-uzel.aspx> (дата обращения: 20.01.2016 г.)

³ Западный портал – что изменится на путях въезда в Москву с западного направления [Электронный ресурс]. URL: <http://www.arsenal-holding.ru/analitika/index7.php> (дата обращения 20.01.2016 г.)

⁴ Морозов С.Ю. Система транспортных организационных договоров: дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2012. С. 142.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ СОСЕДСКИХ ОТНОШЕНИЙ В КОНТЕКСТЕ ГЛОБАЛЬНЫХ ЭКОЛОГИЧЕСКИХ ВЫЗОВОВ СОВРЕМЕННОСТИ

Возникнув еще в эпоху римского права, правовое регулирование «соседских» отношений прошло непростой путь развития в европейских законах и кодексах, однако в России на сегодняшний день отсутствуют правовые нормы (например, в ГК РФ), прямо посвященные соседским правам. Аналогичную ситуацию мы прослеживаем в ГК Армении, Украины, Беларуси и Кыргызской Республики, законодатели которых ограничиваются упоминанием соседских прав применительно к сервитутам или правам соседей жилых помещений. Несколько лучше обстоят дела в ГК Грузии, включающем специальный раздел о соседских правах и определяющем принципы соседского права (обязанность взаимного уважения, обязанность терпеть соседское воздействие, недопустимость посягательства на права соседа и т.д.). В статьях ГК Грузии подробно описываются стандарты поведения при межевых конфликтах, в случае свисания ветвей на участок соседа, собирания плодов и т.д. Аналогичные главы содержатся в ГК Туркменистана и Азербайджана.

С учетом этих материалов Государственная дума РФ разработала законопроект № 47538-6, предусматривающий внесение изменений в ГК РФ в части соседских отношений. Анализ текста этого законопроекта позволяет сделать вывод о том, что, хотя он немного текстуально и отличается от глав ГК Грузии, Азербайджана и Туркменистана, по сути содержит аналогичные нормы, регулирующие соседские отношения в стиле римского права (свисающие ветки, корни, шум со стороны соседа, стоки дождевой воды и т.д.).

Между тем современный этап развития соседских отношений демонстрирует появление принципиально новых и сложных угроз, значительно выходящих за рамки римских представлений и требующих решения. К их числу относятся следующие:

1) В эпоху массового жилищного строительства самый типичный соседский конфликт в мегаполисах происходит не между двумя владельцами коттеджей, а между несколькими сотнями собственников квартир (имеющие земельные участки в общей долевой собственности), которые не могут определить порядок распределения машиномест в подземном паркинге или на открытой автостоянке, расположенной между их многоквартирными домами. Столь же типичными являются споры о признании права общей долевой собственности собственников помещений на отдельные нежилые помещения дома (например, подземные гаражи), принадлежащие другим собственникам. Отдельно упомянем споры коллективных собственников домов по поводу размещения в соседнем дворе вышки сотовой связи. Все эти споры и конфликты невозможно разрешить методами римского права и призывами к «терпению».

2) Сегодня весьма распространены соседские конфликты между собственником промышленного предприятия, когда-то построенного на окраине города, но впоследствии оказавшегося в центре жилой застройки, и жителями частных и многоквартирных домов, имеющих на праве частной собственности (или общей долевой собственности) соответствующие земельные участки. Для определения вреда здоровью исходящих от такого завода «запахов» используются экологические нормативы предельно допустимого воздействия вредных веществ. Никак иначе урегулировать параметры и размеры таких выбросов невозможно. Более того, если предлагаемые изменения в ГК РФ будут приняты, то это затруднит рассмотрение даже обычных соседских конфликтов. Возьмем для примера «классический» соседский спор, связанный с размещением на участке чрезмерного количества скота, что вызывает распространение на территорию соседа неприятных запахов. Сейчас этот вопрос решается посредством публично-правовых инструментов (санитарных норм и правил). Решить его путем реализации римских представлений о «границах терпения» соседа будет довольно трудно, поскольку отсутствует сколько-нибудь объективный критерий измерения этих неудобств.

3) Еще более негативные последствия возможны в случае, если вступят в силу нормы законопроекта, относящие к числу «соседских» вопросы о строительстве зданий и сооружений, которые могут «не понравиться» соседу. Причины «недовольства» могут заключаться в том, что жители покупали квартиры или дома потому, что в этом микрорайоне сложились подходящие условия (отсутствие

шума, автомобильных и железных дорог, небольшое количество жителей и т.д.). Однако в этом случае граждане, запрещая новую застройку в своем или соседнем квартале, будут нарушать публичные интересы. Необходимость отказать им в таком праве основана на том, что у домовладельцев уже есть «право вето» через градостроительные процедуры, включая зонирование территорий, и выборы местных властей. Если же вместо всех этих современных правил использовать предлагаемые нашими депутатами римские принципы разрешения соседских конфликтов, то гражданское и градостроительное право вступят в искусственно созданную коллизию, что едва ли целесообразно. Другое дело, что соседей можно уведомлять о намечаемом строительстве, как это делается в ряде стран Европы. Однако запрещать строительство недвижимости, отвечающей требованиям закона, такой сосед не вправе.

4) В настоящий момент в России никак не регламентирован такой аспект соседских отношений, как размещение подземных городских объектов. Эти подземные объекты могут быть самыми различными, от автомобильных паркингов или хранилищ цистерн автозаправочных станций, и до сосредоточения систем инженерных коммуникаций. Сегодня нет никакого реального способа подсчитать общее число подземных резервуаров, определить последствия от пролитого бензина или других жидкостей. Кроме того, рост с каждым годом информации о провалах асфальта и пострадавших от этого гражданах (их имущества) позволяет предложить обсуждение и этого аспекта соседских отношений. Разрешение данной проблемы может заключаться в том, чтобы распространить действие градостроительных регламентов не только на наземные, но и на подземные объекты, установив тем самым параметры и виды их использования в разных территориальных зонах городов, а также ряд запретов и расширив сферу публичных слушаний.

Наряду с сохранением классических соседских конфликтов отличается появление новых до конца не разрешенных проблем соседского права, постепенно проступают контуры новых угроз соседским правам, которые обусловлены вызовами эпохи глобализации. К преодолению этого нового поколения соседских конфликтов российская научная доктрина, законодательство и суды не готовы в принципе.

1) Уже с конца XX в. происходит бурный рост «зеленой энергетики», связанный с ее получением главным образом от солнечных батарей и ветрогенераторов. Это вызвало значительное изменение соседских отношений, но под воздействием другого набора факторов. Данные изменения могут означать выделение в ходе зонирования территорий муниципалитетов отдельных мест, где запрещены любое строительство или посадка деревьев, которые могли бы нарушить «солнечные права» соседей, как это уже происходит в США. Кроме того, есть сведения о том, что массовое скопление ветрогенераторов может влиять на климат, ухудшая вентилирование местности. Солнечные батареи вызывают затенение земель, что приводит к изменению почвенных условий и гибели растительности. Нежелательным экологическим последствием работы солнечной батареи считается нагревание воздуха при прохождении через него солнечного излучения, что ведет к изменению теплового баланса, влажности, направления ветра. Важным фактором влияния ветрогенераторов на окружающую среду является акустическое воздействие. Шумовые эффекты от ветровых энергетических установок имеют разную природу и подразделяются на механические (шум от редукторов, подшипников и генераторов) и аэродинамические воздействия. Помехи, вызванные отражением электромагнитных волн лопастями ветровых турбин, могут сказываться на качестве телевизионных и микроволновых радиопередач, а также различных навигационных систем в районе размещения ветрового парка. Наконец, многие граждане жалуются на прямые физиологические последствия работы ветрогенераторов, включая ускоренное сердцебиение, тошноту и ухудшение зрения, вызванные ультранизкочастотным звуком и колебаниями от машин. Возможно появление комплексных соседских исков о том, что ветряной двигатель громкий, влияет на здоровье, а грязь и пыль попадает на соседний участок, уменьшая его стоимость.

2) Одним из наиболее обсуждаемых технологических прорывов XXI в. является изобретение и массовое использование нанотехнологий. Наноматериалы могут попадать в окружающую среду при их использовании в сельском хозяйстве, промышленности и т.д. Исследования биологов, медиков и представителей других наук показывают, что наночастицы далеко не всегда безвредны для человека и окружающей среды. Попавшие в окружающую среду наночастицы очень трудно биологически разлагаются и усваиваются. Это новый класс загрязнений, вред от которых обусловлен их необычными свойствами, включая мобильность, устойчивость в почве, воде, воздухе, бионакопление, непредсказуемое взаимодействие с химическими и биологическими материалами¹. И если экологические последствия использования, например, обычных пестицидов достаточно хорошо известны и юристам, и биологам², то дальнейшее развитие нанотехнологий повлечет новые выбросы современных заводов

или использование нанопестицидов и наноагрохимикатов в сельском хозяйстве, с причинением вреда здоровью или имуществу соседей. И это уже совсем новый тип соседских споров.

Из изложенного следует, что соседские конфликты в XXI в. начинают приобретать новое системное качество ввиду появления новых проблем, вызванных эпохой глобализации. Это означает, что проблемы современного соседского права постепенно становятся комплексными, а их надлежащее регулирование возможно только путем синтеза достижений и методов различных общественных, гуманитарных и иных наук. Динамика расселения населения способствует появлению городов, в которых одновременно проживают миллионы человек. Это ведет к возникновению новых видов и форм соседских отношений.

¹ *Анциферова И.В.* Источники поступления наночастиц в окружающую среду // Вестник Пермского национального исследовательского политехнического университета. Машиностроение, материаловедение. 2012. Т. 14. № 2. С. 54–66.

² *Morriss A.P., Meiners R.E.* Market Principles for Pesticides // William & Mary Environmental Law and Policy Review. 2003. Vol. 28. PP. 67–70.

К. М. Арсланов

*Казанский (Приволжский) федеральный университет,
г. Казань*

О ДВУСТОРОННЕ ОБЯЗЫВАЮЩЕМ ХАРАКТЕРЕ ДОГОВОРА ЗАЙМА

Договор займа многими воспринимается как некий классический пример так называемого односторонне обязывающего договора. Так, например, К.А. Михалев и А.П. Софронов полагают, что «...в правоотношении займа нет встречных обязанностей (встречного исполнения, ст. 328 ГК), нет равнозначного обмена. Такие договоры, в которых отсутствует встречность, обмен, принято называть односторонне обязывающими: у кредитора – только право, а должника – только обязанность»¹. Но К.А. Михалев и А.П. Софронов все же признают, что «на займодавце лежат общие так называемые кредиторские обязанности по принятию исполнения (ст. 406 и п. 2 ст. 408 ГК)»². По мнению О.В. Сгибевой договор займа является «реальным и односторонним», «...у займодавца отсутствует обязанность предоставить заем»³. В.В. Витрянский отмечает, что «договор займа является односторонним договором» и «выделение данного признака договора займа не вызывает сомнений и признается всеми авторами»⁴. При этом В.В. Витрянский обращается и к мнению Д.А. Медведева: «договор займа является классической разновидностью реального и одностороннего договора»⁵. Е.А. Суханов подчеркивает, что «на займодавце лежат так называемые кредиторские обязанности (п.2 ст. 408), имеющиеся в подавляющем большинстве обязательств и не превращающие данный договор в двусторонний»⁶.

Обратившись к истории, мы обнаруживаем противоположное мнение по вопросу о займе у Д.И. Мейера и Г.Ф. Шершеневича. Мейер Д.И. говорит о возможности заключения двусторонне обязывающего договора займа, предусматривающего возможность понуждения «займобрателем» займодавца к предоставлению предмета займа⁷. При этом он выделяет такие права заемщика, как право заплатить в срок, право произвести зачет, право требовать от займодавца расписки в получении платежа⁸. Г.Ф. Шершеневич, критикуя позицию Д.И. Мейера, полагает, что заем есть «односторонний договор: в нем лишь одна сторона обязывается к совершению действия, – к возвращению взятого, тогда как другая сторона имеет только право...»⁹.

Является ли присутствие в договоре займа лишь основной обязанности у заемщика по возврату займа и, соответственно, основного права у займодавца получить заем обратно основой для утверждения об односторонне обязывающем характере договора (об одностороннем характере договора). Действительно, в том же договоре купли-продажи можно выделить три основных блока обязанностей, которые присутствуют у обеих сторон договора: у продавца (обязанность передать) и покупателя (обязанность принять и обязанность оплатить). Договор купли-продажи безусловно относится к двусторонне обязывающим договорам. Однако, на наш взгляд, наличие основной обязанности только у одной стороны в договоре (в нашем случае у заемщика) и корреспондирующего этой обязанности

права другой стороны (займодавца) само по себе не означает отсутствия у сторон других корреспондирующих друг другу обязанностей и прав.

Во многом признание договора займа односторонне обязывающим связано с его реальным характером, как это закреплено в ст. 807 ГК РФ (как в самом легальном определении в абз. 1 п. 1 ст. 807 ГК РФ: «...одна сторона (займодавец) передает в собственность...»), так и в специальной формулировке абз. 2 п. 1 ст. 807 ГК РФ). Об односторонне обязывающем характере договора займа может свидетельствовать и безвозмездность договора в части, предусмотренной п. 3 ст. 807 ГК РФ.

Рассмотрим прежде всего договор займа, построенный на возмездных основах в силу презумпции п. 1 ст. 809 ГК РФ. Существуют ли у займодавца обязанности, которым корреспондируют права заемщика? Глава 42 (ст. 807–818) ГК РФ, на первый взгляд, не содержит указания на возможные обязанности займодавца. Однако уже п. 3 ст. 810 ГК РФ говорится о праве заемщика возвратить сумму беспроцентного займа досрочно, т. е. об обязанности займодавца принять эту сумму от заемщика.

В гражданском праве каждому праву одной стороны в правоотношении должны соответствовать обязанности другой стороны. Это следует из общей формулы, определяющей основополагающие моменты гражданского права: возмездность – стремление к равновесию через определенный набор прав и обязанностей применительно к конкретному правоотношению – ответственность как возможное следствие невыполнения обязанностей. Так, законодатель предоставляет в ст. 812 ГК РФ заемщику право на оспаривание договора займа по безденежности договора. Здесь можно усматривать обязанность займодавца либо принять возражения заемщика, либо представить свои доказательства «денежности» договора.

Конечно, указанные обязанности займодавца не связаны с основополагающей обязанностью по передаче предмета договора (денег или других вещей, определенных родовыми признаками) заемщику. Такой обязанности у займодавца нет в силу реальности договора, о чем уже было сказано.

Вместе с тем возникает следующий вопрос. А отвечает ли займодавец за качество передаваемого предмета займа. Этот вопрос касается «вещей, определяемых родовыми признаками», не денег (наличных денег). Конечно, займодавец должен предоставить деньги не бракованные и не фальшивые. Эта обязанность по предоставлению «качественных» денег является тем случаем, который не требует отдельного закрепления в гражданском законе, поскольку имеются четкие предписания уголовного закона (например, ст. 186 УК РФ, относящаяся к изготовлению, хранению, перевозке или сбыту поддельных денег или ценных бумаг). Вместе с тем в отношении бракованных денежных купюр действует принцип добросовестности участников гражданского оборота (п. 3 ст. 1 ГК РФ), предполагающий, что стороны исходят из действительности имеющихся у них денег.

Обратимся к вопросу о качестве вещи, передаваемой по договору займа. Как быть заемщику, который обнаруживает факт некачественной вещи не в момент передачи, а через какое-то время? У заемщика при этом существует обязанность возврата «равного количества других полученных им вещей того же рода и качества» (абз. 1 п. 1 ст. 807 ГК РФ). То есть означает ли это, что заемщик должен возвратить качественную вещь? А как быть в том случае, если он получил вещь некачественную? Может ли должник возвратить некачественную вещь? А может быть, должник и не знает о некачественности уже возвращаемой вещи. Вправе ли тогда займодавец заявить правопритязание к заемщику относительно возврата некачественной вещи, хотя он сам предоставил заемщику до этого некачественную вещь. Если речь идет о безвозмездном займе, то возможна ссылка на безвозмездность договора при отказе удовлетворять правопритязание о некачественности вещи. Хотя и здесь существует проблема правового обоснования такой позиции. А как быть заемщику в том случае, если он заключил возмездный договор займа вещей, определяемых родовыми признаками? Может ли заемщик требовать предоставления ему качественной вещи взамен некачественной, если он платит за эту вещь? Как быть в случае отсутствия замены, может ли заемщик требовать расторжения договора (ведь договор заключен в момент передачи вещи), возврата полученной им некачественной вещи займодавцу? Здесь нельзя не упомянуть общее правило ст. 309 ГК РФ: обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований – в соответствии с обычаями или иными обычно предъявляемыми требованиями. Однако возможно ли в нашем случае применение специальных норм по исполнению обязанности по предоставлению качественной вещи? К тому же существует обоснованное мнение о том, что общие предписания ч. 1 ГК РФ, применимые «в подавляющем большинстве обязательств» не влияют существенно на квалификацию договора (см., например, приведенную позицию Е.А. Суханова).

В этой связи следует обратить внимание на положения § 3 главы 42 ГК РФ, а именно на ст. 822 ГК РФ, посвященной товарному кредиту. Согласно абз. 1 ст. 822 ГК РФ сторонами может быть за-

ключен договор, предусматривающий обязанность одной стороны предоставить другой стороне вещи, определенные родовыми признаками (договор товарного кредита). К такому договору законодатель полагает допустимым применять «правила параграфа 2 настоящей главы, если иное не предусмотрено таким договором и не вытекает из существа обязательства». «Товар» и «вещь» являются синонимами в силу положения п. 1 ст. 454 ГК РФ. Использование категории «товар» вместо категории «вещь», начиная с гл. 30 ГК РФ, может лишь свидетельствовать о позиции законодателя применять категорию «вещь в обороте», т.е. «товар». Ограничением для обращения при «товарном займе» к ст. 822 ГК РФ может стать ссылка в самой статье на применимость к ней правил § 2 гл. 30 ГК РФ о кредите, кредитном договоре. Очевидно, что законодателю здесь нужно было сделать ссылку на § 1 гл. 30 ГК РФ, поскольку § 2 гл. 30 ГК РФ представляет собой классическую банковскую сделку. Можно ли применять к лицу, которое не является банком, правила о банковской сделке, т.е. те правила, которые были разработаны и приняты для банков и банковской деятельности? На этот вопрос можно ответить отрицательно. Может ли банк совершать сделки, которые законодателем прямо не отнесены к банковским? Может, но такие сделки банк совершает как обычное юридическое лицо. Здесь мы оставим открытым вопрос о необходимости корректировки ст. 822 ГК РФ.

Для чего необходимо положительно решить вопрос о возможности применения ст. 822 ГК РФ к случаям «товарного займа» («вещного займа»). Абзац 2 ст. 822 ГК РФ содержит правило, согласно которому условия о количестве, об ассортименте, о комплектности, о качестве, о таре и (или) об упаковке предоставляемых вещей должны соблюдаться в соответствии с правилами о договоре купли-продажи товаров (ст. 465–485), если иное не предусмотрено договором товарного кредита. Таким образом, указанные статьи позволяют создать правопритязательную базу для заемщика в возмездном договоре займа (в силу того, что применимы нормы о возмездном договоре – договоре купли-продажи) в связи с правом заемщика на качественную вещь (товар) (см. ст. 475 ГК РФ). Относительно применимости всех этих положений о купле-продаже к безвозмездному займу возникают сомнения. Как уже было отмечено, среди основополагающих начал гражданского права выделяется начало возмездности (ст. 423 ГК РФ, особенно п. 3 ст. 423 ГК РФ), из которого следует стремление законодателя обеспечить равновесие сторон посредством особого набора их взаимных прав и обязанностей. Все это в конечном счете базируется на ответственности, возникающей вследствие нарушения обязанностей. Безвозмездные договоры (дарение, ссуда и др.) представляют собой особые юридические конструкции в гражданском праве.

Сложность возникает в связи с тем, что товарный кредит в ст. 822 ГК РФ сформулирован как консенсуальная юридическая конструкция, тогда как заем является реальным. Вполне можно, на наш взгляд, обратиться и к вопросу о корректировке реальности займа в зависимости от возмездности или безвозмездности соответствующего правоотношения¹⁰.

Договор займа, конечно, нельзя рассматривать в качестве «классического» двусторонне обязывающего договора, который имеет место при купле-продаже, аренде, подряде и подобных договорах. Вместе с тем нельзя не признать у договора займа двусторонне обязывающего характера. Этот характер может позволить в большей мере обеспечить защиту прав заемщика, особенно в возмездном правоотношении.

¹ *Гражданское право: учебник*. В 2 т. / под ред. Б.М. Гонгало. Т.2. М.: Статут, 2016. С.390.

² Там же. С. 393.

³ *Гражданское право: учебник* / под ред. доктора юридических наук, профессора О.Н. Садикова. М., 2006. Т. 2 С. 273.

⁴ *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Кн. 5. В 2 т. Т.1: Договоры о займе, банковском кредите и факторинге. Договоры, направленные на создание коллективных образований. М.: Статут, 2006. С. 116, 166.

⁵ *Гражданское право: учебник*. Ч. 2 / п ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: Проспект, 1997. С.427.

⁶ *Гражданское право: учебник*. В 2 т. Т. 2. Полутом 2 / отв. ред. проф. Е.А. Суханов. М.: БЕК, 2000. С.211.

⁷ *Мейер Д.И.* Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. Изд. 2-е, испр. М.: Статут, 2000. С.599.

⁸ *Мейер Д.И.* Русское гражданское право. С. 612.

⁹ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. Т. 2. М.: Статут, 2005. С. 108.

¹⁰ См. дискуссия о реальности и консенсуальности договоров: *Хаскельберг Б. Л., Ровный В.В.* Консенсуальные и реальные договоры в гражданском праве. 2 изд. М.: Статут, 2004. 124 с.; *Тузов Д.О.* Заметки о консенсуальных и реальных договорах. Сб. науч. ст. в честь 60-летия Е. А. Крашенинникова / отв. ред. П.А. Варул; Ярославль, 2011. С.91–131.

НОВЕЛЛЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОСПОРИМЫХ СДЕЛОК В РОССИИ

Федеральным законом от 07.05.2013 № 100-ФЗ «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Закон, Федеральный закон) существенным образом было изменено правовое регулирование недействительных (главным образом оспоримых) сделок. Изменения коснулись большинства составов оспоримых сделок. Внесение данных изменений явилось результатом эволюции экономических и социальных отношений в стране и реализации желания законодателя совершенствовать опосредующее их нормативное правовое регулирование.

Содержащиеся в названном Федеральном законе нормы разнообразны по содержанию и значению для регламентации гражданского оборота. Так, ряд норм носит технический характер, к примеру, в подп. а) п. 21 ст. 1 Закона слова «вследствие злоупотребления спиртными напитками или наркотическими средствами» заменены на слова «(статья 30)». Многие же из них являются отражением иного концептуального подхода к пониманию природы, свойств и признаков соответствующей сделки, что свидетельствует о качественно ином правовом сознании и правовом регулировании в этой области. Наиболее ярким примером таких изменений может послужить норма подп. 13 ст. 1 Федерального закона, согласно которой сделки, нарушающие требования закона или иного правового акта, являются, по общему правилу, оспоримыми, а не ничтожными.

В процессе детального анализа новелл правового регулирования оспоримых сделок мы пришли к следующим выводам обобщающего характера:

1) основные начала (принципы) гражданского права в результате реформы гражданского законодательства получили новое развитие и воплощение, что непосредственным образом отразилось на правовом регулировании недействительных, в частности оспоримых, сделок;

2) в современное гражданское законодательство введен принцип добросовестности (п. 3 ст. 1 ГК РФ), нашедший системное и последовательное отражение в многочисленных нормах ГК РФ (абз. 2 п. 1 ст. 167, п. 2 ст. 174 и др.). Применение данного принципа позволяет суду при разрешении конкретных дел оценить поведение сторон с точки зрения его соответствия требованиям не только правовых, но и нравственных норм;

3) российская правовая система переняла положительную международную практику применения института эстоппель, введенного в гражданское законодательство положениями Закона, дополняющими ст. 166 ГК РФ пунктом 5. Комплексная реализация на практике правила эстоппель и принципа добросовестности создает модель не только правового, но и нравственного поведения лиц – участников гражданско-правовых отношений. В совокупности с иными мерами закрепление в российской правовой системе принципа эстоппель обеспечивает гарантии стабильности гражданского оборота и укрепление гражданско-правовой дисциплины;

4) законодателем унифицирован подход к определению круга лиц, имеющих право оспаривать сделки (как ничтожные, так и оспоримые). К таким лицам могут быть отнесены только стороны сделки или иные лица, указанные в законе (абз. 1 п. 2, абз. 1 п. 3 ст. 166)¹;

5) оспоримая сделка даже при наличии конкретного основания недействительности может быть оспорена лишь в том случае, если она нарушает права или охраняемые законом интересы лица, оспаривающего ее (абз. 2 п. 2 ст. 166), или лиц, в чьих интересах она оспаривается (абз. 3 п. 2 ст. 166). В результате этого процесс оспаривания сделки согласно действующим нормам утратил черты формального, причем этот вывод справедлив и в отношении ничтожных сделок. Так, согласно п. 1 ст. 11 ГК РФ судебной защите подлежат *нарушенные или оспоренные гражданские права*. В соответствии с п. 1 ст. 3 ГПК РФ и п. 1 ст. 4 АПК РФ заинтересованные лица вправе обратиться в арбитражный суд за защитой своих *нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов*. Подтверждением реализации законодателем именно такого подхода служат правила абз. 2, 3 п. 2 и абз. 2 п. 3 ст. 166 ГК РФ².

В заключение необходимо отметить готовность судебных органов действовать в условиях новых правовых реалий и на практике применять обновленные нормы ГК РФ о недействительных сделках, что отражается в том числе в принятии Постановления Пленума Верховного суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации». Однако для полноценной реализации всех заложенных в реформу гражданского законодательства идей необходимо неукоснительное следование им всех участников гражданско-правовых отношений, что невозможно без повышения общей правовой культуры населения, особенно его экономически активных представителей, составляющих бизнес-сообщество.

¹ При этом, как отмечают специалисты, материально-правовые нормы были приведены в соответствие с процессуальными нормами, в частности, п. 1 ст. 3 ГПК РФ, п. 1 ст. 4 АПК РФ, что нельзя не признать положительным. См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к главам 6 - 12 / под ред. Л.В. Санниковой. М.: Статут, 2014. С. 202–203.

² См.: Райников А.С. Условия оспаривания сделки в контексте поправок в ГК РФ // Вестник гражданского права. 2015. № 2. С. 116–141.; Концепция совершенствования гражданского законодательства // Вестник ВАС РФ. 2009. № 4. С. 53.

И. З. Аюшеева

*Московский государственный
юридический университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА),
г. Москва*

ПРОБЛЕМЫ РЕФОРМИРОВАНИЯ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О НЕКОММЕРЧЕСКИХ ОРГАНИЗАЦИЯХ

Необходимость реформирования гражданского законодательства о некоммерческих организациях назрела давно. Определение их гражданско-правового статуса было затруднено в связи с существованием целого ряда вопросов, требующих разрешения. Помимо потребности упорядочения организационно-правовых форм некоммерческих организаций и выделения конституирующих признаков каждой из них, существуют проблемы систематизации законодательства, регулирующего их положение, вопросы, касающиеся определения объема правоспособности, видов деятельности некоммерческих организаций, в том числе определения понятия деятельности некоммерческих организаций, приносящей доход, и ее соотношения с понятием предпринимательской деятельности¹.

На начальных этапах последней реформы гражданского законодательства в посвященном реформе законодательстве о некоммерческих организациях § 7 раздела III Концепции развития гражданского законодательства² указывалось на слишком большое количество организационно-правовых форм некоммерческих организаций, отсутствие их единой системы, многочисленные пробелы, повторы и противоречия в законодательстве, регулирующем отношения в этой сфере. Выделение некоммерческих организаций в отдельные виды, которым соответствуют и особые организационно-правовые формы юридических лиц, нередко проведено искусственно, при отсутствии практически значимых признаков, характеризующих особенности их гражданско-правового положения, либо при отсутствии для этого реальной потребности. Организационно-правовые формы некоммерческих организаций как юридических лиц должны быть оптимизированы в зависимости от реальных гражданско-правовых особенностей их внутреннего устройства. Авторы концепции предлагали создавать некоммерческие организации только в формах корпораций, к которым были отнесены потребительские кооперативы, общественные организации и ассоциации и союзы, либо юридических лиц некорпоративного типа, к которым относились бы фонды и учреждения. Предлагалось исчерпывающим образом урегулировать гражданско-правовые конструкции указанных форм некоммерческих организаций в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее – ГК РФ)³. В законах об отдельных видах некоммерческих организаций должны были содержаться лишь отсылки к соответствующим нормам ГК РФ, а не наоборот. Несмотря на указанные предложения, в настоящее время нельзя говорить о том, что классификация организационно-правовых форм некоммерческих организаций упорядочена. Деление некоммерческих организаций корпоративного и унитарного типов на организационно-

правовые формы все еще вызывает ряд вопросов, оставляя нерешенной проблему выделения их особенностей, позволяющих говорить о самостоятельности этих форм.

Так, например, не был разрешен вопрос о кооперативах. Потребительский кооператив есть их разновидность. При этом производственный кооператив относится к коммерческим организациям, а потребительский – к некоммерческим. В связи с этим высказываются точки зрения о том, что разделение единой организационно-правовой формы кооператива не является оправданным, указанные юридические лица составляют единую организационно-правовую форму, представляющую собой самостоятельную разновидность юридических лиц – кооперативных организаций⁴ либо являющуюся смешанным типом организаций – некоммерческих с отдельными элементами статуса коммерческих юридических лиц⁵. Также вызывает сомнение выделение в качестве самостоятельных организационно-правовых форм таких организаций, как казачьи общества, общины коренных малочисленных народов, общественных движений, схожих по своей природе с общественными организациями. Думается, не вполне оправдано выделение из всех ассоциаций (союзов) адвокатских палат и иных адвокатских образований. Неоднозначно и отношение к определению правового статуса религиозных организаций⁶. Изначально рассматриваемые в Концепции совершенствования гражданского законодательства в качестве разновидности общественных организаций корпоративного типа, они в итоге признаются самостоятельной организационно-правовой формой унитарного типа. Сложно определить гражданско-правовой статус публично-правовых компаний, поскольку в настоящее время в ГК РФ отсутствуют специальные нормы, регулирующие их правовое положение, также не принят специальный закон о них⁷. Не определена правовая природа государственной корпорации: наименование отсылает нас к корпоративным юридическим лицам, однако внутренняя сущность не позволяет отнести ее к ним. Закон⁸ определяет государственную корпорацию как некоммерческую, при этом по целям создания и объему правоспособности она приближена к коммерческим организациям⁹.

Особенности гражданско-правового положения некоммерческих организаций во многом определяются не ГК РФ, а иными законами, которые не всегда согласованы между собой, в связи с чем реформу законодательства о некоммерческих организациях нельзя считать завершенной. Работа по совершенствованию института некоммерческих организаций должна быть продолжена.

Прежде всего необходимо упорядочить классификацию организационно-правовых форм некоммерческих организаций. Неоправданно выделенные в самостоятельные организационно-правовые формы общественные движения, казачьи общества, общины коренных малочисленных народов следует отнести к общественным организациям; адвокатские палаты и адвокатские образования – к ассоциациям (союзам). Религиозные организации по своей сути также ближе к корпоративным лицам. Кроме того, следует определить статус публично-правовых компаний, государственных корпораций.

Требует систематизации законодательство о некоммерческих организациях. Думается, основные положения, определяющие гражданско-правовой статус некоммерческих юридических лиц, в том числе перечень и особенности каждой их организационно-правовой формы, должны определяться в ГК РФ, в связи с чем существование отдельного закона о некоммерческих организациях, ко всему прочему распространяющего свое действие даже не на каждую из них, не является оправданным. Особенности осуществления деятельности отдельными организационно-правовыми формами некоммерческих организаций могут быть предусмотрены специальными законами. Таким образом, законы, регулирующие правовое положение некоммерческих организаций можно было бы разделить на следующие группы: ГК РФ, содержащий общие положения о каждой организационно-правовой форме некоммерческих организаций; специальные законы, регулирующие особенности конкретной организационно-правовой формы некоммерческих организаций; законы, определяющие особенности осуществления того или иного вида деятельности некоммерческой организации. При этом согласно п. 6 ст. 50 ГК РФ к отношениям по осуществлению некоммерческими организациями своей основной деятельности, а также к другим отношениям с их участием, не относящимся к предмету гражданского законодательства, правила ГК РФ не применяются, если законом или уставом некоммерческой организации не предусмотрено иное. По сути, положения норм последней группы законов определяют особенности деятельности некоммерческой организации и в этой сфере имеют большую силу по сравнению с законами, определяющими их гражданско-правовой статус.

В действующее законодательство необходимо включить понятие и признаки деятельности, приносящей доход, определить ее соотношение с предпринимательской деятельностью. Приносящей доход деятельностью некоммерческой организации можно признать любую деятельность, непосредственно либо опосредованно направленную на достижение основной цели создания некоммерческой организации и соответствующую ей, если хотя бы одной из целей ее осуществления является получение дохода (каких-либо материальных благ, в том числе денежных средств, предоставляемых в рас-

поряжение некоммерческой организации в связи с осуществлением ее деятельностью). Такой деятельностью может признаваться в том числе приносящее доход производство товаров, выполнение работ, оказание услуг, отвечающих целям создания некоммерческой организации, а также приобретение и реализация ценных бумаг, участие в хозяйственных обществах и участие в товариществах на вере в качестве вкладчика. Если указанная деятельность содержит признаки предпринимательской деятельности как самостоятельной, осуществляемой на свой риск и направленной на систематическое получение прибыли, то она должна признаваться предпринимательской деятельностью некоммерческой организации и при этом соответствовать целям ее создания.

¹ *Аюшеева И.З.* Приносящая доход деятельность некоммерческих организаций: понятие и содержание // Стратегия национального развития и задачи российской юридической науки: сб. докладов Международной научно-практической конференции, секций гражданского права, предпринимательского права, банковского права, экологического и земельного права, гражданского процесса, спортивного права, интеллектуальных прав (Москва, 24 ноября – 3 декабря 2015 г.). М.: Проспект, 2016. С. 61-65; *Звездина Т.М.* К вопросу о соотношении понятий предпринимательской и приносящей доход деятельности некоммерческих организаций // Бизнес, менеджмент и право. 2014. № 2. С. 75; *Лескова Ю.Г.* Предпринимательская и приносящая доход деятельность некоммерческих организаций // Цивилист. 2009. № 2. С. 30; *Сойфер Т.В.* Концепция некоммерческих организаций в российском гражданском праве: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М., 2013. С. 15.

² *Концепция* развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 г.) // Вестник Высшего арбитражного суда Российской Федерации. 2009. № 11. С. 6.

³ *Гражданский кодекс* Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 30.12.2015) // Собр. законодательства Рос. Федерации, 1994, № 32, ст. 3301.

⁴ *Тычинин С.В.* Гражданско-правовое регулирование потребительской кооперации в России: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. СПб., 2004. С. 9.

⁵ *Парфирьев Д.Н.* Гражданско-правовой статус и организационно-правовая форма потребительского кооператива: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2006. С. 9.

⁶ *Аюшеева И.З.* Гражданское законодательство о религиозных организациях: проблемы и актуальные направления развития // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2015. № 10. С. 56.

⁷ *О публично-правовых компаниях в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации: проект Федер. закона* (подготовлен Минэкономразвития России) (ред. до внесения в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 01.02.2013) // Доступ из справ.-правовой системы «Консультант-Плюс».

⁸ *О некоммерческих организациях: Федер. закон* от 12 янв. 1996 г. № 7-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 3, ст. 145.

⁹ *Мозолин В.П.* Правовой статус государственной корпорации и юридическая природа права собственности на принадлежащее ей имущество // Журнал российского права. 2009. № 1 (145), С. 20-26.

Е. Г. Белькова

*Иркутский институт (филиал) ВГУЮ (РПА Минюста России),
г. Иркутск*

СОВАТОРСТВО: ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Научное и культурное развитие общества невозможно как без индивидуальных творческих достижений, так и без объединения творческого потенциала граждан. При этом чем чаще придается значение товара результатам интеллектуальной деятельности, в большей степени повышается их коммерческая ценность, тем более востребовано правовое регулирование отношений, возникающих в связи с созданием и использованием этих результатов. Однако многие вопросы, касающиеся использования произведений, созданных в соавторстве, и осуществления прав на них, не находят решения в действующем законодательстве.

Соавторство возникает у граждан, создавших произведение совместным творческим трудом. Не входят в число соавторов граждане, не внесшие личного творческого вклада в создание произведения, в том числе оказавшие его автору только техническое, консультационное, организационное, материальное содействие или помощь либо только способствовавшие оформлению прав на результат

интеллектуальной деятельности или его использованию, а также граждане, осуществлявшие контроль за выполнением соответствующих работ.

В отличие от положений ст. 482 Гражданского кодекса РСФСР в действующем Гражданском кодексе (ст. 1258) основным критерием создания произведения в соавторстве выступает совместный творческий труд. Согласно ст. 482 Гражданского кодекса РСФСР соавторство признавалось, если произведение было создано совместным трудом двух или более лиц (коллективное произведение). Очевидно, что коллективное произведение может включать созданные автономно произведения разных авторов, отражать результаты работы (возможно, не творческого характера) разных лиц, но не создаваться в соавторстве. Выделение творческого характера совместных усилий в создании результата интеллектуальной деятельности является необходимым.

В российском законодательстве традиционно выделяют раздельное и нераздельное соавторство. Однако не все ученые поддерживают концепцию существования двух видов соавторства. Многие полагают, что если произведение состоит из частей, каждая из которых имеет самостоятельное значение и авторы которых известны, то имеет место объединение самостоятельных произведений, а не соавторство. Эта позиция усилена положением Гражданского кодекса о том, что часть произведения, имеющую самостоятельное значение, автор может использовать по своему усмотрению, если соглашением между соавторами не предусмотрено иное.

В соответствии с «ограничительной концепцией соавторства» соавторство возникает только в случае создания совместным творческим трудом произведения, в котором невозможно выделить части, созданные конкретными авторами. При таком подходе соавторство всегда является нераздельным.

Согласно п. 3 ст. 1258, п.3 ст.1229 Гражданского кодекса РФ каждый из соавторов может использовать результат интеллектуальной деятельности по своему усмотрению, распоряжение исключительным правом осуществляется соавторами совместно, доходы от совместного использования результата интеллектуальной деятельности либо от совместного распоряжения исключительным правом на такой результат распределяются между соавторами в равных долях, если иные условия не предусмотрены в соглашении между соавторами. Таким образом, отношения по поводу использования произведения, созданного в соавторстве, и распоряжения исключительным правом на него определяются единогласным решением, соглашением соавторов. К форме такого соглашения законодательно требований не предъявляется, следовательно, соглашение соавторов может быть и письменным, и устным.

Вместе с тем каждый из соавторов – это самостоятельный субъект, который становится участником разнообразных гражданских отношений. И если эти гражданские отношения, зависящие от участия гражданина в совместном творческом создании, например, произведения, то его необходимо выделить из круга соавторов, конкретизировать объем его прав. Следует учитывать, что у каждого из соавторов авторство возникает в отношении всего произведения, независимо от фактического творческого вклада.

В соответствии с гражданским законодательством исключительное право на произведение является единым и неделимым. Это имущественное право, предусматривающее возможность автора (правообладателя) использовать произведение по своему усмотрению способом, не противоречащим закону. Определить долю в исключительном праве невозможно. Исходя из такой оценки исключительного права вполне объяснимо правило о том, что исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, принадлежащее автору такого результата, не входит в общее имущество супругов, а также положение п. 1 ст. 1284 Гражданского кодекса РФ о недопущении обращения о взыскании на принадлежащее автору исключительное право на произведение, кроме предусмотренных в законе случаев.

В связи с этим обращает на себя внимание отсутствие законодательного регулирования наследования имущественных прав автора и в том числе соавтора. В ст. 1283 Гражданского кодекса РФ предусмотрено, что исключительное право на произведение переходит по наследству. В п. 2 ст.1283 Гражданского кодекса РФ определен порядок наследования выморочного имущества, в состав которого входит исключительное право. Постановление Пленума Верховного суда РФ от 29 мая 2012 г. «О судебной практике по делам о наследовании», включившее раздел о наследовании интеллектуальных прав, подчеркивает этим множество и многообразие вопросов наследования имущественных прав на результаты интеллектуальной деятельности, которые возникают в правоприменительной деятельности. Согласно п. 87 названного постановления исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, перешедшее к нескольким наследникам, принадлежит им совместно. Использование такого результата интеллектуальной деятельности, распределение доходов от его совместного использования, а также распоряжение исключительным правом в указанном случае осуществляет-

ся согласно п. 3 ст. 1229 Гражданского кодекса РФ. В п. 32 упомянутого Постановления указано, что если в состав наследства входит исключительное право, то право на обязательную долю в наследстве удовлетворяется с его учетом.

Следует отметить, что объектами авторских прав являются произведения науки, литературы и искусства независимо от достоинства и назначения произведения. В настоящее время отсутствует механизм оценки стоимости исключительного права, которая может учитываться при разделе наследства. Предсказуем и конфликт интересов. С одной стороны, интерес наследников получить максимально возможную прибыль от использования произведения и, с другой стороны, нежелание переживших соавторов использовать творческий результат и распоряжаться исключительным правом на него.

Дискуссионным является также вопрос об ответственности соавторов в случае нарушения интеллектуальных прав авторов других произведений при создании произведения в соавторстве. Согласно п. 3 ст. 1250 Гражданского кодекса РФ меры ответственности за нарушение интеллектуальных прав подлежат применению при наличии вины нарушителя, если иное не установлено в законе. Отсутствие вины доказывается лицом, нарушившим интеллектуальные права. Юридически все соавторы независимо от их фактического вклада в создание произведения приобретают авторское право на целое произведение, и, соответственно, каждый несет ответственность в отношении произведения в целом. Но не каждый из соавторов может являться нарушителем.

В п. 5 ст. 1250 Гражданского кодекса РФ предусмотрено, что отсутствие вины нарушителя не освобождает его от обязанности прекратить нарушение интеллектуальных прав и не исключает применения в отношении нарушителя таких мер, как публикация решения суда о допущенном нарушении, пресечение действий, нарушающих исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, изъятие и уничтожение контрафактных материальных носителей.

Можно ли предположить, что для соавторов предусмотрена коллективная ответственность? Персонификация лица, нарушившего права авторов иных произведений при создании произведения, если соавторство нераздельно, проблематична прежде всего юридически.

Представляется, что законодатель исходит из того, что соавторы имеют единый замысел, воплощенный в форму и содержание произведения, определенные всеми и каждым из соавторов. По соглашению всех соавторов принимается решение об обнародовании произведения. Поэтому каждый из соавторов несет ответственность за собственные действия или бездействие.

С. С. Вабищевич

*филиал ФГБОУ ВПО «Российский государственный социальный университет»,
г. Минск*

СОДЕРЖАТЕЛЬНЫЕ И ФУНКЦИОНАЛЬНЫЕ ОСОБЕННОСТИ ПОНЯТИЯ «ДОБРОСОВЕЩНОСТЬ» В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Комплексная (нравственная, психологическая, религиозная) природа, отсутствие хотя бы приблизительных нормативных контуров объясняют тот факт, что, несмотря на значительную доктринальную разработку, вопрос не только о правовом понимании, но и о целесообразности использования понятия «добросовещность» сохраняет проблемный характер.

На наш взгляд, при уяснении смысла и обосновании ценности данного понятия для правовой сферы следует отталкиваться от его этимологии и общеупотребительного значения. Не преследуя цели детального изложения происхождения и многогранности феномена «совесть», укажем лишь, что в различных словарях и энциклопедиях используется психологический подход к определению совести, например, в «Толковом словаре русского языка» под совестью понимается «чувство нравственной ответственности за свое поведение перед окружающими людьми, обществом»¹. В целом же обращение к этимологическим и лексикографическим, этическим, философским, этико-богословским пластам знаний свидетельствует о совести как многозначном явлении, характеризующем внутреннее состояние человека.

Следует также обратить внимание на то, что в русском, греческом, английском, немецком и, по всей видимости, других языках слово «совесть» включает в себе идею со-присутствия, со-существования, а если быть более точным, приставка «со» указывает на собирательный или всеоб-

щий смысл управляемого существительного «весть» (знание) (для сравнения: нем. *das Gewissen* образовано из собирательной приставки *Ge-* и существительного *Wissen*).

Состояние совести может быть разным, т. е. в зависимости от степени активности совести в поступках конкретной личности, совесть может быть описана в эпитетах «добрая» или пассивная (соответственно, например, «совершенная», «чистая» или «нечистая», «угасшая», «потерянная» в патристическом понимании).

В этом контексте совершенно справедливо утверждение дореволюционного исследователя И. Б. Новицкого о том, что «добрая совесть по этимологическому смыслу таит в себе такие элементы, как: знание о другом, о его интересах; знание, связанное с известным доброжелательством; элемент доверия, уверенность, что нравственные основы оборота принимаются во внимание, что от них исходит каждый в своем поведении»².

Опираясь на этимологию слова и субъективную сторону поведения участников гражданских правоотношений, В.А. Белов также полагает, что понятие «добросовестность» во всех случаях характеризует внутреннее состояние лица, совершающего неправомерное либо нерациональное действие, но от этого не испытывающего угрызений совести по причине своего извинительного незнания («извинительного заблуждения» по терминологии Л. И. Петражицкого³. – *Примеч. автора*) о противоправном или неразумном характере своего поведения⁴.

Однако при таком подходе возникает вопрос: целесообразно ли обращение к нравственному по своему характеру понятию «добросовестность» при возможности использования специальных правовых конструкций: злоупотребление правом; недействительность сделки, заключенной под влиянием обмана; ответственность за передачу товара ненадлежащего качества; отказ в защите права при пропуске исковой давности; отнесение разницы между сметой и действительной стоимостью работ на счет подрядчика при превышении подрядчиком стоимости или сметы работ, не согласованных с заказчиком, и т. д. Положительный ответ на поставленный вопрос убедительно доказывает пример из п. 9 Обзора практики разрешения споров, связанных с использованием векселя в хозяйственном обороте, утвержденного Информационным письмом Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25 июля 1997 г. № 18.

В соответствии с условиями договора поставки поставщик получил от покупателя простой вексель со сроком оплаты в течение трех месяцев со дня выдачи. Отгрузка продукции должна была производиться через месяц после выдачи векселя. В установленный срок отгрузка товара не произведена. Однако при наступлении срока платежа вексель предъявлен поставщиком покупателю для оплаты. Поскольку покупатель отказался от платежа, поставщик обратился с иском в арбитражный суд с требованием о взыскании вексельного долга. При этом, по мнению поставщика, поскольку вексель является абстрактным обязательством и содержит ничем не обусловленное обязательство векселедателя заплатить по нему, арбитражный суд не вправе принимать во внимание ссылки покупателя на неисполнение поставщиком договора, лежащего в основе выдачи векселя.

Отказывая поставщику в иске, арбитражный суд обоснованно сослался на ст. 17 Положения о переводном и простом векселе, предусматривающую, что лица, к которым предъявлен иск по переводному векселю, не могут противопоставить векселедержателю возражения, основанные на их личных отношениях к векселедателью или к предшествующим векселедержателям, если только векселедержатель, приобретая вексель, не действовал сознательно в ущерб должнику. Это правило в силу ст. 77 Положения применяется к простому векселю, поскольку оно не является несовместимым с природой простого векселя и может применяться при условии, что держателем векселя является лицо, добросовестно приобретшее вексель по индоссаменту. Поскольку сущность отношений из сделки, лежащей в основании векселя, известна и векселедателью, и первому приобретателю как участникам этих отношений, такие отношения следует признать разновидностью отношений личных. Если векселедатель простого векселя доказывает отсутствие основания выдачи векселя, в иске первому приобретателю следует отказать. Ссылка истца на недопустимость отказа от исполнения обязательства по ценной бумаге со ссылкой на отсутствие или недействительность его основания (п. 2 ст. 147 Гражданского кодекса Российской Федерации) в данном случае не должна приниматься во внимание, так как относится только к добросовестному держателю. В абстрактном обязательстве кредитор не обязан доказывать наличие основания требования. Но если должник доказал отсутствие основания вексельного обязательства и известность этого факта кредитору по связывающей их гражданско-правовой сделке, оснований для взыскания средств по векселю не имеется. Иными словами, если бы в момент заключения договора поставки покупатель знал, что таковой не будет исполнен, простые векселя просто не были бы выданы.

В данном случае принцип добросовестности как объективный стандарт поведения позволяет противостоять формализму в правоприменительной практике и обеспечить защиту того самого извинительного незнания определенных фактов, в частности, неразумности собственных действий и отсутствия нравственного суждения в поступках контрагента.

Кроме того, анализ исторического и современного правового материала, а также сравнительное правоведение представляют достаточно примеров, подтверждающих наличие преемственности и устойчивой тенденции к закреплению в гражданском праве общего принципа добросовестности либо, как минимум, признания правового значения за данным понятием при конструировании различных институтов.

«Совесть – это контрагент Эго»⁵, поэтому любая имеющая социальную природу система в любой период своего становления и развития (религия, мораль, право) не может обойтись без идеи совести. Для христианского мировоззрения совесть – это фундаментальная этическая категория, определяющая весь внутренний мир личности и направление его поступков, для морали – это проверка на предмет ее существования.

Рассмотрение правовых явлений с учетом морально-нравственных категорий⁶ также объясняется неспособностью частного права ограничить априорный по своей сути эгоизм субъекта без его внутреннего самоопределения лишь посредством внешних принудительных мер. Как отмечалось, связь с началом «доброй совести» уже давно обнаруживается в правовых нормах как основном способе разрешения коллизий интересов одного субъекта с интересами других субъектов, их коллективов и всего общества. Это обстоятельство, с одной стороны, свидетельствует об онтологической связи права с моралью и нравственностью, а с другой – о существовании некоего предела возможностей правового инструментария в выработке нормативных моделей взаимоотношений между людьми.

¹ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. 4-е изд., доп. М.: Азбуковник, 1999. С. 741.

² Новицкий И. Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 2006. № 1. С. 131.

³ Петражицкий Л. И. Права добросовестного владельца на доходы с точки зрения догмы и политики гражданского права. М.: Статут, 2002. С. 235.

⁴ Белов В. А. К вопросу о недобросовестности налогоплательщика: критический анализ правоприменительной практики. М.: Волтерс Клувер, 2006. 96 с.

⁵ Арутюнова Н. Д. О стыде и совести // Логический анализ языка: Языки этики: сб. ст./ отв. ред. Н. Д. Арутюнова. М.: Языки рус. культуры, 2000. С. 57–58.

⁶ Щенникова Л. В., Быкова М. О. Категория «добрые нравы» в гражданском праве законодательстве и цивилистической доктрине зарубежных стран // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2011. № 2(12). С. 159.

М. М. Валеев

*Уральский государственный юридический университет,
г. Екатеринбург*

О КАЧЕСТВЕ СТ. 1079 ГК РФ И НЕОБХОДИМОСТИ СУЩЕСТВОВАНИЯ КАТЕГОРИИ «ИСТОЧНИК ПОВЫШЕННОЙ ОПАСНОСТИ»

Российская цивилистика дала миру не так уж много «изобретений». Заметное место среди них может занять категория «источник повышенной опасности». Конструкция эта сугубо отечественная, порожденная специфической ситуацией внутри советской цивилизации и не имеющая предшественников и аналогов среди зарубежных правовых систем. Однако несколькостораживает тот факт, что столь передовую категорию не спешат брать на вооружение иностранные правовые порядки, обычно беззащитно копирующие друг у друга удачные разработки. Возникает вопрос: почему?

По традиции следует начать с истории. Как появилась данная категория? В литературе общим местом является мысль о том, что в законодательство категория «источник повышенной опасности» (далее – ИПО) проникла из теории и судебной практики. Присутствующие в законодательстве с конца XVIII века разнообразные ситуации возложения ответственности за случайно причиненный вред (а иногда и вовсе за действие непреодолимой силы) в конечном счете были синтезированы в еди-

ную теоретическую конструкцию ИПО. Затем эта теоретическая разработка была внедрена в текст закона. Начиная с ГК 1922 года, категория ИПО постоянно и неизменно присутствует в отечественном гражданском законодательстве.

И с самого момента своего появления по сей день категория эта вызывает вопросы – как концептуальные, так и технические.

Концептуально смысл конструкции заключается в двух моментах. Во-первых, это ответственность за случай. Во-вторых, это переложение ответственности с непосредственного причинителя вреда на иное лицо.

Ответственность даже за случайно причиненный вред – самая яркая особенность ситуации с участием ИПО. Но вот вопрос – а часто ли в жизни вред причиняется на самом деле случайно, при отсутствии любой вины? В середине XIX века, когда и появилось основное количество законов о безвиновной ответственности владельцев железных дорог и пароходов, человечество обладало меньшим объемом технических и научных знаний, в силу чего сравнительно большое число несчастных случаев могло казаться порожденными не безответственностью людей, а объективной опасностью паровозов, пароходов и прочих машин. Но в наше время, когда накоплен гигантский опыт постройки и эксплуатации подобных вещей, когда есть написанные кровью четкие инструкции по безопасности... аварии и катастрофы все еще случаются, несомненно. Но при внимательном рассмотрении за каждой аварией оказывается конкретный перечень виновников, не выполнивших конкретный набор предписаний. За каждой – от выброса радиоактивных материалов на АЭС до разбитого в ДТП указателя поворота на автомашине. Исключения, конечно, существуют. Но едва ли их число превышает единицы процентов. Стоит ли из-за единичных случаев отступать от основного начала возложения ответственности – очень большой вопрос.

На самом деле даже в середине XIX века мало кто сомневался в виновности железной дороги в абсолютном большинстве неприятностей на ней. Одним из главных истинных мотивов принятия соответствующих законов была попытка избавить потерпевших от необходимости доказывания вины владельца ИПО. Для того времени это была вполне актуальная задача. Но в наши дни, когда в гражданском законодательстве безраздельно господствует презумпция вины причинителя вреда – зачем сохранять такие утратившие полезность конструкции?

На наш взгляд, идея переложения ответственности с непосредственного причинителя вреда на иное лицо – это очень полезная и здравая идея. Она прекрасно отвечает главной цели возложения гражданской ответственности, то есть восстановлению интересов потерпевшего, а не наказанию виновного. Но насколько велика необходимость для решения этой задачи создавать специальную норму? Опять-таки, во время появления категории ИПО это было насущной необходимостью. В те «далекие варварские времена» работодатель отвечал за своих работников только при наличии собственной вины в обучении и надзоре. Если таковой не обнаруживалось, потерпевшие оставались ни с чем. Что же написано в современном ГК, учитывает ли нынешний закон вину работодателя? Ни малейшего намека на такой учет в тексте ст. 1068 ГК РФ нет. Достаточным основанием возложения ответственности является наличие трудовых отношений. А если 99,(9) % ситуаций причинения вреда посредством ИПО уже перекрываются действием иной статьи ГК – зачем нашему законодательству ст. 1079?

А ведь в современном мире, в отличие от середины XIX века, есть еще и обязательное страхование ответственности владельцев транспорта и опасных производств. И страхование от несчастных случаев на производстве. И иные формы социального страхования. Никак нельзя сказать, что потенциальные жертвы ИПО не защищены ничем, кроме ст. 1079 ГК РФ.

С точки зрения юридической техники, ст. 1079 ГК РФ тоже далека от совершенства. Всем известно, что в теории существуют несколько концепций ИПО. Кто-то называет этим термином деятельность, кто-то вещи, кто-то свойства вещей или действий. Нельзя сказать, чтобы теории полностью исключали друг друга, но и гармоничного взаимодополнения тоже не наблюдается. И что же в этой ситуации делает наш законодатель? Чисто механически объединяет теории. В итоге получается, что ИПО суть деятельность, а платить за вред будет владелец ИПО. «Владение деятельностью» – это преступление против языка, логики и здравого смысла.

Примерный перечень ИПО, данный в ст. 1079 ГК РФ, впечатляет. Само по себе использование примерных перечней уже свидетельствует о недостаточной теоретической проработке вопроса. Ужасает и содержание перечня. Два примера. «Использование транспортных средств». Когда большой и страшный паровоз называют ИПО – это еще более-менее понятно. Но ведь велосипед – это тоже транспортное средство. И получается, что в силу прямого указания закона велосипед является ИПО. Потрясающе. «Использование механизмов»: абсолютно любой механизм, оказывается, несет страшную угрозу жизни, здоровью и имуществу ничего не подозревающих граждан. Например, ножницы:

механизм, состоящий из двух звеньев, образующих шарнирную пару с одной степенью свободы. Но, согласно ст. 1079 ТК РФ, ножницы тоже могут являться источником повышенной опасности.

Повышенная опасность. В сравнении с чем она повышена? Где нормальный уровень опасности? В законе нет ответа, если не считать ответом примерный перечень. А его таковым считать нельзя и в силу примерности, и в силу некорректности многих примеров. В итоге перечень ИПО формируется не законом, а теорией и судебной практикой. Перечень исключений из закона устанавливается не законом. Это право? Нормативное регулирование?

Владелец ИПО, платящий за все – кто он? Традиционно в праве владельцем, в отличие от собственника, называют лицо, обладающее чем-либо лишь фактически. Но в данном случае, как поясняется в абз. 2 п. 1 ст. 1079 ГК РФ, владелец ИПО – это не просто держатель, а титульный владелец. Причем по буквальному тексту статьи природа титула не имеет ни малейшего значения, это специально подчеркнуто открытостью перечня титулов – «и т.п.». Но ведь это тупик. Попытка переложить ответственность с наемного работника на работодателя явным образом провалилась, ибо наемный работник – титульный владелец несколько не хуже прочих. И тут снова в дело вмешивается судебная практика, в который раз отменяя действие закона и выводя работников из числа владельцев ИПО. Разве так выглядит правильно действующая правовая система? Вопрос риторический.

С учетом имеющихся проблем технического и концептуального порядка возникает вопрос: не пора ли уже задуматься о целесообразности существования ст. 1079 в ее нынешнем виде в ГК? А может быть, стоит пойти дальше и попытаться критически оценить ценность и полезность самой категории ИПО?

Н. Г. Валеева

*Уральский государственный юридический университет,
г. Екатеринбург*

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ПРАВА ДОСТУПА

Указанное право в правовой системе нашей страны появилось совсем недавно (немногим более 20 лет назад) со введением в действие закона от 9 июля 1993 г. «Об авторском праве и смежных правах»¹.

В современном законодательстве, части четвертой Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ) интеллектуальные права классифицированы на три вида. Первый представлен единственным правом – исключительным, имеющим имущественный характер. Второй вид – это целая группа личных неимущественных прав, в наибольшем объеме представленных в авторском праве. Она включает право авторства, право на имя, право на неприкосновенность произведения, право на его обнародование и право на отзыв. Справедливости ради следует отметить, что последнее из названных личных неимущественных прав не всеми специалистами относится к этой группе.

Третий вид интеллектуальных прав назван просто: иные интеллектуальные права. Один из примеров таких возможностей, предоставленных автору, – право доступа, согласно которому автор и после отчуждения оригинала своего произведения имеет право требовать доступа к нему от нового собственника экземпляра (п. 1 ст. 1292 ГК РФ).

При рассмотрении вопроса о гражданско-правовой природе права доступа ученые расходятся во мнениях. Так, В.О. Калятин² и В.В. Черячукин³ однозначно относят его к личным неимущественным авторским правам. Е.А. Павлова считает его имущественным правом⁴. А.П. Сергеев в своей монографии помещает его в раздел о праве автора на вознаграждение⁵.

С.В. Михайлов, полагая, что автор право доступа реализует в своем экономическом интересе, так как авторские копии используются в процессе обучения, который является платным, далее отмечает: «Принято считать, что право доступа относится к имущественным правам»⁶.

Интересен подход В.А. Дозорцева, считавшего, что автору предоставлено право на чужую вещь, которое может быть только вещным. В отличие от обычного сервитута оно не соединено с владением⁷.

Однозначно право доступа относит к вещным правам В.А. Хохлов, единственное по его мнению «но» – отсутствие возможности физически воздействовать непосредственно на вещь⁸.

Но и те ученые, которые в целом оценивают право доступа как имущественное, отмечают его сходство с личными правами: тесную связь с личностью автора (когда только автор может быть правообладателем), predeterminedность срока существования права доступа периодом жизни автора, недопустимость правопреемства.

К сказанному хотелось бы добавить следующее. Отношение, возникающее в связи с реализацией автором права доступа к собственному произведению, материальный носитель которого отчужден (причем неважно – на возмездных или безвозмездных началах) другому лицу, по природе своей неимущественное, точнее – организационное. Ничего имущественного в требовании обеспечить доступ к оригиналу произведения не просматривается. Но не стоит упускать из вида цель этого – доступ для воспроизведения подлинника, которое по закону (ст. 1270 ГК РФ) названо первым среди способов реализации имущественного исключительного права (копирование).

Таким образом, не представляется возможным классифицировать право доступа по дихотомичной системе (имущественные / неимущественные). Согласно исследованиям, оно имеет и те, и другие черты, при этом многие из них несколько видоизменяются. Так, яркой чертой имущественного права является его срочность в отличие от личных неимущественных прав. Этот признак исключительного права с самого начала был введен в авторско-правовые нормы для защиты интересов общества, в качестве своеобразного «противовеса» монопольной власти автора над использованием своего произведения. Право доступа также ограничено во времени, но это не единый установленный законом для всех (одинаковый) срок действия (для исключительного права – 70 лет, различается только точка его отсчета). Срок действия права доступа определяется периодом жизни конкретного автора произведения, который, естественно, у каждого творца свой.

Далее, имущественное право дает возможность его обладателю извлекать выгоду. Праву доступа в этом смысле сложно дать однозначную трактовку. Казалось бы, копирование произведения само по себе осуществляется не с предпринимательской целью. Но далее события могут развиваться по-разному.

Автор выполненную им копию может оставить себе или передать безвозмездно (подарить) кому-либо.

Иной вариант предлагает ранее упоминавшийся С. В. Михайлов: использование копии в процессе платного обучения автором иных лиц. Почему бы нет? Другое дело, что сложно согласиться с тем, что это единственно возможный способ использования копии (что следует из текста указанного автора).

Можно предложить еще один сценарий. Автор начинает использовать свою копию: воспроизводит, тиражирует, реализует и т.п. А это уже прямой путь к получению дохода.

Таким образом, сложно однозначно утверждать, что право доступа не предоставляет автору возможность извлечения прибыли. Может быть не напрямую, косвенно, но потенция этого существует.

Третий традиционно называемый признак личных неимущественных прав (принадлежность личности как таковой и, отсюда его непередаваемость, необоротоспособность) «работает» в отношении права доступа без каких-либо особенностей.

В связи с изложенным нельзя не сказать о легальной классификации интеллектуальных прав, данной в ст. 1226 ГК РФ. Здесь отсутствует единый критерий. Но если все же вести речь о наполнении третьей группы (иных интеллектуальных прав), то право доступа помещено в ней совершенно обоснованно, в отличие от права следования и права на вознаграждение за служебное произведение. Их имущественный характер общепризнан. Правда, у права следования есть свои нюансы, но это уже тема для отдельного разговора.

¹ Ведомости Верховного Совета СССР, 1993, № 32, ст. 1242.

² См.: *Калятин В.О.* Интеллектуальная собственность (исключительные права): учебник для вузов. М.: НОРМА-ИНФРА.М, 2000, С. 72–73.

³ См.: *Интеллектуальная собственность (Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации): учеб. пособие / под общ. ред. Н. М. Коршунова.* М.: Норма, 2008, С. 114.

⁴ См.: *Комментарий к части четвертой ГК РФ / Под ред. А. Л. Маковского; вступ. ст. В. Ф. Яковлева; Иссл. центр частн. права.* – М.: Статут, 2008, с.409.

⁵ *Сергеев А.П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М.: «Теис», 1996, с. 215.

⁶ См.: *Право интеллектуальной собственности: учебник для академического бакалавриата / под ред. Л. А. Новоселовой.* – М.: Издательство Юрайт, 2016, с. 60.

⁷ См.: *Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР.* Под ред. С. Н. Братуся, О. Н. Садикова. – М.: Юридлит, 1982, с. 612-614.

⁸ *Хохлов В.А.* Авторское право: Законодательство, теория, практика. М.: Издательский Дом «Городец», 2008, С. 122,123.

К ВОПРОСУ О ПРОБЛЕМАХ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА ПОЛЬЗОВАНИЯ ЖИЛЫМ ПОМЕЩЕНИЕМ, ПРЕДОСТАВЛЕННЫМ ПО ЗАВЕЩАТЕЛЬНОМУ ОТКАЗУ

Действующее законодательство о наследовании, вслед за советским наследственным законодательством, предоставляет возможность завещателю возложить на наследников исполнение за счет наследства какой-либо обязанности имущественного характера в пользу одного или нескольких лиц (отказополучателей), которые приобретают право требовать исполнения этой обязанности (завещательный отказ). В частности, на наследника, к которому переходит жилой дом, квартира или иное жилое помещение, завещатель может возложить обязанность предоставить другому лицу на период жизни этого лица или на иной срок право пользования этим помещением или его определенной частью (абз. 2 п. 2 ст. 1137 ГК РФ).

Бесспорно, наделение завещателя данным правом является одним из правовых механизмов, способствующих удовлетворению потребности граждан в жилище, однако отсутствие в действующем законодательстве о наследовании каких-либо специальных правил, конкретизирующих порядок и/или особенности реализации отказополучателем своего права пользования жилым помещением, не способствуют популяризации данной юридической конструкции среди граждан как потенциальных завещателей и широкому ее практическому применению. Данный пробел восполним отчасти за счет правил, содержащихся в ст. 33 Жилищного кодекса, посвященных пользованию жилым помещением, предоставленным по завещательному отказу; однако, указанные правила не позволяют, по нашему мнению, сформулировать однозначные ответы на целый ряд вопросов практического характера, возникающих (или могущих возникнуть) в ходе применения положений абз. 2 п. 2 ст. 1137 ГК РФ, в т. ч. в процессе фактической реализации отказополучателем своего права пользования жилым помещением.

Полагаем, что к числу названных вопросов (точнее – групп вопросов) допустимо относить следующие:

1. Насколько оправданно включать комнаты и однокомнатные квартиры в число жилых помещений, право пользования которыми может быть предоставлено по завещательному отказу? Будет ли совместное проживание в однокомнатной квартире или, тем более, в одной комнате небольшой площади нескольких, возможно чужих друг другу людей (наследников и/или членов семьи наследодателя и иных лиц, вселенных им при жизни, и отказополучателя) соответствовать интересам указанных лиц? И будет ли фактически образованная коммунальная квартира тем конечным результатом, к достижению которого стремился наследодатель при установлении завещательного отказа (отказов¹)? Уместнее ли ограничить круг жилых помещений, в отношении которых может быть установлен завещательный отказ, жилыми домами и квартирами, состоящими из двух и более изолированных комнат?

2. Что следует понимать под определенной частью комнаты или однокомнатной квартиры, право пользования которой, при буквальном толковании правила, закрепленного в абз. 2 п. 2 ст. 1137 ГК РФ, может быть предоставлено посредством завещательного отказа? Целесообразно ли уточнение данного правила посредством дополнения его указанием на то, что отказ, предоставляющий право пользования частью комнаты или однокомнатной квартиры, ничтожен?

3. Допустимо ли применение в порядке аналогии правила, закрепленного в п. 4 ст. 1149 ГК РФ², к отношениям, вытекающим из реализации права пользования жилым помещением, предоставленным завещательным отказом, в случае если обремененное отказом жилое помещение являлось на момент открытия наследства единственным жильем наследника (обязанного исполнить отказ) и/или его единственным и/или основным источником средств к существованию, а отказополучатель имеет в собственности или на ином вещном праве иное жилье и не состоит на учете в качестве нуждающегося в жилом помещении?

4. Какими способами защиты располагает отказополучатель (помимо права на обращение в суд с иском о вселении) в случае нарушения наследником-собственником жилого помещения его (отказополучателя) права пользования жилым помещением?

5. Допустимо ли возложение на одиноко проживающего (без наследника и иных лиц) отказополучателя всех расходов, вытекающих из пользования жилым помещением, в частности расходов по оплате всех коммунальных платежей?

6. Вправе ли отказополучатель страховать в свою пользу жилое помещение, предоставленное ему по завещательному отказу, на случай его уничтожения или повреждения, исключаяющего проживание в нем, при том что в согласно п. 1 ст. 930 ГК имущество может быть застраховано по договору страхования «в пользу лица..., имеющего основанный на законе, ином правовом акте или договоре интерес в сохранении этого имущества»?

Вышеприведенный перечень вопросов не претендует на исключительность и/или на закрытый характер, но лишь свидетельствует о существовании настоятельной потребности в совершенствовании действующего наследственного, да и жилищного, законодательства в части разработки и закрепления специальных правил реализации права пользования жилым помещением, предоставленным по завещательному отказу.

Полагаю, что совершенствование законодательства об особенностях реализации права пользования жилым помещением, предоставленным по завещательному отказу, должно осуществляться на базе следующих принципов:

– завещательный отказ – не способ наказать наследника, доставив ему неудобства, вызванные необходимостью претерпевать в собственном жилище проживающее в нем третье лицо (отказополучателя), но способ доставления отказополучателю определенных выгод, в частности – удовлетворение его потребности в жилище;

– фактическое исполнение завещательного отказа и строгое следование воле завещателя, направленные на его установление и реализацию, будут иметь место лишь при условии действительного достижения баланса интересов отказополучателя и наследника, соблюдение прав и интересов которого отказополучателем послужит, в свою очередь, предпосылкой эффективной реализации прав и интересов последнего.

Использование данных принципов в качестве руководящих начал, своеобразных отправных точек в размышлениях над вышеприведенными вопросами позволяет прийти к следующим выводам:

1. Сохранив возможность обременения завещательным отказом любого жилого помещения или его части (абз. 2 п. 2 ст. 1137 ГК РФ), целесообразно уточнить данное правило указанием на недопустимость предоставления посредством завещательного отказа права пользования частью однокомнатной квартиры или комнаты, а также указанием на необходимость конкретизации той части жилого помещения право пользования которой предоставляется в силу завещательного отказа.

2. Оправданным является дополнение правил об исполнении завещательных отказов правилом о возможности требования в судебном порядке принудительного исполнения завещательного отказа (в частности, вселения в жилое помещение) только в следующих случаях:

– если в жилом помещении, являющемся объектом отказа, на момент открытия наследства был зарегистрирован только наследодатель либо вообще никто не был зарегистрирован³;

– если объектом отказа является жилой дом или квартира, состоящие из двух и более изолированных комнат или определенная их часть (например, комната в доме или в квартире), однозначно конкретизированная (индивидуализированная) в завещании наследодателем.

3. Уместным также является дополнение правил о пользовании жилым помещением, предоставленным по завещательному отказу, закрепленных в ст. 33 Жилищного кодекса РФ, посредством их детализации в части нормирования права и обязанностей отказополучателя, фактически проживающего в обремененном отказом жилом помещении; предлагается, в частности:

– признать за отказополучателем право страхования в свою пользу жилого помещения, право пользования которым ему предоставлено в силу завещательного отказа, в т.ч. на случай гибели или такого повреждения данного жилого помещения, которое исключает его использование для проживания в целях предоставления ему материальной возможности для последующего приобретения или хотя бы найма иного жилья;

– возложить на единолично проживающего отказополучателя (без наследников или иных лиц, вселенных до или после открытия наследства по тем или иным основаниям) всю (в полном объеме) ответственность по обязательствам, вытекающим из пользования данным жилым помещением, в т.ч. по коммунальным платежам, если иное не будет предусмотрено его соглашением с собственником (наследником).

НЕКОТОРЫЕ ПРЕДЛОЖЕНИЯ, КАСАЮЩИЕСЯ ДОГОВОРА СТРАХОВАНИЯ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПО ДОГОВОРУ

Рецензируемая работа носит комплексный характер. Ее автором исследованы не только теоретические основы и практическое применение положений о страховании ответственности по договору (правовая природа и правовое регулирование (парагр. 2,3 гл. 1), понятие, объект и субъекты страхования (парагр. 1 гл. 2, с. 40), страховой риск и страховой случай (парагр. 2, гл. 2, с. 65), разрешительный порядок данного вида страхования (параграф 3 гл. 2, с. 92), но и значительный массив норм специального законодательства, принятый в отношении субъектов, осуществляющих деятельность на профессиональной основе (оценщиков, адвокатов, нотариусов, арбитражных управляющих, аудиторов и других специалистов – парагр. 2,3 гл. 3). Это позволило автору сделать важные теоретические выводы о соотношении страхования ответственности по договору и вследствие деликта (парагр. 4 гл. 2, с. 104), об особенностях и основаниях их возникновения и применения, о моменте наступления страхового случая (с. 65) и другие. Важный практический вывод, имеющий концептуальное значение, обоснован в парагр. 3 гл. 2 работы о необходимости отхода от разрешительного порядка страхования ответственности по договору.

В настоящее время все больше субъектов приобретают право осуществлять страхование на случай неисполнения договора. Начиная с договора перестрахования (Закон «Об организации страхового дела в Российской Федерации», 1992) и договора ренты (Гражданский Кодекс Российской Федерации, ч. 2, 1996) к сегодняшнему дню принято порядка 20 нормативных актов, определяющих права конкретных субъектов по страхованию риска ответственности по договору.

Характерным для данного вида страхования является разрешительный порядок ввиду возможного наличия противоправного интереса участников договорного правоотношения в неисполнении договора и последующего уклонения от несения бремени ответственности. Анализ перечня субъектов, удостоившихся разрешения страхования ответственности по договору, выявляет следующую закономерность: это либо лица, осуществляющие особую профессиональную деятельность, вследствие чего контрагенты являются слабой стороной договора, либо слабая сторона договора выявляется вследствие иных причин (например, в договоре ренты слабой стороной является получатель рентных платежей, передавший имущество в собственность плательщику).

Расширение законодательной базы по страхованию ответственности по договору носит фрагментарный, неупорядоченный характер, в связи с чем некоторые субъекты не имеют аналогичного права, и в этом видится ущемление их прав. Вследствие этого в литературе можно встретить мнение об отмене разрешительного порядка.

Однако следует отметить недостаточную аргументированность этого вывода (положение 2, с. 11), устанавливающего, уклонения от несения что страхование ответственности по договору «не является страхованием противоправного риска». Обосновывая данный тезис существующей экономической и правовой (принято 19 законов) тенденцией, А.А. Ножкина не проанализировала в должной степени экономические и политические аспекты принятия таких законов. Представляется, что, возникнув с целью защиты слабой стороны договора ренты – получателя ренты, разрешительный порядок заключения договоров страхования ответственности по договору сегодня продолжает применяться с учетом этого принципа. Однако в отношениях с профессионалами сторона будет являться слабой не вследствие ее социально-экономического, имущественного или правового положения, а исключительно в силу ее прямой зависимости от действий и решений лица, осуществляющего профессиональную деятельность.

В качестве иных мер защиты интересов страховщика диссертант указывает на п.1 ст. 963 ГК РФ об освобождении страховщика от выплаты страхового возмещения, если «страховой случай наступил вследствие умысла страхователя, выгодоприобретателя или застрахованного лица». С учетом сложных, порой не всегда прозрачных отношений в предпринимательской сфере, неоднозначность действий, следствием которых может явиться невозможность исполнить обязательство надле-

жащим образом, хочется заметить, что страховщику может быть более затруднительнее доказать вину страхователя договорной, нежели деликтной ответственности. Таким образом, можно констатировать нарушение баланса интересов страховщика и страхователя в случае снятия разрешительного барьера.

Результаты проведенной работы представлены в виде семи положений, выносимых на защиту (с.11–13), отвечающих в целом критериям научной новизны и обоснованности, а также сформулированы предложения по совершенствованию законодательства (с.182–183). Следует отметить, что рецензент не вполне согласен с содержанием нескольких положений. В частности, с положением 6, имеющим спорный характер, так как возникновение ответственности у страхователя по неисполненным или исполненным ненадлежащим образом обязательствам может возникнуть гораздо позже, чем вред, причиненный контрагенту по договору. Моделируя эту ситуацию, можно прийти к выводу, что недобросовестный страхователь, зная о невозможности исполнить обязательство или предполагая его неисполнение, может заключить договор страхования ответственности по договору, страховой риск по которому не будет обладать признаками вероятности и случайности. Более логичным представляется введение правила о наступлении страхового случая, если в период действия договора не только наступила ответственность должника (страхователя), но и непосредственно причинен вред выгодоприобретателю. Если сам вред причинен до начала действия договора страхования, тогда страховщик должен иметь право на отказ в выплате страхового возмещения.

Также не вполне понятно, по какой причине диссертант отказывает выгодоприобретателю в праве непосредственного обращения к страховщику с требованием выплаты страхового возмещения (положение 5).

В парагр. 1 гл. 2 и на с. 98 рецензируемой работы исследователь приходит к выводу о том, что «предоставление выгодоприобретателю по договору страхования ответственности по договору права прямого иска к страховщику не соответствует целям данного вида страхования, поскольку установить возникновение страхового случая можно лишь при участии самого должника». Однако по договору страхования гражданской ответственности (в частности, страхования ответственности за причинение вреда), разновидностью которого является страхование ответственности по договору, выгодоприобретатель вправе предъявить требование непосредственно к страховщику. Нельзя отрицать, что установление страхового случая в данном примере также возможно лишь при участии самого должника. Кроме этого, фигура выгодоприобретателя значима в данном договоре страхования, так как страховым случаем, по мнению А.А. Ножкиной, является не само неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, а возникновение ответственности перед выгодоприобретателем в связи неблагоприятными имущественными последствиями у последнего. К тому же страхователь и выгодоприобретатель являются сторонами по договорному обязательству, поэтому рассмотрение вопроса о наступлении страхового случая не может происходить без участия фигуры выгодоприобретателя и анализа взаимных прав и обязанностей сторон по договору.

Однако высказанные рецензентом возражения не носят принципиального характера. В данном вопросе автор может иметь собственное мнение и соответствующую аргументацию, которую возможно следует несколько усилить с целью предвосхитить появление аналогичных вопросов на защите.

Нельзя не отметить недостаточное количество сформулированных предложений по совершенствованию законодательства: они не конкретны, т. е. не направлены на совершенствование имеющихся конкретных норм законодательства или включение новых путем формулирования их содержания. Например, предложение (с. 182) №2 о том, что необходимо «изменить систему подвидов имущественного страхования, дополнив ее страхованием внедоговорной ответственности», не содержит указания, каким образом следует это сделать, в какие нормативные акты необходимо внести изменения и какие формулировки отразят действительный смысл сделанного вывода. Это в некоторой степени умаляет значимость результатов проведенного научного исследования.

В работе содержится ряд замечаний технического характера, которые необходимо устранить либо уточнить формулировку:

1. Страница 97, 2-й абз. снизу: утверждение не соответствует норме ст. 933 ГК – застраховать предпринимательские или финансовые риски другого лица, отличного от страхователя, невозможно в силу прямого указания на закон. Диссертант, возможно, допустила техническую ошибку, имея в виду для сравнения такой вид страхования, как страхование ответственности за причинение вреда.

2. Не рассмотрен договор перестрахования ответственности страховщика как одно из оснований законного применения права на страхование профессиональной ответственности.

3. Некорректное словосочетание «застрахованный договор» употреблено на с.180, абз. 2 («...исполнение обязательств по застрахованному договору») и в положении 6 на с. 13 работы.

4. Диссертант предлагает ввести новый подвид страхования гражданской ответственности – страхование внедоговорной ответственности (парагр. 2 гл. 3, с. 181, 182). Однако предложенный термин, означающий особый вид ответственности, отличный и от договорной, и от деликтной ответственности, в тексте работы не содержит исчерпывающего объяснения, а также не вполне конкретизированы правовые последствия выделения данного вида ответственности. К тому же с учетом положения 7: «В целях совершенствования системы страхования профессиональной ответственности предлагается осуществлять страхование профессионалами договорной ответственности в целом, без привязки к конкретному гражданско-правовому договору», – возникает вопрос: какой смысл выделять внедоговорную ответственность в отдельный подвид страхования гражданской ответственности. Непонятна практическая значимость такого утверждения.

Несмотря на высказанные замечания в отношении диссертационного исследования А.А. Ножкиной, данная работа носит аналитический характер, является самостоятельной, оригинальной, охватывает значительный круг актуальных теоретических и практических проблем, соответствует требованиям, предъявляемым к диссертациям на соискание ученой степени кандидата юридических наук по специальности 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право, и может быть рекомендована к защите.

¹ Действующее законодательство, как уже было отмечено выше, не ограничивает наследодателя в количестве устанавливаемых в завещании отказов и не исключает возможность предоставления права пользования одним и тем же жилым помещением сразу нескольким лицам.

² Правила о возможности отказа в присуждении обязательной доли в наследстве.

³ Предполагается, что в данном случае потребность принявшего наследство наследника в жилье на момент открытия наследства уже была удовлетворена – за счет иного жилого помещения (помещений), принадлежащего ему на праве собственности или используемом им на основании договора социального найма.

Ю. И. Вахитова

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ИСПОЛНЕНИЕ КАК ОБЪЕКТ СМЕЖНЫХ ПРАВ: ДОКТРИНАЛЬНЫЕ ПОДХОДЫ И ТЕНДЕНЦИИ РЕГУЛИРОВАНИЯ В ГРАЖДАНСКОМ КОДЕКСЕ РФ

Становление системы смежных прав в части охраны исполнения многие современные исследователи связывают с развитием технических средств и появлением возможности неоднократного воспроизведения «сиюминутного» творческого процесса. При этом защита интересов исполнителей как интерпретаторов авторских произведений реализует и гуманитарную составляющую культурного производства¹.

Цивилистика преодолела тернистый путь, прежде чем смогла разграничить создание произведения искусства от его представления и донесения до публики. Однако доктринальное толкование положений гл. 70 и 71 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ) позволяет обнаружить ряд спорных моментов, связанных с законодательным регулированием исполнения.

Остановимся подробнее на ст. 1313 ГК РФ. Указанная норма выделяет три группы субъектов, творческий труд которых попадает под действие смежных прав: артист, режиссер театрально-зрелищного представления и дирижер. Признаки исполнения как результата интеллектуальной деятельности достаточно подробно раскрываются в науке, вследствие чего ограничимся их перечислением: интерпретация, неотделимая от характера производства² (некоторые ученые констатируют «смерть» постановки в актерском творчестве), наличие первоисточника в виде «авторского» произведения, сиюминутность и охрана каждого исполнения в отдельности³.

Деятельность, осуществляемая артистами и дирижерами, вполне подходит под указанные характеристики. Доля их творческого вклада находится за границами первоначального произведения и состоит в способе его донесения до публики.

Сопоставительный анализ норм, содержащихся в гл. 71 ГК РФ, позволяет констатировать, что на законодательном уровне установлено два признака исполнения: творческий труд создателя (о ко-

тором прямо упоминается в ст. 1313 ГК РФ), и наличие формы, допускающей воспроизведение и распространение с помощью технических средств (ст. 1304 ГК РФ). Это обстоятельство позволяет провести аналогию, во-первых, со ст. 1257 ГК РФ в части специфики творческого труда субъекта, за которым закрепляется авторское право. Во-вторых, со ст. 1259 ГК РФ: произведение должно обладать объективной формой выражения вовне.

Отметим, что избранный законодателем подход не всегда позволяет провести демаркационную линию между обладателями авторского и смежного права, особенно в части регламентации деятельности режиссера. Как известно, режиссер-постановщик является обладателем авторского права на аудиовизуальное произведение и смежного – на театрально-зрелищное представление. В этой связи существующие критерии разграничения деятельности режиссера-автора и режиссера-исполнителя в ГК РФ, по нашему мнению, являются недостаточными.

Вспомним, что на страницах советской юридической литературы цивилисты констатировали, что исполнители, в отличие от авторов, являются представителями нематериального производства, продукты которого неотделимы от творческого акта⁴. Особенно пристальное внимание обращалось на следующее обстоятельство: творческий труд исполнителей не направлен на создание произведения в объективной форме.

Современные представители научного сообщества обоснованно говорят о наделении исполнителем произведения новой внешней формой, в то время как форма авторского произведения остается неизменной⁵. Подобная деятельность именуется правоведами как «наращивание» новой формы⁶.

При этом отметим, что создание параллельной формы далеко не одинаково осуществляется исполнителями, перечисленными в ст. 1313 ГК РФ. Так, артист-исполнитель и дирижер для появления исполнения как объекта интеллектуальных прав должны участвовать в непрерывном процессе. В данном случае охраняется и творческий процесс, и конечный результат. Для указанных субъектов справедливы такие признаки исполнения, как сиюминутность и охрана каждого акта в отдельности.

Одновременно деятельность режиссера-постановщика театрально-зрелищного представления имеет ряд отличительных особенностей. Полагаем, режиссер отвечает не только за отдельные элементы постановки: музыкальное и световое сопровождение, сценографию, адаптацию литературного текста, но и создает художественную целостность всего спектакля. Но, в отличие от аудиовизуального произведения, результат данной целостности выражается вовне в тесной взаимосвязи с актом производства, о котором говорили советские цивилисты. Видеозапись театральной постановки не снимает существующего ограничения, так как с момента фиксации на киноплёнке создается новый объект – аудиовизуальное произведение, при этом форма исполнения не меняется.

Как было отмечено ранее, специфика труда артистов-исполнителей обуславливает обстоятельство, в силу которого каждое исполнение подлежит охране в отдельности. Так, ст. 1304 ГК РФ содержит прямое указание на то, что применительно к деятельности режиссеров-постановщиков объектом признаётся сама постановка, которую законодатель отождествляет с исполнением.

Если вслед за некоторыми отечественными цивилистами рассматривать исполнение как своеобразную интерпретацию созданного автором произведения⁷, тогда на законодательном уровне необходимо разграничить статусы артистов и дирижера, деятельность которых в большей степени носит интерпретационный характер от статуса режиссера-постановщика – субъекта, отвечающего за художественную целостность театрально-зрелищного представления в целом.

Подводя итог, отметим, что исполнение как посредническая деятельность между творцом и публикой нуждается в последовательной законодательной регламентации, прежде всего, для обеспечения баланса интересов непосредственных авторов и обладателей смежных прав. К примеру, одним из путей совершенствования ГК РФ в части регулирования труда исполнителей может быть расширение исключительного права режиссера-постановщика как субъекта, творческая деятельность которого помимо «сиюминутного» акта производства имеет и конечный результат.

¹ Матвеев А.Г. Основные взгляды и теории, критикующие авторское право // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2010. Вып. 3(9). С. 120.

² Антимонов Б.С., Флейшиц Е.А. Авторское право. М.: Юридическая литература. С. 50–53.

³ См., например: Гаврилов Э.П., Еременко В.И. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный). М., 2009. // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Гражданское право: учебник. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т.3. С. 176.

⁴ Антимонов Б.С., Флейшиц Е.А. Указ. Соч. С. 54.

⁵ Гаврилов Э.П., Еременко В.И. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный). М., 2009. // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶ *Ершов В.А., Сулягин А.В., Кайль А.Н.* Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу РФ (Подготовлен для справ.-правовой системы «КонсультантПлюс») // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷ *Комментарий* к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (поглавный) / под ред. А.Л. Маковского // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

А. В. Волков

*Московская академия экономики и права,
г. Москва*

ПРИТВОРНЫЕ И МНИМЫЕ СДЕЛКИ. ТРУДНОСТИ КВАЛИФИКАЦИИ

Как известно, в настоящее время понятия «Мнимые, притворные сделки» и «обход закона» не всегда разграничивают. Рассмотрим подробнее.

Согласно ст. 170 ГК РФ, «мнимая сделка, то есть сделка, совершенная лишь для вида, без намерения создать соответствующие ей правовые последствия, ничтожна. Притворная сделка, то есть сделка, которая совершена с целью прикрыть другую сделку, в том числе сделку на иных условиях, ничтожна. К сделке, которую стороны действительно имели в виду, с учетом существа и содержания сделки применяются относящиеся к ней правила».

Признаки мнимых и притворных сделок, извлекаемые из ст. 170 ГК РФ, действительно сопряжены с обманом, с обходом ограничений, с заключением «мнимых» договоров и созданием формальных финансовых и юридических документов для подтверждения «реальности» договора. Полагаем, что в планах нарушителей статьи всегда есть скрытая внутренняя цель, которая проявляется только при системном анализе всех обстоятельств дела.

Основная трудность заключается в том, что мнимые и притворные сделки не различают с обходом закона. Разберемся с этим термином.

Д.И. Мейер определял обход закона как уклонение от нормального порядка: «В отдельном случае закон запрещает известное действие; чтобы достигнуть его результатов, совершается притворное действие, законом прямо не запрещенное»¹.

Г.Ф. Дормидонтов утверждал, что при сделках в обход закона «стороны хотят ... сделки и ее последствий, имея в виду достигнуть при ее помощи практических последствий, оспариваемых законом»². При любой притворной сделке – развивал свою мысль ученый – стороны также хотят ее практических последствий, «для достижения которых хотят самой сделки и наступления тех нормальных последствий ее, которые согласны с видами симулянтов»³.

И.Б. Новицкий на основе анализа ст. 30 ГК РСФСР 1922 года, полагал что «наряду со сделками, прямо нарушающими закон, в ст. 30 ГК названы сделки, совершаемые в обход закона. Сделки в обход закона, на первый взгляд, напоминают притворные сделки. Разница между теми и другими заключается в следующем. Притворная сделка сама по себе – сделка законная, но стороны вовсе не желают ее, и потому она не получает силы: этой сделкой стороны прикрывают какую-то, по общему правилу, незаконную сделку. Сделка в обход закона также по своему содержанию законна, причем стороны именно эту сделку и хотят совершить. Однако эта, сама по себе законная, сделка должна по мысли сторон привести к незаконному результату. Стороны не совершают какой-то другой сделки («прикрытия»), а само содержание сделки определяют так, чтобы обойти препятствия, которые они встречают в законе, и все-таки прийти к своей цели, хотя и не прямым путем»⁴.

О.С. Иоффе полагал, что сделки в обход закона, будучи противозаконными, в отличие от сделок противных закону, «оформляются так, что они приобретают внешний облик вполне законных сделок, хотя в действительности скрывают в себе противозаконное содержание»⁵. «В этом смысле, – пишет далее О.С. Иоффе о притворных сделках в целях обхода закона, – они примыкают к противозаконным сделкам и практически могут рассматриваться как одна из разновидностей сделок, совершаемых в обход закона»⁶.

Н.В. Рабинович, указывает, что выделение таких сделок из общей группы недействительных сделок неправильно, так как «способ действия не может служить определяющим признаком и не должен влечь за собой выделение обычных сделок в особую категорию противозаконных сделок.

Решающее значение всегда имеет нарушение закона самой сделкой или достигнутым ею результатом»⁷. Отдельно автором было указано на недопустимость отождествления обходных сделок со сделками мнимыми или притворным: «Так называемые обходные сделки (которые обычно представляют собой не обход, а прямое нарушение закона) могут совершаться и не в форме притворных сделок, а притворные сделки могут не быть направлены в обход закона. Если притворные сделки прикрывают законную сделку, никакого обхода (или нарушения) закона в них не содержится; если же они прикрывают противозаконную сделку, это будет не обход закона, а прямое его нарушение, но не прикрывающей, а прикрываемой сделкой...»⁸. То, что притворные сделки могут в качестве своего мотива иметь обход закона, говорит только о субъективной направленности участников сделки, в то время как сделка в обход закона – это объективная характеристика сделки⁹.

В германской юридической догматике различие между обходом закона и мнимой сделкой усматривается в том, что при обходе закона целью является действительное правовое действие, в то время как мнимая сделка (§117 BGB) призвана лишь инсценировать действительную сделку¹⁰. В частности, сделка с обходом закона, по мнению германских правоведов, также не является мнимой сделкой, поскольку правовые последствия сделки, согласованные сторонами, являются желаемыми¹¹.

Итак, согласно п.1 ст. 170 ГК РФ мнимая сделка, то есть сделка, совершенная лишь для вида, без намерения создать соответствующие ей правовые последствия, ничтожна. Следует отметить, что в п. 86 постановления пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 N 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» преодолена предыдущая порочная судебная практика, когда со ссылкой на юридическое оформление сделки (письменные договоры, акты приема-передачи имущества, платежные поручения) в исках отказывали.

Теперь юридическое оформление и даже исполнение сделки, включая государственную регистрацию сделки или права, для вида не мешает признать ее мнимой. Например, по одному из дел в процедуре банкротства, где с должником была оформлена фиктивная сделка (договор поставки мяса) в ущерб интересам кредиторов, суды трех инстанций исходили из достаточности доказательств (договор поставки, товарные накладные и т.д.), подтверждающих факт получения должником товара и исполнения предпринимателем своих обязательств по договору. Суды руководствовались статьями 309, 310, 395, 506, 516 ГК РФ, статьей 9 ФЗ от 06.12.2011 № 402-ФЗ «О бухгалтерском учете». Верховный суд РФ, отменяя незаконные судебные акты указал, что «реальной целью мнимой сделки может быть, например, искусственное создание задолженности стороны сделки перед другой стороной для последующего инициирования процедуры банкротства и участия в распределении имущества должника. В то же время для этой категории ничтожных сделок определения точной цели не требуется. Установление факта того, что стороны на самом деле не имели намерения на возникновение, изменение, прекращение гражданских прав и обязанностей, обычно порождаемых такой сделкой, является достаточным для квалификации сделки как ничтожной. Соккрытие действительного смысла сделки находится в интересах обеих ее сторон. Совершая сделку лишь для вида, стороны правильно оформляют все документы, но создать реальные правовые последствия не стремятся. Поэтому факт расхождения волеизъявления с волей устанавливается судом путем анализа фактических обстоятельств, подтверждающих реальность намерений сторон. Обстоятельства устанавливаются на основе оценки совокупности согласующихся между собой доказательств».

В связи с этим, высшая инстанция предписала, что при рассмотрении вопроса о мнимости договора поставки и документов, подтверждающих передачу товара, суд не должен ограничиваться проверкой соответствия копий документов установленным законом формальным требованиям. Необходимо принимать во внимание и иные документы первичного учета, а также иные доказательства. Проверка действительности сделки, послужившей основанием для включения требований ответчика в реестр требований кредиторов, исходя из доводов о наличии признаков мнимости сделки и ее направленности на создание искусственной задолженности кредитора, суд должен осуществлять проверку, следуя принципу установления достаточных доказательств наличия или отсутствия фактических отношений по поставке. Целью такой проверки является установление обоснованности долга, возникшего из договора, и недопущение включения в реестр необоснованных требований, поскольку такое включение приводит к нарушению прав и законных интересов кредиторов, имеющих обоснованные требования, а также должника и его учредителей (участников). При наличии убедительных доказательств невозможности поставки бремя доказывания обратного возлагается на ответчика.¹²

Обход закона характеризуется чаще всего наличием обходимой императивной нормы права, устанавливающей конкретный запрет (в том числе, если последний своим смыслом не покрывает возможные случаи его обмана (обхода)). Поэтому, если обход закона совершается посредством притворной сделки, то квалифицировать ее как «обходную» не имеет смысла, поскольку в этом случае

должна адекватно работать ст. 170 ГК РФ. Но если ст. 170 ГК РФ по каким-то причинам не может применяться в конкретном случае (в том числе и при отсутствии притворного договора), то при определенных признаках можно говорить и об обходе закона.

Как и при обходе закона, при мнимой сделке также неправомерно используются договорные конструкции, с помощью которых стороны сделки пытаются избежать ответственности либо ищут для себя незаконные преимущества. И в принципе, если совершение сделки для вида доказывается и квалифицируется по п. 1 ст. 170 ГК РФ, то применение ст. 10 ГК РФ, включая обход закона, априори исключается. Но, если совершен каскад «липовых» сделок с разным субъектным составом и с намеренно осложненными обязательствами (новации, отступное, поручительства и т.д.), то квалифицировать их мнимыми крайне затруднительно. При этом в отношении притворных сделок в п. 87 постановления пленума № 25 от 23.06.2015 Верховный Суд РФ устранил этот пробел: «Согласно п. 2 ст. 170 ГК РФ притворная сделка, то есть сделка, которая совершена с целью прикрыть другую сделку, в том числе сделку на иных условиях, с иным субъектным составом, ничтожна. В связи с притворностью недействительной может быть признана лишь та сделка, которая направлена на достижение других правовых последствий и прикрывает иную волю всех участников сделки. Намерения одного участника совершить притворную сделку для применения указанной нормы недостаточно. К сделке, которую стороны действительно имели в виду (прикрываемая сделка), с учетом ее существа и содержания применяются относящиеся к ней правила (п. 2 ст. 170 ГК РФ) ...Притворной сделкой считается также та, которая совершена на иных условиях. Например, при установлении того факта, что стороны с целью прикрыть сделку на крупную сумму совершили сделку на меньшую сумму, суд признает заключенную между сторонами сделку как совершенную на крупную сумму, то есть применяет относящиеся к прикрываемой сделке правила. Прикрываемая сделка может быть также признана недействительной по основаниям, установленным ГК РФ или специальными законами¹³.» Это яркий пример, когда обходные сделки с помощью нормативного толкования переместились в область притворных сделок.

Применяя правила о притворных сделках, следует учитывать, что для прикрытия сделки может быть совершена не только одна, но и несколько параллельных или последовательных сделок. В таком случае прикрывающие сделки являются ничтожными, а к сделке, которую стороны действительно имели в виду, с учетом ее существа и содержания, применяются относящиеся к ней правила (п. 2 ст. 170 ГК РФ). Например, если судом будет установлено, что участник общества с ограниченной ответственностью заключил договор дарения части принадлежащей ему доли в уставном капитале общества третьему лицу с целью дальнейшей продажи оставшейся части доли в обход правил о преимущественном праве других участников на покупку доли, договор дарения и последующая купля-продажа части доли могут быть квалифицированы как единый договор купли-продажи, совершенный с нарушением названных правил.

Таким образом, любая схема заключения притворных сделок, в том числе с иным субъектным составом, может быть признана в совокупности одной притворной сделкой с применением к ней правил недействительной сделки.

Согласно ст. 10 ГК РФ, 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) не допускается.

Обход закона – это правонарушение, проявляющееся в буквальном использовании лицом норм права в ущерб их внутреннему смыслу и назначению в системе права, независимо от того, есть в этом правонарушении сделки (притворные или мнимые договоры) или нет. Этим обход закона отличается от притворных сделок, где неправомерно используются чаще всего близкие к прикрываемой сделке договорные конструкции.

Запрет на обход закона как норма прямого действия «работает» только в ситуации правовой неопределенности, когда либо отсутствует соответствующая специальная норма права, регулирующая возникший казус, либо специальная действующая норма права не способна в силу своего юридического содержания (формализма, ошибок, пробелов) качественно разрешить стоящую перед ней задачу. В системе норм гражданского права запрет на обход закона с противоправной целью (ст. 10 ГК РФ) относится к высшей иерархии, поскольку отвечает за пресечение противосистемной эксплуатации норм права в любой (а не только сделочной) форме, и в своем толковании базируется во многом на философских категориях «свободы», «справедливости», «равенства», «добросовестности», «разумности» и т.п.

Когда речь идет о стандартном злоупотреблении правом, то, как правило, не происходит смешения с мнимыми и притворными сделками. Например, в одном из московских судов потребителю

было отказано в иске к дилеру о замене автомобиля на том основании, что ст. 18 ФЗ «О защите прав потребителей» оперирует понятием «недостатки», а не «недостаток», что было у потребителя (ржавчина кузова). Судья якобы четко исполнила букву, формулу закона, «забыв», что нормативный язык особый и используя термин «недостатки» во множественном числе законодатель имеет в виду их возможное разнообразие, а не их количество. Чтобы убедиться в этом достаточно прочитать эту норму в редакции судьи: «Потребитель в случае обнаружения в товаре недостатка, если они не были оговорены продавцом, по своему выбору вправе потребовать замены на товар этой же марки (этих же модели и (или) артикула)». То есть если у него один недостаток, то он вправе заменить товар, а если два и больше – то уже не вправе. (Дело: Сергей Лазарев против Техцентра «Кунцево» и ЗАО «Автотор»).

Итак, при обходе закона нельзя говорить о том, что субъектом злоупотребления используются пороки (ошибки), содержащиеся в нормах права, поскольку не они обычно становятся предметом обхода. Запреты, которые реально обходятся нарушителями, в грамматическом, контекстуальном и даже системном плане в основном сформированы с точки зрения юридической техники и цели правильно. Именно поэтому их нельзя просто использовать, а можно лишь обойти. При обходе закона эксплуатируется формализм права в его высшем понимании, т.е. когда внешне законный алгоритм юридических средств только в своей совокупности, накладываясь на конкретные фактические обстоятельства, выявляет свою истинную цель (схему) и в обратном отражении проявляется в качестве высшей формы злоупотребления правом – в обходе закона. В этой сфере злоупотреблений уровень используемой правовой неопределенности –

наименьший, а уровень правовой изоциренности злоупотребляющих правом лиц – наивысший. (Например, так поступают недобросовестные застройщики, самостоятельно или через подставных лиц регистрируя ТСЖ для аккумуляции денежных средств дольщиков на строительство, обходя тем самым регистрацию договоров, контроль дольщиков, запреты и требования закона). Вот почему обход закона так сложно выявить на практике и отграничить от мнимых и притворных сделок.

Классический обход закона – это создание оффшорных компаний на Кипре, Сейшельских островах, Багамских островах и т.п. В этом случае совершается ряд отдельных по форме, но связанных по цели юридических действий – создание через подставное лицо субъекта права, назначение фиктивного директора, заключение договора банковского счета, получение электронных ключей для управления им по удаленному доступу и т.п. И только лицо в Москве, реально осуществляющее перевод денежных средств через «границу» государств, достигает того, что было задумано – уклонение от уплаты различных налогов по доходам, извлеченным в России.

Таким образом, обход закона – это намеренное формирование недобросовестными лицами каскада сделок (либо их условий), а также совершение иных действий или создание схем с целью избегания урегулированного нормами права воздействия на их фактические правоотношения. При этом речь может идти и о притворности, и о мнимости, и о фиктивности подобных действий, прямо не нарушающих конкретных запретных или обязывающих норм права, но в совокупности направленных на их обход.

Итак, область применения мнимых и притворных сделок совпадает с признаками обхода закона и полностью поглощается последним правонарушением. И наоборот, обход закона включает в себя все признаки мнимых и притворных сделок, но далеко не исчерпывается ими, поскольку средством (если смотреть со стороны субъекта злоупотребления) или предметом (если смотреть со стороны пострадавшего) обхода закона может быть и договор, и каскад сделок; и право, и обязанность; и действие, и бездействие; и общий принцип, и частная норма; и полноценное субъективное право, и секундарные или потестативные права; и право на заключение, и право на расторжение договора; и законотворческие ошибки, и идеально изложенные нормы права; и так – до бесконечности. Все зависит от уровня изоциренности субъекта злоупотребления правом.

¹ Мейер Д.И. О юридических вымыслах и предположениях, о скрытых и притворных действиях // Избранные произведения по гражданскому праву. М.: Центр ЮрИнфоР, 2003. С. 146.

² Дормидонтов Г.Ф. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Казань, 1895. С. 73.

³ Дормидонтов Г.Ф. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Казань, 1895. С. 74.

⁴ Новицкий И.Б. Курс советского гражданского права. Сделки. Исковая давность. М., 1954. С. 87.

⁵ Советское гражданское право (автор О.С. Иоффе). Л.: Изд-во ЛГУ, 1958. С. 226.

⁶ Там же. С. 226–227.

⁷ Рабинович Н.В. Недействительность сделок и ее последствия. Л., 1960. С. 25.

⁸ Там же. С. 24.

⁹ Там же. С. 24-25.

¹⁰ *Siehr K. A.a.O.S.* 742.

¹¹ *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch / O/ Palandt, J Ellenberger (Hgs.). § 117, Rn. 1-4*

¹² *Определение ВС РФ от 25.07.2016 г. по делу № А41-48518/2014 // Картоотека арбитражных дел.*

¹³ *О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 // Рос. газета. № 140. 2015. 30 июня.*

А. А. Волос

*Саратовская государственная юридическая академия,
г. Саратов*

К ВОПРОСУ О ПОНЯТИИ ПРИНЦИПОВ-МЕТОДОВ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Одним из последних достижений цивилистической науки в области учения о принципах гражданского права стало появление категории «принцип-метод». Между тем не до конца понятны ее сущность, отличительные признаки, не раскрыто соотношение со смежными явлениями. Осмысление подобных вопросов способствует развитию учения о принципах-методах, повышению не только теоретического, но и правоприменительного и правотворческого значения предложенного концепта. Разрешению указанных проблем должно предшествовать серьезное фундаментальное обоснование факта существования исследуемой категории.

Введение в доктрину термина «принцип-метод» предложил Е.В. Вавилин, который сформулировал контуры, по которым можно составить некоторое представление об этом явлении. Так, по мнению автора, принципы-методы – это второй уровень системы принципов осуществления прав и исполнения обязанностей, которые представляют собой частное, конкретное проявление начал первого уровня (т.е. целеполагающих принципов)¹. Как утверждает ученый, «принцип-метод – это основное направление организации правовой связи субъектов, их деятельности, которое адекватно отрасли права и правовой цели. Данное начало формирует определенные приемы и способы осуществления, создает предпосылки выбора конкретных средств реализации прав и исполнения обязанностей»².

Положительный ответ на вопрос о существовании категории «принцип-метод» и ее необходимости для цивилистической науки и правоприменительной практики не дает однозначного представления о сущности предложенного концепта. В связи с этим требуется более глубокое изучение характеристик принципов-методов, выявление всех отличительных признаков вышеназванного явления. Данная исследовательская работа, вероятно, поможет сформулировать дефиницию принципов-методов гражданского права.

Следует перечислить выявленные отличительные признаки принципов-методов гражданского права:

- указывают на определенное действие целеполагающих (общеправовых, конституционных) принципов, придают им понятийную стройность;
- имманентно связаны с методом отрасли гражданского права;
- выступают связующим звеном между методом гражданско-правового регулирования и нормами гражданского законодательства;
- раскрываются через совокупность норм законодательства;
- имеют правоприменительное назначение;
- формируют способы и приемы действий для законодателя.

Перечисленные отличительные признаки необходимы для того, чтобы не только правильно сформулировать дефиницию принципов-методов, но и осуществить их четкое разграничение со смежными явлениями, прежде всего, с целеполагающими принципами и отраслевым методом регулирования общественных отношений.

В частности, характеристики принципов-методов помогут раскрыть аксиологическое значение данного явления. Поскольку для юридической теории актуален вопрос, как принципы-методы реализуются в судебной практике.

Смежные явления (целеполагающие принципы, устанавливающие основные направления развития права, метод гражданского права), разумеется, также имеют правоприменительное назначение, но с учетом их более абстрактного характера, а также того факта, что их сущность раскрывается через принципы-методы, использование судами целеполагающих принципов и метода гражданского права возможно исключительно в совокупности с принципами-методами. В противном случае позиция суда, изложенная лишь с опорой, например, на целеполагающие принципы, не будет в полной мере ясной и обоснованной, что не допускается процессуальным законодательством.

Так, целеполагающий принцип баланса интересов участников гражданского оборота часто используется в совокупности с принципом-методом защиты слабой стороны гражданско-правового обязательства. К примеру, в одном из решений от 21 января 2014 г. по делу № 33-451/14 Алтайский краевой суд посчитал, что действия банка являются злоупотреблением правом, нарушающим баланс интересов сторон, отметив при этом, что гражданин-поручитель является слабой стороной. Финансовые возможности и, как следствие, негативные последствия неисполненного обязательства поручителя и банка несопоставимы.

Кроме того, принципы-методы формируют приемы и способы деятельности для законодателя. Более конкретное содержание, которым обладают принципы-методы, позволяет законодателю не просто заявлять о неких абстрактных целях, которые зачастую используются в политических лозунгах (установить формальное равенство, обеспечить баланс интересов участников экономического оборота, достичь эффективности механизма правового регулирования), а применять определенные инструменты правового воздействия (установление свободы усмотрения сторон по одним вопросам, ограничение этой свободы – по другим, так как необходимо достичь защиты слабой стороны или не допустить злоупотреблений со стороны определенных участников и т.п.). Как видим, значение целеполагающих принципов и принципов-методов для законодателя не одинаковое.

Между тем следует четко различать метод гражданско-правового регулирования и принцип-метод гражданского права. Первый формирует способы регулирования общественных отношений. Второй, являясь связующим звеном метода и норм права, раскрывается через совокупность правовых норм, чего нельзя сказать о методе.

Так, принцип-метод добросовестности следует толковать через совокупность норм гражданского права, направленных на его реализацию. Отраслевой характер данного начала предопределяет нахождение таких норм в различных подотраслях и институтах гражданского права. Так, например, установлены обязанности действовать добросовестно для лиц, которые в силу закона, иного правового акта или учредительного документа юридического лица уполномочены выступать от его имени, должны действовать в интересах представляемого ими юридического лица добросовестно и разумно (п. 3 ст. 53 ГК РФ). Существенно отличается порядок ответственности лиц, незаконно владеющих ценными бумагами, в зависимости от их добросовестного или недобросовестного поведения (ст. 147.1 ГК РФ). Аналогичный критерий применяется для разрешения отдельных вопросов права собственности (ст. 220 ГК РФ, 234 ГК РФ). 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 (п. 3 ст. 307 ГК РФ). Применяется принцип добросовестности и по отношению к отдельным нормам права интеллектуальной собственности (п. 1 ст. 1361 ГК РФ).

Все вышесказанное позволяет сформулировать понятие принципов-методов гражданского права, под которыми следует понимать основополагающие начала гражданского права или его подотраслей и институтов, которые на основе имманентной связи с его методом определяют конкретное проявление целеполагающих принципов путем формирования способов и приемов действий как для участников гражданского оборота, так и для правоприменителя и законодателя.

Предложенное определение может быть использовано в процессе дальнейшего изучения принципов-методов гражданского права, их системы, а также выявления отдельных принципов.

¹ Вавилин Е.В. Механизм осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2009. С. 11.

² Там же.

К ВОПРОСУ О КОНКУРЕНЦИИ ВЕЩНЫХ ПРАВ

Противопоставление ограниченных по своему содержанию вещных прав на чужие вещи наиболее широко по содержанию праву собственности известно еще со времен римского частного права. Однако следует признать тот факт, что дошедшие до нас источники в действительности не содержат и не могли содержать такого обобщенного, абстрактного понятия, как «вещное право» или «ограниченные вещные права», поскольку римской юриспруденции было «чуждо распределение материала на основании общих понятий и принципов, составляющее характеристическое свойство догматической классификации»¹. Более того, древнее римское право вообще «не знало противоположения между правом собственности и ограниченными вещными и личными правами на чужие вещи. Всякое отношение к вещи мыслилось как разновидность единого права – права собственности»².

В римском праве отсутствовало четкое разделение имущественных прав на вещные и обязательственные, основанное на каких-то определенных, общепризнанных признаках вещного и обязательственного права, а такие категории, как суперфиций (*superficies*) и эмфитевзис (*emphyteusis*), обычно рассматриваемые в качестве классических разновидностей известных римскому праву вещных прав, появились в этом качестве на базе долгосрочной аренды земли, т.е. чисто обязательственных отношений³.

Современное понимание категории вещных прав появилось в континентальном праве на основе пандектного учения, разработанного немецкими юристами в начале XIX века⁴. Перед ними стояла сложная задача разработки новой категории вещных прав, которая могла бы удовлетворить социально-экономические потребности общества. Дело в том, что в период устранения феодальных право порядков и отношений вассальной зависимости была исключена возможность существования двух прав на одну и ту же вещь (конструкция разделенной собственности), в частности, на земельный участок, а право собственности было признано наиболее полным правом. Однако в силу ограниченности земли возникла экономическая необходимость предоставить юридически наиболее прочную, т.е. вещно-правовую, а не обязательно-правовую возможность одним лицам пользоваться земельными участками, принадлежащим другим лицам. Важно подчеркнуть, что данная проблема касалась исключительно земли, а не других движимых вещей, следовательно, именно земля была объявлена главным (а в германском праве – единственным) видом недвижимых вещей. Не случайно все иные, чем право собственности, классические вещные права (кроме залогового права) имеют своим объектом только недвижимые вещи, главным образом земельные участки⁵.

В современном европейском праве проблема конкуренции права собственности и иных ограниченных вещных прав на одну и ту же вещь, известная также как консолидация, по-прежнему является актуальной⁶. Наиболее полно, как уже отмечалось ранее, этот вопрос разработан в германском законодательстве, предусматривающем следующее положение: «Право на чужой земельный участок не прекращается вследствие того, что собственник земельного участка приобретает это право либо управомоченное лицо приобретает право собственности на этот земельный участок» (§ 889 Гражданского уложения Германии)⁷. Следует отметить, что аналогичная норма, но уже применительно ко всем видам имущества, а не только к земельным участкам, содержится и в российском законодательстве: «Переход права собственности на имущество к другому лицу не является основанием для прекращения иных вещных прав на это имущество» (п. 3 ст. 216 Гражданского кодекса РФ).

Вышеизложенное свидетельствует о нормативном закреплении «юридической прочности» (обеспеченности) вещных прав, которая состоит в том, что, заключая в себе известную власть над вещью, оно обременяет саму вещь, а потому не зависит от смены ее собственника; следовательно, новый собственник вещи не может в одностороннем порядке прекратить такое право и вынужден мириться с установленным обременением⁸. Что касается возможности заинтересованного лица в каждом конкретном случае определить содержание права и пределы обременения, то этому, очевидно, должен способствовать принцип закрытого перечня (*numerus clausus*) ограниченных вещных прав, из-

вестный германскому законодательству, предписывающий сторонам использовать только предусмотренные законом институты вещного права и запрещающий им менять их содержание⁹.

Таким образом, возникновение ограниченного вещного права безусловно влияет на объем правомочий собственника, но содержание права собственности в данном случае остается прежним – меняются его объем и пределы осуществления, что никак не влияет на абсолютную природу данного субъективного гражданского права¹⁰.

При наличии ограниченных вещных прав право собственности уменьшается в своем объеме, причем иногда весьма существенно. Так, в русском дореволюционном законодательстве было известно право полной и неполной собственности. Полным право собственности признавалось, если владение, пользование и распоряжение соединялись в одном лице, и неполным, если от него отделялось одно из указанных правомочий. По мнению Г. Ф. Шершеневича, в данном случае проявляется свойство упругости права собственности – под давлением законных и договорных ограничений оно сжимается, но принимает снова прежнюю форму, как только устраняется препятствие¹¹.

В советской литературе указанное свойство получило название «эластичность» права собственности, под которым понималась возможность восстановления права собственности в полном объеме при прекращении лишения собственника правомочий¹². Современные авторы также применяют этот термин, подчеркивая, что собственник остается собственником и в отсутствие любого из правомочий (например, если в отношении земельного участка будет установлен суперфиций или эмфитевзис, собственник лишается возможности распоряжаться им), тем более что право собственности способно восстанавливаться в полном объеме сразу же по прекращении конкуренции других вещных прав (или снятия законодательных ограничений)¹³.

Нарушение баланса интересов собственника и обладателей иных вещных прав на одно и то же имущество рассматривается как системный дефект механизма правового регулирования, который нарушает как координационные (собственник земельного участка и правообладатель земельного сервитута), так и субординационные связи (государство как собственник государственного имущества – государственное юридическое лицо как правообладатель права оперативного управления)¹⁴.

Помимо нарушения координационных и субординационных связей другим аспектом проблемы конкуренции вещных прав является столкновение интересов собственников соседнего недвижимого имущества¹⁵. В европейском законодательстве накоплен значительный опыт ограничения прав собственника недвижимости в интересах соседей (третьих лиц), где указанная концепция получила закрепление на рубеже XIX и XX веков. Так, в Гражданском уложении Германии закреплено положение о том, что собственник не может воспрепятствовать проникновению на его участок газа, пара, запаха, дыма и иных подобных воздействий с другого участка, если это не стесняет его или незначительно влияет на использование им своего участка, либо обуславливается обычной по местным условиям и по положению другого участка его эксплуатацией (§ 906 ГГУ)¹⁶. Способом защиты прав собственника в том случае, когда воздействие превышает допустимые пределы, является не требование о прекращении воздействия, а требование выплаты соразмерной денежной компенсации.

Законодательство Чехии предписывает собственнику воздерживаться от всего, что чрезмерно отягощало бы положение иного лица или представляло бы серьезную угрозу для осуществления прав иного лица. В этих целях в 1982 г. в Гражданский кодекс Чехии была введена регламентация «соседских прав» (§ 127). Закон предписывает собственнику до начала землеустроительных работ принять меры по укреплению своей постройки или ограждению своего земельного участка, чтобы не причинить вреда соседней постройке или земельному участку соседа. Кроме того, собственник не может сверх установленных пределов отягощать соседей шумом, выбросами пыли, золы, дыма, пара, запахами, твердыми и жидкими отходами, светом, затенением и вибрацией; допускать вторжение на соседний участок домашних животных; без должной бережности удалять из своей земли корни соседских деревьев, свисающие на его участок. Обязанность провести ограждение своего участка может быть возложена на собственника судом¹⁷.

Во французском гражданском законодательстве установлению добросовестных отношений между соседями и предупреждению возможного злоупотребления правом способствует установление следующих видов частных сервитутов: проистекающих из общности владения (*du mur et du fossés mitoyens*); сервитут на соседскую недвижимость (*des vues sur la propriété de son voisin*); сервитут на слив с крыши (*de l'égout des toits*). Так, сервитут, проистекающий из общности владения, заключается в том, что собственники соседних домов, земельных участков, огороженных забором, ограничиваются в правах на стену или забор, которые являются едиными для обоих собственников. На это имущество устанавливается режим общности, т.е. режим общей собственности, если иное не предусматри-

вается законом (ст. 653–673 ГК Франции). Особо урегулирован сервитут, касающийся обустройства слива на крышах строений, которые должны быть размещены так, чтобы сточная вода попадала либо на собственный земельный участок, либо на общественную землю (ст. 682 ГК Франции)¹⁸. При этом в соответствии с действующим французским законодательством частные сервитуты не зависят ни от соглашений, ни от пожеланий участников данных правоотношений, они гарантируют права и ущемляют права других пропорционально друг другу.

Введение института соседских прав в российское законодательство предполагается проектом изменений Гражданского кодекса РФ¹⁹. При этом закрепляется, что соседями могут признаваться не только собственники (владельцы) прилегающих земельных участков, но и лица, чьи земельные участки испытывают влияние от использования данного земельного участка. Однако соседские права не защищаются абсолютно и по своей природе не являются вещными правами, выступая лишь в качестве ограничения права собственности на недвижимое имущество в пользу других лиц.

Вышеизложенное позволяет сделать вывод, что вопросы совершенствования институтов вещного права не утрачивают своей актуальности на всех этапах развития гражданского законодательства. С расширением объектов и субъектов гражданского оборота усложняется система вещных прав. Очевидно, что центральным звеном этой системы выступает право собственности, дающее обладающему им лицу наиболее широкие правомочия. Говоря о специфике ограниченных вещных прав, следует отметить, что они также предоставляют лицу возможность осуществлять непосредственное, хотя и строго ограниченное господство над чужой вещью. Их содержание действительно всегда является более узким, ограниченным в сравнении с правом собственности, которое они обременяют. При этом ограниченные вещные права не могут существовать самостоятельно. Но, несмотря на тот факт, что в российском законодательстве норма о конкуренции вещных прав нашла закрепление в ст. 216 Гражданского кодекса, в нем отсутствуют такие важные положения, как, например, установление закрытого перечня вещных прав, урегулирование соседских правоотношений и др. Представляется, что принятие с учетом зарубежного опыта законопроекта, посвященного реформе вещного права, позволит разрешить обозначенные вопросы.

¹ Муромцев С.А. Очерки общей теории гражданского права // Избранные труды по римскому и гражданскому праву. М., 2004. С. 222.

² Гримм Д. Проблема вещных и личных прав в древнеримском праве // Вестник гражданского права. 2007. № 3. С. 189.

³ Суханов Е.А. Понятие и виды вещных прав // Право собственности: актуальные проблемы / отв. ред. В.Н. Литовкин, Е.А. Суханов, В.В. Чубаров; Ин-т законод. и сравнит. правоведения. М.: Статут, 2008. С. 34.

⁴ Гудсмит Ж.Е. Курс пандектов. Общая часть [Электронный ресурс] – [М.: типография Л.Ф. Снегирева, 1881] // URL: <http://www.garant.ru> (дата обращения 30.09.2016).

⁵ Суханов Е.А. Краткий очерк истории вещного права // О собственности: сб. ст. к юбилею К.И. Скловского / сост. М.А. Ерохова. М.: Статут, 2015. С. 302.

⁶ Akkermans B. Concurrence of Ownership and Limited Property Rights // European Review of Private Law. 2010. № 2. P. 261.

⁷ Гражданское уложение Германии: Вводный закон к Гражданскому уложению; пер. с нем. / В. Бергманн; науч. ред. Т.Ф. Яковлева. 4-е изд., перераб. М.: Инфотропик Медиа, 2015. С. 255.

⁸ Суханов Е.А. Еще раз о различиях вещных и обязательственных прав // Частное право. Преодолевая испытания. К 60-летию Б.М. Гонгало / М.В. Бандо, Р.Б. Брюхов, Н.Г. Валеева и др. М.: Статут, 2016 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁹ Подробнее об этом см.: Курзински-Сингер Е. Принципы немецкого вещного права и разграничение вещных и обязательственных прав // Сборник статей о праве Германии. Вып. 1 (август 2015 г.) [Электронный ресурс]. URL: www.drfv.org (дата обращения: 30.09.2016).

¹⁰ Синицын С.А. Вещные и абсолютные права: единство и противоположность // Вестник гражданского права. 2013. № 5. С. 52.

¹¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права [Электронный ресурс] // URL: <http://www.garant.ru> (дата обращения 28.09.2016).

¹² Генкин Д.М. Некоторые вопросы теории права собственности // Ученые записки. 1959. Вып. 9. С. 19.

¹³ См.: Дождев Д.В. Римское частное право: учебник для вузов / под общей ред. В. С. Нерсесянца. М., 2006. С. 378.

¹⁴ Кожокарь И.П. К вопросу о понятии и характерных особенностях дефектов механизма гражданско-правового регулирования вещных отношений // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2016. Вып. 33. С. 301.

¹⁵ Бородинов В.В. Конкуренция вещных прав // Нотариус. 2012. № 5. С. 37.

¹⁶ Гражданское уложение Германии... С. 258.

¹⁷ Крассов О.И. Право собственности на землю в странах Европы: монография. М.: Инфра-М, Норма, 2014. С. 156.

¹⁸ Лужина А.Н. Ограничения и обременения права на недвижимое имущество в России и Франции: монография / отв. ред. Е. В. Алферова. М.: ИНИОН РАН, 2009. С. 105.

¹⁹ О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации: проект Федер. закона № 47538-6 (принят в первом чтении Постановлением ГД РФ от 27 апреля 2012 г. № 314-6 ГД). URL: <http://base.garant.ru> (дата обращения: 30.09.2016).

Е. В. Гаврилов

*Законодательное собрание Красноярского края,
г. Красноярск*

О ДВУХ ТЕНДЕНЦИЯХ В СФЕРЕ КОМПЕНСАЦИИ НЕМАТЕРИАЛЬНОГО (РЕПУТАЦИОННОГО) ВРЕДА ЮРИДИЧЕСКИМ ЛИЦАМ В РОССИИ

В соответствии с п. 2 ст. 150 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ) нематериальные блага защищаются в соответствии с ГК РФ и другими законами в случаях и в порядке, ими предусмотренных, а также в тех случаях и пределах, в каких использование способов защиты гражданских прав (ст. 12 ГК РФ) вытекает из существа нарушенного нематериального блага или личного неимущественного права и характера последствий этого нарушения.

Самое широкое толкование этой нормы позволяет говорить о том, что способы защиты нематериальных благ не обязательно ограничиваются способами, предусмотренными законом. Они могут быть производны от основных способов защиты гражданских прав (ст. 12 ГК РФ), при этом являться *непоименованными*, вытекать из существа нарушенного нематериального блага или личного неимущественного права и характера последствий этого нарушения. Считаем, что способы защиты не обязательно должны быть предусмотрены законом; главное, чтобы им они не были запрещены (ч. 2 ст. 45 Конституции РФ) и не являлись злоупотреблением правом¹.

Одним из непоименованных способов защиты такого нематериального блага юридических лиц как деловая репутация является компенсация нематериального (репутационного) вреда.

Считаем, что указанный способ защиты, не являющийся компенсацией *классического* морального вреда, причиненного умалением деловой репутации, в отличие от последнего, не запрещен законом в отношении юридических лиц (в частности, ст. 151, п. 11 ст. 152 ГК РФ). Им он просто не предусмотрен.

По нашему мнению, компенсация морального вреда и компенсация нематериального (репутационного) вреда, несмотря на близость их правовой природы, не являются равнозначными компенсаторными способами защиты: они имеют разную историю возникновения, различающиеся условия реализации, обусловленные их правовой сущностью (содержанием категорий вреда), выполняют самостоятельные функции и имеют разный субъектный состав потерпевших.

Существование компенсации нематериального (репутационного) вреда юридическим лицам связано не столько с компенсацией морального вреда (ст. 151 ГК РФ), сколько с применением ч. 1 ст. 19, ч. 4 ст. 15, ч. 2 ст. 45 Конституции РФ, ст. 6, п. 2 ст. 150 ГК РФ, прецедентной практики Европейского суда по правам человека, Определения Конституционного Суда РФ от 04.12.2003 № 508-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Шлафмана Владимира Аркадьевича на нарушение его конституционных прав пунктом 7 статьи 152 Гражданского кодекса Российской Федерации», Постановления Президиума ВАС РФ от 17.07.2012 № 17528/11 по делу № А45-22134/2010.

Проведенный нами анализ практики арбитражных судов после нормативного запрещения применять положения о компенсации морального вреда к защите деловой репутации юридических лиц (п. 11 ст. 152 ГК РФ, действующий с 1 октября 2013 г.), а также после вынесения определения Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 17.08.2015 по делу № 309-ЭС15-8331² показал, что до сих пор (по состоянию на 2016 г.) отсутствует единый подход. Оказалась абсолютно права Т.В. Шершень, пришедшая к выводу, что изменения в ст. 152 ГК РФ, не допускающие возможность истцу – юридическому лицу при защите деловой репутации ссылаться на положения, регулирующие компенсацию морального вреда, не решают проблему допустимости компенсации нематериального вреда юридическим лицам³.

Можно выделить две диаметрально противоположенные тенденции, сложившиеся в современной судебно-арбитражной практике.

1) Компенсация нематериального (репутационного) вреда юридическим лицам недопустима.

Логика арбитражных судов, придерживающихся этой тенденции, проста: моральный вред, причиненный умалением деловой репутации, нематериальный (репутационный) вред – это одно и то же; компенсация морального вреда юридическим лицам запрещена, значит юридические лица лишены права и на компенсацию нематериального (репутационного) вреда.

Так, например, Арбитражный суд Московского округа в своем постановлении от 21.07.2015 по делу № А40-69753/14 сделал следующее расширительное толкование п. 11 ст. 152 ГК РФ: «Правила о компенсации морального (нематериального) вреда к защите деловой репутации юридического лица в силу пункта 11 статьи 152 Кодекса не применяются»⁴. Заметим, что в п. 11 ст. 152 ГК РФ о нематериальном вреде ничего не сказано. Неверное толкование дал и Арбитражный суд Дальневосточного округа в своем постановлении от 12.02.2016 № Ф03-6163/2015 по делу № А59-1785/2015, отметив, что в определении от 17.08.2015 по делу № 309-ЭС15-8331 Верховный Суд РФ «отказал в иске в части взыскания с ответчика компенсации за причиненный репутационный вред»⁵. Обращаем внимание, что в определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 17.08.2015 по делу № 309-ЭС15-8331 ничего не сказано о *нематериальном (репутационном)* вреде; говорится об отсутствии «прямого указания на возможность компенсации *морального* вреда юридическим лицам»⁶.

Ошибка первой тенденции заключается в том, что арбитражные суды не видят разницы между компенсацией морального вреда и компенсацией нематериального (репутационного) вреда, отождествляют их, не признают самостоятельность компенсации нематериального (репутационного) вреда. Как уже было отмечено выше, это неправильно.

2) Компенсация нематериального (репутационного) вреда юридическим лицам, в отличие от компенсации им морального вреда, допустима.

Арбитражные суды, признающие правильность этой тенденции, отмечают, что не нужно путать два способа защиты. *Классический* моральный вред для юридических лиц, действительно, невозможен, однако нематериальный (репутационный) вред вполне допустим, однако его наличие необходимо доказывать. Для реализации компенсации такого вреда должны выполняться условия гражданско-правовой ответственности. Тем самым будет обеспечиваться равенство граждан и юридических лиц в части защиты их прав, разумность и справедливость, а также баланс интересов⁷.

Примечательным представляется постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 03.12.2015 № 17АП-14731/2015-ГК по делу № А60-12213/2015 (оставлено без изменения судом кассационной инстанции), в котором арбитражный апелляционный суд, признавая допустимость компенсации нематериального (репутационного) вреда юридическим лицам, не нашел оснований для удовлетворения этого требования ввиду недоказанности истцом возникновения у него нематериального (репутационного) вреда:

«... *взыскание именно нематериального (репутационного) вреда, а не морального вреда допустимо*, что следует из Определений Конституционного Суда Российской Федерации от 04.12.2003 №508-О, от 20.03.2014 №542-О.

Однако для удовлетворения такого требования, необходимо установить наличие общих условий деликтной ответственности (противоправного деяния со стороны ответчика, неблагоприятных последствий этих действий для истца, причинно-следственной связи между действиями ответчика и возникновением неблагоприятных последствий на стороне истца)...

В ходе судебного разбирательства у истца имелась возможность представить доказательства, подтверждающие наличие данных обстоятельств, необходимых для удовлетворения требования о взыскании нематериального (репутационного) вреда.

Однако истцом таких доказательств в материалы дела представлено не было, что не позволило суду считать установленным факт возникновения у истца репутационного вреда, связанного с публикацией ответчиками оспариваемой статьи...

Таким образом, ввиду недоказанности истцом возникновения у него нематериального (репутационного) вреда требование о взыскании 1 000 000 руб. правомерно оставлено без удовлетворения»⁸.

Следует обратить внимание, что доминирования какой-либо одной из указанных двух тенденций в настоящий момент нет. Много арбитражных судов разделяют либо первую, либо вторую тенденцию. По нашему мнению, единственно верной тенденцией является именно вторая – компенсация нематериального (репутационного) вреда юридическим лицам, в отличие от компенсации им *классического* морального вреда, допустима. Считаем, что следующим этапом должны быть легализация указанной компенсации на уровне гражданского законодательства, а также расширение сферы ее применения⁹.

¹ *Гаврилов Е.В.* К вопросу о некоторых непоименованных способах защиты гражданских прав // Осуществление и защита гражданских прав: Первые Грибановские чтения (Иваново, 7 октября 2011 г.) / отв. ред. А.И. Бибииков. Иваново: Иван. гос. ун-т, 2012. С. 198-206.

² *Гаврилов Е.В.* Запрет компенсации морального вреда юридическим лицам. Комментарий к определению Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 17.08.2015 по делу № 309-ЭС15-8331 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 9 (сентябрь). С. 18-21.

³ *Шершенев Т.В.* К вопросу о компенсации нематериального вреда как способу защиты деловой репутации юридического лица // Изменения в Гражданском кодексе Российской Федерации: новеллы гражданского законодательства 2012: сборник материалов Всерос. науч.-практ. конференции (г. Казань, 15 июня 2012 г.). Юрист, 2012. С. 228.

⁴ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 21.07.2015 по делу № А40-69753/14 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵ Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 12.02.2016 № Ф03-6163/2015 по делу № А59-1785/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 17.08.2015 по делу № 309-ЭС15-8331 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷ О концепции баланса интересов более подробно см.: *Пьянкова А.Ф.* Концепция баланса интересов и ее место в гражданском праве России // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2014. № 2. С. 117-130.

⁸ Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 03.12.2015 № 17АП-14731/2015-ГК по делу № А60-12213/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

⁹ Об этом более подробно см.: *Гаврилов Е.В.* Перспективы развития законодательства о компенсации нематериального вреда в Российской Федерации // Арбитражные споры. 2015. № 4. С. 89-94.

У. В. Галкина

*Московский университет МВД России им. В. Я. Кикотя,
г. Москва*

ФИРМЕННОЕ НАИМЕНОВАНИЕ КАК СРЕДСТВО ИНДИВИДУАЛИЗАЦИИ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ

Действующее российское законодательство определяет фирменное наименование как обозначение, под которым юридическое лицо, являющееся коммерческой организацией, выступает в гражданском обороте, которое определяется в его учредительных документах и включается в единый государственный реестр юридических лиц при государственной регистрации юридического лица.

Фирменное наименование должно соответствовать правилам, закрепленным в ст. 1473 ГК РФ, а именно: иметь соответствующее содержание, структуру, признаки, которые зачастую зависят от субъекта права и от основной функции фирменного наименования – индивидуализации отдельных участников гражданского оборота.

Основное требование к содержанию фирменного наименования – это обладание различительной способностью. Такое требование в специальной литературе еще называют признаком новизны фирменного наименования. Например, В.Ю. Бузанов признак новизны рассматривает как запрет использования в фирменном наименовании обозначений, тождественных или сходных до степени смешения с уже существующими объектами интеллектуальной собственности, права на которые принадлежат другим лицам¹. В.В. Орлова в докторской диссертации «Теория и практика индивидуализации в сфере интеллектуальной собственности» отмечает, что фирменное наименование не должно быть тождественным или сходным до степени смешения с фирменными наименованиями, товарными знаками, права на которые принадлежат другим лицам². Пункт 3 ст. 1474 ГК РФ указывает на то, что не допускается использование юридическим лицом фирменного наименования, тождественного фирменному наименованию другого юридического лица или сходного с ним до степени смешения, если указанные юридические лица осуществляют аналогичную деятельность и фирменное наименование второго юридического лица было включено в Единый государственный реестр юридических лиц ранее, чем фирменное наименование первого юридического лица. Очевидно, что норма не закрепляет абсолютного запрета на использование коммерческой организацией фирменного наименования, тождественного ранее зарегистрированному фирменному наименованию другой коммерческой организации или сходного с ним до степени смешения. Использование такого фирменного наименования мо-

жет быть признано нарушением исключительного права на ранее зарегистрированное фирменное наименование только в том случае, если оба правообладателя осуществляют аналогичную деятельность (п. 3 ст. 1474 ГК РФ). Таким образом, допускается сосуществование нескольких самостоятельных исключительных прав на тождественные фирменные наименования, если несовпадение осуществляемой правообладателями деятельности позволяет избежать их смешения, несмотря на тождество фирменных наименований.

В условиях функционирования Единого государственного реестра юридических лиц (ЕГРЮЛ)³ в целях повышения правовой охраны указанного средства индивидуализации можно было бы в отношении хозяйствующих субъектов, проходящих процедуру регистрации, осуществлять проверку отсутствия тождества или сходства с уже зарегистрированными средствами индивидуализации. В качестве основного критерия при проверке предлагается рассматривать сферу деятельности хозяйствующего субъекта, информация о которой содержится в ЕГРЮЛ.

Вместе с тем существуют фирменные наименования, тождество или сходство до степени смешения которых не столь очевидно и его следует доказывать более сложными путями. Одним из таких путей является получение заключения лингвистической или психологической экспертизы. В случае получения положительного заключения указанных экспертиз о тождестве или сходстве правообладатель фирменного наименования рискует потерять потребителей и контрагентов, а фирменное наименование утрачивает свою основную функцию – индивидуализация коммерческой организации. Если все-таки фирменное наименование или другое средство индивидуализации (фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания, коммерческое обозначение) оказываются тождественными или сходными до степени смешения и в результате такого тождества или сходства могут быть введены в заблуждение потребители и (или) контрагенты, то в соответствии с п. 6 ст. 1252 ГК РФ преимущество имеет то средство индивидуализации, исключительное право на которое возникло ранее. Обладатель исключительного права на фирменное наименование может потребовать полного или частичного запрета на использование товарного знака. Полный запрет возможен в том случае, если товарный знак используется в тех же видах деятельности, что и фирменное наименование, а частичный запрет – если сфера действия товарного знака уже, чем деятельность коммерческой организации, использующей фирменное наименование. Таким образом, положения части четвертой Гражданского кодекса позволяют утверждать, что фирменное наименование для полноценной хозяйственной деятельности в различных сферах предпринимательства должно обладать рядом обязательных признаков, среди которых основным выделяют различительную способность фирменного наименования, т.е. его новизну. При отсутствии данного признака невозможно как возникновение исключительного права на фирменное наименование, так и его существование.

Структура фирменного наименования включает два компонента: указание на организационно-правовую форму и собственно наименование юридического лица (п. 2 ст. 1473 ГК РФ). Наряду с полным фирменным наименованием допускается также сокращенная форма наименования. В п. 3 ст. 1473 ГК РФ говорится о том, что фирменное наименование должно быть на русском языке. Однако, кроме того, юридическое лицо вправе иметь также полное и (или) сокращенное фирменное наименование на языках народов Российской Федерации и (или) иностранных языках. По существу, собственно наименование юридического лица и является средством индивидуализации, необходимым для отличия данной организации от других. При этом последнее не может состоять из слов, составляющих только род деятельности (например, ликероводочный завод). В качестве такого наименования может быть использовано любое оригинальное слово или словосочетание за установленными изъятиями.

Пункт 2 ст. 1473 ГК РФ требует от юридического лица указания в фирменном наименовании юридического лица его организационно-правовой формы (ООО, ОАО, ЗАО и др.) и собственно наименование юридического лица, которое не может состоять только из слов, обозначающих род деятельности. В этом положении нашла отражение модель структуры фирменного наименования, предложенная В.В. Розенбергом в 1914 г. и до последнего времени она не претерпела каких-либо существенных изменений. Эта модель фирменного наименования в виде «корпуса», или «основной части», – указание на организационно-правовую форму и «дополнения» – произвольное обозначение, собственное наименование, представляется наиболее оптимальной, так как потребитель или контрагент, увидев указание на организационно-правовую форму, сможет определить правовое положение коммерческой организации (в том числе способ закрепления и использования имущества хозяйствующим субъектом). Собственное наименование коммерческой организации призвано непосредственно индивидуализировать хозяйствующего субъекта.

Право на фирменное наименование может принадлежать только коммерческим организациям (п. 1 ст. 1473 ГК РФ). Однако коммерческой деятельностью могут заниматься и индивидуальные предприниматели, но им законодатель такого права не предоставляет. За предоставление такого права выступает А.Б. Иванов говоря, что «фирменное наименование» индексирует личность субъекта именно для целей постоянного участия в коммерческом обороте. Фирменное наименование индивидуального предпринимателя должно содержать словосочетание «индивидуальный предприниматель» и имя гражданина, включая фамилию, собственно имя и отчество (сокращенный вариант – указание на фамилию, инициалы и аббревиатуру «ИП») (обязательная часть) и «произвольное словесное обозначение»⁴. Считаю возможным не согласиться с данным мнением, поскольку наименование, под которым будет выступать индивидуальный предприниматель, – фамилия, имя и, при наличии, отчество, подлежит государственной регистрации налоговым органом именно в той форме, в какой предлагается А.Б. Ивановым. Очевидно еще и то, что деятельность индивидуальных предпринимателей, как правило, производится в рамках одного субъекта РФ и поэтому вполне различима под именем физического лица. Но главное, как представляется, в том, что предприниматель всегда, как говорится, «на виду» и здесь потребность в фирменном наименовании практически отпадает. Тем не менее индивидуализация индивидуального предпринимателя имеет значение и необходимость этого очевидна в сферах торговли, услуг там, где у индивидуального предпринимателя появляются работники и деятельность его превращается в деятельность работников. Но поскольку это индивидуализирует не лица, а деятельность, то этому должны служить не фирменные наименования, а товарные знаки, знаки обслуживания. Все вышеперечисленное позволяет отрицать необходимость введения требования о регистрации фирменного наименования индивидуального предпринимателя в виде словосочетания «индивидуальный предприниматель» и имени гражданина, включая фамилию, собственно имя и отчество. Конструкция фирменного наименования не должна применяться для индивидуализации индивидуального предпринимателя, поскольку соответствующей цели служит имя индивидуального предпринимателя. Индивидуализация индивидуального предпринимателя должна осуществляться с помощью иных средств (товарных знаков, знаков обслуживания).

¹ Бузанов В.Ю. Правовой режим фирменных наименований в российском гражданском праве: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2003.

² Орлова В.В. Теория и практика индивидуализации в сфере интеллектуальной собственности: дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2005. С. 165

³ <https://egrul.nalog.ru>

⁴ Иванов А.Б. Фирменное наименование как средство индивидуализации субъектов предпринимательской деятельности: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2010. 33 с.

Д. В. Головкина

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ВЕЩНЫЕ ПРАВА В РОССИИ В СВЕТЕ ПРОЕКТА ИЗМЕНЕНИЙ ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА РФ

Тема вещных прав всегда была одной из центральных в связи с ее значимостью для человека. В последнее время интерес к ней повысился в связи с изменением положений Гражданского кодекса России (далее – ГК РФ). Нормы о вещных правах, представленные в Проекте изменений части первой ГК РФ, претерпели значительные изменения по сравнению с действующим законодательством.

Традиционно вещные права делятся на право собственности и ограниченные вещные права. Статья 216 ГК РФ прямо называет некоторые субъективные права вещными. Однако при этом остается открытым вопрос, являются ли вещными иные права, обладающие признаками, указанными в ст. 216 ГК РФ. С одной стороны, можно было бы утверждать, что список вещных прав в гражданском законодательстве дан исчерпывающий, однако, с другой стороны, сама формулировка указанной статьи позволяет делать вывод, что в законе имеются и иные вещные права.

Как справедливо замечает Д.А. Формакидов, для выработки понятия вещного права «необходимо выделить признаки, присущие каждому вещному праву без исключения»¹. Однако в настоящее время в ГК РФ отсутствует полный перечень признаков вещных прав. В то же время Проект изменений части первой ГК РФ в качестве признаков называет: непосредственное господство над вещью, которое предоставляется лицу; вещное право непосредственно обременяет вещь; оно следует за вещью; вещные права не имеют срока действия, если иное не установлено настоящим Кодексом; вещное право защищается от нарушения его любым лицом, т.е. вещное право обладает абсолютной защитой. Кроме того, Проект изменений ГК РФ предлагает установить исчерпывающий перечень вещных прав, в связи с чем ведущаяся в настоящее время дискуссия о возможности отнесения тех или иных прав к вещным, возможно, исчерпает себя. Следует отметить, что отдельные нормы о вещных правах в Проекте изменений ГК РФ имеют определенные сходства с вещными правами, существующими в законодательствах зарубежных стран. В этой связи интересно обратиться к законодательству отдельных стран континентальной Европы.

В романо-германской системе права вещному праву посвящены отдельные разделы кодексов или специальные законы. При этом следует отметить несовершенство законодательства стран Европы в вопросе определения вещного права, которое дано в цивилистической доктрине. Вещное право характеризуется как совокупность норм, регулирующих имущественные отношения, в которых управомоченные лица могут осуществлять свои права на имущество, не нуждаясь в положительных действиях других лиц. Кроме того, вещное право определяется как часть правового порядка, содержащая правила, которые должны соответствовать позиции господства человека над вещами. «Понятие вещного права дается доктриной, но такой традиционный подход не мешает законодателю применять для соответствующих разделов кодексов в самом названии институтов термин "вещное право"»².

В Проекте изменений ГК РФ раздел 2 «Вещное право» во многом стал ближе к нормам о вещном праве законодательных актов стран Европы, нежели действующий в настоящее время раздел 2 «Право собственности и другие вещные права». Достаточно большие изменения претерпел перечень вещных прав, в соответствии с которым к вещным правам отнесены право постоянного землевладения, которое было закреплено еще в римском праве как эмпитевзис; право застройки, которое существует в Германии и Чехии. Кроме этого, в перечень видов вещных прав в Проекте изменений ГК РФ включены также сервитуты, которые имеются и в действующем законодательстве, а также право вещных выдач, которое в чем-то имеет общие черты с германским рентным долгом, а также право приобретения чужой недвижимой вещи. В качестве разновидности вещных прав также сохраняется право оперативного управления, которое не свойственно странам Европы, однако установлено в законодательстве некоторых стран СНГ, например Украины, которые формировали гражданские кодексы по нормам советского гражданского законодательства. Относительно новым для российского законодательства является право личного пользования, которое в законодательствах зарубежных государств называется узуфруктом. Вещным правом в Проекте изменений ГК РФ названа ипотека. В этом российский законодатель тоже воспринял традиции законодательства Европы, где в большинстве стран ипотека относится именно к вещным правам, однако не совсем ясно, почему в Проекте изменений ГК РФ ипотека и залог движимых вещей отнесены, по сути, к различным категориям прав. Возможно, в чем-то мы восприняли нормы зарубежного законодательства, в частности Германии, где залог движимых вещей и ипотека регулируются разными параграфами, но в ГГУ и залог движимых вещей и ипотека отнесены, тем не менее, к вещным правам. Кроме того, к вещным правам отнесены также право вещных выдач и право приобретения чужой недвижимой вещи. Однако, как справедливо отмечает Е.А. Махиня вещную природу этих «двух разновидностей субъективных гражданских прав, названных Проектом изменений ГК РФ в качестве вещных, стоит поставить под сомнение»³.

Таким образом, для любого вещного права характерно, прежде всего, то, что обладатель такового при осуществлении принадлежащего ему субъективного права реализует свои правомочия в отношении своего имущества в соответствии с законом, а в некоторых случаях договором. Разработка теоретических моделей права собственности и иных вещных прав является одной из сложнейших научно-практических проблем, имеет важное значение как для правотворческой деятельности государства, так и для правоприменительной практики.

СОВРЕМЕННЫЙ ВЗГЛЯД НА КРИТЕРИЙ РАЗГРАНИЧЕНИЯ ПУБЛИЧНОГО И ЧАСТНОГО ПРАВА

Исследование частного и публичного права, определение специфики данных сфер права необходимы в целях раскрытия всех граней потенциала права. Разработка данной проблематики позволит: задать импульс в направлении совершенствования частноправового и публично-правового воздействия на социальную и экономическую сферу как на государственном, так и на международном уровнях; повысить эффективную защиту прав и законных интересов частных лиц; оптимизировать присутствие государства в области частного права; сбалансировать реализацию частных и общих (национальных* и международных) интересов всех участников правоотношений.

На основе анализа воззрений древних мыслителей, научных работ видных российских и зарубежных исследователей на предмет оснований деления частного и публичного права ряд известных ученых (Г.Ф. Шершеневич, И.А. Покровский, Б.Б. Черепахин, Ю.А. Тихомиров, Д.Н. Горшунов) классифицировали разнообразные точки зрения.

Г.Ф. Шершеневич, представитель дореволюционной юридической науки, утверждал, что отличительный признак различия между публичным и частным правом одни исследователи видят в материальном моменте, т.е. в самом содержании защищаемых отношений, другие – в формальном моменте, или в порядке их защиты⁴. В свою очередь, И.А. Покровский, Б.Б. Черепахин разделяли мнение Г.Ф. Шершеневича в части выделения двух научных подходов⁵.

По справедливому мнению Д.Н. Горшунова, сложившиеся по поводу деления публичного и частного права весьма многочисленные научные подходы могут быть отнесены к следующим основным направлениям: 1) «материальные» теории; 2) «формальные» теории; 3) «смешанные» теории; 4) теории, отрицающие деление права на частное и публичное⁶.

В то же время В.Г. Голубцов полагает, что существующие в науке теории сложно отнести к чисто «формальным» или «материальным». В основном они представляют собой модификации «классических» либо являют собой совокупность формальных и материальных критериев деления права⁷.

К настоящему времени существует огромное количество различных теорий по поводу критериев разграничения, однако одним из наиболее удовлетворительных, на наш взгляд, являются теории интересов, относящиеся к материальному подходу⁸. Характер интересов, выраженных в нормах права, является тем объективным критерием разграничения сферы частного и публичного права, которого следует придерживаться при решении современных проблем. Мы считаем, что сфера частного права регулирует общественные отношения по поводу реализации и защиты интересов физических и юридических лиц, а сфера публичного права – по поводу осуществления и охраны общих интересов и иных важных социально значимых благ, имеющих отношение к публично-правовым образованиям, международному сообществу и народу государства. Общие (международные и национальные) интересы и иные социально значимые блага представляют собой фундаментальную ценность для сохранения общества и государства как целого, именно поэтому их эффективное обеспечение зависит от государства. Реализация и охрана общих интересов в полной мере достижимы при централизованном юридическом воздействии государства на отношения.

Между публичным и частным правом существует тесная связь. Это может проявляться в том, что нормы частного права закрепляют тот или иной частный интерес, а нормы публичного права обеспечивают их защиту в случае нарушения субъективного права физического или юридического лица. Публичное право имеет отношение и к частным интересам, но не в плане их реализации, а касательно обеспечения охраны в случае совершения правонарушений в сфере частного права. Основная функция публичного права заключается в регулировании отношений по реализации и охране общих интересов.

В сфере частного права устанавливается горизонтальное правовое поле: равноправные участники правоотношений достигают индивидуальных целей путем реализации своих субъективных прав

© Гурьянова В. В., 2016

* К национальным следует относить не только государственные интересы и интересы народа (общества), но и иные социально значимые блага, охраняемые принудительной силой государства.

и законных интересов; они также вправе воспользоваться способами защиты своих субъективных прав. В сфере публичного права, соответственно, действует вертикальное правовое регулирование, при котором главными участниками выступают не только публично-правовые образования, но и международные организации. Здесь общие (национальные и международные) интересы реализуются путем установления полномочий и субъективных публичных прав и охраняются государством и международным сообществом.

Кроме того, интересы граждан и интересы экономических организаций по своему содержанию и характеру различны. Несмотря на то, что они оба являются объектом защиты в сфере частного права, тем не менее интересы экономических организаций обладают специфическим характером. Последние относятся к объекту защиты в предпринимательском праве, поэтому здесь в определенных ситуациях необходимо применение публично-правовых средств регулирования при реализации экономических интересов представителей бизнес-сообщества. Как правило, данный контроль осуществляется в случае, если происходят нарушения прав потребителей, совершаются действия по ограничению или устранению конкуренции и т.д. Интересы коммерческих организаций, а также индивидуальных предпринимателей осуществляются в результате установления их субъективных прав в сфере частного права, однако поведение представителей бизнеса там, где это необходимо для защиты публичных интересов и интересов обычных граждан-потребителей, контролируется публично-правовыми образованиями. В сфере предпринимательских отношений публично-правовые регуляторы в основном должны носить стимулирующий характер (инвестиционная поддержка, налоговые льготы, наличие специальных налоговых режимов и т.д.).

Нормы публичного права содержатся в нормативных правовых актах, издаваемых публично-правовыми образованиями и международными организациями, и регулируют общественные отношения через установление модели поведения в целях осуществления и охраны общих интересов. Нормы частного права содержатся не только в нормативных правовых актах публично-правовых образований и международных организаций, устанавливающих модель поведения физических и юридических лиц в целях осуществления и защиты их частных интересов. Они могут быть выработаны самими частными субъектами путем принятия локальных нормативных правовых актов, соглашений и договоров.

Обобщая результаты исследования проблем частного и публичного права, приходим к следующим выводам.

1. В качестве объективного критерия разграничения сферы частного и публичного права следует рассматривать характер интересов, выраженных в нормах права.

2. Публичное право следует рассматривать как совокупность норм права, которые регламентируют модель поведения субъектов по осуществлению и охране государственных интересов, интересов народа отдельно взятого государства, иных важных социально значимых благ, а также международных интересов. Частное право – это совокупность норм права, устанавливающих модель поведения субъектов по поводу реализации и защиты интересов физических и юридических лиц не только на государственном, но и на международном уровне.

¹ *Формакидов Д.А.* Вещное право проживания. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юрид. центр Пресс», 2006.

² *Щенникова Л.В.* Вещное право. М.: Юрист, 2006.

³ *Махиня Е.А.* Принцип закрытого перечня (*numerus clause*) вещных прав и его реализация в современном законодательстве и правоприменительной деятельности // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2015. № 4 (30). С. 55.

⁴ См.: *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права. М., 1910. 833 с.

⁵ См.: *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. 6-е изд., стер. М., 2013. 351 с.; *Черепяхин Б.Б.* К вопросу о частном и публичном праве. Иркутск, 1926. // Революция права. М., 1927, № 2. С. 147–149.

⁶ *Гориунов Д.Н.* «Теория интересов» как основной доктринальный подход к проблеме деления права на частное и публичное // Доктрина права. Саратов; Тамбов, 2009. № 1-2 (2-3). С.101–108.

⁷ См.: *Голубцов В.Г.* Соотношение публичного и частного права в России: исторический аспект // Вестник Пермского университета. Юрид. науки. 2008. № 1. С. 57–63.

⁸ См.: *Новицкий И.Б.* Римское право. Изд. 7-е стер. М., 2002. С. 7–12; *Дернбург Г.* Пандекты. Общ. часть / под ред. П. Соколовского; Пер.: Г. фон Рехенберг. М., 1906. Т. 1. С. 9; *Planiol M.* Traite elementaire de droit civil: conforme au programme officiel des facultes de droit. Paris, 1904. P. 8–9.

ВЗЫСКАНИЕ НЕУСТОЙКИ КАК СПОСОБ ЗАЩИТЫ ПРАВ УЧАСТНИКА ДОЛЕВОГО СТРОИТЕЛЬСТВА

В рамках данной статьи будет рассмотрена практика применения мер гражданско-правовой ответственности застройщика за нарушение срока передачи объекта долевого строительства, поскольку именно этот вид нарушения обязательств из договора участия в долевом строительстве приобрёл массовый характер. В качестве меры ответственности в случае нарушения предусмотренного договором срока передачи объекта участнику долевого строительства Законом № 214-ФЗ¹ предусмотрена неустойка, что само по себе является верным выбором с учётом всех тех преимуществ, которые присущи неустойке в отличие, например, от взыскания убытков и пр. То есть идея законодателя состоит в том, чтобы освободить участника долевого строительства, тем более в случаях, когда в таком качестве выступает физическое лицо, от необходимости доказывать наличие убытков вследствие просрочки передачи объекта долевого строительства.

В случаях, когда участник долевого строительства – гражданин заключает договор с застройщиком в целях использования объекта долевого строительства для удовлетворения собственных потребностей, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, к этим отношениям также могут применяться правовые нормы Закона РФ «О защите прав потребителей»². Соотношение двух названных законодательных актов применительно к рассматриваемым отношениям определено п. 9 ст. 4 Закона № 214-ФЗ, которым установлен приоритет этого закона по отношению к законодательству РФ о защите прав потребителей, применяемому субсидиарно в части, не урегулированной первым из названных законов. Например, нормы статьи 15 Закона РФ «О защите прав потребителей» о компенсации потребителю морального вреда могут быть применены в случаях установления факта нарушения прав участника долевого строительства – потребителя неисполнением застройщиком обязательств из договора об участии в долевом строительстве, что само по себе является достаточным условием при решении судом вопроса об удовлетворении соответствующего иска³.

Представляет интерес сопоставление правовых норм этих двух вышеназванных законодательных актов, устанавливающих ответственность за нарушение сроков исполнения обязательства. Общим моментом является установление в обоих случаях законной неустойки в том или ином размере. Если участником долевого строительства является гражданин, застройщик уплачивает такому участнику неустойку (пени) в размере одной стопятидесятой ставки рефинансирования Центрального банка Российской Федерации, действующей на день исполнения обязательства, от цены договора за каждый день просрочки⁴, что примерно составляет ежегодно 2,4 её размера, или 25,2 % цены договора. Законом о защите прав потребителей при нарушении установленных сроков выполнения работы (оказания услуги) исполнитель уплачивает потребителю за каждый день просрочки неустойку (пеню) в размере трех процентов цены выполнения работы (оказания услуги), а при отсутствии определения её договором – общей цены заказа (п. 5 ст. 28). С учетом установленного выше соотношения этих законодательных актов в этой части нормы Закона о защите прав потребителей к указанным отношениям не применяются⁵.

Как видно, законодательством о защите прав потребителей предусмотрен более высокий размер пени по сравнению с Законом № 214-ФЗ, содержащим специальные нормы, закономерно обусловленные характером регулируемых отношений, высоким размером стоимости объекта долевого строительства, длительностью сроков нарушения обязательств, отсутствием цели создания условий для незаконного обогащения. Вместе с тем следует учитывать правовую возможность усиления специальной ответственности, установленной Законом № 214-ФЗ, путем закрепления в договоре неустойки в размере, превышающем законную неустойку, которая следует из п. 2 ст. 332 Гражданского кодекса РФ, допускающего возможность увеличения размера законной неустойки соглашением сторон, если законом не установлен запрет. Аналогичным образом Закон о защите прав потребителей допускает возможность установления более высокого размера неустойки по сравнению с законной (п. 5 ст. 28). При этом сумма взысканной потребителем неустойки (пени) не может превышать цену отдельного

вида выполнения работы (оказания услуги) или общую цену заказа, если цена выполнения отдельного вида работы (оказания услуги) не определена договором о выполнении работы (оказании услуги).

Что касается снижения установленной Законом № 214-ФЗ неустойки, Верховный Суд РФ высказал свою позицию о невозможности снижения размера неустойки соглашением, поскольку неустойка является законной⁶. Такой подход подтверждает императивный характер нормы о размере законной неустойки.

Ещё одна проблема касается определения момента начала исчисления срока просрочки исполнения обязательства по передаче объекта долевого строительства при уступке требования участником долевого строительства третьему лицу. В силу п. 2 ст. 11 Закона № 214-ФЗ уступка участником долевого строительства прав требований по договору допускается с момента государственной регистрации договора до момента подписания сторонами передаточного акта или иного документа о передаче объекта долевого строительства.

В случаях когда уступка требования участника долевого строительства имела место после наступления установленного договором участия в долевом строительстве срока передачи объекта, но ранее исполнения застройщиком обязательства по передаче объекта, важно точно определить момент, при наступлении которого начинается начисление неустойки.

В практике рассмотрения судебных споров важное значение имеет вопрос о допустимости в принципе, а также пределах снижения законной неустойки при просрочке исполнения застройщиком обязательства по передаче потребителю объекта долевого строительства. Анализ судебной практики показывает, что в подавляющем большинстве случаев суды удовлетворяют требования о снижении размера законной неустойки на основании ст. 333 ГК РФ, предоставляющей суду право уменьшить неустойку при её явной несоразмерности последствиям нарушения обязательства. Особый порядок применения норм ст. 333 ГК РФ по делам о защите прав потребителей установлен Постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 28.06.2012 № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей», рассматривающим возможность снижения неустойки лишь «в исключительных случаях и по заявлению ответчика с обязательным указанием мотивов, по которым суд полагает, что уменьшение размера неустойки является допустимым» (п. 34)⁷. Таким образом снижение неустойки при удовлетворении исков потребителей – участников долевого строительства рассматривается как исключение из общего правила ст. 333 ГК РФ, устанавливающего такую возможность при наличии определённых условий в качестве общего правила.

Критерии исключительности не определены в вышеназванном судебном акте ВС РФ, однако не вызывает сомнений то, что они должны отличаться от условия явной несоразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства, прописанного в ст. 333 ГК РФ, иначе не имело бы смысла рассматривать снижение неустойки при нарушении прав потребителей как исключительную меру.

К сожалению, судебная практика к настоящему моменту не только не смогла определить унифицированные критерии исключительности уменьшения неустойки, но и далеко не всегда сопровождается указанием мотивов допустимости таких случаев, что является обязательным по делам с участием потребителей. Напротив, гораздо более широко применяются выработанные судебной практикой критерии для установления несоразмерности подлежащей уплате неустойки последствиям нарушения обязательств судами, которые учитывают конкретные обстоятельства дела, в том числе цену договора, длительность периода и причины нарушения обязательств застройщиком, принятие застройщиком мер к завершению строительства, исполнение застройщиком своих обязательств, последствия для участника долевого строительства вследствие нарушения застройщиком срока передачи объекта строительства и иные обстоятельства⁸.

Учёт вышеперечисленных критериев при рассмотрении вопроса о снижении неустойки в подавляющем большинстве случаев приводит к положительному его решению, что порождает ситуацию, когда права участников долевого строительства – граждан оказываются без надлежащей защиты.

Представляется, что выявление несоразмерности подлежащей уплате неустойки последствиям нарушения обязательств является допустимым по вышеназванной категории дел лишь в случаях, когда неустойка определена соглашением сторон и её размер может быть, как было рассмотрено ранее, только выше установленного Законом № 214-ФЗ.

В отношении возможности снижения законной неустойки правовая позиция высшей судебной инстанции была сформулирована в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7, в силу п. 78 которого правила о снижении размера неустойки на основании ст. 333 ГК РФ применяются также в случаях, когда неустойка определена законом⁹. Тем не менее допущение самой возможности снижения законной неустойки не означает тождественности критериев и условий её снижения вне зависимости от правовой природы и особенностей нарушенного или неисполненного обязательства.

При взыскании законной неустойки по искам участников долевого строительства – граждан вы явление несоразмерности её последствиям нарушения обязательств не должно в принципе рассматриваться в качестве условия снижения неустойки ввиду того, что неустойка в этих случаях по своей природе является штрафной и рассматривается как мера гражданско-правовой ответственности за ненадлежащее исполнение обязательства, подлежащая применению уже в силу наличия самого факта просрочки объекта долевого строительства, поэтому вопрос о её снижении не должен быть связан с определением соотношения её размера тем или иным последствиям в соответствии с выработанным подходом может быть поставлен лишь в каких-то исключительных случаях, требующих более чёткого определения. Представляется, что ещё в большей степени защите интересов дольщиков – физических лиц соответствовало бы недопущение снижения размера законной неустойки, рассматриваемого как нижний предел имущественной ответственности, определённый законодательством. В этом случае можно было бы рассматривать превентивную функцию неустойки, способствующую надлежащему исполнению обязательств.

Таким образом, для обеспечения защиты прав участника долевого строительства – гражданина установленный законом размер законной неустойки должен быть величиной постоянной.

¹ *Об участии* в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации: Федер. закон от 30 дек. 2004 г. № 214-ФЗ (ред. от 01.05.2016) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2005, № 1 (часть 1), ст. 40.

² *О защите прав потребителей* Закон РФ от 7 фев. 1992 г. № 2300-1(ред. от 13.07.2015) // Рос. газета. 1996. №8.

³ *Обзор практики разрешения судами споров, возникающих в связи с участием граждан в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости* (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 04.12.2013) (ред. от 04.03.2015).

⁴ С 1 января 2016 года значение ставки рефинансирования Банка России приравнивается к значению ключевой ставки Банка России, определенному на соответствующую дату. С 14 июня 2016 г. её размер составляет 10,5 % годовых, с начала 2016 года до этой даты – 11% годовых.

⁵ *О применении* норм Федерального закона от 30.12.2004 № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости» и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации: письмо ВС РФ от 30 янв. 2013 г. № 7-ВС-368/13 // Экономика и жизнь (Бухгалтерское приложение). 2013. №6.

⁶ См. п. 21 *Обзора практики разрешения судами споров, возникающих в связи с участием граждан в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости*» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 04.12.2013) (ред. от 04.03.2015).

⁷ *О рассмотрении* судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей: постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 28 июня 2012 г. № 17 // Рос. газета. 2012. № 156.

⁸ *Обзор практики разрешения судами споров, возникающих в связи с участием граждан в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости*» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 04.12.2013) (ред. от 04.03.2015).

⁹ *О применении* судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 мар. 2016 г. № 7 // Рос. газета. 2016. № 70.

Н. С. Еманова

*Южно-Уральский государственный университет
(национальный исследовательский университет),
г. Челябинск*

МОЖЕТ ЛИ КОМПЬЮТЕРНАЯ ПРОГРАММА БЫТЬ СУБЪЕКТОМ ПРАВА? МИФ И РЕАЛЬНОСТЬ

Одним из актуальных и проблемных, с юридической точки зрения видов торговли является электронная торговля, правовые основы которой лишь фрагментарно разработаны.

В соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации гражданин должен выступать в гражданском обороте под собственным именем, а приобретение прав и обязанностей под именем другого лица не допускается (ст. 19).

В рамках же электронного договора розничной купли-продажи обмен сообщениями может производиться не человеком, а запрограммированной компьютерной программой (программа-робот), которые в научной литературе упоминаются как «интеллектуальные агенты»¹. Как верно заметил А.Т. Боннер, «нет сомнения в том, что электронный адрес отправителя сообщения является реквизитом, идентифицирующим электронный документ, как и некоторые иные указанные в документе данные, например: наименование фирмы, должность, фамилия и инициалы ее служащего. Однако такого рода реквизиты не позволяют с достоверностью установить отправителя электронного документа»².

В дальнейшем возникают вопросы – чье волеизъявление выражено в договоре: контрагента или программы-робота и может ли компьютерное устройство быть наделено разумом, а в данных отношениях – искусственным интеллектом и соответствующим волеизъявлением, порождает ли правовые последствия электронный договор, заключенный программой-роботом?

Вопрос о наличии искусственного интеллекта у компьютерных машин был исследован Аланом Тьюрингом³, предложившим тест (тест Тьюринга) на антропоморфизм. Суть теста состоит в том, что «человек взаимодействует с одним компьютером и одним человеком. На основании ответов на вопросы он должен определить, с кем он разговаривает: с человеком или компьютерной программой. Задача компьютерной программы – ввести человека в заблуждение, заставив сделать неверный выбор»⁴. В июне 2014 г. указанный выше тест был успешно пройден компьютерной программой, имитирующей подростка по имени «Евгений Густман»⁵. В 2004 г. на конкурсе BotPrize, который называют игровой версией теста Тьюринга, также удалось победить двум командам программистов. «В ходе теста двум компьютерным алгоритмам удалось достичь «человекоподобности» около 52 процентов»⁶. Итак, поскольку целью теста Тьюринга было выяснить, может ли машина (компьютерное устройство) мыслить, то правомерно возникает вопрос о правовых последствиях «волеизъявления» программ-роботов.

В данном случае уместно заметить, что программа может дать сбой в системе и есть вероятность заключения договора на невыгодных для оферента и акцептанта условиях. Более того, действующее российское законодательство не содержит норм, регулирующих деятельность программ-роботов или электронных представителей, а следовательно, не решает вопросы о последствиях совершения программных ошибок. Как отмечает К. Карноу «результатом некоторых решений (интеллектуальных агентов) будет «патология»; то есть решение будет не только непредсказуемым или удивительным, что может быть вполне желательным, но также может иметь непредусмотренные и разрушительные последствия, как для сетевого пространства, так и для значительной части всей нашей инфраструктуры, подсоединенной к такому сетевому пространству»⁷. Вышеизложенное порождает вопрос о необходимости придания программе-роботу статуса субъекта права, что освободило бы человека от риска ответственности за ошибочные действия программы-робота.

Вопрос об автономности действий компьютерных программ рассмотрен и другими зарубежными авторами. Так, Т.Аллен и Р.Уиддисон пишут «...появляющиеся в настоящее время компьютерные системы могут действовать не просто автоматически, но автономно. Автономные машины способны обучаться на собственном опыте, изменяя инструкции в их собственных программах и даже создавая для себя новые инструкции. Они могут принимать решения, основанные на этих ими же измененных или ими же созданных инструкциях... Эти процессы включают осуществление выбора, формирование намерений, принятие решений и предоставление либо непредоставление согласия»⁸.

Кроме того, в истории права зафиксировано немало примеров наделения правосубъектностью неодушевленных предметов и, наоборот, приравнивания физических лиц к неодушевленным вещам. Так, в Древнем Риме «храмы, благотворительные фонды, больницы признавались субъектом специальных имущественных отношений»⁹ посредством издания специального акта властями. В вышеуказанных правоотношениях не предполагалось наделение вещей истинной волей человека, но предполагалось наличие у вещи собственного ума. Дж. Ч. Грэм в своей работе высказывал мнение, что существовала «не осознанная вера в то, что вещь действительно обладает умом и волей»¹⁰.

«Далее, современное английское право в определенной степени распространяет правосубъектность на корабли с целью обеспечения интересов кредиторов. Это позволяет заинтересованным лицам выдвигать иски требования непосредственно против судна, ... указав его в качестве ответчика»¹¹.

Таким образом, можно сделать вывод, что в существующих правовых реалиях полномочия по заключению, изменению и расторжению электронного договора с потребителем передаются программе-роботу. И, соответственно, программу-робота следует признать особым субъектом права, объективно существующим в рамках электронного пространства. Следует также отметить, что от-

дельные авторы поддерживают идею создания правовых условий для программ-роботов. Например, Л. Уэйн пишет: «Оставленные без контроля интеллектуальные артефакты должны нести ответственность независимо от людей, ими владеющих, с позиции универсальной концепции ответственности основных правовых систем в течение истории»¹².

¹ Например, см.: *Wooldridge M. & Jennings N.*, Intelligent Agents: Theory and Practice // Knowledge Engineering Review . 1995. № 10. P. 115 – 152.

² *Боннер А.Т.* Доказательственное значение информации, полученной из Интернета // Закон. 2007. № 12. С. 85–98.

³ Алан Тьюринг – английский математик, криптограф, логик, оказавший существенное влияние на развитие информатики.

⁴ Википедия. Тест Тьюринга. URL: http://ru.wikipedia.org/wiki/%D2%E5%F1%F2_%D2%FC%FE%F0%E8%ED%E3%E0#.D0.9F.D1.80.D0.B5.D0.B4.D1.81.D0.BA.D0.B0.D0.B7.D0.B0.D0.BD.D0.B8.D1.8F (дата обращения: 16.09.16 г.).

⁵ Компьютер впервые прошел тест Тьюринга. URL: <http://roboting.ru/1867-kompyuter-vpervye-proshel-test-tyuringa.html> (дата обращения: 16.08.16 г.).

⁶ Две программы прошли игровую версию теста Тьюринга URL: <http://lenta.ru/news/2012/09/26/unrealturing/> (дата обращения: 06.09.16 г.).

⁷ *Karnow C.E.A.* Future Codes: Essays in Advanced Computer Technology and the Law // Artech House: London & Boston, 1997. P. 245.

⁸ *Allen T., Widdison R.* Can computers make contracts? // Harvard Journal of Law and Technology. 1996. № 9. P. 25.

⁹ *Омельченко О.А.* Римское право. М.: ТОН Остожье, 2000. С. 59–63.

¹⁰ *Gray J.C.* The Nature And Sources Of The Law, 2d ed. 1921. P. 285.

¹¹ *Тиминский С. В.* Может ли компьютер быть субъектом права? // Труды VI Междунар. конф. «Проблемы управления и моделирования в сложных системах». С. 43.

¹² *Wein L.E.* The responsibility of intelligent artifacts: Toward an automation jurisprudence // Harvard Journal of Law & Technology. 1992. № 6. P. 109 – 110.

А. В. Ермакова

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ОТМЕТКА О НАЛИЧИИ СУДЕБНОГО СПОРА В ОТНОШЕНИИ ЗАРЕГИСТРИРОВАННОГО ПРАВА НА ОБЪЕКТ НЕДВИЖИМОСТИ КАК ИНДИКАТОР ПОТЕНЦИАЛЬНОЙ НЕДОСТОВЕРНОСТИ ЕДИНОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО РЕЕСТРА

Одно из проявлений специфики правового режима недвижимости по действующему российскому законодательству – это государственная регистрация вещных прав, ограничений таких прав и обременений недвижимого имущества (далее – регистрация прав). Регистрация прав осуществляется посредством фиксации сведений об элементах правового положения объектов недвижимости в Едином государственном реестре (далее – Реестр), доступном в своем содержании в установленном объеме неограниченному кругу лиц.

Преследуемая установлением системы регистрации прав цель придания правовому положению объектов недвижимости публичного характера может быть достигнута только при условии наделения Реестра качеством *достоверности* – качеством, при котором правовое положение объекта недвижимости, следуемое из Реестра (формальное), идентично материальному (истинному). Достоверность Реестра наряду с его гласностью является обязательным условием действия механизма регистрации прав как способа обеспечения публичности правового положения объектов недвижимости.

Достижение достоверности Реестра осуществимо посредством внесения в него *корректных* (т. е. соответствующих правооснованию) записей, *синхронно* отражающих динамику правового положения объекта недвижимости. Это в свою очередь может быть обеспечено при организации (учреждении) системы предварительной проверки наличия соответствующего правооснования, а также установлении правила, в силу которого динамика правового положения объекта недвижимости обуславливается исключительно внесением в Реестр соответствующей записи, в связи с чем возникнове-

ние (изменение, прекращение, ограничение) вещных прав на объект недвижимости происходит в момент внесения записи в Реестр.

Тем не менее достижение абсолютной достоверности Реестра невозможно. Вышеприведенные меры в любом случае в силу *объективных пределов* их действия не могут исключить случаи несоответствия материального и формального правового положения объекта недвижимости.

Так, например, объективные пределы предварительной проверки со стороны регистрирующего органа наличия соответствующего правооснования не позволяют во всех случаях исключить недостоверность (изначальную недостоверность) Реестра, обусловленную неправомерными действиями участников гражданского оборота, выражающимися в намеренной или ошибочной инициации внесения в Реестр записей в отсутствие надлежащего правооснования.

Недостоверность Реестра не только не позволяет достичь позитивных последствий публичности правового положения объектов недвижимости, но и, напротив, порождает негативные последствия, а именно направленное дезориентирование третьих лиц, полагающихся на недостоверный Реестр и вследствие этого формирующих к объекту недвижимости отношение, *неадекватное* его действительному правовому положению (в силу которого третье лицо, например, приобретает объект недвижимости от лица, распорядительная управомоченность которого следовала из Реестра, но в действительности отсутствовала).

Одним из механизмов, способных предотвратить указанные негативные последствия недостоверности Реестра, является система отметок в Реестре, выполняющих функцию индикаторов *потенциальной* недостоверности Реестра – отметок, свидетельствующих о наличии возражений (несогласия) со стороны участников гражданского оборота относительно содержания Реестра, в том числе *отметок о наличии судебного спора в отношении зарегистрированного права на объект недвижимости*¹.

По сути, в рассматриваемом случае индикатором потенциальной недостоверности Реестра выступает непосредственно факт оспаривания в судебном порядке зарегистрированного права на объект недвижимости². При этом соответствующая отметка в Реестре («привязка» к объекту недвижимости) является не единственным, но наиболее эффективным способом доведения информации о наличии судебного спора до неограниченного круга лиц, включая третьих лиц, вступающих в правоотношения по поводу объекта недвижимости³.

Возможность внесения в Реестр отметок о наличии судебного спора в отношении зарегистрированного права на объект недвижимости (записей о заявленных в судебном порядке правах требования со стороны конкретного лица) в настоящее время предусмотрена положениями п. 3 ст. 8.1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), действующим Федеральным законом от 21.07.1997 № 122-ФЗ (в ред. от 29.12.2015) «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (далее – Закон о регистрации прав), а также Федеральным законом от 13.07.2015 № 218-ФЗ (в ред. от 30.12.2015) «О государственной регистрации недвижимости», вступающим в силу с 01.01.2017 (далее – Закон о регистрации недвижимости). При этом в силу п. 1 ст. 7 Закона о регистрации прав, ч. 7 ст. 62 Закона о регистрации недвижимости сведения о существующих заявленных в судебном порядке правах требования в отношении объекта недвижимости являются содержательным элементом выписки из Реестра, относятся к общедоступным сведениям и представляются органом, осуществляющим регистрацию прав, по запросам любых лиц.

Указанное позволяет сделать вывод о возможности выполнения рассматриваемыми отметками функции информирования третьих лиц, вступающих в правоотношения по поводу объекта недвижимости, о наличии судебного спора о правах на этот объект недвижимости и соответственно функции индикатора потенциальной недостоверности Реестра.

Одновременно отметки о судебном оспаривании зарегистрированного права на объект недвижимости выступают инструментом относительной стабилизации «правовой жизни» объекта недвижимости, способом обеспечения возможности его возврата лицу, оспаривающему зарегистрированное право.

По общему правилу, предусмотренному Законом о регистрации прав (п. 2 ст. 28), Законом о регистрации недвижимости (ч. 3 ст. 37), при отсутствии причин, препятствующих регистрации прав в отношении объекта недвижимости, наличие судебного спора о зарегистрированном праве *не является* основанием ни для отказа в регистрации прав, ни для приостановления регистрации прав⁴.

Однако информированность третьего лица, приобретающего объект недвижимости, относительно существующего в отношении него судебного спора исключает возможность признания такого третьего лица добросовестным приобретателем при последующем споре об истребовании объекта недвижимости из чужого незаконного владения. Данный вывод о правовых последствиях осведом-

ленности приобретателя объекта недвижимости о существующем судебном споре, хотя и не является абсолютно бесспорным⁵, но в настоящее время поддерживается судебной практикой⁶.

В силу этого внесение отметок о судебном оспаривании зарегистрированного права на объект недвижимости относят к *квазиобеспечительным мерам*, призванным сделать исполнение судебных решений реальным⁷. Суды рассматривают механизм проставления указанных отметок как более «мягкую» альтернативу таким процессуальным обеспечительным мерам, как арест объекта недвижимости, запрет на совершение регистрационных действий в отношении объекта недвижимости и т.д. При этом исходят из того, что правомерный интерес истца в предотвращении отчуждения спорного объекта недвижимости лицу, которое могло бы впоследствии претендовать на признание своего владения добросовестным, может быть защищен в рамках внесения в Реестр записи о заявленных в судебном порядке правах требования со стороны конкретного лица в отношении объекта недвижимости⁸.

Учитывая значение своевременного проставления в Реестре отметок о наличии судебного спора в отношении зарегистрированного права на объект недвижимости принципиальным является вопрос об *инициации* соответствующего регистрационного действия.

Согласно действующему Закону о регистрации прав (п. 2 ст. 28) факт судебного оспаривания зарегистрированных прав на объект недвижимости (как только о нем стало известно регистрирующему органу) сам по себе является надлежащим основанием для внесения соответствующей отметки в Реестр⁹.

Закон о регистрации недвижимости, вступающий в силу с 01.10.2017, напротив, закрепляет применительно к данному регистрационному действию принцип инициации. В частности, согласно ч. 2 ст. 37 указанного закона, для внесения в Реестр отметки требуется «соответствующее» заявление. С учетом содержания п. 3 ст. 8.1 ГК РФ – заявление лица, оспаривающего зарегистрированное право в суде.

Представляется, что установление применительно к внесению в Реестр отметки о наличии судебного спора в отношении зарегистрированного права на объект недвижимости принципа инициации, а именно обусловливание проставления рассматриваемых отметок исключительно инициативой лица, оспаривающего зарегистрированное право, свидетельствует о превалировании значения указанных отметок как мер обеспечительной направленности, принимаемых в интересах указанного лица, и абсолютно не соотносится с предполагаемой функцией данных отметок как индикаторов потенциальной недостоверности Реестра.

Учитывая, что даже действующий порядок внесения в Реестр записей о судебном споре о правах на объект недвижимости не позволяет обеспечить тотальность размещения информации о рассматриваемых судами споров относительно объектов недвижимости (что обоснованно критикуется как не отвечающее интересам добросовестных приобретателей объектов недвижимости)¹⁰, планируемый к введению порядок внесения записей, основывающийся на принципе инициации, тем более видится необоснованным и несостоятельным в аспекте функциональной нагрузки, требуемой к реализации со стороны рассматриваемых отметок.

¹ В.А. Болдырев условно называет процедуры внесения в Реестр указанных сведений «выставлением маяка», поскольку «речь идет о сведениях, призванных насторожить потенциальных приобретателей спорного имущества, создать полную картину состояния, зафиксированного в реестре субъективного права» (*Болдырев В.А.* Содержание государственных реестров как фактор, влияющий на оценку добросовестности участников гражданского оборота // *Нотариус.* 2015. № 5. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»).

² Необходимо отметить, что к пониманию термина «оспаривание зарегистрированного права» существуют различные подходы. Так, например, по мнению К.Р. Файзрахманова, оспаривание зарегистрированного права есть правовой эффект (результат) разрешения спора о праве (*Файзрахманов К.Р.* Правовые цели иска о признании права или обременения отсутствующим: опыт инструментального подхода // *Вестник Пермского университета. Юридические науки.* 2014. № 4. С. 160–161). В связи с этим следует определить, что в контексте рассматриваемой проблематики под судебным оспариванием зарегистрированного права на объект недвижимости следует понимать *процесс* разрешения судом спора о правах в отношении объекта недвижимости.

³ В настоящее время информация о наличии судебного спора между участниками гражданского оборота может быть получена также из официальных источников публикации сведений о рассматриваемых судами делах.

⁴ Об аргументах «за» и «против» данного правила см., напр.: *Алексеев В.А.* Недвижимое имущество: государственная регистрация и проблемы правового регулирования. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 270–271.

⁵ О влиянии отметок о заявленных в судебном порядке правах требования со стороны конкретного лица на добросовестность приобретателя в аспекте применения ст. 302 ГК РФ см., напр.: *Эрделевский А.М.* О начале формирования Гражданского кодекса РФ // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶ Так, согласно п. 38 постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации № 10, Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации № 22 от 29.04.2010 (в ред. от 23.06.2015) «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» приобретатель не может быть признан добросовестным, если на момент совершения сделки по приобретению имущества ... в ЕГРП имелась отметка о судебном споре в отношении этого имущества.

⁷ *Болдырев В.А.* Содержание государственных реестров как фактор, влияющий на оценку добросовестности участников гражданского оборота // *Нотариус.* 2015. № 5. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант-Плюс».

⁸ См., например: постановления Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.09.2011 № 15АП-9132/2011 по делу № А01-1218/2011, Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 08.12.2009 № 18АП-10499/2009 по делу № А07-14269/2009, Второго арбитражного апелляционного суда от 14.07.2015 № 02АП-5331/2015 по делу № А28-4233/2015.

⁹ Указанный вывод также следует из п. 25 приказа Минэкономразвития России от 23.12.2013 № 765 (в ред. от 26.03.2015) «Об утверждении правил ведения Единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним, состава номера регистрации, порядка присвоения при проведении государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним объектам недвижимого имущества условных номеров, которым в установленном законодательством Российской Федерации порядке не присвоен кадастровый номер, форм свидетельства о государственной регистрации права и специальной регистрационной надписи на документах, требований к заполнению свидетельства о государственной регистрации прав и специальной регистрационной надписи, а также требований к формату специальной регистрационной надписи в электронной форме».

¹⁰ См., напр.: *Козлов М.* «Заочное» лишение права собственности // «ЭЖ-Юрист». 2006. № 28. [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

О. Н. Замрий

*Тверского государственного университета,
г. Тверь*

О ПРЕДПОСЫЛКАХ ЗЛУОПОТРЕБЛЕНИЯ ПУБЛИЧНЫМ ИНТЕРЕСОМ СО СТОРОНЫ ОРГАНОВ ОПЕКИ И ПОПЕЧИТЕЛЬСТВА

Любая сфера социума предполагает конфликт интересов: интересов участников соответствующих отношений в пределах малой социальной группы, конфликт интересов участников различных социальных групп и т.п. Семья выступает одной из социальных малых групп, интересы представитель которой зачастую вступают в противоречие с другими частными, а иногда и публичными интересами. Наиболее ярко это проявляется в правоотношениях между родителями и детьми, поскольку, несмотря на то, что законодатель наделяет родителей преимущественным правом на обучение и воспитание своих детей перед всеми другими лицами, публичная власть в лице органов опеки и попечительства может вмешиваться в эти отношения и даже инициировать прекращение родительского правоотношения.

Среди основных начал семейного законодательства содержится принцип недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в дела семьи (ст. 1 Семейного кодекса Российской Федерации¹ (далее – СК РФ)), в связи с чем основания и правовые последствия реализации органами опеки и попечительства своих полномочий в сфере осуществления родительских прав приобретают теоретическую и практическую значимость. Не стоит отрицать, что именно органы опеки и попечительства выступают «первым звеном» в процедуре публичной защиты прав и интересов ребенка, в большинстве случаев своевременность и оперативность принятия ими решения гарантирует эффективность защиты прав ребенка. Поэтому предлагаемые в настоящей статье суждения следует воспринимать как анализ норм действующего законодательства с целью выявления потенциальных предпосылок злоупотребления интересом и ни в коей мере не как критику деятельности органов опеки и попечительства.

В связи с периодически актуализируемой идеей формирования в России системы ювенальной юстиции и не совсем корректным представлением о роли органов опеки и попечительства в данной системе необходимо: во-первых, проанализировать нормы действующего семейного законодательства, предоставляющие органам опеки и попечительства полномочия в частно-правовой сфере воспи-

тания детей; во-вторых, выявить предпосылки возможного злоупотребления публичным интересом со стороны органов опеки и попечительства.

Полагаем целесообразным сфокусировать внимание на положениях СК РФ, предусматривающих основания и порядок применения к родителям мер семейно-правовой ответственности за ненадлежащее осуществление родительских прав.

Прежде всего обратимся к нормам СК РФ, которые устанавливают полномочия органов опеки и попечительства превентивного значения. Так, родители не вправе представлять интересы своих детей, если органом опеки и попечительства установлено, что между интересами родителей и детей имеются противоречия. В случае разногласий между родителями и детьми орган опеки и попечительства обязан назначить представителя для защиты прав и интересов детей (п.2 ст.64 СК РФ).

Однако на практике органы опеки и попечительства пребывают в полном неведении относительно как кандидатуры, так и порядка назначения ребенку представителя. Это также может послужить предпосылкой злоупотребления публичным интересом, следствием чего может стать нарушение прав и интересов и ребенка, и его родителей.

В соответствии с п.2 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 мая 1998 г. №10 «О применении судами законодательства при разрешении споров, связанных с воспитанием детей»² при подготовке любого дела, связанного с разрешением спора о воспитании ребенка, важно правильно определить обстоятельства, имеющие значение для разрешения спора и подлежащие доказыванию сторонами. Такие дела назначаются к разбирательству в судебном заседании только после получения от органов опеки и попечительства актов обследования условий жизни лиц, претендующих на воспитание ребенка.

Необходимо заметить, что речь идет не о произвольном описании условий жизни. Бланк акта содержит специальные разделы, предусмотрены и варианты ответов. С одной стороны, это исключает самостоятельность сотрудника органов опеки и попечительства в оценивании ситуации. Но, с другой стороны, это также исключает оценку дополнительных обстоятельств, учет которых может оказать влияние на решение вопроса. Кроме того, не стоит забывать и о том, что лицо, претендующее на воспитание ребенка, может проживать в другом городе. Следовательно, в суд будет направлен только акт обследования условий жизни, непосредственное участие представителя данного органа опеки и попечительства в судебном заседании не предполагается и, как следствие, значимые обстоятельства могут остаться вне поля зрения суда.

Редакция ст. 78 СК РФ не позволяет сделать однозначный вывод о том, какой орган опеки и попечительства составляет акт, готовит заключение и представляет соответствующие документы в суд (п. 2 ст. 78 СК РФ) и, соответственно, какой орган опеки и попечительства принимает обязательное участие при рассмотрении судом спора, связанного с воспитанием ребенка (п.1 ст.78 СК РФ).

Для исследования обозначенного нами вопроса представляет интерес и ст.68 СК РФ, которая имеет весьма символическое название – «Защита родительских прав». Если при рассмотрении судом требования родителей о возврате ребенка от любого лица, удерживающего его у себя не на основании закона или не на основании судебного решения, будет установлено, что ни родители, ни лицо, у которого находится ребенок, не в состоянии обеспечить его надлежащее воспитание и развитие, суд передает ребенка на попечение органа опеки и попечительства.

Данная норма, которая, к сожалению, не получила полного разъяснения со стороны Пленума Верховного Суда РФ, позволяет передать ребенка органам опеки и попечительства вследствие применения судом своеобразной санкции к родителям – фактического отобрания ребенка.

Напомним, что ст.77 СК РФ предусматривает немедленное отобрание ребенка у родителей при непосредственной угрозе жизни ребенка или его здоровью. Такое отобрание производится органом опеки и попечительства на основании соответствующего акта органа исполнительной власти субъекта РФ либо акта главы муниципального образования. В течение семи дней после вынесения такого решения и отобрания ребенка орган опеки и попечительства должен обратиться в суд с иском о лишении родителей родительских прав или об ограничении их в родительских правах.

Применительно же к фактическому отобранию ребенка как следствию применения нормы п.2 ст.68 СК РФ права и обязанности органа опеки и попечительства не определены. Значит ли это, что можно предположить режим применения по аналогии с п.2 ст.77 СК РФ? Представляется, что да, поскольку это будет соответствовать принципу приоритета интересов несовершеннолетнего (п.3 ст.1 СК РФ). Вместе с тем органы опеки и попечительства, руководствуясь публичным интересом, формально имеют право принять и другое решение.

Лишение родительских прав традиционно рассматривается как крайняя мера семейно-правовой ответственности родителей. Перечень оснований, порядок и правовые последствия лишения родительских прав четко регламентированы законом (ст. 69–72 СК РФ).

Ограничение же в родительских правах выступает весьма своеобразной мерой ответственности родителей. Представляется возможным заявить, что в некоторых случаях ограничение в родительских правах является мерой защиты прав и интересов как ребенка, так и его родителей (одного из них). В связи с этим участие органа опеки и попечительства в процедуре ограничения родительских прав приобретает особое значение.

Итак, ограничение в родительских правах допускается, если оставление ребенка с родителями (одним из них) опасно для ребенка по обстоятельствам, от родителей (одного из них) не зависящим (психическое расстройство или иное хроническое заболевание, стечение тяжелых обстоятельств и др.). Открытый перечень оснований, на наш взгляд, может спровоцировать чрезмерную активность органов опеки и попечительства, злоупотребление ими публичным интересом. Кстати, о таких вопиющих случаях иногда сообщают средства массовой информации. Например, воспитание ребенка одним из родителей, отсутствие собственного жилья, потеря работы в связи с сокращением штата, отсутствие дополнительных источников дохода и т.п. обстоятельства в совокупности могут быть оценены органом опеки и попечительства как стечение тяжелых обстоятельств.

Полагаем, что в этом случае непосредственному применению подлежит п.4 ст.65 СК РФ: «При осуществлении родительских прав родители (лица, их заменяющие) имеют право на оказание им содействия в предоставлении семье медицинской, психологической, педагогической, юридической, социальной помощи. Условия и порядок оказания содействия в предоставлении указанной помощи определяются законодательством РФ о социальном обслуживании». Однако для определения субъекта публичной ответственности при неказании соответствующей помощи следует дополнить данную норму предложением: «Ответственность за оказание содействия в предоставлении указанной помощи возлагается на органы опеки и попечительства».

Прежде чем отбирать ребенка с последующим ограничением в родительских правах или лишением родительских прав органы опеки и попечительства должны оказать содействие семье в получении необходимой помощи, и ответственность за такое содействие должна возлагаться именно на органы опеки и попечительства.

В соответствии со ст.77 СК РФ ограничение в родительских правах допускается также в случаях, если оставление ребенка с родителями (одним из них) вследствие их поведения является опасным для ребенка, но не установлены достаточные основания для лишения родительских прав. Именно в этой сфере органы опеки и попечительства должны проявить максимальную степень внимания и ответственности: если родители (один из них) не изменят своего поведения, орган опеки и попечительства по истечении шести месяцев обязан предъявить иск о лишении родительских прав. Но в интересах ребенка соответствующий иск может быть предъявлен и раньше.

Несмотря на явное соответствие этого шага интересам ребенка, тем не менее возникает вопрос о критериях, которыми должен в подобной ситуации руководствоваться орган опеки и попечительства при оценивании поведения родителей. Кроме того, даже формальное определение основания для лишения родительских прав значимо. Ведь в ст.69 СК РФ нет такого основания, как «сохранение опасности для ребенка». Представляется, что при регулировании исследуемых правоотношений законодатель установил слишком большой люфт в полномочиях органов опеки и попечительства, что также может спровоцировать злоупотребление публичным интересом.

В контексте данных рассуждений обратимся к разъяснениям Пленума Верховного Суда РФ, содержащимся в п.12 указанного ранее постановления: «... а также когда при рассмотрении дела не будет установлено достаточных оснований для лишения родителей (одного из них) родительских прав, суд может вынести решение об отобрании ребенка и передаче его на попечение органов опеки и попечительства при условии, что оставление ребенка у родителей опасно для него (п.2 ст.73 СК РФ)».

Таким образом, суд отказывает в иске о лишении родителей (одного из них) родительских прав и передает ребенка на попечение органа опеки и попечительства. При этом Пленум указывает на ст.73 СК РФ. Значит ли это, что подобная передача ребенка на попечение органа опеки и попечительства влечет те же правовые последствия, что и ограничение родителей в родительских правах, основания и процедура которого установлены в ст.73 СК РФ? Или же ребенок фактически признается оставшимся без попечения родителей, но при этом к его родителям не были применены меры семейно-правовой ответственности, следовательно, они сохраняют свои родительские права и обязанности в полном объеме?

Представляется, чтобы избежать нарушения прав и интересов ребенка в подобной ситуации суд должен принять решение об ограничении родителей (одного из них) в родительских правах, тем самым правовые последствия будут идентичны.

В рамках настоящей статьи были проанализированы лишь несколько норм СК РФ, предусматривающих полномочия органов опеки и попечительства в сфере осуществления родителями своих прав и обязанностей. Это позволило обратить внимание на несовершенство действующего законодательства, некорректность редакции отдельных норм, что, в свою очередь, можно рассматривать как объективные предпосылки злоупотребления публичным интересом в частно-правовой сфере воспитания детей в семье.

¹ Семейный кодекс Российской Федерации от 29 дек. 1995 г. № 223-ФЗ (ред. от 30.12.2015) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996, № 1, ст. 16.

² Справ.-правовая система «КонсультантПлюс».

А. В. Захаркина

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ПРЕДМЕТ И ОБЪЕКТ ФАКУЛЬТАТИВНОГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВА: ДОПУСТИМО ЛИ ОТОЖДЕСТВЛЕНИЕ?

Для корректного понимания такого признака факультативного обязательства, как множественность в объекте исполнения, вопрос о том, существуют ли принципиальные отличия предмета обязательства от его объекта, является крайне важным.

Анализируя имеющиеся в юридической литературе точки зрения о предмете и объекте обязательства, можно сделать вывод: различия в них предопределены разностью подходов к решению вопроса о том, что понимать под объектом правоотношения.

В советской юридической литературе развернулась оживленная дискуссия о соотношении понятий «содержание обязательства», «предмет обязательства» и «объект обязательства».

Так, М.М. Агарков, различая содержание обязательства и предмет обязательства, считал содержание элементом обязательства, не признавая предмет элементом обязательства, и предлагал под предметом обязательства понимать то, на что направлено поведение обязанного лица¹.

Иного мнения в этом вопросе придерживался О.С. Иоффе, который различал предмет и содержание обязательства, однако и то и другое признавал самостоятельными элементами обязательства². Такую же позицию в отношении обязательств занимал и И.Б. Новицкий³.

Д.Д. Гримм, отмечал, что гипотезу о возможности существования безобъектных субъективных прав выдвинул немецкий правовед Э.И. Беккер⁴. Д.М. Генкин обосновал безобъектность правоотношений следующим образом: «...элементами правоотношения являются только субъекты и права и обязанности; объект (вещь, нематериальное благо) – лишь одна из возможных предпосылок правоотношения»⁵.

О.М. Родионова считает, что «понятие правоотношения без определения объекта будет страдать неполнотой, поскольку правоотношение есть отражение деятельности, одним из элементов которой выступает объект»⁶.

Как пишет В.А. Белов, «понятие объекта в праве и правоотношении (правового объекта) – не онтологическое и даже не гносеологическое, но чисто функциональное»⁷.

Таким образом, все высказывания ученых относительно понимания объекта правоотношения могут быть сгруппированы главным образом вокруг двух основных позиций.

Первая: объект правоотношения – это то, на что направлено правоотношение (т.е. конкретные блага). Данную позицию отстаивали М.М. Агарков⁸, Н.Г. Александров⁹, С.С. Алексеев¹⁰, И.Л. Брауде¹¹, В.Н. Щеглов¹² и др.

Аналогичную позицию в этом вопросе заняла и Р.О. Халфина, которая считала, что «под объектом понимаются реальные предметы материального мира, продукты духовного творчества в объективированной форме. Вещь, рукопись, изобретение, исполнительское искусство, закрепленное в филь-

ме, на пленке и т.п., являются объектами различного вида правоотношений. Однако, представляя собой предпосылку возникновения и развития правоотношения, объект права остается внешним по отношению к правоотношению, не включается в элемент его структуры»¹³.

Вторая: объект правоотношения – это поведение обязанного лица. Данная позиция получила последовательную аргументацию в трудах О.С. Иоффе¹⁴, А.Я. Магазинера¹⁵ и др. Так, А.И. Масляев отмечал, что «объектом обязательства является то, что в соответствии с его содержанием служит средством удовлетворения интересов управомоченного лица. Поскольку интерес кредитора удовлетворяется только в случае исполнения обязанности должником, т.е. только в случае совершения (или не совершения) им действия, оно и является объектом обязательства»¹⁶.

В этом сложном вопросе, требующем более детального исследования, мы придерживаемся точки зрения, высказанной ранее О.С. Иоффе. Он полагал, что объектом правоотношения выступает человеческое поведение, деятельность или действия людей. В свою очередь, предметом правоотношения выступают конкретные вещи¹⁷.

Для достижения цели настоящего исследования и понимания таких признаков факультативного обязательства, как однопредметность и множественность в объекте исполнения, крайне важно различать такие категории, как «предмет обязательства», «объект обязательства», «предмет исполнения» и «объект исполнения».

В современной цивилистической науке не сложилось единого подхода к пониманию таких категорий, как «предмет обязательства», «предмет исполнения обязательства», «предмет договора». Используя данный терминологический аппарат, ученые вкладывают в указанные понятия разный, порой противоположный смысл, что, вероятно, обусловлено целями исследования и позицией автора.

Наибольшую сложность вызывает понимание категории «предмет исполнения», относительно которой единства во взглядах в юридической литературе нет. Так, О.С. Иоффе считал, что под предметом исполнения следует понимать «действия, которые должны быть совершены одним участником обязательства в пользу другого. Если эти действия связаны с передачей какого-либо имущества, то общим понятием предмета исполнения охватывается и это имущество»¹⁸.

Данная позиция нашла поддержку среди современных представителей цивилистической науки. По мнению В.В. Тимофеева, под предметом исполнения обязательства следует понимать действия должника, направленные на исполнение обязательства перед кредитором¹⁹.

М.В. Кротова считает предметом исполнения конкретную вещь, работу или услугу, которую в силу обязательства должник обязан передать, выполнить или оказать кредитору²⁰.

Интересна следующая позиция: предмет исполнения обязательства – это и действия обязанной стороны обязательства по передаче вещи, выполнению работы или оказанию услуги, и собственно вещь, работа или услуга²¹.

Полагаем, что термины «предмет обязательства» и «предмет исполнения обязательства» следует признать тождественными и понимать под ними «то, по поводу чего должник обязан совершить действие, выполняя требование кредитора, т.е. различные блага (вещи, услуги, работы и т.д.)»²².

Стремясь к терминологической точности, считаем необходимым обратить внимание и на такие категории, как «предмет основного исполнения» и «предмет факультативного исполнения» в факультативном обязательстве. Руководствуясь избранным нами подходом, поясним, что предмет основного исполнения в факультативном обязательстве – это собственно предмет факультативного обязательства, т.е. вещь, работа или услуга, которые должник обязан предоставить, выполнить или оказать кредитору. Предметом же факультативного исполнения выступают также вещь, работа или услуга, которые должник вправе предоставить, выполнить или оказать вместо предоставления основного исполнения.

Смоделируем правоотношение, возникающее из факультативного обязательства, и на этом примере предложим наше понимание исследуемого терминологического аппарата. Предположим, что по условиям обязательства должник обязан передать кредитору сахар-песок, но вправе заменить его сахаром-рафинадом. Так, предмет факультативного обязательства и предмет исполнения вполне определены – сахар-песок. Объектом данного обязательства выступают действия должника по передаче кредитору сахара-песка. В то же время в объекте исполнения замечаем множественность: действия должника, направленные на надлежащее исполнение обязательства, могут быть выражены как в передаче сахара-песка, так и в предоставлении его замены – сахара-рафинада.

Таким образом, под предметом факультативного обязательства предлагаем понимать конкретные вещи, работу или услугу, которые должник обязан передать, выполнить или оказать кредитору. Исходя из сущности факультативного обязательства, оно является однопредметным.

В свою очередь, объектом факультативного обязательства выступают действия должника, направленные на предоставление основного исполнения кредитору. В этом смысле факультативное обязательство содержит лишь один объект, аналогично предмету.

Объектом исполнения факультативного обязательства считаем те действия, которые вправе совершить должник с целью надлежащего исполнения обязательства. В силу права должника на замену основного исполнения факультативным объект исполнения в факультативном обязательстве характеризуется множественностью, которая проявляется в том, что конструкция факультативного обязательства признает надлежащим исполнением обязательства действия должника по предоставлению как основного, так и факультативного исполнения.

При этом предметом основного исполнения выступает сахар-песок, а предметом факультативного – сахар-рафинад.

¹ *Агарков М.М.* Обязательство по советскому гражданскому праву. М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. С. 22–23.

² *Иоффе О.С.* Правоотношение по советскому гражданскому праву. Л.: Изд-во ЛГУ, 1949. С. 74.

³ *Новицкий И.Б.* Определение обязательства. Обязательственное право в системе имущественных прав // Новицкий И.Б., Лунц Л.А. *Общее учение об обязательстве.* М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1950. С. 45.

⁴ *Гримм Д.Д.* К учению об объектах прав // *Вестник права: журнал С.-Петербург. юрид. об-ва*, 1905. Кн. 7. С. 161–162.

⁵ *Гражданское право: учебник: в 2 т. / под ред. М.М. Агаркова, Д.М. Генкина.* М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1944. Т. 1. С. 72.

⁶ *Родионова О.М.* Механизм гражданско-правового регулирования в контексте современного частного права. М.: Статут, 2013. С. 204.

⁷ *Белов В.А.* Объект субъективного гражданского права, объект гражданского правоотношения и объект гражданского оборота: содержание и соотношение понятий // *Объекты гражданского оборота: сб. ст. / Отв. ред. М.А. Рожкова.* М.: Статут, 2007. С. 58.

⁸ *Агарков М.М.* Обязательство по советскому гражданскому праву. С. 22–28.

⁹ *Александров Н.Г.* Законность и правоотношения в социалистическом обществе. М.: Госюриздат, 1955. С. 116–117.

¹⁰ *Алексеев С.С.* Об объекте права и правоотношения. Вопросы общей теории советского права. М.: Госюриздат, 1960. С. 289–290.

¹¹ *Брауде И.Л.* К вопросу об объекте правоотношения по советскому гражданскому праву // *Советское государство и право*, 1951. № 3. С. 56.

¹² *Щеглов В.Н.* Гражданское процессуальное правоотношение. М.: Госюриздат, 1966. С. 20.

¹³ *Халфина Р.О.* Общее учение о правоотношении. М.: Юрид. лит., 1974. С. 214.

¹⁴ *Иоффе О.С.* Правоотношение по советскому гражданскому праву. С. 32–91; он же. Спорные вопросы учения о правоотношении // *Очерки по гражданскому праву.* Л.: Изд-во ЛГУ, 1957. С. 48.

¹⁵ *Магазинер Я.М.* Объект права // *Очерки по гражданскому праву.* Л.: Изд-во ЛГУ, 1957. С. 65–78.

¹⁶ *Масляев А.И.* Субъекты, объекты и содержание обязательств // *Советское гражданское право: Конспект лекций / отв. ред. В.А. Рясенцев.* М.: ВЮЗИ, 1973. С. 178.

¹⁷ *Иоффе О.С.* Правоотношение по советскому гражданскому праву. С. 63.

¹⁸ *Иоффе О.С.* Обязательственное право. М.: Юрид. лит., 1975. С. 89.

¹⁹ *Тимофеев В.В.* Проблемы исполнения обязательств по страхованию: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1997. С. 8.

²⁰ *Кротова М.В.* Предмет исполнения // *Гражданское право: учебник в 3 т.; 7-е изд., перераб. и доп. / В.В. Байбак, Н.Д. Егоров, И.В. Елисеев; под ред. Ю.К. Толстого.* М.: Проспект, 2011. Т. 1. С. 635.

²¹ *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Кн. 2: Договоры о передаче имущества. М.: Статут, 2000. С. 6.

²² *Маслов В.Ф.* Субъекты и предмет исполнения. С. 421.

ЗАИМСТВОВАНИЕ ПРОИЗВОДСТВЕННЫХ И ТОРГОВЫХ ИДЕЙ

Гражданский оборот бизнеса изменчив. Все предприниматели настроены быстро получить максимальную прибыль, при этом всячески стараясь экономить на прямых финансовых инвестициях в свой бизнес. В современных экономических условиях бизнес как бы застыл в рамочных финансовых показателях. А экономический кризис без дат и «берегов» увеличил волатильность рынков. Сейчас бизнес вынужден плыть по рыночному течению сообразно принципу: меньшими затратами – больший результат.

Действенным способом улучшения показателей прибыли является интеллектуальный труд из «того что имеется на фирме». Производственные и торговые идеи – это результаты умственного труда работников предприятий, руководителей, акционеров, учредителей и иных лиц, направленные на увеличение прибыли без финансовых вложений. Например, правильно организованный процесс общения и удержания клиентов дает по меньшей мере 15 % прибыли к уже существующим показателям. Иначе организованное складское хозяйство является залогом устойчивости и роста российского бизнеса. Высокоэффективный работник – залог стабильной прибыли.

Однако нужно понимать, что названный интеллектуальный труд - это своего рода непоименованные объекты права интеллектуальной собственности. Регистрировать эти объекты официально нет смысла, так как они создаются, работают и исчерпывают себя по принципу «здесь и сейчас» или по принципу «одного сезона (производственного цикла)». Завтра эти решения могут не принести и рубля, будут никому не нужны, поэтому бизнес даже не думает защищать их согласно ст. 1225 ГК РФ.

Такие особенности порождают бесконтрольное заимствование производственных и торговых идей, что на практике выливается в затяжные торговые войны и борьбу за каждого клиента, за каждый проданный товар, за каждый возвращенный рубль дебиторской задолженности.

Мирских И.Ю. и Мингалева Ж.А. полагают, что использование объекта интеллектуальных прав без согласия обладателя исключительного права влечет гражданско-правовую, административную или уголовную ответственность¹. С таким утверждением нельзя не согласиться.

Вопрос ответственности в нашем случае не стоит по причине крайне ограниченных сроков. Торговые и производственные войны заключаются в том, чтобы улучшить элементы бизнеса (производство, торговля, склад, логистика, менеджмент, претензионная работа и проч.). Конкуренция и экономический застой стимулируют борьбу на рынках.

Матвеев А.Г. указывает: «Среди российских и зарубежных исследований по авторскому праву с каждым годом все большую долю занимают те, которые направлены на критику этого института»². В своей работе автор анализирует труд William Patry. Статья интересна по своему содержанию, автор уделяет значительное внимание взвешенной критике, одновременно не забывая о безусловных плюсах в суждениях William Patry. Это делает статью научно сбалансированной и интересной.

На практике заимствование производственных и торговых идей может осуществляться следующим образом:

1. Подражание оригинальной идее или процессу.
2. Копирование идеи и создание измененных аналогов.
3. Привлечение к работе лучших кадров.
4. Открытый плагиат идей, технологий, процессов производства.
5. Незаконная фотосъемка отдельных этапов торговли и отношений с клиентами.
6. Незаконная видеосъемка отдельных этапов торговли и отношений с клиентами.
7. Выемка идей из социальных сетей, профессиональных сообществ посредством неформальных встреч, вечеринок, душевных разговоров, создания групп по интересам.
8. Открытое воровство идей и процессов в надежде быстрой наживы.
9. Переход на сторону конкурентов за большей заработной платой.
10. Переработка идей, процессов и незаконное присвоение своего авторства.
11. Иные способы.

Таким образом, можно сделать вывод, что заимствование производственных и торговых идей является по своей природе воровством интеллектуальной собственности, которая, с точки зрения права в чистом виде, таковой, вероятно, являться не может, так как процессы доказывания и подтверждения авторства по времени несоизмеримо долги, нежели время их существования в бизнес-процессах. На практике говорят, что «украли воздух из офиса или завода». Экономические убытки таких деяний могут измеряться миллионами российских рублей.

В современном интеграционном бизнес-процессе участвуют множество стран. Иногда быструю, емкую и коммерчески успешную идею, которая дает прибыль «здесь и сейчас» невыгодно даже оглашать. Крупные фирмы понимают, что процессы регистрации и получения охраняемых документов долги и бюрократизированы, а сезон, в котором реально живет интеллектуальная собственность, может составлять от нескольких дней до одной недели.

Заимствование производственных и торговых идей рождает огромный скачок конкуренции и рост предложения на рынке. Потерпевший субъект бизнеса, пытаясь оправиться от кражи идей и процессов, иногда тонет в бесконечных судах и претензионных бумагах, не зная о том, что это всего лишь элемент тактики конкурентов, направленный на переключение внимания в сторону самозащиты и судов, уводящий от получения прибыли и реальной работы.

О. Ю. Ильина

*Тверской государственной университет,
г. Тверь*

НЕКОТОРЫЕ ОСОБЕННОСТИ СОГЛАСИЯ СУПРУГА КАК ОДНОСТОРОННЕЙ СДЕЛКИ

Современные семейные отношения характеризуются изменением природы как личных, так и имущественных связей между супругами. Достаточно часто семейно-правовой статус лица налагает на него определенные «обременения» в правоотношениях с третьими лицами с целью обеспечения прав и интересов супруга. Наиболее распространенным «обременением» выступает согласие супруга на совершение сделки.

Действующее законодательство исходит из презумпции согласия супругов при владении, пользовании и распоряжении общим имуществом (ст. 35 Семейного кодекса Российской Федерации³ (далее – СК РФ). Содержание презумпции составляет предположение, что при совершении одним из супругов сделки по распоряжению общим имуществом он действует с согласия другого супруга.

Необходимо отметить, что в ст.35 СК РФ установлен режим согласия для сделок двух категорий. Посредством исключения законодатель устанавливает общие и специальные основания и порядок признания недействительной сделки по распоряжению общим имуществом, обозначая в качестве критерия градации сделок необходимость получения согласия супруга, удостоверенного нотариусом. Отсутствие специального указания на иную форму выражения супругом своего согласия позволяет предположить, что она может быть устной или простой письменной.

Итак, в соответствии с п. 3 ст. 35 СК РФ (редакция которого год назад претерпела изменения), для заключения одним из супругов сделки по распоряжению имуществом, права на которое подлежат государственной регистрации, сделки, для которой законом установлена обязательная нотариальная форма, или сделки, подлежащей обязательной государственной регистрации, необходимо получить нотариально удостоверенное согласие другого супруга. Если же согласие не было получено, то супруг, чье согласие проигнорировали, вправе в течение года оспорить соответствующую сделку в судебном порядке.

Относительно недавно в Гражданском кодексе Российской Федерации⁴ (далее – ГК РФ) появилась статья 157.1 «Согласие на совершение сделки», правила которой применяются, если другое не предусмотрено законом или иным правовым актом.

Во-первых, в соответствии с правилами названной статьи, если на совершение сделки требуется согласие третьего лица (в нашем случае – супруга), о своем согласии или об отказе в нем третье лицо сообщает запросившему согласие (другому супругу) в разумный срок после получения обращения.

Пленум Верховного суда РФ в постановлении от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела 1 части первой Гражданского кодекса российской Федерации»⁵ разъ-

яснил: молчание не считается согласием на совершение сделки, за исключением случаев, предусмотренных законом. Если третье лицо не ответило на запрос стороны в разумный срок, считается, что в даче согласия отказано (п. 54).

Во-вторых, законодатель четко обозначает объект, в отношении которого совершается сделка, - общее имущество супругов. Если один из супругов совершает сделку по распоряжению имуществом, находящимся в его собственности, согласие другого супруга не требуется. Примечательно в этом плане определение Конституционного суда РФ от 9 декабря 2014 г. №2747-0 по делу, связанному с получением согласия супруги на заключение соглашения об уплате алиментов. В частности, если уплата алиментов предполагается за счет имущества, на которое не распространяется режим совместной собственности супругов, согласие супруги на заключение соглашения об уплате алиментов не требуется.

В-третьих, в предварительном согласии (применительно к исследуемым отношениям, очевидно, оно должно быть предварительным) на совершение сделки должен быть определен предмет сделки, на совершение которой дается согласие.

Чаще всего супруг дает согласие на продажу недвижимости, находящейся в общей совместной собственности, в связи с чем обратимся к специальным нормам ГК РФ о продаже недвижимости. Как следует из ст.554 ГК РФ «Определение предмета в договоре продажи недвижимости», в договоре должны быть указаны данные, позволяющие определенно установить недвижимое имущество, подлежащее передаче покупателю по договору, в том числе данные, определяющие расположение недвижимости на соответствующем земельном участке либо в составе другого недвижимого имущества.

Обращение к доступным материалам нотариальной и судебной практики позволяет однозначно утверждать, что в согласии указывается адрес, кадастровый номер жилого помещения и не более того. Представляется, что без указания, например, «квартира находится на втором этаже пятиэтажного дома по адресу...», предмет договора не будет определен.

В связи с этим вызывают сомнения содержащиеся в согласии супруга фразы «любых сделок по отчуждению любым способом любой недвижимости на территории города N...»

Пленум Верховного суда РФ в названном постановлении разъясняет: «Третье лицо вправе дать одно согласие на совершение нескольких сделок. При этом статья 157.1 ГК РФ не предусматривает возможности выдачи общего согласия третьего лица на совершение любых сделок с конкретно неопределенным имуществом. Допустимость такого согласия может быть предусмотрена законом или вытекать из особенностей правоотношений сторон сделки и третьего лица, согласующего ее» (п.56). На наш взгляд, особенности правоотношений между супругами при совершении сделки по распоряжению общим имуществом предполагают получение согласия на каждую сделку.

В-четвертых, практически значимый являются вопросы: в течение какого срока действует согласие и может ли супруг отозвать данное им согласие на совершение сделки по распоряжению общим имуществом?

Представляется, что супруг имеет полное право, выражая свое согласие на совершение сделки, указать и соответствующий срок. Если сделка не будет совершена в течение указанного срока, согласие утрачивает свою юридическую силу.

Ответ на второй вопрос следует также только из разъяснений Пленума: третье лицо, давшее предварительное согласие на совершение сделки, вправе отозвать его, уведомив стороны сделки до момента ее совершения и возместив им убытки, вызванные таким отзывом (ст.15 ГК РФ).

Таким образом, супруг может отозвать свое согласие; но в какой форме должен быть представлен отзыв? Можно предположить, что поскольку само согласие было удостоверено нотариусом как односторонняя сделка, то и отзыв этого согласия также должен быть удостоверен нотариусом.

Вместе с тем Пленум разъясняет: поскольку гражданским законодательством не установлены правила об отзыве согласия третьего лица на совершение сделки, в таком случае, по аналогии закона, подлежат применению положения об отзыве акцепта (п.1 ст.6, ст.439 ГК РФ). Отзыв согласия, сообщение о котором поступило сторонам сделки после ее совершения, считается несостоявшимся. Отзыв предварительного согласия после совершения сделки, равно как и отзыв осуществленного последующего согласия (одобрение) не могут служить основанием для признания сделки недействительной (п.57).

В-пятых, законодатель установил специальные правовые последствия совершения сделки по распоряжению общим имуществом одним из супругов при отсутствии нотариально удостоверенного согласия другого супруга. Общие правила предусмотрены в ст.173.1 ГК РФ «Недействительность сделки, совершенной без необходимого в силу закона согласия третьего лица, органа юридического лица или государственного органа либо органа местного самоуправления»; в п.3 ст.35 СК РФ отмечается, что супруг, чье нотариально удостоверенное согласие на совершение сделки не было получено,

вправе требовать признания сделки недействительной в судебном порядке в течение года со дня, когда он узнал или должен был узнать о совершении данной сделки. Таким образом, законодатель индивидуально обозначает потенциального истца и специальный срок исковой давности для соответствующей оспоримой сделки.

¹ *Мирских И.Ю., Мингалева Ж.А.* Правовое регулирование прав на результаты интеллектуальной деятельности в России и за рубежом // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2014. Вып. 3 (29). С. 66.

² *Матвеев А.Г.* Как исправить авторское право: рецензия на монографию Patry W. How to fix copyright. New York: Oxford university press, 2011 // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2013. Вып. 4 (22). С. 212.

³ Семейный кодекс Российской Федерации от 29 дек. 1995 г. № 223-ФЗ (ред. от 30.12.2015) // Собр. законодательства Рос. Федерации, 1996, № 1, ст. 16.

⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации от 29 дек. 1995 г. № 223-ФЗ (ред. от 30.12.2015) // Рос. газета. 1996. №17.

⁵ Справ.-правовая система «КонсультантПлюс».

Е. В. Князева

*Московский центр правовых исследований,
г. Москва*

ОБРАЗ ЖИЗНИ И МОРАЛЬНЫЙ ОБЛИК ЛИЦА КАК УСЛОВИЕ ЕГО АЛИМЕНТИРОВАНИЯ

В процессе правового регулирования семейных отношений важную роль играют нормы нравственности, морали, сложившиеся в обществе представления о достойном поведении участников семейных отношений. В Семейном кодексе Российской Федерации¹ (далее СК РФ) в некоторых случаях упоминается поведение участников семейных отношений как фактор, имеющий значение при возникновении или прекращении прав. Так, возможно освобождение супруга от обязанности по содержанию другого супруга или ограничение этой обязанности сроком в случае недостойного поведения в семье получателя алиментов (ст. 92 СК РФ). Кроме того, допускается в соответствии с п.2 ст. 119 СК РФ отказ во взыскании алиментов совершеннолетнему дееспособному лицу в случае его недостойного поведения в семье. Однако, как представляется, далеко не всегда нормы СК РФ позволяют принять во внимание при взыскании алиментов различные обстоятельства, что, по нашему мнению, следовало бы сделать.

Правовое регулирование алиментных отношений характеризуется многообразием. В СК РФ учитываются различные жизненные обстоятельства – нуждаемость, нетрудоспособность получателя алиментов, возможность плательщика выплачивать алименты и иные факторы. Вместе с тем полагаем, что следовало бы уточнить отдельные нормы с целью оптимального правового регулирования. Известно (в соответствии с ч.3 ст.90 СК РФ), что нетрудоспособный нуждающийся бывший супруг, ставший нетрудоспособным до расторжения брака или в течение года с момента расторжения брака, вправе требовать предоставления алиментов в судебном порядке от бывшего супруга, если последний обладает для этого средствами. Допустим, что в данном случае в течение длительного времени плательщик алиментов добросовестно выполняет возложенную на него судом обязанность, а получатель алиментов – бывшая жена рождает детей, отцом которых бывший супруг (плательщик алиментов) не является. Условия взыскания алиментов не изменяются, нуждаемость получателя, вероятнее всего, в данном случае усугубляется, и если бывшая жена не вступила в новый брак, нет оснований для прекращения алиментных обязательств. Очевидно, что такое правовое регулирование по морально-этическим соображениям нельзя считать справедливым. Даже в том случае, когда женщина, имеющая много детей (родившая или усыновившая их), ведет добропорядочный образ жизни, выполняет надлежащим образом родительские обязанности, ее бывшего мужа нельзя без ограничения срока обязывать ее содержать. В конце концов это ее жизненный выбор. Тем более это несправедливо, когда женщина-мать – личность асоциальная, злоупотребляет спиртными напитками либо по иным причинам заслуживает общественного осуждения (детям внимания не уделяет, их не воспитывает, не лечит, не обеспечивает им достойную жизнь).

Аналогичная ситуация складывается в случае алиментных обязательств между бывшими супругами, когда получатель ведет асоциальный образ жизни: злоупотребляет спиртными напитками, не работает по неуважительной причине. Согласно ст. 92 СК РФ возможно освобождение плательщика от алиментной обязанности в отношении бывшего супруга, если нетрудоспособность нуждающегося в получении алиментов наступила в результате злоупотребления спиртными напитками, наркотическими средствами, в результате совершения им умышленного преступления или в случае недостойного поведения в семье. Если нетрудоспособность не связана с указанными фактами (алкоголизмом и наркоманией), если она наступила по иным причинам, а получатель алиментов пристрастился к алкоголю, будучи уже нетрудоспособным, после расторжения брака, то в этом случае СК РФ не предусматривает оснований для освобождения бывшего супруга от алиментной обязанности. Недостойное поведение в семье со стороны получателя алиментов, как уже было отмечено, является основанием для освобождения от обязанности по содержанию бывшего супруга. Однако буквальное толкование упомянутой нормы (ч.3 ст.92 СК РФ) позволяет сделать вывод, что данное основание «не работает» в отношении бывшего супруга – получателя алиментов, если во время брака он вел себя достойно, а аморальное поведение, алкоголизм, наркомания и т.д. характерны для периода его жизни уже после расторжения брака. Поэтому о недостойном поведении в семье говорить не приходится, поскольку семьи уже нет.

Известно, что родители, лишённые родительских прав, не могут требовать в дальнейшем содержания от своих взрослых детей. Однако в случае уклонения в прошлом родителей от выполнения обязанностей в отношении своих несовершеннолетних детей, если родительских прав они не были лишены, в п.5 ст. 87 СК РФ при взыскании алиментов установлено более щадящее правило: «Дети могут быть освобождены от обязанности по содержанию своих нетрудоспособных нуждающихся в помощи родителей, если судом будет установлено, что родители уклонялись от выполнения обязанностей родителей». В жизни нередко такие «горе-родители» предъявляют требования к своим взрослым детям, хотя сами в прошлом выплачивали алименты изредка и (или) в смехотворно малых суммах, детей не воспитывали и с ними годами не общались. Для таких ситуаций, как представляется, было бы целесообразно в Постановлении Пленума Верховного суда дать соответствующее разъяснение, увязав возможность получения родителями содержания от детей с реально выплаченными суммами в прошлом детям самими взыскателями. Ныне действующее Постановление Пленум Верховного суда Российской Федерации от 25 октября 1996 г. № 9 «О применении судами Семейного кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел об установлении отцовства и о взыскании алиментов» не позволяет получить ответ на поставленный вопрос, поскольку со взысканием алиментов родителями косвенно связан лишь пункт 20, в котором указывается, что основанием к отказу во взыскании алиментов является недостойное поведение, под которым может рассматриваться злоупотребление истцом спиртными напитками или наркотическими средствами, жестокое отношение к членам семьи, иное аморальное поведение в семье (бывшей семье).

Очевидно, что унижительно низкие размеры алиментов, пренебрежительное отношение к ребенку, когда родитель никогда фактически его не воспитывал, в данном случае не могут рассматриваться ни как жестокое отношение к членам семьи, ни как аморальное поведение в семье. И если не было злоупотребления истцом спиртными напитками или наркотическими средствами, он благополучно по решению суда сможет взыскать алименты со своего взрослого ребенка.

Сказанное выше позволяет сделать вывод, что целесообразно при взыскании алиментов учитывать недостойное поведение получателя алиментов не только в семье, но и в обществе, фактическое выполнение им в прошлом всех обязанностей, предусмотренных СК РФ, а также его образ жизни в дальнейшем, после распада семьи.

¹ Семейный кодекс Российской Федерации от 29 дек. 1995 г. № 223-ФЗ (с изм. и доп.) //Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996, № 1, ст. 16.

ОБРАТНЫЙ ЗАХВАТ И ЗАЩИТА ПРАВ ДОБРОСОВЕСТНЫХ АДМИНИСТРАТОРОВ ДОМЕННЫХ ИМЕН

Вопрос о соотношении прав на доменные имена и средства индивидуализации достаточно давно обсуждается в юридической литературе. Наиболее известным примером правовых проблем, возникающих в этой области, является киберсквоттинг – деятельность, связанная с регистрацией доменного имени, соответствующего чужому товарному знаку или иному средству индивидуализации, с целью его перепродажи или недобросовестного использования. Как справедливо отмечает профессор Jacqueline Lipton, опираясь на раннюю судебную практику по доменным спорам, сосредоточенную в основном на конфликте доменного имени и товарного знака, судьи утвердились во мнении, что, во-первых, киберсквоттинг является угрозой для эффективного функционирования товарных знаков на on-line рынке, а во-вторых, возникла иллюзия, что существующего законодательства в области права интеллектуальной собственности достаточно для разрешения доменных споров¹. Таким образом, дальнейшие изменения в законодательстве фактически лишь закрепили существовавшую судебную практику, игнорируя те интересы в отношении доменного имени, которые не были связаны с товарными знаками². Повышенное внимание к защите интересов правообладателей привело в конечном итоге к игнорированию интересов добросовестных администраторов доменных имен, породив такое явление, как обратный захват доменного имени (англ. *reverse domain name hijacking*), под которым понимают лишение владельца прав на доменное имя в судебном порядке при помощи регистрации сходного с ним до степени смещения товарного знака или иного средства индивидуализации.

Отметим, что с развитием интернета домены приобрели самостоятельную ценность, зачастую не связанную с каким-либо средством индивидуализации. Подобную ценность, например, приобрели домены, являющиеся общеупотребительными словами или словосочетаниями, либо же домены популярных, широко известных интернет-ресурсов. Захват такого доменного имени выгоден, поскольку в первом случае его можно выгодно продать заинтересованным лицам, а во втором владелец интернет-ресурса будет вынужден его выкупить по завышенной цене, в попытке сохранить аудиторию своего сайта и не лишиться дохода от рекламы, продажи товаров или оказания услуг.

Таким образом, обратный захват доменного имени представляет собой действия, обратные киберсквоттингу, связанные с недобросовестным поведением со стороны владельца средства индивидуализации.

На сегодняшний день в российском законодательстве содержится только две статьи, направленные на защиту интересов правообладателей товарного знака и места происхождения товара (1484 и 1519 ГК РФ соответственно), в рамках которых доменное имя рассматривается как один из способов реализации исключительного права на данные средства индивидуализации. Опасность обратного захвата доменного имени возникает главным образом из-за неурегулированности проблемы соотношения даты регистрации доменного имени и даты приоритета товарного знака или места происхождения товара. Краеугольным камнем здесь является вопрос о том, может ли правообладатель данных средств индивидуализации претендовать на доменное имя, зарегистрированное ранее их даты приоритета.

До 2010 г. в пп. 3 п. 9 ст. 1483 ГК РФ содержался запрет регистрации товарного знака, тождественного доменному имени, который, казалось, исключал возможность для правообладателя товарного знака претендовать на доменное имя, зарегистрированное ранее даты приоритета. Между тем судебная практика по данному вопросу была неоднозначна. Так, в деле о доменном имени *interelektrik.ru*³ суд первых двух инстанций встал на сторону правообладателя, посчитав, что использование доменного имени *interelektrik.ru* является нарушением права истца на товарный знак, несмотря на то что доменное имя было зарегистрировано ранее даты приоритета, а значит, правомерность регистрации товарного знака должна была быть поставлена под сомнение. В обосновании своей позиции суд апелляционной инстанции указал, что поскольку право на доменное имя не отнесено гражданским кодексом к исключительным правам, а регистрация товарного знака не была оспорена в установленном порядке, то лицу, на имя которого зарегистрирован товарный знак, не может быть от-

казано в защите его прав даже в случае, если в суд представляются доказательства неправомерности регистрации товарного знака⁴.

Данная позиция согласуется с разъяснением, данным в п. 63 совместного постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации и Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 26.03.2009 г. № 5/29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»⁵, но не согласуется со здравым смыслом, поскольку истец требовал в защиту своих исключительных прав на товарный знак передать ему доменное имя, факт существования которого и принадлежность его ответчику и являлись основанием для прекращения права на товарный знак истца. Суд кассационной инстанции занял противоположную позицию по данному вопросу, отказав истцу в защите исключительного права на товарный знак со ссылкой на пп. 3 п. 9 ст. 1483 ГК РФ, указав при этом, что не может согласиться с выводом судов нижестоящих инстанций о том, что в силу отсутствия доменных имен в установленном четвертой частью ГК РФ перечне объектов исключительных прав владельцы доменных имен (их регистраторы) лишены какой-либо правовой защиты при добросовестном использовании домена⁶.

Вывод о возможности отказа в защите прав на товарный знак со ссылкой на подп. 3 п. 9 ст. 1483 ГК РФ содержится также в постановлении Президиума Высшего арбитражного суда РФ от 8 декабря 2009 г. №9833/09 в деле о доменных именах *lad-m.ru* и *ladm.ru*⁷.

Казалось бы, данная судебная практика ставит точку в вопросе о соотношении даты регистрации доменного имени и даты приоритета товарного знака, однако Федеральный закон от 4 октября 2010 г. № 259-ФЗ «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации»⁸ изъял из пп. 3 п. 9 ст. 1483 ГК РФ запрет на регистрацию товарного знака, тождественного доменному имени, вновь «подвесив» этот вопрос.

Представляется, что при разрешении спора в данном случае следует исходить из того, что, поскольку средства индивидуализации не существовало в момент регистрации доменного имени, последнее не могло быть заимствовано, а значит, имело самостоятельную ценность и различительную способность, не связанную со средством индивидуализации. Таким образом, администратор доменного имени не может нарушать исключительных прав правообладателя средства индивидуализации, поскольку, во-первых, его право возникло раньше, а во-вторых, доменное имя имеет самостоятельную ценность и не является отсылкой к средству индивидуализации. Подача же иска со стороны правообладателя является в данном случае ничем иным, как злоупотреблением правом в соответствии со ст. 10 ГК РФ, поскольку конечной его целью является не защита собственных интересов, а завладение чужим ценным активом в виде доменного имени.

Данный вывод в полной мере соотносится с позицией, изложенной в «Справке по вопросам, возникающим при рассмотрении доменных споров», утвержденной постановлением президиума Суда по интеллектуальным правам от 28 марта 2014 г.⁹ Данный документ содержит рекомендации для судов по разрешению доменных споров, базирующиеся на обобщении существующей судебной практики.

В соответствии с п. 1.4 данной справки суд в праве отказать в удовлетворении требования о прекращении использования доменного имени на основании ст. 10 ГК РФ и ст. 10.bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности, если предъявление данного требования может быть квалифицировано как злоупотребление правом. К признакам злоупотребления правом президиум, в частности, относит предъявление требования в отношении обозначения, ставшего широко известным благодаря использованию его администратором доменного имени.

Стоит отметить, что указанная выше правовая позиция может быть применена для защиты доменных имен от обратного захвата и в том случае, если последние были зарегистрированы позже даты приоритета (регистрации) средства индивидуализации.

Таким образом, в целом можно говорить о положительной тенденции российской судебной практики в области защиты от обратного захвата. Существующие правовые подходы при их верном применении судами позволяют установить баланс интересов между владельцами средств индивидуализации и администраторами доменных имен.

¹ *Jacqueline Lipton*. Internet Domain Names, Trademarks and Free Speech. Cheltenham, UK ; Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2010. 336с. с.14

² Там же.

³ Дело № А40-126843/2009 // Картотека арбитражных дел. Официальный сайт Высшего арбитражного суда. URL: <http://kad.arbitr.ru/Card/e49bcd8b-359d-4b33-9ff5-67a6cас6e818> (дата обращения: 01.12.2014 г.).

⁴ Постановление девятого арбитражного апелляционного суда №09АП-11679/2010-ГК от 21.06.2010 г. по делу № А40-126843/2009 // Картоoteca арбитражных дел. Официальный сайт Высшего арбитражного суда. URL: <http://kad.arbitr.ru/Card/e49bcd8b-359d-4b33-9ff5-67abcac6e818> (дата обращения: 01.12.2014 г.).

⁵ О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации: постановление Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 мар. 2009 г. // Вестник ВАС РФ. 2009. № 6.

⁶ Постановление ФАС Московского округа № КГ-А40/10685-10 от 20.09.2010 г. по делу № А40-126843/2009 // Картоoteca арбитражных дел. Официальный сайт Высшего арбитражного суда. URL: <http://kad.arbitr.ru/Card/e49bcd8b-359d-4b33-9ff5-67abcac6e818> (дата обращения: 01.12.2014).

⁷ Постановление президиума ВАС РФ № 9833/09 от 08.12.2009 г. по делу № А40-53937/08 // Картоoteca арбитражных дел. Официальный сайт Высшего арбитражного суда. URL: <http://kad.arbitr.ru/Card/570a3a83-9b30-4818-b33d-229ed774c654> (дата обращения: 01.12.2014).

⁸ О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации» Федеральный закон от 4 октября 2010 г. № 259-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2010, № 41 (2 ч.), ст. 5188.

⁹ Постановление президиума Суда по интеллектуальным правам № СП-2114 // Официальный сайт суда. URL: <http://ipc.arbitr.ru/node/13477> (дата обращения: 12.01.2015 г.).

И. П. Кожокарь,

*Саратовская государственная юридическая академия,
г. Саратов*

НЕТИПИЧНЫЕ ОБЪЕКТЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА В ЦИВИЛИСТИЧЕСКОЙ ДЕФЕКТОЛОГИИ

Не подвергающимся сомнению кажутся рассуждения В.В. Кулакова, который отмечает, что «раз перечень объектов гражданских прав, закрепленных в ст. 128 ГК РФ, является исчерпывающим, то не может быть договоров с "нетипичным" объектом»¹.

Аналогичную позицию в этом вопросе занимает В.И. Казанцев, который считает, что перечень объектов гражданских прав, содержащийся в ст. 128 ГК РФ, не может быть истолкован расширительно, хотя отрицать факты усложнения человеческих знаний и прогрессивного развития общества, могущих привести к появлению новых «нетипичных» объектов, бессмысленно². Л.В. Щенникова также считает, что ст. 128 ГК РФ содержит исчерпывающий перечень видов благ³.

Однако проблема «нетипичных объектов», по нашему глубокому убеждению, заслуживает более детального изучения. Думается, что ст. 128 ГК РФ содержит исчерпывающий список категорий (групп, видов) объектов гражданских прав, но не самих объектов.

В.А. Лапач, например, также считает, что перечень следует признать открытым, поскольку в число объектов может быть включено и «иное имущество»⁴. К примеру, к такому имуществу относится энергия, не являющаяся ни вещью, ни тем более имущественным правом⁵. А.П. Сергеев отмечает, что гражданские права и обязанности могут возникать по поводу использования воздушных коридоров и других нетипичных объектов⁶.

В судебно-арбитражной практике встал вопрос в отношении некоторых нетипичных объектов гражданского права: можно ли признать некоторые нетипичные объекты недвижимым имуществом или в силу конструктивных особенностей они могут быть признаны лишь улучшением земельного участка?

К примеру, названный вопрос подлежал исследованию в рамках Постановления Президиума ВАС РФ применительно к такому нетипичному объекту, как «земляная насыпь на песчаной подушке»⁷. Представляется, что корректный ответ на данный вопрос имеет не только сугубо теоретическое, но и прикладное значение, поскольку если признать такую вещь самостоятельным объектом гражданского оборота, то, следовательно, такой объект может быть передан в уставный капитал, заложен и т.п.

Проблема нетипичных объектов возникала в судебно-арбитражной практике в отношении таких объектов гидротехнического назначения, как каналы, затоны, намывы песка, дамбы обвалования, основание которых представляет собой массив грунта.

Обратимся к конкретному случаю, имевшему место в судебной практике Президиума ВАС РФ. Так, суд в своем Постановлении отметил следующее: в тех случаях, когда гидротехнические объекты не имеют самостоятельной функциональной значимости, призваны обслуживать земельный участок, на котором они расположены, такие объекты не могут быть признаны самостоятельными объектами гражданского права несмотря на то, что прочно связаны с землей и их перемещение наносит несоизмеримый ущерб их назначению. При этом такие объекты следует рассматривать как часть земельного участка, на котором они расположены⁸.

Впоследствии вышеуказанная позиция ВАС РФ получила расширительное толкование в судебной практике: арбитражные суды начали выносить подобные решения и в отношении иных объектов, прочно связанных с землей, например, асфальтовое замощение, забор и т.д.⁹

Не лишним будет отметить, что подобные споры возникают и в отношении иных нетипичных объектов, таких как спортивные площадки, которые представляют собой поле, предназначенное для игры в футбол и окруженное асфальтированной беговой дорожкой. Противоречивость судебной практики выражается в том, что в некоторых случаях такие объекты признаются недвижимым имуществом частично, например в части беговой дорожки¹⁰, а в других случаях – не признаются недвижимостью¹¹.

По этому вопросу Р.С. Бевзенко справедливо отмечает, что количество «нетипичных объектов», которым стороны желают придать гражданско-правовой статус «недвижимого имущества», стремительно растет. К примеру, в качестве недвижимости регистрируют теннисные корты, заборы, асфальтовые поля, футбольные поля, котлованы и т.п.¹²

Дефект объекта гражданского оборота представляет собой недостаток его правового режима, проявляющийся в дефективности субъективных гражданских прав на такой объект. В этом смысле дефект объекта гражданского оборота тождественен дефекту субъективного гражданского права.

¹ Кулаков В.В. Обязательство и осложнения его структуры в гражданском праве России: монография. М.: РАП, Волтерс Клувер, 2010. С. 118.

² Казанцев В.И. Правовые алогизмы при классификации объектов в гражданском праве // Цивилист. 2006. № 4. С. 7–13.

³ Казанцев В.И. Правовые алогизмы при классификации объектов в гражданском праве // Цивилист. 2006. № 4. С. 7–13.

⁴ Щенникова Л.В. Значение категории «объект гражданских прав» для практического гражданского законодательства // Законодательство. 2004. № 11. С. 13.

⁵ Лапач В.А. Система объектов гражданских прав: теория и судебная практика. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. С. 167.

⁶ Лапач Л.В. Энергия и мощность как объекты гражданских прав // Закон. 2008. № 5. С. 141.

⁷ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая: учеб.-практич. комментарий (постатейный) / Е.Н. Абрамова, Н.Н. Аверченко, Ю.В. Байгушева и др.; под ред. А.П. Сергеева. М.: Проспект, 2010. С. 377. (автор комментария – А.П. Сергеев).

⁸ Постановление Президиума ВАС РФ от 26.01.2010 № 11052/09 по делу № А53-3598/2008-С2-11 // Вестник ВАС РФ. 2010. № 5.

⁹ Постановление Президиума ВАС РФ от 17.01.2012 № 4777/08 по делу № А56-31923/2006 // Вестник ВАС РФ. 2012. № 5.

¹⁰ Определение ВАС РФ от 24.06.2013 № ВАС-1160/13 по делу № А76-1598/2012; Постановление ФАС Дальневосточного округа от 17.09.2013 № Ф03-4210/2013 по делу № А16-1178/2011; Постановление ФАС Московского округа от 06.02.2013 по делу № А41-10558/12; Постановление ФАС Московского округа от 20.12.2012 по делу № А41-8728/11; Постановление ФАС Уральского округа от 03.09.2013 № Ф09-8284/13 по делу № А71-13472/2012 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹¹ Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 01.11.2010 по делу № А13-12423/2008 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 08.02.2011 по делу № А13-12423/2008 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹² Бевзенко Р.С. Как бороться с регистрацией в качестве недвижимого имущества объектов, таковым не являющихся? // Закон. 2008. № 6. С. 75.

ПРИНЦИП НЕПРИКОСНОВЕННОСТИ СОБСТВЕННОСТИ, ЕГО ФУНДАМЕНТАЛЬНОЕ ЗНАЧЕНИЕ И ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ

В системе принципов гражданско-правового регулирования имущественных отношений, безусловно, базовое значение имеет принцип неприкосновенности права собственности. Общеизвестно, что этот принцип является фундаментальным для организации имущественного оборота. Развитие гражданско-правового регулирования, модернизация гражданского законодательства потребовали, как подчеркнуто в Концепции развития гражданского законодательства РФ, одобренной решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г.¹, пристального внимания гражданско-правовой науки как к системе принципов (основных начал), так и к механизмам, раскрывающим их содержание и непосредственное воздействие на регулируемые имущественные отношения.

Неприкосновенность собственности означает, в первую очередь, ее гражданско-правовую охрану. Под охраной следует понимать специально созданный законодателем целенаправленный механизм воздействия всей совокупности гражданско-правовых норм на регулируемые имущественные отношения принадлежности материальных благ. Цель воздействия состоит в обеспечении собственникам возможности беспрепятственно использовать имущество своей властью и в своих интересах. Действие принципа означает необходимость учета интересов всех собственников, как частных, так и публичных. Кроме того, действие данного принципа предполагает равенство собственников перед лицом государства и друг друга как участников гражданского оборота. Вторым содержательным компонентом принципа неприкосновенности собственности можно считать защитную функцию гражданско-правовых норм, направленную на восстановление любого нарушения данного права со стороны третьих лиц. Какие задачи стоят перед механизмом гражданско-правового регулирования, обеспечивающим защиту права собственности? В первую очередь нормы права должны оказывать превентивное воздействие, воспитывая участников гражданско-правовых отношений, ориентируя всем своим содержанием на поведение, не допускающее присвоения чужого имущества. И уже второй задачей гражданско-правового регулирования является создание специальных гражданско-правовых способов (мер), применяемых к нарушителям права собственности. Таким образом, защиту права собственности должны обеспечивать не только и не столько меры возможного гражданско-правового воздействия к нарушителям посредством специальных вещно-правовых исков.

Фундаментальность принципа неприкосновенности собственности требует, как нам представляется, уточнения его законодательной формулировки с учетом современных тенденций регулирования вещно-правовых отношений. Развивающийся гражданский оборот предполагает существование не только права собственности, но и целой системы ограниченных вещных прав. Нормы гражданского права призваны в равной степени защищать как право собственности, так и другие вещные права с необходимостью введенные законодателем с целью урегулирования отношений принадлежности материальных благ. На сегодняшний день ГК РФ (ст. 216) закрепляет в числе вещных прав лиц, не являющихся собственниками, право оперативного управления, хозяйственного ведения, сервитута, право пожизненного наследуемого владения земельным участком, а также право постоянного (бессрочного) пользования земельным участком. Концепция развития гражданского законодательства РФ предложила к включению в систему ограниченных вещных прав право пожизненного наследуемого владения земельным участком, относящимся к государственной или муниципальной собственности, право постоянного (бессрочного) пользования земельным участком, относящимся к государственной или муниципальной собственности, право постоянного владения и пользования земельным участком (эмфитевзис), право застройки земельного участка (суперфиций), сервитут, право личного пользования (узуфрукт), ипотека и иное зарегистрированное (учтенное) залоговое право, право приобретения чужой недвижимой вещи, право вещных выдач, право оперативного управления имуществом, относящимся к государственной или муниципальной собственности².

Проект раздела 2 ГК, названный «Вещное право», уточнил данный перечень, включив в него право постоянного землевладения, право застройки, сервитут, право личного пользования, ипоте-

ку, право приобретения чужой недвижимой вещи, право вещной выдачи, право оперативного управления, право ограниченного владения земельным участком³. С учетом указанного обстоятельства возможно говорить о том, что принцип неприкосновенности собственности имеет тенденцию к развиту. Его современное звучание может быть иным, а именно «неприкосновенность вещных прав».

Сформулированный выше подход позволит уточнить и конституционное регулирование механизма защиты вещно-правовых отношений. Судебной защите должно подлежать любое нарушение вещно-правовой принадлежности материальных благ. Неприкосновенность вещных прав важна, поскольку она призвана гарантировать стабильность отношений присвоения, составляющих базу (фундамент) имущественного оборота.

Неприкосновенность собственности при таком подходе можно будет считать субпринципом вещного права. Его значение также очевидно, поскольку предполагает, во-первых, запрет на изъятие имущества собственников, а во-вторых, возможность восстановления нарушенного права с помощью специальных мер (способов) гражданско-правовой защиты. Следует подчеркнуть, что защита права собственности предполагает недопустимость перераспределения собственности, в том числе возврат имущества «прежним владельцам». Нормы гражданского права призваны строго обеспечивать данное требование, регулируя процессы национализации и приватизации. Приватизация в контексте всемерной защиты права собственности должна рассматриваться как исключительно временная мера, применяемая на определенном этапе развития рыночных отношений. Интересы публичного собственника, равным образом, как и частного, должны последовательно защищаться всей системой действующих в стране гражданско-правовых норм.

¹ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009) // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11.

² Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009) // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11.

³ О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации: Проект Федер. закона № 47538-6 (ред., принятая ГД ФС РФ в I чтении 27.04.2012) // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

С. А. Краснова

*Кемеровский институт (филиал) РЭУ им. Г.В. Плеханова,
г. Кемерово*

ПРОБЛЕМЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ РАЗМЕРА КОМПЕНСАЦИИ ЗА НАРУШЕНИЕ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ

Включение компенсации в «арсенал» средств гражданско-правовой защиты интеллектуальных прав было обусловлено затруднениями при доказывании правообладателями размера имущественных потерь в связи с незаконным использованием объектов авторских и смежных прав, товарных знаков, что приводило к отказам в удовлетворении требований о возмещении убытков. Действовавшее до введения в действие части четвертой Гражданского кодекса законодательство определило основные условия применения нового способа защиты: компенсация подлежит взысканию при доказанности факта правонарушения независимо от наличия или отсутствия убытков, а размер компенсации определяется судом в установленных законом пределах.

В Гражданском кодексе РФ более подробную регламентацию получили вопросы, связанные с определением размера компенсации – она присуждается судом в установленных законом пределах *в зависимости от характера нарушения и иных обстоятельств* дела с учетом требований разумности и справедливости (абз. 2 п. 3 ст. 1252 ГК). Введение этого правила, по-видимому, преследовало цель дать судам некие ориентиры при установлении размера компенсации по требованиям правообладателей, которые не обязаны доказывать размер убытков. Однако использование законодателем неполно-

го перечня обстоятельств, от которых зависит размер компенсации, не только не обеспечило достижение этой цели, но и породило очевидные проблемы применения указанной нормы на практике.

Внести необходимую определенность попытались высшие судебные органы, предложив в совестном постановлении «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» перечень обстоятельств, влияющих на размер компенсации. «При определении размера компенсации суд, учитывая, в частности, характер допущенного нарушения, срок незаконного использования результата интеллектуальной деятельности, степень вины нарушителя, наличие ранее совершенных лицом нарушений исключительного права данного правообладателя, вероятные убытки правообладателя, принимает решение, исходя из принципов разумности и справедливости, а также соразмерности компенсации последствиям нарушения»¹.

Но действительно ли эти обстоятельства влияют на размер компенсации? Предположим, что одна организация ввела в оборот продукцию, маркированную товарным знаком, не получив разрешения правообладателя, а другая – реализовывала товары с обозначением, сходным до степени смешения с этим товарным знаком. Имущественные потери правообладателя в первом и втором случае примерно одинаковы. Однако следуя логике разъяснений, содержащихся в указанном постановлении, суд вправе взыскать разные суммы компенсаций, ссылаясь на «характер нарушения».

Необходимо также учитывать специфику исключительных прав, устанавливающих своего рода «монополию» правообладателя на использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. В связи с этим всякое нарушение – это бездоговорное использование объекта интеллектуальной собственности, и в этом смысле нарушения всех исключительных прав одинаковы. Так что дифференцировать размер компенсации по характеру нарушения в данном случае оказывается бессмысленно.

Срок незаконного использования интеллектуальной собственности также не может выступать в качестве самостоятельного критерия при определении размера компенсации. Представим, что один производитель за месяц изготовил и реализовал 100 тыс. единиц продукции, незаконно маркировав их чужим товарным знаком; другой же за 6 месяцев ввел в оборот 1 тысячу контрафактных товаров. Несмотря на то что имущественные потери правообладателя в первом случае очевидно больше, суд, руководствуясь приведенным выше разъяснением ВС РФ и ВАС РФ, вправе снизить размер компенсации, ссылаясь на незначительный срок использования товарного знака.

Что касается степени вины нарушителя и наличия ранее совершенных нарушений исключительных прав, то эти обстоятельства в принципе не могут влиять на степень меры гражданско-правовой ответственности, каковой признается компенсация. Более того, согласно действующему законодательству применение компенсации возможно и при отсутствии вины нарушителя – предпринимателя (п. 3 ст. 1250 ГК). Получается, что при решении вопроса о привлечении к ответственности за нарушение исключительных прав вина не имеет значения, а при определении размера компенсации суду придется выяснять степень вины нарушителя. Представляется, что подобное противоречие фактически сводит на нет намерение законодателя установить повышенный режим ответственности для субъектов, осуществляющих предпринимательскую деятельность, поскольку присужденный судом размер компенсации может оказаться минимальным в связи с «легкой виной» нарушителя.

Примечательно, что абзацем ниже в этом же пункте ст. 1252 ГК установлено правило, позволяющее суду уменьшить размер компенсации в случае, если одним действием нарушены права на несколько результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации и права принадлежат одному и тому же лицу. Общий размер компенсации за нарушение прав на них может быть снижен *с учетом характера и последствий нарушения*.

Подобная противоречивость законодателя, предлагающего разные критерии определения размера возмещения даже в рамках одного правового института, негативно сказывается на правоприменительной практике. Заявленные правообладателями требования о взыскании компенсации в большинстве случаев удовлетворяются арбитражными судами частично, при этом обоснование необходимости снижения размера компенсации (если оно вообще имеется) удивляет своей пестротой. Это и неосторожная форма вины нарушителя², и факт привлечения его к административной ответственности³, и неспособность нарушителя оказать влияние на состояние конкуренции⁴, факт совершения правонарушений впервые⁵, поведение ответчика после выявления факта нарушения исключительных прав⁶, ответчик – физическое лицо⁷ и др.

Отсутствие единообразного подхода к определению размера компенсации за нарушение исключительных прав в законодательстве и судебной практике может привести к снижению интереса правообладателей к данному способу защиты, поскольку восстановления имущественного положе-

ния правообладателя в состояние до нарушения, на что de jure направлено взыскание компенсации, de facto не происходит.

Подводя итог, можно утверждать, что *определяющим размером компенсации за нарушение исключительных (как, впрочем, и других имущественных) прав критерием в гражданском праве является соразмерность действительным или предполагаемым имущественным потерям потерпевшего*. Именно этот критерий и должен быть нормативно закреплен во всех правовых институтах, предусматривающих применение компенсационных мер. Определяя соответствие размера компенсации наличным или вероятным убыткам кредитора, суды должны принимать во внимание лишь те обстоятельства, которые могут влиять на убытки. Перечень таких обстоятельств (вспомогательных критериев) может быть установлен в виде примерного перечня судебными органами: срок незаконного использования исключительного права, экономическая ценность объекта (например, степень известности товарного знака, наличие и уровень наград, которыми отмечен объект авторского права), затраты на его создание, масштабы введения в оборот и др.

¹ Пункт 43.3 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26.03.2009 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации». Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² *Решение* арбитражного суда Ставропольского края от 06.10.2014 по делу № А63-5775/2014. URL: www.sudact.ru (дата обращения: 22.02.2016).

³ *Решение* арбитражного суда Хабаровского края от 29 октября 2014 г. по делу № А73-11820/2014. URL: www.sudact.ru (дата обращения: 22.02.2016).

⁴ *Решение* арбитражного суда Ставропольского края от 06.10.2014 по делу № А63-5775/2014. URL: www.sudact.ru (дата обращения: 22.02.2016).

⁵ *Решение* арбитражного суда Кировской области от 18.12.2014 г. по делу № А28-4923/2014. URL: www.sudact.ru (дата обращения: 22.02.2016).

⁶ *Постановление* Девятого апелляционного арбитражного суда от 15 мая 2015 г. по делу № А40-3785/2011. URL: www.sudact.ru (дата обращения: 22.02.2016)

⁷ *Решение* арбитражного суда Кировской области от 18.12.2014 г. по делу № А28-4923/2014. URL: www.sudact.ru (дата обращения: 22.02.2016).

Н. В. Кузнецова

*Удмуртский государственный университет,
г. Ижевск*

ВИДЫ ОГРАНИЧЕНИЙ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

Обеспечение свободы участников гражданского оборота в сфере заключения, изменения договоров и распоряжения ими осуществляется путем закрепления в гражданском законодательстве принципа свободы договора. Поскольку любая свобода непосредственно связана с ее ограничениями, то, безусловно, одной из актуальных проблем цивилистики является уяснение вопросов, связанных с данным правовым явлением, видами таких ограничений и целями их установления. Так, например, М.И. Брагинский отмечал, что «при всем значении свободы договоров она, как и любая иная свобода, имеет свои пределы. В интересах "другого", под которым подразумеваются остальные члены общества и общество (государство) в целом, устанавливаются различного рода ограничения, закрепленные в самой общей форме в нормах договорного права»¹.

Вопрос о классификации ограничений договорной свободы в настоящее время недостаточно разработан в науке гражданского права. Данное обстоятельство, на наш взгляд, влечет за собой множество проблем в практике применения гражданского законодательства. Возникают вопросы о праве соответствующих субъектов заключить тот или иной договор (например, уступка права на взыскание неустойки отдельно от основного обязательства; договор страхования ответственности за нарушение договорных обязательств и т. д.); о возможности включить в заключаемый договор определенные условия (например, соглашение о задатке в предварительном договоре; условия о праве арендодателя не принимать арендованное имущество до исполнения арендатором своих обязанностей по восстановлению данного имущества и др.).

Необходимость изучения ограничений свободы договора, таким образом, необходима, во-первых, для установления четких и ясных запретов в нормах договорного права, позволяющих субъектам гражданского оборота еще на стадии заключения гражданско-правового договора уяснить для себя рамки дозволенного поведения, а во-вторых, исключить произвольное вмешательство судов в правовое регулирование содержания принципа свободы. Второе обстоятельство особенно актуально в настоящее время, когда суды достаточно активно вмешиваются в процесс установления обязательных правил поведения для субъектов гражданского оборота (например, правила применения ст. 319 ГК РФ, ст. 327 ГК РФ, п. 3 ст. 614 ГК РФ и др.)

В научной литературе на сегодняшний день существуют различные классификации ограничений свободы договора. Так, например, М.И. Брагинский подразделял их на негативные и позитивные²; Н.И. Клейн отмечала необходимость учета ограничений договорной свободы, предусмотренных Конституцией Российской Федерации, федеральными законами, в том числе императивными нормами ГК РФ в целях защиты публичных интересов, слабой стороны в договоре³. К.И. Забоев выделяет объективные и субъективные ограничения, относя к первым нормы гражданского права, устанавливающие внешние и внутренние изъятия из «сектора свободы, а ко вторым – ограничения, установленные контрагентами для себя самостоятельно, по своему усмотрению»⁴.

А.Г. Карапетов и А.Н. Савельев обращают внимание, в частности, на ограничения договорной свободы во имя интересов общества, государства или третьих лиц, а также ограничение в «патерналистских» целях⁵.

А.Д. Манджиев отмечает статику и динамику свободы договора, разграничивая ограничения договорной свободы на стадии возникновения и исполнения договорного обязательства⁶. Таким образом, ограничения свободы договора можно классифицировать по различным основаниям. Во-первых, по основаниям их установления: предусмотренные Конституцией Российской Федерации (п. 3 ст. 17; п. 2 ст. 34; п. 3 ст. 55), ГК РФ, установленные специальными федеральными законами.

Во-вторых – по цели их установления: а) предусмотренные в целях защиты интересов государства и общества в целом; б) ограничения в целях защиты «слабой» стороны в договоре; в) ограничения в целях обеспечения защиты прав третьих лиц. В-третьих, свобода договора ограничена в зависимости от стадии договорного процесса. Сюда относятся ограничения, предусмотренные на момент выбора контрагента по договору и вида договора, правилам которого стороны хотят подчинить свои отношения – нормы о специальном субъектном составе договора, преимущественных правах на заключение отдельных видов договоров; запреты на заключение договоров определенного вида (ст. 574 ГК РФ, ст. 932 ГК РФ). К этой же группе относятся ограничения, предусмотренные на момент оформления договорного правоотношения – правила о форме и государственной регистрации договоров и недействительности договоров, ограничения, предусмотренные относительно содержания гражданско-правовых договоров, установления отдельных условий договоров императивными нормами, оценочные понятия при определении договорных условий, требования о существенных условиях договора. Ограничения договорной свободы можно подразделить в зависимости от того, к кому они обращены, на предусмотренные для субъектов предпринимательской деятельности и установленные для иных участников гражданского оборота. К таковым относятся правила, предусмотренные ст. 310 ГК РФ о недопустимости одностороннего отказа от обязательства, норма ст. 317.1 о возможности начисления законных процентов на сумму денежного обязательства, ст. 431.1 о договорных последствиях недействительности договора и др.

Особое место среди ограничений договорной свободы занимают обязательные основания их заключения. При этом также следует заметить, что вопросы о понятии, видах обязательных оснований заключения договора недостаточно исследованы в российской цивилистике. Значимость же изучения указанных вопросов, на наш взгляд, трудно переоценить, ибо, как отмечал еще И.А. Покровский, «известные ограничения принципа договорной свободы неизбежны, и весь вопрос заключается только в том, как далеко они могут идти и в каких терминах они могут быть выражены»⁷.

Что же представляют собой обязательные основания заключения договоров?

Под обязательными основаниями заключения гражданско-правовых договоров следует понимать такие обстоятельства, с которыми нормы гражданского законодательства связывают определением правовых последствия, как то обязанность одной или обеих сторон в будущем, на определенных условиях, заключить определенный гражданско-правовой договор. Классифицировать обязательные основания заключения гражданско-правовых договоров можно по различным основаниям. Во-первых, по сфере их распространения можно выделить общие и специальные обязательные основания заключения договоров. К общим возможно было бы отнести те, которые распространяются на

все или значительное большинство договоров. Например, таковыми являются предварительный договор; победа на торгах при заключении договора по конкурсу или на аукционе.

Специальные обязательные основания характерны только для определенной группы договоров (публичный договор) либо предусмотрены только для определенного вида договора (например, принудительная лицензия, обязательное страхование, договор банковского счета в порядке, предусмотренном п. 2 ст. 846 ГК РФ и др.).

Обязательные основания заключения гражданско-правовых договоров можно классифицировать по основаниям возникновения у сторон обязанности заключить договор: 1) на предусмотренные законом (обязательное страхование, государственный, муниципальный заказ) и 2) соглашением сторон (предварительный договор, победа на торгах). По распределению прав и обязанностей сторон договора можно выделить двустороннеобязывающие (предварительный договор) и одностороннеобязывающие (публичный договор). Так, например, требовать заключения договора, относящегося к типу публичных, вправе только не обязанная к заключению договора сторона. Заметим, что в отношении возможности существования синаллагматических обязательств заключить договор в будущем еще Е. Годэмэ отмечал, что таковые «по существу, являются односторонними», а принятие на себя обеими сторонами обязательств заключить договор в будущем будет не обещание договора, а «договор со сроком или условный». На наш взгляд, то обстоятельство, что современное гражданское законодательство предлагает конструкцию синаллагматического предварительного договора, не исключает право участников гражданского оборота заключать его как односторонний.

В этом случае ст. 429 ГК РФ можно было бы применять как аналогию закона.

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 1: общие положения: изд. 2-е, испр. М.: «Статут» 1999, С. 157.

² Там же. С. 161.

³ Клейн Н.И. Принцип свобод договора и основания его ограничения в предпринимательской деятельности // Предпринимательские договоры (матер. ежегод. науч. чтений пам.проф. С.Н. Братуся (М., 24 октября 2007 г.) М.: ИД «Юриспруденция», 2008, С. 75.

⁴ Забоев К.И. Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора. СПб.: «Юридический центр Пресс», 2003, С. 186–187.

⁵ Карпетов А.Г., Савельев А.Н. Свобода договора и ее пределы. Т.1: Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и его ограничений. М. Статут, 2012, С. 313.

⁶ Манджиев А.Д. Ограничения при реализации свободы договора: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М. 2015. С. 16, 20.

⁷ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Петроград, 1917. С. 251.

О. А. Кузнецова

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

К ВОПРОСУ О «ВИНОВНОЙ» И «БЕЗВИНОВНОЙ» ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

Неразрешенный до сих пор спор о том, какой из двух принципов – вины или причинения – лежит в основании гражданско-правовой ответственности, имеет давнюю историю.

Участников указанной дискуссии условно можно разделить на две основные группы.

Концепция допустимости гражданско-правовой ответственности без вины. Самую многочисленную группу представителей данной концепции составляют ученые, которые считают, что в гражданском праве действует принцип вины с некоторыми ограничениями (исключениями)¹.

Так, О.С. Иоффе писал: «Ответственность за вину, за совершение виновных действий, составляет основной принцип ответственности, общий для всех отраслей советского социалистического права. Разумеется, вопрос о признании известной формы вины и определенной степени виновности достаточными для применения юридических санкций к правонарушителю может ставиться и разрешаться по-разному в различных отраслях права, в зависимости от специфического характера регулируемых ими общественных отношений»². Далее ученый пишет, что участники советского гражданского оборота должны знать, что «основанием для возложения на них ответственности, как правило

(выделено мной – *О.К.*), может явиться лишь такое поведение, результаты которого они могли и должны были предвидеть»³.

Концепция недопустимости гражданско-правовой ответственности без вины. Представители этой концепции полагали, что какие-либо исключения из принципа вины недопустимы, т. к. «принцип – это исходное положение, основа, от которой не отступают»⁴. Такая методологическая позиция означает, что невозможно существование гражданско-правовой ответственности без вины. О.А. Красавчиков утверждал, что если отсутствует вина, то нельзя говорить о наличии ответственности⁵. М.И. Брагинский писал: «В цепи, где конечный результат – наступление ответственности, неизменным звеном являются виновные действия самого должника»⁶.

Очевидно, что спор между представителями указанных двух концепций о допустимости гражданско-правовой ответственности без вины вообще не может быть разрешен цивилистическими средствами. Эти концепции исходят из двух разных методологических подходов: допустима или не допустима юридическая ответственность без вины.

Методология исследования основания гражданско-правовой ответственности. Выбирая методологический подход к исследованию основания гражданско-правовой ответственности, нельзя забывать о том, что категория юридической ответственности является общеправовой, межотраслевой. А теория права обладает *методологическим значением* для всех правовых наук.

«Виновность» юридической ответственности пронизывает выявленную теорией права ее сущность на уровне понятия, признаков, целей, функций и принципов применения. Насколько соответствует такой сущности юридической ответственности «безвиновная ответственность»?

Теоретики права дефинируют юридическую ответственность исключительно с использованием признака вины. Относительно основания юридической ответственности они крайне консервативны, полагая, что она наступает только при наличии вины правонарушителя. Например, В.В. Лазарев пишет: «правонарушение – это виновное противоправное и вредоносное поведение деликтоспособных лиц, влекущее юридическую ответственность», «юридическая ответственность – это мера государственного принуждения за совершенное правонарушение, связанное с претерпеванием виновным лишений личного (организационного) или имущественного характера»⁷.

«Сущностью юридической ответственности может быть тот существенный и общий признак, который характерен для всех её видов. Этим признаком является воплощенное в санкциях государственное осуждение»⁸. На это обращалось внимание и цивилистами: «В гражданской ответственности выражается осуждение поведения лица, нарушающего свои обязанности. В этом ее сущность»⁹.

Применение государственного принуждения в виде привлечения к юридическому ответу лица, совершившего правонарушение без вины, в рамках существующей теории права, не допускается. Нет никакого смысла привлекать именно к ответственности лицо, в поведении которого отсутствует вина: «юридическая ответственность имеет смысл лишь в случае, когда налицо негативное психическое отношение со стороны субъекта права относительно явлений, признанных государством ценностями»¹⁰. А вот для различного рода компенсаций вина плательщика никакого значения не имеет. Виновная и «безвиновная» ответственность имеют неодинаковые сущности.

Целями юридической ответственности являются защита правопорядка от правонарушений и воспитание граждан. «Безвиновная ответственность» вообще не способна достичь указанных целей. Назначение мер юридической ответственности, их сущностная ценность заключается в борьбе с негативным поведением и стимулировании позитивного поведения участников общественных отношений.

Цель «ответственности» за невиновное поведение исследователям видится в другом: она существует для того, чтобы причинитель вреда «с максимальной интенсивностью искал путей предотвращения этого вреда»¹¹, «чтобы всячески стимулировать дальнейшее совершенствование ... техники, дальнейший рост безопасности»¹², «побуждать владельцев источников повышенной опасности к принятию соответствующих мероприятий»¹³. Но правовая ответственность как осуждающее государственное принуждение по своей природе не может стимулировать граждан совершенствовать технику, для этого у ответственности нет никакого механизма.

Юридическая ответственность выполняет штрафную, компенсационную (правовосстановительную), воспитательную и превентивную функции. Соотношение этих функций в разных видах ответственности может быть различным. Безусловно, компенсационная составляющая в гражданской ответственности занимает намного больше места, чем в публично-правовой, но признание этого не должно вести к нивелированию, уничтожению всех остальных сущностных признаков и функций юридической ответственности как родового понятия по отношению к гражданско-правовой.

Виновная ответственность направлена на воздействие на правонарушителя, его имущественное наказание и на компенсационную выплату, а «безвиновная» – только на компенсационную выплату.

Подчеркнем, что наличие компенсационного характера в какой-либо выплате не делает последнюю автоматически мерой юридической ответственности. Иного в теории права пока не доказано.

«Безвиновная ответственность» не вписывается и в принципы юридической ответственности, к которым относят законность, соразмерность правонарушения и наказания, обоснованность, состязательность, неотвратимость, своевременность, целесообразность и гуманизм. В частности, О.Э. Лейст пишет: «Основным принципом юридической ответственности является законность. Это означает, что ответственность применяется только за правонарушение, то есть виновное противоправное деяние, совершенное деликтоспособным лицом»¹⁴. При таком подходе «безвиновная ответственность» явно незаконна.

Таким образом, допущение «безвиновной ответственности» заставит кардинально пересмотреть теоретико-правовую категорию «юридическая ответственность».

Сравнение сущности виновной и безвиновной ответственности может привести только к одному выводу: перед нами два разных правовых явления. Невозможность включения «безвиновной» ответственности в общеправовую категорию ответственности является «методологическим запретом» использования этой теоретической конструкции и в то же самое время нацеливает научный поиск в направлении выявления её сущности.

«Безвиновная ответственность» как обязанность возмещать вред. С учетом признаков, целей и функций безвиновной ответственности необходимо вести речь о том, что на данном этапе развития общества необходимо установление обязанности возмещать вред, причиненный безвиновным нарушением гражданских прав. Это не осуждающая мера государственного принуждения за негативное поведение, а юридическая обязанность, такая же, как обязанность служить в армии или платить налоги.

Сущность так называемой «безвиновной» ответственности за вред, причиненный, например, деятельностью, создающей повышенную опасность, не в осуждении, предупреждении новых правонарушений или в перевоспитании и не в стимулировании соблюдения техники безопасности или изобретательской мысли, а в «вознаграждении (компенсации) за вред», пока, например, государство не возьмет на себя обязанность полного возмещения подобных случайных убытков либо пока они не будут возмещаться через механизмы обязательного страхования.

¹ Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву. Л.: Изд-во ЛГУ, 1955; Матвеев Г.К. Вина в советском гражданском праве. Киев, 1955.

² Иоффе О.С. Значение вины в советском гражданском праве // Ученые записки ЛГУ им. А.А. Жданова. № 129. Серия юридических наук. Вып. 3. Вопросы государства и права. Л., 1951. С. 118.

³ Там же. С. 120.

⁴ Константинова В.С. Принципы гражданско-правовой ответственности по договору поставки // Ученые записки Саратовского юридического института им. Д.И. Курского. Саратов, 1970. Вып. XIX. Ч. 1. С. 130.

⁵ Красавчиков О.А. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности // Красавчиков О.А. Категории науки гражданского права: избр. труды: в 2 т. М.: Статут, 2005. Т. 2. С. 403.

⁶ Брагинский М.И. К вопросу об ответственности за чужие действия по советскому гражданскому праву // Труды ВЮЗИ. Том I «Вопросы гражданского права и политической экономии». М., 1961. С. 11.

⁷ Лазарев В.В. Правонарушение и юридическая ответственность // Проблемы общей теории права и государства / под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М.: Норма, 2001. С. 477, 490.

⁸ Варул П.А., Грязин И.Н. Некоторые методологические положения исследования юридической ответственности в условиях ускорения социально-экономического развития // Ученые записки Тартуского государственного университета. Вып. 765. Труды по правоведению: «О роли юридической ответственности в условиях ускорения социально-экономического развития». Тарту, 1987. С. 23.

⁹ Брагинский М.И. К вопросу об ответственности за чужие действия по советскому гражданскому праву // Труды ВЮЗИ. Т. I. Вопросы гражданского права и политической экономии. М., 1961. С. 9.

¹⁰ Варул П.А., Грязин И.Н. Некоторые методологические положения исследования юридической ответственности в условиях ускорения социально-экономического развития // Ученые записки Тартуского государственного университета. Вып. 765. Труды по правоведению. О роли юридической ответственности в условиях ускорения социально-экономического развития. Тарту, 1987. С. 26.

¹¹ Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения. М.: Гос. изд-во Юрид. лит-ры, 1951. С. 137.

¹² Шварц Х.И. Значение вины в обязательствах из причинения вреда. М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1939. С. 48.

¹³ Яичков К.К. Система обязательств из причинения вреда в Советском праве // Вопросы гражданского права. М.: Изд-во МГУ, 1957. С. 166.

¹⁴ Лейст О.Э. Юридическая ответственность // Общая теория государства и права. Академический курс в 3 т. / отв. ред. М.Н. Марченко. М.: Норма, 2007. Т. 3. С. 693.

ЗАЛОГ: ОТДЕЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

В современном хозяйственном обороте залог является, пожалуй, одним из самых распространенных и в то же время сложных способов обеспечения исполнения обязательств. Новая редакция параграфа 3 гл. 23 ГК РФ, действующая с 01.07.2014 г., вызывает некоторые вопросы, связанные с применением норм указанного параграфа.

Прежде всего, обращает на себя внимание новое определение залога как способа обеспечения исполнения обязательств (ст. 334 ГК РФ), из него исключены слова: «за изъятиями, установленными законом», т.е. получается, что залогодержатель вправе получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед всеми другими кредиторами лица, которому принадлежит заложенное имущество. В то же время «изъятия, установленные законом», остались, действующее законодательство предусматривает исключения из приведенного правила. Так, п.2 ст.64 ГК РФ устанавливает, что требования кредиторов по обязательствам, обеспеченным залогом имущества ликвидируемого юридического лица, удовлетворяются за счет средств, полученных от продажи предмета залога, преимущественно перед иными кредиторами, за исключением обязательств перед кредиторами первой и второй очереди, права требования по которым возникли до заключения соответствующего договора залога.

Пункт 4 ст. 341 ГК РФ содержит новое правило о независимости залога недвижимости от основного обязательства. Законом в отношении залога недвижимого имущества может быть предусмотрено, что залог считается возникшим, существует и прекращается независимо от возникновения, существования и прекращения основного обязательства. По сути это может означать, что даже в случае надлежащего исполнения основного обязательства должником, кредитор (залогодержатель) может обратиться с иском на заложенную недвижимость. Такое решение законодателя требует, как минимум, разработки дополнительных норм возникновения, существования и прекращения независимой ипотеки, а также решения отдельных вопросов правоприменения, например, о том, какой нормой должен будет руководствоваться нотариус (при внесудебном порядке обращения с иском на заложенное имущество) в такой ситуации: ст. 94.3 Основ законодательства РФ о нотариате, предусматривающей, что нотариус может совершить исполнительную надпись на договоре о залоге, если только ему не будут представлены документы, подтверждающие факт исполнения обеспеченного залогом обязательства, отсутствия оснований для обращения с иском на заложенное имущество или наличия оснований, по которым обращение с иском не допускается, либо соответствующей нормой закона, которой будет предусмотрена независимость залога недвижимого имущества от основного обязательства?

В отдельных статьях параграфа 3 гл. 23 ГК РФ законодатель использует оборот «лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность». Например, в ст. 339 ГК РФ предусматривается, что в договоре залога, залогодателем по которому является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, предмет залога может быть описан любым способом, позволяющим идентифицировать имущество в качестве предмета залога на момент обращения с иском, в том числе путем указания на залог всего имущества залогодателя или определенной части его имущества, либо на залог имущества определенных рода или вида. Такая формулировка вызывает некоторые вопросы: речь идет о любых субъектах, занимающихся предпринимательской деятельностью (некоммерческих организациях в том числе), или следует говорить только о лицах, имеющих статус предпринимателя; законодатель говорит об обязательствах, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности или о любых обязательствах лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью?

Можно предположить (применяя буквальное толкование), что в данном случае законодатель имел в виду обеспечение любых обязательств лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью, однако, скорее всего, речь идет об обеспечении обязательств, связанных с предпринимательской деятельностью. Так, может быть, стоит использовать в этой норме более точное выражение, сделав акцент не на субъекте, а на обязательстве, об обеспечении исполнения которого идет речь.

В цивилистике достаточно давно обсуждается вопрос о том, могут ли быть предметом залога деньги. Последние изменения параграфа 3 гл. 23 ГК РФ не дали конкретного ответа на этот вопрос, но, думается, что эти изменения значительно снизили актуальность данного вопроса, предусмотрев залог прав по договору банковского счета, а также по договору банковского вклада (ст. 358.9–358.14 ГК РФ). При этом взыскание на заложенные права может быть обращено как в судебном, так и в несудебном порядке. Упрощен порядок реализации заложенных прав: реализация осуществляется по договору банковского счета (вклада) путем списания банком на основании распоряжения залогодержателя денежных средств с залогового счета залогодателя и выдачи их залогодержателю или зачисления их на счет, указанный залогодержателем. Правила о реализации заложенного имущества, установленные ст. 350-350.2 ГК РФ в этих случаях не применяются. Таким образом, получается, что деньги как вещи не могут быть предметом залога, а права по договору банковского счета (вклада) вполне могут являться предметом залога, как разновидность залога обязательственных прав. Полагаем, что залог денежных средств со временем может стать одним из наиболее удобных и востребованных способов обеспечения исполнения обязательств.

В настоящее время существует коллизия между п.3 ст. 349 ГК РФ и ст. 55 закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)», в которых установлен запрет на внесудебный порядок обращения взыскания на заложенное имущество. Так, закон об ипотеке запрещает внесудебный порядок обращения взыскания в следующих случаях:

1) если предметом ипотеки является жилое помещение, принадлежащее на праве собственности физическому лицу. В п.3 ст. 349 ГК РФ сформулировано иное правило: если предметом залога является единственное жилое помещение, принадлежащее на праве собственности гражданину, за исключением случаев заключения после возникновения оснований для обращения взыскания соглашения об обращении взыскания во внесудебном порядке;

2) заложенное имущество является предметом предшествующей и последующей ипотек, при которых применяется разный порядок обращения взыскания на предмет ипотеки или разные способы реализации заложенного имущества. В п.3 ст. 349 ГК РФ присутствует оговорка: если соглашением между предшествующим и последующим залогодержателями не предусмотрено иное;

3) имущество заложено в обеспечение исполнения разных обязательств нескольким залогодержателям. Пункт 3 ст. 349 ГК РФ дополняет: за исключением случая, когда соглашением всех созалогодержателей с залогодателем предусмотрен внесудебный порядок обращения взыскания.

Какая норма имеет приоритет?

С учетом п. 4.ст. 334 ГК РФ о том, что к залому недвижимого имущества (ипотеке) применяются правила ГК РФ о вещных правах, а в части, не урегулированной указанными правилами и законом об ипотеке, общие положения о залоге, следует прийти к выводу о том, что приоритет имеет норма закона об ипотеке. В то же время из приведенной ст. 349 ГК РФ можно сделать вывод, что законодатель стремился расширить практику применения внесудебного порядка обращения взыскания на заложенное имущество. Однако сложившаяся ситуация никак не способствует этому.

В. П. Ладыгина

*Московская академия экономики и права,
г. Москва*

КОНЦЕПЦИЯ ОТГРАНИЧЕНИЯ «ПРОФИЛАКТИЧЕСКОЙ ОХРАНЫ» И «ПРЕДОТВРАТИТЕЛЬНОЙ ОХРАНЫ» ОТ «ЗАЩИТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ»

Н.И. Матузов в свое время писал: «Вообще охрана и защита субъективного права или охраняемого законом интереса – не одно и то же: охраняются они постоянно, а защищаются только тогда, когда нарушаются. Защита есть момент охраны, одна из ее форм. Эти понятия не совпадают»¹.

Смысловое значение термина «охрана» определяется через слово «охранять», что означает «оберегать», «бережно относиться»². Из сказанного можно заключить, что охрана гражданских прав имеет явно выраженный превентивный характер.

В целом предложенные определения исследуемых категорий позволяют заключить, что понятие «охраны» в самом широком смысле включает в себя и понятие «защиты» как ее частный случай. По верному замечанию И. Зыковой, «охрану можно рассматривать и как цель защиты»³.

В словаре русского языка С.И. Ожегова, слово «защищать» трактуется как «охраняя, оградить от посягательств, от враждебных действий, от опасности»⁴. Вероятно, руководствуясь семантическим толкованием данного слова, многие правоведы под защитой гражданских прав понимают деятельность по устранению препятствий на пути их осуществления.

Поверхностный анализ системы российского законодательства позволяет заключить, что законодатель наряду с термином «охрана прав и законных интересов» использует и термин «защиты прав и законных интересов». К примеру, в Гражданском кодексе РФ (далее – ГК РФ) речь идет о защите гражданских прав (ст. 2, 11, 12 ГК РФ), Гражданский процессуальный кодекс РФ (далее – ГПК РФ) оперирует категорией «защита нарушенных прав» (ст. 2 ГПК РФ), Семейный кодекс РФ (далее – СК РФ) использует такую терминологию, как «защита семейных прав» (ст. 8 СК РФ), Земельный кодекс РФ (далее – ЗК РФ) употребляет словосочетание «охрана земли, жизни и здоровья человека» (ст. 1 ЗК РФ), в Уголовно-процессуальном кодексе (далее – УПК РФ) используется выражение «защита личности от преступлений, незаконного обвинения и осуждения» (ст. 6 УПК РФ) и т.п.

Отдельно подчеркнем, что и в Конституции РФ употребление понятий «защита» и «охрана» весьма неоднозначно: так, в ней встречается 25 фрагментов использования понятия «защита» и 15 фрагментов – понятия «охрана».

Изучение некоторых норм действующего гражданского законодательства позволяет сделать вывод о том, что категорию защиты законодатель связывает в большинстве случаев именно с нарушением права. Так, в п. 2 ст. 150 ГК РФ указано, что нематериальные блага защищаются в соответствии с ГК РФ и другими законами в случаях и в порядке, ими предусмотренных, а также в тех случаях и тех пределах, в каких применение способов защиты гражданских прав вытекает из существа нарушенного нематериального права и характера последствий этого нарушения.

В ст. 304 ГК РФ, озаглавленной «Защита прав собственника от нарушений, не связанных с лишением владения» говорится о праве собственника требовать устранения всяких нарушений его права, хотя бы эти нарушения и не были соединены с лишением владения.

В целом следует заключить, что системное толкование ст. ст. 11–12 ГК РФ позволяет заключить, что защита гражданских прав возможна при нарушении права, а также в случае его непризнания или оспаривания. Следовательно, тезис о том, что защита гражданских прав связана исключительно с фактом правонарушения, нельзя признать убедительным. Признание обратного приведет к ограничению возможности применения адекватных способов защиты гражданских прав⁵.

По нашему глубокому убеждению, разграничение понятий «охрана гражданских прав» и «защита гражданских прав» представляется научно обоснованным и корректным с точки зрения содержания. В этой связи стоит согласиться с Л.О. Красавчиковой, которая справедливо замечает, что защита и охрана преследует различные цели: охрана направлена на предупреждение правонарушения, а защита – на восстановление нарушенных прав и устранение причин, влекущих правонарушение⁶.

Важно иметь в виду, что «охрана права» и «защита права» находятся в тесной взаимосвязи и взаимообусловленности. Процесс реализации защиты включает в себя и элемент охраны, и элемент превенции, а при осуществлении охранительных мероприятий присутствуют элементы защиты субъективных прав, в частности, при применении мер государственного принуждения⁷.

В.А. Фомин небезосновательно замечает, что «термин «защита права» в точном юридическом смысле не надо смешивать с понятием «охрана права», которое обычно трактуется более широко, так как включает в себя любые меры, направленные на обеспечение интересов управомоченного субъекта»⁸.

Принципиальное отличие гражданско-правовой охраны от гражданско-правовой защиты не является чисто терминологическим, а базируется на определенных критериях, к числу которых следует отнести арсенал юридических средств, цели и задачи и т.д.

¹ Матузов Н.И. Правовая система и личность. Саратов: изд-во Саратовского ун-та, 1987. С. 130–131.

² Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка. М., 1993. С. 230, 499. 955 с.

³ Зыкова И. О правовой природе защиты гражданских прав // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 12. С. 4.

⁴ Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка / под ред. Н.Ю. Шведовой. М., 1992. С. 196.

⁵ Богданова Е.Е. Проблема основания защиты субъективных гражданских прав // Журнал рос. права. 2004. № 10. С. 40–45.

⁶ Красавчикова Л.О. Гражданско-правовая охрана личной жизни советских граждан: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1979. С. 7.

⁷ Русиаишвили А.В. Категория противоправности в гражданском праве // Гражданско-правовая норма и формы ее применения. Тбилиси, 1982. С. 49.

⁸ Фомин В.А. Нотариат как один из способов внесудебного урегулирования гражданских правоотношений // Нотариус. 2013. № 2. С. 21.

А. Н. Левушкин

*Всероссийский государственный университет юстиции
(РПА Минюста России),
г. Москва*

ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПОСТАВКИ ТОВАРОВ ДЛЯ ГОСУДАРСТВЕННЫХ НУЖД

Отношения поставки товаров для государственных нужд свойственны определённые особенности, касающиеся субъектного состава, структуры договорных связей, оснований, порядка заключения и исполнения договоров, гражданско-правовой ответственности. Следует отметить особое законодательное регулирование данных правоотношений, в частности, это выражается в увеличении числа императивных норм, предусмотренных не только в гражданском законодательстве РФ, но и в специальном законодательстве, регулирующем поставку товаров для государственных нужд. Такие меры представляются необходимыми, так как цели установления данных правоотношений являются очень важными и направлены на достижение социального благополучия, обороноспособности и безопасности существования государства в целом.

С учётом всего вышесказанного, становится понятным повышенное внимание законодателя к проблемам правового регулирования отношений по поставке товаров для государственных нужд в целях их надлежащего осуществления. Следовательно, необходимо оценить действующую эффективность гражданско-правового регулирования указанных правоотношений на основе Гражданского кодекса РФ, а также принимаемого в соответствии с ним специального законодательства, касающегося проведения закупок для государственных нужд.

ГК РФ относит поставку товаров для публичных нужд в отдельный вид купли-продажи. Отношения поставки товаров для общегосударственных нужд регулируются ч. 2 гл. 30 ГК РФ. При этом в силу норм ст. 454 п. 5 ГК к данным отношениям применяются не только специальные нормы, но и непосредственно общие положения о купле-продаже. Объясняется такое правило тем, что обязательства, вытекающие из заключаемого договора на поставку продукции для публичных нужд, как и обязательства по договору купли-продажи, направлены на переход права собственности на определённое имущество от одного субъекта-участника таких правоотношений, к другому.

Наиболее полное определение государственных нужд содержалось в Федеральном законе от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд». «Под государственными нуждами понимаются обеспечиваемые за счет средств федерального бюджета или бюджетов субъектов Российской Федерации и внебюджетных источников финансирования потребности Российской Федерации, государственных заказчиков в товарах, работах, услугах, необходимых для осуществления функций и полномочий Российской Федерации, государственных заказчиков (в том числе для реализации федеральных целевых программ), для исполнения международных обязательств Российской Федерации, в том числе для реализации межгосударственных целевых программ, в которых участвует Российская Федерация, либо потребности субъектов Российской Федерации, государственных заказчиков в товарах, работах, услугах, необходимых для осуществления функций и полномочий субъектов Российской Федерации, государственных заказчиков, в том числе для реализации региональных целевых программ». Однако в действующий в настоящее время Федеральный закон «О контрактной системе» законодатель по непонятным причинам не включил данное определение. В научных трудах авторы определяют государственные нужды как «общественно значимые нужды (потребности) соответствующего публично-правового образования, определённые нормой права,

объективно существующие, направлены на удовлетворение интересов неопределённого круга лиц (населения), реализуемые в установленном законом порядке специально уполномоченными органами государственной власти».

Представляется всё же, что термин «государственные нужды» необходимо закрепить на уровне законодательной дефиниции, дабы избежать неясности в регулируемых отношениях и ссылок на утратившее силу законодательство.

Поставка продукции для государственных нужд осуществляется на основе государственного контракта, а также заключаемых в соответствии с ним договоров поставки товаров для государственных нужд. В качестве основания заключения публичного контракта выступает заказ на поставку товаров для публичных нужд. Основанием заказа выступают потребности государства в различных товарах, необходимых для реализации им своих функций. Данные потребности формируются и утверждаются посредством планов закупок и планов-графиков на стадии планирования закупки. В планах закупок содержится такая информация как: цель закупки, наименование объекта закупки, объём финансового обеспечения закупки, сроки осуществления планируемых закупок, обоснование закупки.

Государственные закупки непосредственно представляют сферу прямого взаимодействия (соприкосновения) частных и публичных интересов. Поэтому следует согласиться с тем, что при регулировании данных общественных отношений необходимо решение трёх задач:

- удовлетворение, с одной стороны, частного интереса;
- удовлетворение, с другой стороны, публичного интереса;
- оказание положительного влияния на экономику страны.

Полагаем, что особенности правового положения субъектов поставки товаров для государственных нужд обуславливаются тем, что их непосредственным участником является государство – субъект гражданского права, выступающий в отношениях по поставке товаров для публичных нужд на равных началах с иными участниками этих отношений – гражданами и юридическими лицами.

Представляется, что государство участвует в правоотношениях по поставке товаров для публичных нужд в непосредственной форме. Необходимо внести дополнение в ст. 526 ГК РФ, указав, что государственные заказчики действуют от имени Российской Федерации.

Представляется необходимым в Федеральном законе «О контрактной системе» закрепить термин «государственные нужды» на уровне законодательной дефиниции, дабы избежать неясности в регулируемых отношениях.

М. Н. Малеина
*Московский государственный
юридический университет им. О. Е. Кутафина (МГЮА),
г. Москва*

ОБЯЗАННОСТЬ РОДИТЕЛЕЙ ОБЕСПЕЧИТЬ ПОЛУЧЕНИЕ ДЕТЬМИ ОБЩЕГО ОБРАЗОВАНИЯ

В Семейном Кодексе РФ обращает на себя внимание неодинаковый подход законодателя к закреплению прав и обязанностей родителей по отношению к своим детям. В разделе IV («Права и обязанности родителей и детей») преобладают общие нормы о родительских правах (равенство прав родителей, права несовершеннолетних родителей, осуществление родительских прав и их защита, лишение, ограничение родительских прав и пр.) и имеются нормы, в которых сформулированы отдельные родительские права (преимущественное право на обучение и воспитание своих детей перед всеми другими лицами, право выбора образовательной организации). Что же касается родительских обязанностей, то, прежде всего, в разделе IV СК РФ отражена норма-принцип о равенстве обязанностей родителей и специальные нормы о трех отдельных обязанностях родителей по воспитанию, образованию, защите прав и интересов детей), а в главе 13 следующего раздела V СК РФ раскрыта имущественная обязанность по содержанию детей.

На наш взгляд, права и обязанности родителей по вопросам образования детей не получили должного отражения в Семейном кодексе, что принижает их значение, дезориентирует родителей, не способствует применению мер юридической ответственности.

В п.2 ст.63 СК РФ кратко указано, что родители обязаны обеспечить детям получение общего образования, и что одновременно родители имеют право выбора образовательной организации, формы получения детьми образования и формы их обучения с учетом мнения детей до получения ими основного общего образования. Сначала остановимся на названии родительской обязанности. В некоторых учебниках имеется такое обозначение, как «право и обязанность родителей на образование ребенка»¹. Полагаю, что более правильно именовать эту обязанность родителей как обязанность обеспечить получение детьми общего образования.

Непосредственно в п.3 ст. 44 Федерального закона от 29.12.2012 г. № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации»² указано, что родители несовершеннолетних обучающихся обязаны: 1) обеспечить детям получение общего образования; 2) соблюдать правила внутреннего распорядка организации, осуществляющей образовательную деятельность, правила проживания обучающихся в интернатах, требования локальных нормативных актов, которые устанавливают режим занятий обучающихся, порядок регламентации образовательных отношений между образовательной организацией и обучающимися и (или) их родителями (законными представителями) и оформления возникновения, приостановления и прекращения этих отношений; 3) уважать честь и достоинство обучающихся и работников организации, осуществляющей образовательную деятельность. Полагаю, что такие формулировки нуждаются в корректировке.

Собственно обязанность соблюдать родителями правила локальных актов образовательных организаций не требует самостоятельного выделения среди других родительских обязанностей, поскольку входит в обязанность обеспечить детям получение общего образования. Обязанность уважать честь и достоинство обучающихся и работников не является какой-либо новой по природе и содержанию родительской обязанностью. Правила о защите чести, достоинства, деловой репутации сформулированы в ст. 152 ГК РФ независимо от возраста, рода занятий, места обучения как обладателя нематериальными благами, так и нарушителя этих благ.

В ст. 5.35 КоАП РФ установлена административная ответственность за неисполнение (ненадлежащее исполнение) родителями несовершеннолетних обязанностей по обучению несовершеннолетних. Такая редакция нормы не соответствует семейному и образовательному законодательству, предусматривающему обязанность непосредственного обучения родителями несовершеннолетнего только в случае получения образования в форме семейного образования (хотя для этой формы допускается и наем частных преподавателей, и сочетание самостоятельного обучения и организация образования вне образовательной организации).

В одном из Комментариев к ст. 5.35 КоАП РФ предлагается нарушение родителями обязанностей по обучению детей рассматривать крайне ограничено, в частности, по мнению цитируемых авторов нарушение выражается в том, что родители не приобретают для них учебники, тетради, иные школьные принадлежности, не дают им возможности учиться, не создают условий для посещения школы (не пускают в школу) и т.п.³ Такое узкое толкование вызывает сомнение.

В судебной практике вывод о наличии в поведении родителя состава административного правонарушения, предусмотренного ч.1 ст.5.35 КоАП РФ, и объяснение ненадлежащего исполнения родительской обязанности по обучению несовершеннолетнего обосновывается тем, что родитель допустил «систематические пропуски занятий ребенком в школе», «не обеспечил явку ребенка на сдачу итоговой аттестации в форме экстерната за второй класс». Но чаще всего объективная сторона административного правонарушения объединяет неисполнение родителем совокупности обязанностей по содержанию, воспитанию, обучению, защите прав и интересов несовершеннолетних.

Основанием для лишения родительских прав может быть уклонение родителя от выполнения предусмотренных законом обязанностей перед детьми (значит, в том числе и обязанности обеспечить получение детьми общего образования), При этом поведение родителей считается виновным, если дети «пропускают занятия в школе без уважительных причин, приходят в школу неопрятными, с неподготовленными уроками».

По моему мнению, обеспечение детям получения общего образования включает как действия родителей по обучению, так и по организации учебного процесса. Думается, что также и в целях унификации судебной практики в ст. 63 Семейного кодекса РФ должно быть раскрыто содержание родительской обязанности обеспечить детям получение общего образования.

¹ Семейное право: учебник для бакалавров /отв. ред. С.О.Лозовская. М.. 2014; Семейное право: учебник; 3-е изд., перераб. и доп. /под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2016.

² Собр. законодательства Рос. Федерации. 2012. № 53 (ч. 1), ст. 7598.

³Амелин Р.В., Бевзюк Е.А., Волков Ю.В., Воробьев Н.И., Вахрушева Ю.Н., Жеребцов А.Н., Корнеева О.В., Марченко Ю.А., Степаненко О.В., Томтосов А.А. Комментарий к Кодексу Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 N 195-ФЗ (постатейный) // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

И. Э. Мартыненко

*Государственный университет им. Янки Купалы,
г. Гродно*

КОДИФИКАЦИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ ОХРАНЕ ОБЪЕКТОВ КУЛЬТУРНОГО НАСЛЕДИЯ: ПЕРВЫЙ ОПЫТ В СНГ*

Национальное законодательство государств-участников СНГ об охране объектов культурного наследия (памятников истории и культуры) основывается на положениях конституции, законов о культуре, нормах законов об охране культурного (историко-культурного) наследия и его объектов (памятников, историко-культурных ценностей).

Специальные законы об охране национального культурного (историко-культурного) наследия приняты во всех странах СНГ. Так, в России действует Федеральный закон «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации» от 25 июня 2002 г. № 73-ФЗ, последние изменения в который внесены 9 марта 2016 г.

В Азербайджанской Республике принят закон «Об охране памятников истории и культуры» от 10 апреля 1998 г., в Республике Армения – закон «Об охране и использовании недвижимых памятников истории и культуры и исторической среды» от 11 ноября 1998 г. в редакции от 11 апреля 2003 г.; в Республике Казахстан – закон «Об охране и использовании объектов историко-культурного наследия» от 2 июня 1992 г. с последними изменениями от 28 октября 2015 г.; в Кыргызской Республике действует закон «Об охране и использовании историко-культурного наследия» от 26 июля 1999 г.; в Республике Молдова – закон «Об охране и использовании объектов историко-культурного наследия» от 22 июня 1993 г.; в Республике Таджикистан – закон «Об охране и использовании объектов историко-культурного наследия» от 3 марта 2006 г. в редакции закона от 28 декабря 2012 г.; в Туркменистане принят закон «Об охране и использовании объектов историко-культурного наследия» от 19 октября 2012 г.; в Республике Узбекистан – закон «Об охране и использовании объектов культурного наследия» от 30 августа 2001 г., который действует с изменениями, внесенными Законом от 30 апреля 2013 г.; в Украине – закон «Об охране культурного наследия» – от 8 июня 2000 г.

В указанных нормативных правовых актах применяются различные наименования для обозначения одних и тех же понятий: «культурные ценности» (используется в международно-правовых актах, заключенных в рамках ЮНЕСКО, а также в законодательстве ряда стран региона в целях таможенного регулирования перемещения через границу), «памятники истории и культуры» (использовались в законодательстве Союза ССР и союзных республик, а также в настоящее время в законодательстве Азербайджанской Республики), «памятник культуры» (используется в законодательстве Украины), «памятник» (используется в законодательстве Армении), «историко-культурное наследие» (используется в законодательстве Беларуси, Казахстана, Кыргызстана, Туркменистана, Узбекистана), «объекты культурного наследия» (используется в законодательстве Российской Федерации, Модельном законодательстве государств-участников СНГ), «национальное историко-культурное наследие» (используется в законодательстве Таджикистана и Туркменистана), «историко-культурные ценности» (используется в законодательстве Республики Беларусь), «культурная собственность» (используется в международно-правовых актах, заключенных в рамках Совета Европы и УНИДРУА), «культурное достояние» (используется в законодательстве Туркменистана).

С принятием новых нормативных актов происходит смешение указанных выше понятий, вызывающее, в конечном итоге, проблемы с практической реализацией правовых норм. Разнообразие возможных толкований указанных понятий обуславливается сложностью трактовки таких исходных понятий, как «история», «культура», «ценность», «наследие». Такая когерентность двух направлений

© Мартыненко И. Э., 2016

* Статья подготовлена при поддержке Белорусского республиканского фонда фундаментальных исследований.

породила соединение терминов «история» и «культура», привела к образованию понятий «историко-культурное» (наследие), «историко-культурная» (ценность). Тенденцией является принятие документов стратегического характера, в которых также отражены вопросы охраны, использования и восстановления культурного (историко-культурного) наследия:

в *Российской Федерации* приняты «Основы государственной культурной политики», которые утверждены Указом Президента Российской Федерации от 24 декабря 2014 г. № 808; постановлением Правительства от 3 марта 2012 г. № 186 утверждена Федеральная целевая программа «Культура России (2012–2018 гг.).

в *Молдове* – Стратегия развития культуры «Культура 2020», утвержденная Постановлением Правительства Республики Молдова от 9 апреля 2014 г. № 271;

в *Республике Казахстан* – Стратегия «Казахстан-2050: новый политический курс состоявшегося государства», изложенная в Послании Главы государства народу Казахстана от 14 декабря 2012 г., общенациональный план мероприятий по реализации Послания утвержден Указом Президента Республики Казахстан от 18 декабря 2012 г. № 449. Указом Президента Республики Казахстан от 4 ноября 2014 г. № 939 утверждена Концепция культурной политики Республики Казахстан, в рамках реализации которой предусмотрены меры сохранения, восстановления и использования объектов национального культурного наследия;

в *Кыргызской Республике* постановлением Правительства от 26 января 2015 г. № 23 утверждена Концепция по охране и использованию историко-культурного наследия Кыргызской Республики на 2015–2020 гг.;

в *Республике Таджикистан* постановлением Правительства от 3 декабря 2011 г. № 577 утверждена Государственная Программа охраны и использования историко-культурного наследия на 2012–2020 гг.;

в *Республике Узбекистан* постановлением Кабинета Министров от 21 июля 2014 г. № 200 утверждены дополнительные меры по дальнейшему совершенствованию охраны и использования объектов материального, культурного и археологического наследия и образована Правительственная комиссия по координации вопросов охраны и использования объектов культурного и археологического наследия;

в *Республике Беларусь* реализуется Государственная программа «Культура Беларуси» на 2016–2020 гг., утвержденная постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 4 марта 2016 г. № 180.

Количество нормативных правовых актов, принятых в сфере регулирования охраны, восстановления и использования объектов культурного (историко-культурного) наследия в некоторых странах достигает нескольких десятков. Многие из них нуждаются в упорядочении. В этом плане интересен опыт республики Беларусь, где 24 июня 2016 г. принят первый в СНГ Кодекс о культуре¹.

Предметом правового регулирования Кодекса о культуре являются: общественные отношения по сохранению культурного и духовного наследия белорусского народа; общественные отношения по установлению организационно-правовых гарантий создания, сохранения, охраны, использования, распространения и – возвращения культурных ценностей. С вступлением в силу данного кодекса прекращается действие 9 законов: «О культуре в Республике Беларусь», «О библиотечном деле в Республике Беларусь», «О народном искусстве, народных промыслах (ремеслах) в Республике Беларусь», «О творческих союзах и творческих работниках», «О кинематографии в Республике Беларусь», «О музеях и Музейном фонде Республики Беларусь», «Об охране историко-культурного наследия Республики Беларусь». Основные положения данных нормативных правовых актов вошли в данный кодекс.

Включение нормативных правовых актов в сфере культуры в единый законодательный акт позволяет: обеспечить всестороннее системное правовое регулирование общественных отношений в сфере культурного наследия; преодолеть определенные системные недостатки и вывести правовое регулирование общественных отношений в сфере охраны и восстановления историко-культурного наследия на принципиально новый уровень; провести ревизию законодательства в целях уточнения и унификации терминологии, исключения устаревших и недействующих норм, устранения пробелов и противоречий в правовом регулировании данной сфере общественных отношений.

В Кодексе о культуре предлагаются следующие определения: *историко-культурное наследие* (в РФ используется термин «культурное наследие» - прим. автора) – это совокупность отличительных итогов и свидетельств исторического и духовного развития народа, воплощенных в историко-культурных ценностях; *историко-культурные ценности* (в РФ используется термин «объект культурного наследия» – прим. автора) – это наиболее отличительные материальные объекты и нематери-

альные проявления человеческого творчества, которые имеют выдающиеся духовные, эстетические и документальные достоинства и взяты под охрану государства.

В связи с принятием кодекса о культуре изменения претерпел и гражданский кодекс: норма, регулирующая правовые последствия обнаружения клада, добавлена новой частью. Так, согласно ст. 234 Гражданского кодекса Республики Беларусь (в редакции от 24 июня 2016 г.), в случае обнаружения *клада*, состоящего из материальных культурных ценностей, обладающих отличительными духовными, художественными и (или) документальными достоинствами и соответствующих одному из критериев для придания им статуса историко-культурной ценности (т. е. охраняемого законом памятника), клад и вышеописанные материальные культурные ценности подлежат передаче в государственную собственность.

Новеллой Гражданского кодекса Республики Беларусь в 2016 г. является положение (это новая ст. 234-2 ГК), в соответствии с которым археологические артефакты, обнаруженные при проведении археологических исследований либо иным образом, подлежат передаче в государственную собственность. В случае обнаружения археологических артефактов, являющихся кладом, обладающих отличительными духовными, художественными и (или) документальными достоинствами и соответствующих одному из критериев для придания им статуса историко-культурной ценности, применяются указанные выше правила.

Подведем итоги. Кодификация законодательства об охране культурного (историко-культурного) наследия на постсоветском пространстве проведена впервые.

Опыт кодификации законодательства показывает, что данный вид систематизации законодательства является закономерным результатом непрерывного развития и совершенствования законодательной базы, результатом объективной потребности в регулировании конкретной области общественных отношений. В силу своей юридической природы кодекс способен полно и системно представить сферу отношений, которые объединяются в предмет «Сфера культуры».

Кодекс как принципиально новый комплексный акт имеет несомненные преимущества перед нормативными правовыми актами других видов. Прежде всего, он позволяет сократить количество нормативных правовых актов и отсылочных норм. И в этом его главное достоинство. Первый опыт применения скоро покажет, оправдано ли это ожидание.

¹ *Проект* Кодекса Респ. Беларусь о культуре, 24 июня 2016 г. Внесен Советом Министров Респ. Беларусь // Официальный сайт Палаты представителей Национального собрания Респ. Беларусь. URL: <http://www.house.gov.by>. (дата обращения: 01.07.2016).

А. Г. Матвеев

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

МОНИСТИЧЕСКАЯ (ГЕРМАНСКАЯ) МОДЕЛЬ СИСТЕМЫ АВТОРСКИХ ПРАВ

На мировой авторско-правовой карте монистическая модель системы авторских прав характеризуется наиболее тесной взаимосвязью моральных и имущественных прав автора. Она нашла свое признание в Германии, где авторские права еще задолго до своей законодательной регламентации воспринимались как права, имеющие личный характер. Немецкая теоретическая авторско-правовая мысль во многом основывается на философской идее И. Канта о том, что произведение автора – это его обращение к публике через издателя. Как отмечал И. Блюнчли, Канту принадлежит заслуга в том, что он первым четко указал на личный характер авторских прав¹.

На рубеже XIX–XX вв. в германской цивилистике конкурировали дуалистические и монистические взгляды на авторское право, что, на наш взгляд, позволяет сделать вывод о том, что законодательное признание монистической модели системы авторских прав в 1965 г. не было самым собой разумеющимся.

Наиболее влиятельными сторонниками точки зрения о том, что авторское право относится к личным правам и что оно в целом является неотчуждаемым, были Отто фон Гирке (O. von Gierke)² и Карл Гарайс (K. Gareis)³. Известнейшим сторонником дуалистических взглядов на авторское право был Йозеф Колер (Josef Kohler), которого Роско Паунд как-то назвал первым среди живущих юри-

стов⁴. Й. Колер разработал теорию прав на нематериальные блага, которую назвал «Immaterialgüterrecht»⁵. Он предложил модель системы авторских прав, основанную на четком противопоставлении имущественных и личных прав автора. В гражданском обороте произведение является объектом самостоятельных по отношению к вещным правам абсолютных имущественных гражданских прав. Эти права могут свободно отчуждаться. В то же время, по мнению Й. Колера, автору принадлежит ряд личных прав, которые, находясь за пределами авторских прав, являются элементом общего института личных прав. Теория Й. Колера оказала серьезное влияние на авторское право Франции, Нидерландов, Италии, России и других стран, однако в самой Германии в результате возобладали монистические воззрения на авторское право.

При кодификации гражданского законодательства в Германии, в отличие от Швейцарии, было решено не признавать личные права ни в форме единого права, ни в форме отдельных прав. В Гражданском уложении Германии было закреплено только одно из этих прав – право на имя (§ 12). Германские законы об авторском праве 1901 и 1907 гг. не содержали категории личных прав автора. Однако они стали охранять интересы автора в области неприкосновенности его произведения в форме запрета приобретателю авторского права вносить в произведение какие-либо изменения кроме тех, на которые автор по доброй совести не мог бы не согласиться.

Как и во Франции, германская модель системы авторских прав по сути сложилась в актах судебной практики и трудах ученых. Важнейший шаг на пути становления монистической системы авторских прав был сделан в 1912 г. решением Имперского суда Германии, когда тот признал абсолютное право автора на целостность произведения. Как указывалось выше, германские законы об авторском праве признавали это право только как право относительное. Художник, обратившийся в суд, защищая свои интересы, апеллировал к правам личности. Однако Имперский суд подтвердил позицию, согласно которой германское право не признает общих прав личности. И все же суд встал на сторону истца. Было сказано, что, хотя закон и признает право на целостность, имеющее договорный характер, все же явно предполагается признание такого абсолютного права. Причем основанием этого права является законодательство об авторском праве, а не институт прав личности⁶.

Впервые официально понятие «Urheberpersönlichkeitsrecht» (личное право автора) было использовано в решении немецкого суда от 26 января 1929 г. При этом говорилось, что это право автора обладает определенным своеобразием, так как произведение автора является своего рода маской его личности, которая выражается в художественной форме⁷.

В период с 1928 по 1963 г. в Германии было разработано значительное число законопроектов об авторском праве. Девятого сентября 1965 г. был принят действующий и по настоящее время Закон об авторском праве и смежных правах⁸. В этом акте закреплены следующие классические постулаты монистического авторского права: 1) авторское право является непередаваемым при жизни автора (§ 29), оно может быть только унаследовано (§ 28); 2) предусматривается единый срок действия имущественных и моральных прав автора (§ 64). Монистическое авторское право закреплено также в правовой системе Австрии. В ст. 23 австрийского Закона об авторском праве на литературные и художественные произведения и смежных правах⁹ указано, что авторское право может быть передано только по наследству. В иных случаях автор может предоставить третьим лицам право на использование произведения. В ст. 60 закона предусмотрен единый срок действия для имущественных и моральных прав автора.

Одним из ключевых разработчиков германского Закона об авторском праве 1965 г. был выдающийся ученый Ойген Ульмер (E. Ulmer), который является, пожалуй, самым известным адептом монистического авторского права. О. Ульмер предложил популярный сегодня образ монистической системы авторских прав. Он сравнил авторское право с деревом. «Отношение, в котором находится защита интересов к форме авторского права и к полномочиям, вытекающим из авторского права, можно наглядно представить в виде картины. Обе группы интересов, – писал ученый, – как у дерева, являются корнями авторского права, которое, в свою очередь, является единым стволом. А авторские полномочия сравнимы с ветками, которые растут из ствола. Они берут силу то из обеих корней, то преимущественно из одного из них»¹⁰. Идея О. Ульмера состоит в том, что авторское право, если рассматривать его как единый институт, невозможно поместить в правовую систему, которая признает только имущественные и личные права. Очевидно, что наряду с правами, которые по своему типу принадлежат к одной из этих групп, есть также права, которые объединяют в себе признаки обеих групп¹¹. Недостатком дуалистической теории немецкий правовед считал то положение, что после смерти автора судьба личных и имущественных авторских прав может быть различной. Первые переходят лишь к родственникам автора, тогда как вторые могут перейти к любым третьим лицам. В Германии и Австрии такая ситуация невозможна, что, по мнению О. Ульмера, правильно¹².

Следует ли признать монистическую модель системы авторских прав более прогрессивной, чем дуалистическая? В определенной мере, это так. Логически монистическая модель представляет собой следующую ступень развития дуалистической. Признание моральных прав неотъемлемой составляющей авторского права логически должно привести к серьезному влиянию этих прав на имущественные права. Такое влияние выражается в запрете уступки имущественных прав и в установлении единого режима обеих групп прав после смерти автора. Однако исторически монизм не стал повсеместно следующей ступенью развития авторского права. Пример Франции, обеспечивающей очень высокий уровень защиты моральных прав автора, показывает, что для достижения такого уровня защиты не обязательно переходить к монистической модели. Несомненным удобством французской традиции регламентации авторских прав является возможность уступки (отчуждения) имущественных прав.

Настоящая работа выполнена при финансовой поддержке Российского гуманитарного научного фонда, грант № 15-03-00456.

¹ См.: *Bluntschli I.* Vom Autorrecht // *Deutsches Privatrecht.* Munich, 1853. URL: http://copy.law.cam.ac.uk/cam/tools/request/showRecord.php?id=record_d_1853a (дата обращения: 06.12.2015).

² См.: *Gierke O.* von. *Deutsches Privatrecht.* Leipzig, 1895. S. 748–815. URL: <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22143555%22> (дата обращения: 07.12.2015).

³ См.: *Gareis K.* Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes. 1877. URL: http://copy.law.cam.ac.uk/cam/tools/request/showRecord.php?id=record_d_1877 (дата обращения: 07.12.2015).

⁴ См.: *Rigamonti Cyrill P.* The Conceptual Transformation of Moral Rights. URL: http://www.iwr.unibe.ch/content/ueber_uns/prof_cyrill_p_rigamonti/deutsch/publikationen_von_prof_dr_cyrill_p_rigamonti/e7137/e7141/e7413/e8015/CPR_55AmJCompL67 GER.pdf (дата обращения: 10.01.2015).

⁵ См.: *Kohler J.* Das Autorrecht. Jena, 1880. S. 1–98. URL: <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/index.htm> (дата обращения: 07.12.2015).

⁶ См.: *Rigamonti Cyrill P.* Op. cit.

⁷ См.: *Исупова И. В.* Личные неимущественные (моральные) права автора в Германии: историко-правовой аспект: дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2008. С. 92.

⁸ См.: Об авторском праве и смежных правах: закон Федеративной Республики Германия от 9 сент. 1965 г. // http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=239044 (дата обращения: 20.12.2016).

⁹ См.: Об авторском праве на литературные и художественные произведения и смежных правах: Федер. закон Австрии от 9 апр. 1936 г. URL: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=204> (дата обращения: 20.12.2015).

¹⁰ *Ulmer E.* Urheber- und Verlagsrecht. 3, neu bearb. Aufl. Berlin, 1980. S. 116.

¹¹ *Ibid.* S. 116–117.

¹² *Ibid.* S. 116.

С. Б. Матвийчук

Международный университет «МИТСО»

г. Минск

ОТДЕЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ЗАЩИТЫ НЕОПРЕДЕЛЕННОГО КРУГА ПОТРЕБИТЕЛЕЙ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

В гражданской процессуальной науке исследование проблем судебной защиты неопределенного круга лиц началось в связи с закреплением в материальном законодательстве правовых норм, регламентирующих такую возможность. Закон Республики Беларусь от 19.11.1993 № 2572-ХІІ «О защите прав потребителей» был первым законодательным актом в Беларуси, предусматривающим конструкцию иска в защиту неопределенного круга лиц как одной из разновидностей группового иска. Существуют различные способы судебной защиты прав и охраняемых законом интересов многочисленных групп лиц, пострадавших от действий одного ответчика либо попавших в однотипную негативную для них ситуацию. Как процессуальный институт групповой иск был выработан судебной практикой английских судов справедливости в середине XVI в. Наибольшее развитие он получил в США. По мнению О.Н. Здрок, «сферу его применения составляют многосторонние отношения, связанные с защитой прав потребителей, охраной окружающей среды»¹.

К сожалению, интересная идея оказалась недостаточно проработанной в законодательстве. До сих пор данный способ защиты неопределенного круга потребителей применялся крайне редко. Ю.И. Крепчук обосновывает это, в первую очередь, «отсутствием в законодательстве разработанного процессуального механизма, позволяющего внедрить его в гражданское судопроизводство»². Нормы права, призванные регулировать защиту неопределенного круга потребителей в Республике Беларусь, были позаимствованы из Закона Российской Федерации от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей» (далее – Закон Российской Федерации «О защите прав потребителей»)³ и существенно отличаются от правовых норм, регулирующих институт группового иска в зарубежных государствах. Это, по нашему мнению, породило определенные проблемы и противоречия.

В научной литературе дискуссия в отношении группового иска начинается с его названия. Некоторые авторы называют групповые иски коллективными. Так, Н.Г. Елисеев специально оговаривает, что термин «групповой иск» является «неудачным, поскольку акцентирует внимание на активном варианте группового производства» и предлагает употреблять слово «коллективный»⁴.

Анализ правовых норм действующего Закона Республики Беларусь от 09.01.2002 № 90-3 «О защите прав потребителей» в ред. 29.10.2015 г. (далее – Закон о защите прав потребителей) позволяет прийти к выводу, что иск в защиту неопределенного круга потребителей – это не просто разновидность классической модели группового иска в англо-американском праве, а иск, обладающий особой спецификой по следующим соображениям⁵.

Иск в защиту неопределенного круга потребителей предназначен для защиты прав настолько многочисленных групп лиц, что для конкретизации их состава необходимо проведение специальных процессуальных действий. Однако участие потребителей в рассмотрении гражданского дела, возбужденного по такому иску, не предусмотрено, так как правом на обращение в суд в соответствии с Законом о защите прав потребителей обладают лишь определенные субъекты. Так, в соответствии со ст. 42 Закона о защите прав потребителей Министерство торговли Республики Беларусь имеет право обращаться в суд с иском о защите прав неопределенного круга потребителей в случае нарушения прав потребителей, ст. 47 предусматривает, что общественные объединения потребителей имеют право обращаться в суд с иском о защите прав потребителя, представлять и защищать в суде права и законные интересы потребителя (неопределенного круга потребителей) и предъявлять иск в суд о признании действий изготовителя (продавца, поставщика, представителя, исполнителя, ремонтной организации и т. п.) противоправными, условия договора недействительными.

Следует более подробно остановиться на полномочиях местных исполнительных и распорядительных органов в области защиты прав неопределенного круга потребителей. В соответствии с абз. 8 ст. 43 Закона о защите прав потребителей местные исполнительные и распорядительные органы не только имеют право, но и обязаны обращаться в суд с иском о защите прав, однако, в отличие от Министерства торговли Республики Беларусь, только конкретного потребителя. В этой связи логика законодателя предоставить одним государственным органам права на защиту неопределенного круга потребителей и не предоставить другим (к компетенции которых данное право относится в большей степени), представляется непоследовательной.

Вышесказанное позволяет сделать вывод, что субъекты, которым закон предоставляет право обращаться в суд в защиту прав и охраняемых законом интересов неопределенного круга потребителей, не являются представителями данных лиц, а в соответствии со ст. 54 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь (далее – ГПК) относятся к юридически заинтересованным в исходе дела лицам, от собственного имени защищающим права других лиц.

Для группового иска в англо-американском праве характерно, что истцом является только самовызвавшийся участник данной группы (или несколько участников), который действует по собственной инициативе и представляет интересы всех лиц, входящих в данную группу. Достаточно часто процесс начинается по инициативе адвокатов, получающих полномочия от так называемых представительных истцов, главной целью которых является значительное вознаграждение (до 40% суммы взысканных убытков) в случае выигрыша дела в суде. Таким образом, при рассмотрении гражданского дела по групповому иску непосредственно в процессе участвует один или несколько человек из группы, так называемые представительные истцы, и самовызвавшиеся представители.

В нашем же государстве отдельный потребитель в соответствии со ст. 5 Закона о защите прав потребителей имеет право на обращение в суд и другие уполномоченные государственные органы за защитой только своих прав или охраняемых законом интересов.

В постановлении Пленума Верховного суда Республики Беларусь от 24 июня 2010 г. № 4 «О практике применения судами законодательства при рассмотрении дел о защите прав потребителей» отмечается, что «в защиту прав неопределенного круга потребителей могут быть заявлены лишь тре-

бования неимущественного характера, целью которых является признание действий продавца (изготовителя, исполнителя) противоправными, условий договора недействительными в отношении всех потребителей (как заключивших, так и имеющих намерение заключить договор на приобретение или использование товара, выполнение работы, оказание услуги) и прекращение таких действий»⁶.

Основанием иска в защиту неопределенного круга потребителей являются юридические факты, на которых истец основывает свое материально-правовое требование к ответчику. Можно согласиться с мнением М.В. Филатовой, что основанием такого иска являются «факты совершения ответчиком в отношении неопределенного круга потребителей противоправных действий, которые должны быть прекращены»⁷.

Парламентом – Национальным собранием Республики Беларусь принят Закон Республики Беларусь от 29 октября 2015 года № 313-З «О внесении изменений и дополнения в некоторые законы Республики Беларусь по вопросам осуществления торговли физическими лицами, не осуществляющими предпринимательскую деятельность». К сожалению, проблемные вопросы, выявленные правоприменительной практикой по защите неопределенного круга потребителей, остались неразрешенными.

¹ *Здрок О.Н.* Гражданский процесс зарубежных стран: учеб. пособие. Минск: Изд-во деловой и учеб. лит., 2005. С. 147.

² *Крещук Ю.И.* Иск о защите неопределенного круга потребителей // *Право Беларуси*. 2004. – № 33. С. 85–87.

³ *О защите прав потребителей*: Федер. закон Рос. Федерации от 7 февраля 1992 г. № 2300-1: в ред. Закона Рос. Федерации от 13.07.2015 г. № 233-ФЗ // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс: Версия Проф» [Электронный ресурс]. М., 2016.

⁴ *Елисеев Н.Г.* Гражданское процессуальное право зарубежных стран: учебник; 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2004. 624 с.

⁵ *О защите прав потребителей*: Закон Респ. Беларусь от 9 янв. 2002 г., № 90-ФЗ: в ред. Закона Респуб. Беларусь от 8 июля 2008 г., № 336-ФЗ // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»: Беларусь [Электронный ресурс]. Минск, 2016.

⁶ *О практике рассмотрения судами законодательства при рассмотрении дел о защите прав потребителей*: постановление Пленума Верховного суда Респ. Беларусь от 24 июня 2010 г. № 4 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»: Беларусь [Электронный ресурс]. Минск, 2016.

⁷ *Филатова М.В.* Процессуальные особенности защиты интересов неопределенного круга лиц на примере рассмотрения и разрешения исков о защите интересов неопределенного круга потребителей // *Lex russica*. 2004. № 1. С. 322–337.

А. Ю. Мигачева

*Кубанский государственный университет,
г. Краснодар*

К ВОПРОСУ О ФУНКЦИЯХ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Современное гражданское право находится в процессе совершенствования. Законодательные органы совместно с научным сообществом и правоприменителями ведут активную работу по модернизации основных институтов гражданского права, предлагают новые концепции развития гражданского законодательства. В такой ситуации актуализируется значение категорий, лежащих в основе данной отрасли права, поскольку законодательная база должна строиться на прочном доктринальном фундаменте. Сказанное относится и к категории «функции гражданского права», т.к. разработка стройной системы гражданского законодательства невозможна без четкого понимания того, каким образом гражданское право должно воздействовать на общественные отношения.

Рассмотрение функций гражданского права является первостепенной задачей любого, кто приступает к изучению этой отрасли права. Именно поэтому соответствующий раздел, посвященный данной категории в рамках гражданского права, должен не только открывать учебные издания по гражданскому праву, но и предварять крупные научные исследования; положения о функциональном назначении принимаемых норм должны включаться в описательную часть пояснительных записок к законопроектам.

Вместе с тем следует отметить, что на современном этапе развития цивилистики вопросу о функциях гражданского права уделяется недостаточное внимание не только на уровне учебной литературы, но и в научных работах.

В большинстве случаев затрагивается вопрос о функциях отдельных гражданско-правовых институтов, например, рассматриваются функции договора¹, функции ответственности в гражданском праве², функции права собственности³, также изучаются отдельные функции гражданского права⁴. Однако специальные исследования, посвященные функциям гражданского права, отсутствуют. Как исключение, можно отметить датированную советским периодом работу Д. Г. Хецуриани «Функции советского гражданского права (теоретические проблемы понятия и системы)»⁵.

В работах отечественных авторов по проблеме функций гражданского права категория «функция» зачастую используется как прикладной инструмент для исследования других гражданско-правовых категорий, правоотношений, институтов. Не умаляя значения функционального подхода при изучении и объяснении явлений гражданского права, хотелось бы обратить внимание на необходимость первостепенного изучения самой категории «функции гражданского права», а также отдельных функций гражданского права как системного образования.

В современном правоведении под функциями права понимают, прежде всего, направления правового воздействия на общественные отношения.

М.И. Байтин отмечает, что «функции права есть наиболее существенные направления и стороны его воздействия на общественные отношения, в которых раскрывается общечеловеческая и классовая природа и социальное назначение права»⁶. Т.Н. Радько, внесший неопределимый вклад в разработку теории функций, определяет функции права как направления воздействия права на общественные отношения, потребность в осуществлении которого порождает необходимость существования права как социального явления. В этом смысле функция характеризует направление необходимого правового воздействия, т. е. такого, без которого общество обойтись не может (регулирование, охрана, закрепление определенного вида общественных отношений)⁷. С.С. Алексеев понимает под функциями гражданского права основные направления его деятельности, определяемые его предметом, методом и основными началами гражданско-правового регулирования⁸. Д. Г. Хецуриани считает, что функции гражданского права представляют собой «основные направления его воздействия на имущественные и личные отношения, определяемые равенством участников этих отношений и нацеленные на обеспечение социально-экономического развития общества и все более полное удовлетворение материальных и духовных потребностей граждан»⁹.

В целом можно заключить, что в правоведении не сложилось единого подхода к определению понятия «функции права» и «функции гражданского права».

По этому поводу можно сделать два замечания. Во-первых, следует согласиться с теми учеными, которые указывают на нецелесообразность определения функций права через термины «основные», «главные», «наиболее существенные» направления воздействия¹⁰, поскольку получается, что неосновные направления действия права вообще не должны рассматриваться в связи с его функционированием. Притом оценить, какие функции нужно отнести к «основным», а какие к «неосновным», достаточно затруднительно.

Во-вторых, по нашему мнению, ученые, пытаясь разобраться в том, что такое функции права, слишком большое внимание уделяют терминологии, позабыв суть вопроса. Полагаем, что не столь важно, является ли функция права «направлением» или «ролью», значило то, что рассмотрение гражданского права сквозь призму его функций позволит выявить способы достижения целей, поставленных перед гражданским правом и гражданским законодательством в их взаимосвязи и взаимообусловленности.

Изучение гражданско-правовых явлений с использованием функционального метода имеет огромный научный потенциал. В некоторых трудах уже можно встретить примеры, когда категория «функция» становится фундаментом для построения цивилистических концепций¹¹. Игнорирование функционального подхода к исследованию сущности гражданского права может негативно сказаться как на развитии отрасли, так и на содержательной стороне и практике применения норм, регулирующих гражданские правоотношения.

Функциональный анализ гражданского права позволит уяснить и социальное назначение этой отрасли, и ее роль в совершенствовании управления общественными процессами в современных условиях развития рыночной экономики и формирования правового государства¹². На основе функционального анализа можно сделать выводы о сущности и целях гражданского права и его отдельных институтов, а также о связях гражданско-правового механизма с иными социальными институтами и явлениями.

Функции гражданского права наиболее ярко отражают сущность данной отрасли права в целом. Поэтому их исследование способствует более глубокому познанию сущности этой отрасли, ее содержательных аспектов. Функции гражданского права нельзя отнести к числу статических явлений; они изменяются параллельно с теми преобразованиями, которые происходят в гражданско-правовой сфере как системе.

Характеристика функций гражданского права теснейшим образом связана с пониманием основных начал отрасли, ее предмета и метода. Современное гражданское право базируется на идеях частного права, что не может не сказаться на тех функциях, которые ему свойственны.

Вопрос о функциях, присущих гражданскому праву, заслуживает самостоятельного глубокого изучения. Гражданскому праву как отрасли права свойственны как общие функции права в целом, так и специальные функции, отличающие гражданское право от иных отраслей и характеризующие его как отрасль частного права. Специфика гражданского права по сравнению с иными отраслями права будет выражена в преобладании одних функций над другими. Например, гражданскому праву почти не свойственна карательная функция, а основными здесь являются компенсационная и восстановительная функции.

Для современного гражданского права характерна полифункциональность, т. е. сочетание различных функций. Система функций гражданского права очень обширна и не ограничивается регулятивной, охранительной и восстановительной функциями. Не менее значимы и другие функции, такие как воспитательная, превентивная, нравственная, социальная, функция управления. Каждая из них тесно связана с признаками предмета и метода гражданско-правового регулирования. Вместе с такими категориями как «предмет» и «метод» гражданского права, функции можно отнести к системообразующим основаниям указанной отрасли права¹³.

Таким образом, верное определение функций гражданского права является залогом создания стройной цивилистической теории и системы эффективных гражданско-правовых норм.

¹ См.: *Братусь С.Н.* Эволюция функций хозяйственного договора // *Гражданское право и экономика*. 1985. С. 65–70; *Красавчиков О.А.* Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции // *Гражданско-правовой договор и его функции*. Межвузовский сборник научных трудов / отв. ред. Крылова З.Г., Михайлов С.Г., Свердлык Г.А., Семякин М.Н. Свердловск, 1980. С. 3–20.

² См.: *Иванов А. А., Эриашвили Н. Д.* Основания, функции и меры ответственности в гражданском праве. Теоретический аспект // *Закон и право*. 2012. № 4. С. 55–58; *Суханов Е.А.* Место и функции института ответственности в социалистическом гражданском праве // *Вопросы государства и права*. 1985. С. 38–46.

³ См.: *Соловьев В.Н.* Ограничения права собственности при реализации социальной функции гражданского права // *Нотариус*. 2012. № 1. С. 16–20.

⁴ *Рыженков А.Я.* Компенсационная функция советского гражданского права. Саратов, 1983; *Соловьев В. Н.* Основные направления реализации социальной функции гражданского права // *Гражданское право*. 2012. № 2. С. 21–23.

⁵ См.: *Хецуриани Д.Г.* Функции советского гражданского права (теоретические проблемы понятия и системы). Тбилиси, 1990.

⁶ *Байтин М.И.* О принципах и функциях права: новые моменты // *Правоведение*. 2000. № 3. С. 12.

⁷ См.: *Теория государства и права: учебник* / под ред. В. Я. Кикотя, В. В. Лазарева. М., 2008. С. 295.

⁸ См.: *Гражданское право: учебник* / под ред. С.С. Алексеева. М., 2009. С. 17.

⁹ *Хецуриани Д.Г.* Указ. соч. С. 72.

¹⁰ См.: *Радько Т.Н.* Теория государства и права: учебное пособие. М., 2001. С. 27.

¹¹ См.: *Асланян Н.П.* Основные проблемы разработки современного учения о защите гражданских прав // *Защита частных прав: проблемы теории и практики материалы международной научно-практической конференции*. ответственный редактор Н.П. Асланян. 2012. С. 7–12.

¹² См.: *Рыбаков В.А.* О функциях гражданско-правового регулирования // *Гражданское право*. 2009. № 1. С. 57.

¹³ Функцию как системообразующий фактор рассматривает, например, В. В. Васильев. См.: *Васильев В.В.* Функции гражданского права как системообразующий фактор отрасли. // *Право и государство: теория и практика*. 2011. № 6. С. 52.

АНАЛОГИЯ В МЕХАНИЗМЕ ПЕРЕМЕНЫ ЛИЦ В ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕ ИЗ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО ДОГОВОРА

Большое значение для гражданско-правовой теории и правореализационной практики имеет вопрос о допустимости уступки возникающего из предварительного договора права на заключение основного (будущего) договора. Особый интерес данный не имеющий прямого законодательного ответа вопрос приобрел в связи со специальным нормативным разрешением аналогичной уступки в рамках родственной договорной конструкции опциона на заключение договора (п. 7 ст. 429.2 ГК РФ).

В науке представлена точка зрения, согласно которой обязательство заключить договор неразрывно связано с личностью должника и кредитора, ввиду чего передача другим лицам прав требования из предварительного договора не допускается на основании ст. 383 ГК РФ, равно как в силу ст. 1112 ГК РФ права и обязанности, являющиеся содержанием предварительного договора, не входят в состав наследства (П.А. Меньшин). При этом применение к предварительному договору по аналогии закона нормы п. 7 ст. 429.2. ГК РФ отрицается, а само наличие последней расценивается как дополнительный аргумент в пользу вывода: чтобы сделать возможной уступку права из предварительного договора, требуется специальное разрешение закона (В.В. Витрянский).

В некоторых случаях указанный подход к оценке оборотоспособности прав из предварительного договора прослеживается в судебной практике. Например, в ситуации, когда гражданин, заключивший предварительный договор купли-продажи, умер, контрагенту со ссылкой на ст. 1112 ГК РФ было отказано в иске о признании наследника умершего стороной предварительного договора и обязанности его исполнения. Суды заключили, что на ответчика не может быть возложена обязанность стороны по предварительному договору, в том числе и по заключению с истцом основного договора купли-продажи спорных объектов, поскольку в силу ст. 421 ГК РФ условия договора определяются по усмотрению сторон, т. е. своей волей и в своем интересе, в связи с чем исполнение данного обязательства неразрывно связано с личностью умершего (Кассационное определение Астраханского областного суда от 9 ноября 2011 года по делу №33-3436/2011).

Возможен и иной взгляд на обозначенную проблему. В частности, интересно высказанное мнение о том, что требования стороны предварительного договора от другой стороны заключить договор выступает общегражданским аналогом прав, закрепляемых опционом эмитента, и по смыслу ст. 383 ГК РФ не относятся к числу прав, неразрывно связанных с личностью кредитора (Н.Л. Клык).

В первом приближении, с учетом естественного для рыночной экономики процесса вовлечения в имущественный оборот все большего числа объектов и наблюдающейся тенденции к товаризации неимущественных отношений, приобретающих самостоятельное экономическое содержание, именно такой (положительный) ответ на поставленный вопрос видится предпочтительным.

Думается, что выводу возможности перемены лиц в обязательстве из предварительного договора его неимущественная юридическая природа не препятствует. Отсутствие имущественного содержания правоотношения отнюдь не означает его личный характер. Соответственно, организационное обязательство по поводу заключения будущего договора должно принципиально квалифицироваться одновременно как неимущественное и неличное, способное отделяться от носителя. На оборотоспособность прав из предварительного договора может повлиять предполагаемая неразрывная связь с личностью кредитора прав по основному (будущему) договору, но не характеристики самого организационного отношения.

Позиция о допустимости изменения кредитора в обязательстве из предварительного договора находит отражение в судебной практике. В ряде судебных актов правоприменители не подвергли сомнению правомерность сделок, направленных на уступку права на заключение будущего договора (Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 08 мая 2015 года по делу № А56-67921/2013; Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 19 июля 2006 года по делу № А19-7480/05-45-41). В некоторых решениях суды констатировали сохранение обязательств по предварительному договору в случае смерти одного из участников договора. Так, Липецкий областной суд пояснил: поскольку обязательства, предусмотренные предварительным договором как по заключе-

нию в будущем основного договора купли-продажи имущества, так и по возврату задатка в случае неисполнения договора, не являются обязательствами, неразрывно связанными с личностью должника, постольку они переходят к наследникам умершего (Определение от 23 октября 2013 года по делу № 33-2806/2013).

Можно заключить, что перемена лица в обязательстве из предварительного договора принципиально возможна. При этом для такого заключения аналогии с нормой п.7 ст. 429.2 ГК РФ не требуется.

Вместе с тем тщательный анализ показывает, что общий положительный ответ на рассматриваемый вопрос не может быть сформулирован безоговорочно. Его необходимо увязывать с универсальностью изменений, происходящих в обязательстве. По смыслу п. 1 ст. 429 ГК РФ основанное на предварительном договоре право на заключение будущего договора неразрывно связано с обязанностью носителя этого права заключить соответствующий договор. Это означает, что уступка права из предварительного договора всегда сопряжена с одновременной передачей обязанности вступления в основное договорное правоотношение, что, в свою очередь, требует получения согласия контрагента на перевод долга (п. 2 ст. 391 ГК РФ).

Аналогичный подход к вопросу о перемене лиц в отношениях по предоставлению опциона на заключение договора привел бы к неоправданному ограничению оборотоспособности прав по опциону. Думается, именно это обстоятельство (а не слитность права на реализацию опциона с его носителем) и побудило законодателя к включению прямого указания на возможность уступки прав по опциону в текст ст. 429.2. ГК РФ.

Г. А. Микрюкова

*Московский государственный юридический университет
им. О. Е. Кутафина (МГЮА)*

г. Москва

О МЕСТЕ КОРПОРАТИВНЫХ ОТНОШЕНИЙ В ПРЕДМЕРЕ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

До последнего обновления ст. 2 ГК РФ понятие и отраслевая природа корпоративных отношений широко дискутировались. Сторонники включения корпоративных отношений в предмет гражданского права опирались на то, что «гражданское законодательство определяет правовое положение участников гражданского оборота». Эта формулировка вполне допускает процесс создания юридических лиц, взаимоотношения между ними и их учредителями (участниками), порядок и способы защиты прав и интересов последних, процедуры принятия решений органами юридических лиц и др. При этом было понятно, что указанные отношения неоднородны с точки зрения связанности их содержания с имуществом и личностью участников, однако не заслоняет таких их общих гражданско-правовых отраслевых характеристик, как основанность на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников.

На сегодняшний день отстаивание гражданско-правовой сути корпоративных отношений получило весомый дополнительный аргумент – явно выраженную позицию законодателя. В ст. 2 ГК РФ внесено дополнение, непосредственно включающее корпоративные отношения в предмет гражданского права и дающее их легальную дефиницию как «отношений, связанных с участием в корпоративных организациях или с управлением ими». Таким образом, в ст. 2 ГК РФ второй раз применен прием констатации гражданско-правовой природы социальных связей путем прямого указания на их регулирование гражданским правом. Ранее этот прием использовался для причисления к гражданско-правовым предпринимательских отношений как отношений «между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием», определение которых опирается на раскрываемое в этой же статье понятие предпринимательской деятельности. И хотя данное в ст. 2 ГК РФ определение предпринимательской деятельности оценивается в юридической литературе как несовершенное, его значение в контексте статьи нельзя недооценивать: законодатель однозначно дал понять, что, по крайней мере, на современном этапе развития он отказывается от разработки особого предпринимательского (торгового) кодекса ввиду признания принципиального единства горизон-

тальных (основанных на равном, координационном положении участников) отношений между предпринимателями и между ними и другими субъектами гражданского оборота. Второе использование критерия недвусмысленного обозначения гражданско-правового существа обособленных по сфере и назначению групп общественных отношений – корпоративных – также видится неким подводящим итоги знаком: законодатель считает оптимальным обратить внимание на особую – не вещную и не обязательственную, а иную – членскую природу корпоративных отношений, но не создавать новую отрасль права для их урегулирования, а приспособить для этого гражданско-правовой инструментарий. Такое решение поддержало отрицание идеи включения в число субъектов гражданского права не только самих корпораций и их участников (членов), но и их органов, подвело материально-правовую базу под конструирование процессуальных правил о распределении ролей истцов и ответчиков при судебном рассмотрении корпоративных споров.

Из содержания ст. 2 ГК РФ следует, что корпоративные отношения, как и предпринимательские, представляют собой особые совокупности имущественных и неимущественных отношений, выделенные по специальным критериям на вторичном уровне обобщения, т. е. они не могут быть поставлены в один ряд («через запятую») с имущественными и неимущественными. В то же время корпоративные и предпринимательские отношения не образуют и собственного единого ряда, ибо возможны корпоративные отношения как предпринимательского, так и непредпринимательского характера, а в предпринимательских связях можно выделить корпоративные составляющие.

Ключевым в определении корпоративных отношений как структурного элемента предмета гражданского права стало понятие корпоративных организаций, поскольку именно с участием в них или с управлением ими связана признанная законодателем специфика гражданско-правовых связей. Однако такое узкое понимание корпоративных отношений вызывает возражения. Прежде всего, обращает на себя внимание распространенность участия в гражданском обороте неправосубъектных сообществ – «квази-корпораций» (сособственников, сокредиторов и содолжников, соавторов, соапентообладателей, участников договоров простого товарищества, собраний кредиторов), внутренние отношения в которых во многом родственны отношениям в корпоративных юридических лицах. Кроме того, выбранные законодателем критерии деления юридических лиц на корпоративные и унитарные не смогли в полной мере обеспечить отвечающее формальной логике и практически полезное построение главы ГК РФ о юридических лицах. Для группы унитарных организаций не нашлось общих правил, которые согласно пандектным началам построения системы гражданского права должны были быть сформулированы. Многие же положения, касающиеся прав участников корпораций, оказались повторенными и для учредителей унитарных образований, например, они были наделены правами формировать постоянно действующий коллегиальный орган, а также лично осуществлять функции его члена, принимать решение о реорганизации, но главное – выйти из состава учредителей либо принять в этот состав новых лиц. И поскольку в создании унитарной организации (фонда, автономной некоммерческой организации, религиозной организации) могут принимать участие несколько лиц, то взаимоотношения между ними по реализации указанных прав учредителя также нуждаются в учете корпоративной составляющей.

Изложенное подтверждается дополнением, внесенным уже после обновления главы 4 ГК РФ в ст. 15 закона «О некоммерческих организациях», установившим общее правило для некоммерческих корпораций и таких унитарных юридических лиц, как фонды и автономные некоммерческие организации. Согласно п. 3,4 данной статьи учредители (участники) указанных юридических лиц вправе выйти из состава учредителей (участников) в любое время без согласия других учредителей (участников), направив в регистрирующий орган сведения о своем выходе, а также дать согласие на вхождение в число учредителей (участников) пожелавшим того физическим и (или) юридическим лицам. Установление единых норм для урегулирования корпоративных элементов в конструкциях юридических лиц независимо от их природы предопределяет необходимость понимать корпоративные отношения более широко, не сводить их только к отношениям по участию или управлению правосубъектной корпорацией. Более того, легальная дефиниция корпоративных отношений видится неоптимальной при применении ее к взаимоотношениям таких некоммерческих корпораций, как общественные организации и ассоциации (союзы) с их территориальными подразделениями, созданными в качестве юридических лиц (такая возможность ныне предусмотрена ст. 5.1 закона «О некоммерческих организациях»).

Думается, что более плодотворным явилось бы широкое понимание подлежащих гражданско-правовому регулированию корпоративных отношений, их определение должно быть отвязано от одной группы юридических лиц. Применительно к последним в ст. 2 ГК РФ вполне достаточно имеющегося общего указания на гражданско-правовую принадлежность норм о правовом положении участников гражданского оборота, поскольку уже давно в юридической науке и практике признается такая составная часть предмета гражданского права, как организационные социальные связи, в том

числе по поводу учреждения, реорганизации и ликвидации юридических лиц, соблюдения юридических процедур (последовательного совершения определенных действий, без которого невозможно достижение необходимого правового результата).

Ж. А. Мингалева

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ЭЛЕМЕНТЫ СИСТЕМЫ ПРАВОВЫХ МЕХАНИЗМОВ СТИМУЛИРОВАНИЯ ДОЛЖНИКА К НАДЛЕЖАЩЕМУ ИСПОЛНЕНИЮ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ГАРАНТИРОВАНИЯ ИНТЕРЕСОВ КРЕДИТОРА, ПРЕДУСМОТРЕННЫЕ ГРАЖДАНСКИМ КОДЕКСОМ РФ*

Важным условием устойчивого существования общества, надежности его развития является эффективное функционирование системы норм гражданского права, в первую очередь призванных обеспечить соблюдение договорной дисциплины, надлежащее исполнение должником своих обязательств перед кредитором.

Обратимся к наиболее распространенному в отечественной юридической науке определению понятия «обеспечение исполнения обязательств». Согласно подходу Б.М. Гонгало обеспечение исполнения обязательств – это «использование установленных законом или договором обеспечительных мер (способов) имущественного характера, существующих в виде акцессорных (дополнительных) обязательств, стимулирующих должника к исполнению обязательства и (или) иным образом гарантирующих защиту имущественного интереса кредитора в случае неисправности должника»¹.

Перечень основных способов обеспечения исполнения обязательств указан законодателем в гл. 23 ГК РФ². Гражданское законодательство также предусматривает возможность использования иных способов, которые прямо не поименованы в законе, например, применение товарной неустойки.

В соответствии с нормами гражданского права все способы обеспечения исполнения обязательств можно разделить на три основные группы:

- меры ответственности за нарушение обязательств (гл. 25 ГК РФ);
- меры оперативного воздействия при угрозе нарушения обязательств;
- превентивные способы принуждения должника к надлежащему исполнению обязательств (меры недопущения нарушения обязательств).

Законодатель дает кредитору возможность применять эти меры по отдельности или в совокупности по собственному усмотрению.

Основные способы и результаты правового воздействия посредством этих мер исследованы в отечественной юридической науке достаточно широко, хотя общего подхода к их трактовке и оценке их результативности до сих пор не выработано.

Нужно отметить, что применение указанных мер оказывает различное воздействие на должника и кредитора. Большинство исследователей согласно с тем, что в отношении должника данные меры действуют одинаково, поэтому с этой точки зрения они достаточно редко обсуждаются в научных трудах. Однако в отношении защиты прав и интересов кредиторов эти способы проявляют себя по-разному.

Так, для защиты материальных прав и имущественных интересов кредиторов на основе применения комплекса установленных законодателем способов обеспечения исполнения обязательств создается специальный источник для получения исполнения обязательств должника перед кредитором в случае нарушения должником своей обязанности. Фактическое обеспечение обязательства в порядке защиты интересов кредитора осуществляется несколькими путями:

- 1) посредством формирования на основе залога (ст. 334–358 ГК РФ) или удержания (ст. 359–360 ГК РФ) у кредитора определенного имущества;
- 2) посредством возникновения обязанности третьих лиц исполнить обязательство перед кредитором – поручительство (ст.ст.361-367 ГК РФ), гарантия (ст.ст.368–379 ГК РФ).

© Мингалева Ж. А., 2016

* Статья подготовлена при финансовой поддержке РГНФ, грант № 16-03-00741 «Система правовых механизмов стимулирования должника к надлежащему исполнению обязательств и гарантирования интересов кредитора в российском гражданском праве».

По мнению многих авторов, именно наличие специального источника обеспечения исполнения обязательства ограничивает этот комплекс правовых мер от близкого к нему института гражданско-правовой ответственности и института оперативного воздействия на должника.

При обращении к анализу воздействия мер гражданско-правовой ответственности в первую очередь необходимо указывать на наличие предусмотренного законодателем дополнительного имущественного обременения должника в виде обязанности компенсировать кредитору имущественный вред. Это обеспечивается с помощью таких правовых конструкций (инструментов), как уплата неустойки (ст. 330–333 ГК РФ), требование возмещения убытков, понесенных кредитором вследствие неисполнения обязательства контрагентом (ст. 381 ГК РФ), возврат задатка в двойном размере (п. 2 ст. 381 ГК РФ).

Что касается института оперативного воздействия на должника, то эти меры позволяют кредитору совершать самостоятельные действия по изменению или прекращению договорного обязательства в случае нарушения условий договора. Например, институт аренды (гл. 34 ГК РФ) предусматривает возможность досрочного расторжения договора аренды по требованию арендодателя по следующим основаниям (ст. 619 ГК РФ):

- если арендатор пользуется имуществом с существенным нарушением условий договора либо с иными неоднократными нарушениями (например, сдает имущество в субаренду, если это не предусмотрено или прямо запрещено в договоре);
- если арендатор пользуется имуществом с нарушением назначения имущества (например, использует арендованную жилую квартиру для осуществления предпринимательской деятельности);
- если арендатор существенно ухудшает состояние имущества, а также если арендатор не производит капитального ремонта имущества в установленные договором сроки. Если в договоре аренды отсутствует прямое указание на обязанность проводить капитальный ремонт, то основанием для досрочного расторжения договора аренды может являться наличие в законе или иных правовых актах требования кредитора осуществлять капитальный ремонт в разумные сроки;
- если арендатор не внес арендную плату за арендуемое имущество более двух раз подряд по истечении установленного договором срока платежа.

Досрочное прекращение обязательства по инициативе кредитора позволяет последнему избежать значительных убытков или вообще избежать убытков, что с точки зрения защиты имущественных интересов кредитора является весьма важным.

¹ *Гражданское право: учебник. В 2 т. / под ред. Б.М. Гонгало. Т.2. М.: Статут, 2016. С.75.*

² *Гражданский Кодекс Российской Федерации. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ с изм. и доп. // Российская газета. № 238–239, 1994. 8 дек.*

И. Ю. Мирских

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

Ж. А. Мингалева

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

К ВОПРОСУ ОБ ОЦЕНКЕ ПРАКТИКИ РЕАЛИЗАЦИИ, ОХРАНЫ И ЗАЩИТЫ ИННОВАЦИЙ*

Инновационная деятельность направлена на создание, внедрение в производство и в гражданский оборот объектов интеллектуальной собственности (изобретений, полезных моделей, ноу-хау, селекционных достижений) и результатов научных разработок.

Темпы инновационного развития напрямую зависят от эффективности правового регулирования и охраны в сфере интеллектуальной собственности. Правильный выбор надлежащего способа

© Мирских И. Ю., Мингалева Ж. А., 2016

* 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»).

охраны инноваций позволяет предотвратить разглашение коммерчески ценной информации и уменьшить финансовые потери.

Эффективность инновационной деятельности можно оценить с помощью комплекса специальных показателей. Анализ соответствующих данных позволяет выявить проблемы правового регулирования инноваций, а также их эффективного использования.

Формирование положительной или отрицательной тенденции в области применения инноваций, их охраны и защиты можно определить с помощью следующих критериев: традиционных показателей патентной активности и количественных показателей инновационной деятельности. А именно:

1) показатель степени влияния результатов инноваций на обеспечение соответствия современным техническим регламентам, правилам и стандартам; Он может принимать 4 значения: низкая степень воздействия, средняя степень воздействия, высокая степень воздействия и отсутствие воздействия; по нашему мнению, шкала оценок должна быть увеличена до 6 значений;

2) показатели инновационной активности предприятий, рассчитываемые как удельный вес организаций, осуществлявших внедрения технологических, организационных, маркетинговых и других инноваций в отчетном году, в общем числе обследованных организаций, с группировкой их по субъектам Российской Федерации и по видам экономической деятельности (всего 2);

3) показатели удельного веса организаций, осуществлявших технологические инновации в отчетном году, в общем числе обследованных организаций, с группировкой их по субъектам Российской Федерации и по видам экономической деятельности (всего 2);

4) показатели удельного веса инновационных товаров, работ, услуг в общем объеме отгруженных товаров, выполненных работ, услуг, с группировкой по субъектам Российской Федерации и по видам экономической деятельности в целом, а также с выделением организаций промышленной сферы и сферы услуг (всего 6);

5) группа показателей удельного веса предприятий, осуществлявших инновации различного типа с группировкой по субъектам Российской Федерации и по видам экономической деятельности:

- технологические (2 показателя);
- маркетинговые (2 показателя);
- организационные (2 показателя);
- экологические (2 показателя).

В настоящее время российской статистикой рассчитываются следующие абсолютные и относительные показатели:

№ пп	Показатель	Ед. измерения
1.	Инновационная активность организаций (удельный вес организаций, осуществлявших различные виды инноваций в отчетном году, в общем числе обследованных предприятий)	процент
2.	Удельный вес организаций, осуществлявших технологические инновации в отчетном году, в общем числе обследованных предприятий	процент
3.	Отгружено товаров собственного производства, выполнено работ и услуг собственными силами в том числе инновационные товары, работы, услуги	млн рублей
4.	Удельный вес инновационных товаров, работ, услуг в общем объеме отгруженных товаров, выполненных работ, услуг	процент
5.	Затраты на технологические инновации: в фактически действовавших ценах в постоянных ценах 2000 г.	млн рублей
6.	Удельный вес затрат на технологические инновации в общем объеме отгруженных товаров, выполненных работ, услуг	процент
7.	Удельный вес предприятий, осуществлявших организационные инновации в отчетном году, в общем числе обследованных предприятий	процент
8.	Удельный вес организаций, осуществлявших маркетинговые инновации в отчетном году, в общем числе обследованных организаций	процент
9.	Удельный вес организаций, осуществлявших экологические инновации в отчетном году, в общем числе обследованных организаций	процент

Кроме того, по некоторым направлениям экономической деятельности, таким, как добыча полезных ископаемых; обрабатывающая промышленность; производство и распределение электроэнергии, газа и воды, а также связь; применение информационных технологий; научные исследования и разработки; предоставление прочих видов услуг рассчитывается дополнительный перечень показателей, а именно:

№ пп	Показатель	Ед. измерения
10.	Инновационная активность организаций (удельный вес организаций, осуществлявших технологические, организационные, маркетинговые инновации в отчетном году, в общем числе обследованных организаций)	процент
11.	Удельный вес предприятий, осуществлявших технологические инновации в отчетном году, в общем числе обследованных предприятий	процент
12.	Отгружено товаров собственного производства, выполнено работ и услуг собственными силами в том числе инновационные товары, работы, услуги	млн рублей
13.	Удельный вес инновационных товаров, работ, услуг в общем объеме отгруженных товаров, выполненных работ, услуг	процент
14.	Затраты на технологические инновации: в фактически действовавших ценах в постоянных ценах 2000 г.	млн рублей
15.	Удельный вес затрат на технологические инновации в общем объеме отгруженных товаров, выполненных работ, услуг	процент
16.	Удельный вес организаций, осуществлявших организационные инновации в отчетном году, в общем числе обследованных организаций	процент
17.	Удельный вес организаций, осуществлявших маркетинговые инновации в отчетном году, в общем числе обследованных предприятий	процент
18.	Удельный вес организаций, осуществлявших экологические инновации в отчетном году, в общем числе обследованных предприятий	процент
19.	Удельный вес малых предприятий, осуществлявших технологические инновации в отчетном году, в общем числе малых предприятий ²⁾	процент
20.	Удельный вес инновационных товаров, работ, услуг в общем объеме отгруженных товаров, выполненных работ, услуг малых предприятий	процент
21.	Затраты на технологические инновации малых предприятий: в фактически действовавших ценах в постоянных ценах 2000 г.	млн рублей

Комплексный анализ этих показателей и их сопоставление позволяет расширить спектр факторов, влияющих на инновационную активность и структуру инновационной деятельности.

Исследование правового регулирования инноваций и анализ судебной практики в сфере использования результатов интеллектуальной деятельности могут быть положены в основу разработки комплекса показателей для оценки эффективности использования инноваций, их охраны и защиты. Полученные сведения позволят сформулировать предложения по совершенствованию практики правоприменения в сфере использования, охраны и защиты инноваций.

К ВОПРОСУ О КОМПЕНСАЦИИ МОРАЛЬНОГО ВРЕДА В СЕМЕЙНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ

Ст. 38 Конституции РФ провозгласила, что материнство, детство, семья находятся под защитой государства. Аналогичные положения со включением в данный перечень отцовства закреплены в ст. 1 Семейного кодекса РФ.

В первую очередь такая защита предусмотрена в сфере личных неимущественных прав и нематериальных благ. Одним из наиболее эффективных способов защиты личных неимущественных прав и нематериальных благ является компенсация морального вреда.

В настоящий момент в семейном законодательстве возможность компенсации морального вреда прямо предусмотрена лишь в ст. 30 СК РФ для добросовестного супруга при признании брака недействительным. Возможность компенсации морального вреда в иных семейно-правовых отношениях законодательно не закреплена.

Учитывая лично-доверительный характер семейных правоотношений, наличие родственных связей между членами семьи, можно с определенной степенью вероятности предположить, что нарушения прав в данной сфере влекут за собой глубочайшие нравственные переживания, которые также могут быть сопряжены и с физическими страданиями.

В связи с этим возникает вопрос об оправданности нераспространения на данные правоотношения такого способа защиты как компенсация морального вреда, особенно при провозглашенном принципе обеспечения приоритета защиты прав и интересов несовершеннолетних.

Проанализировав положения гражданского и семейного законодательства, приходим к выводу об отсутствии запрета на компенсацию морального вреда при нарушении неимущественных прав в указанной сфере.

Так, в ст. 4 СК РФ закреплено, что к имущественным и личным неимущественным отношениям между членами семьи, не урегулированным семейным законодательством, применяется гражданское законодательство постольку, поскольку это не противоречит существу семейных отношений. Более того, СК РФ, закрепляя, например за добросовестным супругом, право требовать возмещения причиненного ему материального и морального вреда, отсылает к гражданскому законодательству, по правилам которого и предполагается взыскание данной компенсации.

Компенсация морального вреда как способ защиты нарушенных неимущественных прав и нематериальных благ закреплена в ст. 151 ГК РФ. Также в указанной статье закреплён общий принцип компенсации морального вреда, который не подразумевает ограничений в отношении оснований такой компенсации.

Кроме того, указанный в ст. 150 ГК РФ перечень нематериальных благ, подлежащих защите указанным способом, является открытым.

Таким образом, законодательно установленных препятствий для применения к семейно-правовым отношениям вышеуказанного способа защиты не имеется. Данная точка зрения в современной юридической науке является преобладающей. Так, подобной позиции придерживаются А.М. Эрделевский¹, С.А. Сидорова², О.Е. Репетева³ и др.

Однако Верховный Суд РФ занимает иную правовую позицию по данному вопросу. В Определении от 08.04.2014 № 45-КГ13-22 указано, что «положения действующего гражданского и семейного законодательства не предусматривают возможность взыскания компенсации морального вреда в связи с предполагаемым препятствием родственникам со стороны одного из родителей в общении с ребенком»⁴. Аналогичная позиция содержится и в Определении Верховного Суда РФ от 20.05.2014 № 18-КГ14-39⁵.

Между тем высшей судебной инстанцией принимались и абсолютно противоположные по содержанию судебные акты. В частности, той же судебной коллегией по гражданским делам Верховного Суда РФ, что и в первом примере, вынесено Определение от 01.10.2013 № 5-КГ13-77.

По указанному делу требования о взыскании компенсации морального вреда истцами были заявлены в связи с тем, что нарушено их право как родителей на семейную жизнь, поскольку они были лишены возможности общения с незаконно осужденным сыном. При этом в данном судебном акте

указано, что «законодатель, закрепив в статье 151 ГК РФ общий принцип компенсации морального вреда, не установил ограничений в отношении оснований такой компенсации. Отсутствие в законодательном акте прямого указания на возможность компенсации причиненных нравственных или физических страданий по конкретным правоотношениям не всегда означает, что потерпевший не имеет права на возмещение морального вреда»⁶.

В связи с изложенным, не совсем понятным становится различный подход Верховного Суда РФ к распространению института компенсации морального вреда на схожие правоотношения.

Считаем позицию Верховного Суда РФ, изложенную в первых двух определениях, противоречащей нормам материального права, поскольку, во-первых, нормы о защите неимущественных прав и нематериальных благ, в том числе о компенсации морального вреда, к семейным правоотношениям могут быть применены в порядке субсидиарного применения норм гражданского права.

Во-вторых, исходя из смысла законодательства и рассматриваемого института, также нет препятствий для применения указанных норм к семейно-правовым отношениям в силу их абсолютной гражданско-правовой природы, т.е. возможно прямое применение ст. 151 ГК РФ для защиты нарушенных нематериальных благ в семейных правоотношениях.

С целью устранения указанных противоречий Федеральным законом от 30.12.2015 № 457-ФЗ были внесены изменения в ст. 8 СК РФ, устанавливавшую, что защита семейных прав осуществляется способами, предусмотренными соответствующими статьями данного кодекса. Так, п. 2 названной статьи дополнен указанием на возможность использования и иных способов защиты, предусмотренных законом⁷.

Данные положения имеют большое значение, поскольку фактически подтверждают возможность распространения в семейных правоотношениях такого способа защиты, как компенсация морального вреда, и, казалось бы, снимают имеющиеся противоречия.

Однако прямое указание на возможность компенсации морального вреда в случае нарушения прав добросовестного супруга при признании брака недействительным и отсутствие такового для всех иных случаев нарушения личных неимущественных прав и нематериальных благ в семейных правоотношениях вводят правоприменителей в заблуждение.

Это подтверждается и судебной практикой, а точнее ее отсутствием. Измененные положения ст. 8 СК РФ (вступили в силу с 10.01.2016) не получили должного отклика в судебной практике, не повлекли за собой никаких изменений в применении норм о компенсации морального вреда в семейных правоотношениях.

Так, например, Мотовилихинским районным судом г. Перми за 9 месяцев 2016 года рассмотрено 57 исковых заявлений о лишении (ограничении) родительских прав, истцом по которым, выступает в том числе и Министерство социального развития данного региона, которое является уполномоченным органом в сфере социального обслуживания граждан на территории Пермского края, осуществляет защиту прав и законных интересов детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей.

Однако заявления, поданные после указанных изменений в том числе и Министерством социального развития, не содержат требований о компенсации морального вреда, истцы фактически ограничиваются требованиями защиты в формах пресечения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, или восстановления положения, существовавшего до нарушения права.

Таким образом, даже с учетом внесенных в СК РФ изменений возможность применения к семейным правоотношениям положений о компенсации морального вреда, в том числе и для правоприменителей, является неочевидной.

Поскольку даже у судей Верховного Суда РФ и уполномоченных органов возникает вопрос о применимости к семейно-правовым отношениям такого способа защиты неимущественных прав и нематериальных благ как компенсация морального вреда в случаях прямо в Семейном Кодексе РФ не предусмотренных, то необходимо окончательно разрешить данный вопрос, законодательно закрепив возможность применения указанного института к отношениям, регулируемым семейным законодательством.

В связи с этим необходимо законодательно установить возможность применения к конкретным семейно-правовым отношениям компенсации морального вреда как способа защиты неимущественных прав и нематериальных благ либо путем внесения изменений в ст. 150 ГК РФ, дополнив перечень прямым указанием на конкретные семейные нематериальные блага, либо путем внесения изменений в статьи СК РФ, предусматривающие соответствующие права, их реализацию и способы защиты.

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРИМЕНЕНИЯ НОРМ ОБ ОТВЕТСТВЕННОСТИ СУПРУГОВ ПО ОБЯЗАТЕЛЬСТВАМ

В правовом регулировании семейных отношений нередко используются правовые презумпции. «Правовые презумпции, как показывает тысячелетняя юридическая практика, есть элегантно по форме и эффективно по существу изобретение юриспруденции». Предположение о наличии того или иного факта «опирается на объективно существующую связь предметов и явлений»⁸. В качестве презумптивных фактов закон использует такие обстоятельства, которые чаще всего возникают в реальной действительности в соответствующих ситуациях. При этом существование тех или иных презумпций обусловлено целями правового регулирования.

Среди презумпций имущественного типа современное семейное право закрепляет презумпцию общности имущества, нажитого супругами во время брака: «имущество, нажитое супругами в период брака, является их совместной собственностью» (п. 1 ст. 34 СК РФ); «общим имуществом супругов <является> ... любое другое нажитое супругами в период брака имущество независимо от того, на имя кого из супругов оно приобретено либо на имя кого или кем из супругов внесены денежные средства» (п. 2 ст. 34 СК РФ). Презумпция общности супружеского имущества «проистекает из существа брачного правоотношения, в котором супруги составляют семейный союз, естественно-природное единство и благоприобретенную общность»⁹. В правовой науке и правоприменительной практике постепенно сложилось следующее понимание данной правовой конструкции: 1) лицо, требующее отнесения приобретенного в период брака имущества к категории общего, не должно представлять никаких доказательств; 2) все виды имущества, приобретенного во время брака, считаются общими независимо от того, включен законом тот или иной объект в перечень общего имущества или нет; 3) для того чтобы исключить тот или иной вид имущества из состава общности, наоборот, необходимо прямое указание закона на то, что данный вид имущества является раздельной собственностью одного из супругов¹⁰, или это должно следовать из положений брачного или иного договора между супругами; 4) лицо, требующее исключить имущественный объект из общности, должно доказать правомерность своей претензии и представить необходимые доказательства¹¹. Однако вопрос о пределах действия рассматриваемой презумпции остается открытым.

Как известно, используемый в законодательстве термин «имущество» является многозначным. В наиболее узком смысле имущество сводится к вещам (п. 1 ст. 209 ГК). В более широком понимании этим термином обозначаются так называемые активы, то есть совокупность вещей, безличных денежных средств, бездокументарных ценных бумаг и имущественных прав (ст. 128 ГК РФ). Наиболее широкое понимание термина «имущество» включает не только активы, но и пассивы (обязанности, долги) (ст. 1112 ГК РФ). Что же касается категории «имущество супругов», то в правовой доктрине ее содержание до сих пор является весьма неопределенным. Одни авторы полагают, что СК РФ относит к общему имуществу супругов только имущественные права, но не обязательства – «нажито то, что приобретено, получено, а не долги»¹². Другие авторы отрицательно относятся к такому подходу. В частности, по мнению Е.А. Чефрановой, понятие имущества имеет собирательный характер и включает не только вещи, вещные права и права требования, но и возникшие в период совместной жизни супругов обязанности по исполнению долга (например, непогашенная ссуда на строительство дома, долг за приобретенные в кредит вещи)¹³. В связи с неоднозначным пониманием состава общего имущества супругов, вполне разумен вопрос: распространяется ли презумпция общности на долги (обязанности), возникшие в период брака?

На сегодняшний момент наблюдается отсутствие единого подхода в решении обозначенного вопроса. Так, одни судьи исходят из того, что если один из супругов вступил в обязательственные отношения во время брака, то возникшие вследствие этого долги предполагаются общими, пока не доказано обратное. В частности, в апелляционном определении Верховного Суда Республики Татарстан от 21 мая 2015 года по делу № 33-7308/2015 отмечается: «Разрешая иски о взыскании, суд правильно признал ... долговые обязательства совместным долгом супругов, поскольку вышеуказанные кредитные договоры были заключены в период брака. Ответная сторона не представила допу-

стимых и относимых доказательств, из которых бы следовало, что заемные средства были потрачены на личные нужды, тогда как бремя доказывания при наличии презумпции в отношении долговых обязательств, возникших в период брака, возлагается на сторону, оспаривающую возникновение совместного долг. Расходование кредитных денежных средств на нужды семьи презюмируется действующим семейным законодательством»¹⁴.

Указанная позиция имеет в своей основе положение о том, что презумпция общности долгов супругов проистекает из презумпции согласия супруга на совершение сделки по распоряжению общим супружеским имуществом (п. 2 ст. 35 СК РФ). В частности, в ряде судебных актов указывается, что «при совершении одним из супругов сделки по распоряжению общим имуществом супругов предполагается, что он действует с согласия другого супруга. Следовательно, согласие другого супруга предполагается и по обязательствам, вытекающим из таких сделок, и долги, сделанные одним из супругов, считаются общими долгами супругов»¹⁵. Данное положение, по мнению сторонников рассматриваемой позиции, всецело распространяется и на случаи заключения одним из супругов кредитного договора или договора займа. Такой вывод следует из оценки кредитного договора (договора займа), ибо его экономическая сущность такова, что «он является сделкой, направленной на распоряжение доходом заемщика, поскольку только доход от той или иной деятельности позволяет исполнять кредитный договор»¹⁶. «В свою очередь, доходы, получаемые супругами во время брака, прямо названы в ст. 34 СК РФ общим имуществом супругов. Следовательно, в подавляющем большинстве случаев, когда возврат кредита или займа производится за счет доходов супругов, полученных в браке, такой договор есть не что иное, как сделка по распоряжению общим имуществом супругов»¹⁷. При этом «тот факт, что сделки по распоряжению совместным имуществом супругов порождают возникновение и общих обязательств, сомнений не вызывает. Кроме того, суды указывают, что "при совершении сделки по заключению кредитного договора ... презюмируется, что сделка совершается в интересах семьи", потому и долг по такому договору должен признаваться общим»¹⁸. Таким образом, бремя доказывания по данным категориям дел предполагает, что ответчик (супруг, несогласный с квалификацией долга как общего) должен доказать, что полученные в результате заключения кредитного договора денежные средства, не были использованы в интересах семьи, а потрачены на личные нужды истца¹⁹.

Диаметрально противоположной точки зрения придерживаются другие судьи. Их позиция основывается на правилах, зафиксированных в п. 2 ст. 45 СК РФ: «Взыскание обращается на общее имущество супругов по общим обязательствам супругов, а также по обязательствам одного из супругов, если судом установлено, что все, полученное по обязательствам одним из супругов, было использовано на нужды семьи». Исходя из приведенного положения, делается вывод о том, что если стороной в обязательстве выступает только один из супругов, то возникшие в результате этого долги признаются общими лишь в случае, если истцом (супругом – стороной в обязательстве или его кредитором) доказано, что все, полученное им по обязательству, было использовано на семейные нужды²⁰.

Позиция о непризнании действия презумпции общности по отношению к супружеским долгам нашла отражение и в определениях Верховного Суда РФ. В них отмечается, что п. 2 ст. 35 СК РФ и п. 2 ст. 253 ГК РФ установлена презумпция согласия супруга на действия другого супруга по распоряжению общим имуществом. Однако положения о том, что такое согласие предполагается также в случае возникновения у одного из супругов долговых обязательств перед третьими лицами, действующее законодательство не содержит. Напротив, в силу п. 1 ст. 45 СК РФ, предусматривающего, что по обязательствам одного из супругов взыскание может быть обращено лишь на имущество этого супруга, допускается существование у каждого из супругов собственных обязательств. При этом, согласно п. 3 ст. 308 ГК РФ, обязательство не создаёт обязанностей для иных лиц, не участвующих в нем в качестве сторон (для третьих лиц). Следовательно, резюмирует Верховный Суд РФ, в случае заключения одним из супругов договора займа или совершения иной сделки, связанной с возникновением долга, такой долг может быть признан общим лишь при наличии обстоятельств, вытекающих из п. 2 ст. 45 СК РФ, бремя доказывания которых лежит на стороне, претендующей на распределение долга²¹.

Таким образом для признания обязательства общим оно должно либо возникнуть по инициативе обоих супругов в интересах семьи, либо являться обязательством одного из супругов, по которому все полученное было использовано на нужды семьи. При этом обязанность доказать источник и целевое назначение денежных средств возлагается на истца.

Последний подход, отрицающий презумпцию общего характера долгов, возникших в период брака, представляется более справедливым: у супруга-должника и супруга, не участвовавшего в обязательстве, совершенно разные возможности по доказыванию того, на какие цели были израсходованы заемные (кредитные) деньги. А именно: супруг-должник так или иначе принимает участие в ис-

пользовании данных денежных средств, а потому имеет возможность обеспечить получение доказательств их расходования на общесемейные нужды. Другой же супруг, который может и не знать о наличии долга, существенно ограничен в сборе доказательств относительно расходования средств на личные нужды супруга-должника.

Исходя из вышеизложенного, представляется, что презумпция общности имущества супругов имеет ограниченное действие и распространяется только на супружеские активы. Что же касается долгов, возникших вследствие участия одного из супругов в обязательстве, напротив, действует презумпция того, что таковые носят личный характер.

Вместе с тем признание долга супругов общим вовсе не гарантирует право кредитора привлечь к ответственности супруга, не участвовавшего в обязательстве. В судебной практике встречаются решения об отказе в удовлетворении предъявленного супругу должника кредитором требования о взыскании части долга, признанного общим супружеским долгом. В частности, в апелляционном определении Тюменского областного суда от 17 февраля 2014 г. по делу № 33-862/2014 отмечается, что долги, возникшие из сделок, совершенных одним супругом, являются общими только с точки зрения внутренних имущественных отношений супругов, необходимости учета и распределения этих долгов при разделе совместно нажитого имущества. Потому при определении долей в общих долгах не производится раздел долга или замена должника в обязательстве, а устанавливается часть долга, которую должник вправе требовать при исполнении обязательства полностью или частично с другого участника совместной собственности. Дальнейшие рассуждения построены следующим образом: 1) ответственность из договорного обязательства может нести лишь лицо, выступающее в качестве стороны обязательства (в данном случае супруг-должник) (ст. 309, 310 ГК РФ); 2) солидарная обязанность (ответственность) или солидарное требование возникает, если солидарность обязанности или требования предусмотрена договором или установлена законом (п. 1 ст. 322 ГК РФ); 3) законом, то есть п. 2 ст. 45 СК РФ, установлено, что обязательство супругов по общим обязательствам является солидарным; 4) в силу п. 1 ст. 322 ГК РФ должник, исполнивший солидарную обязанность, имеет право регрессного требования к остальным должникам в равных долях за вычетом его доли. Таким образом, по мнению суда, кредитор вправе требовать исполнения лишь с супруга-должника, который, в свою очередь, исполнив обязанность кредитора, приобретает право регрессного требования к другому должнику – своему супругу²².

Однако такое решение не представляется верным. Указание в п. 2 ст. 45 СК РФ на солидарный характер ответственности супругов по общим обязательствам, по нашему мнению, позволяет применять нормы ст. 323 ГК РФ о праве кредитора требовать исполнения как от всех должников совместно, так и от любого из них в отдельности, притом как полностью, так и в части долга. В противном случае правила п. 2 ст. 45 СК РФ лишаются всякого смысла.

Подводя итог анализу применения положений п. 2 ст. 45 СК РФ, следует констатировать наличие ряда проблем в единообразии их понимания и толкования, что делает актуальной постановку вопроса о соответствующих разъяснениях на уровне Пленума Верховного Суда РФ.

¹ Эрделевский А.М. Компенсация морального вреда // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² Сидорова С.А. Компенсация морального вреда как мера гражданско-правовой ответственности в семейном праве // Бюллетень нотариальной практики. 2006. № 6. С. 28.

³ Репетева О.Е. Семейные правонарушения и ответственность за их совершение // Вектор науки Тольяттинского государственного университета. Серия: Юридические науки. 2011. № 4. С. 91-93.

⁴ Определение Верховного Суда РФ от 08.04.2014 № 45-КГ13-22 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵ Определение Верховного Суда РФ от 20.05.2014 № 18-КГ14-39 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶ Определение Верховного Суда РФ от 01.10.2013 № 5-КГ13-77 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷ О внесении изменений в Семейный кодекс Российской Федерации и статью 256 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации: Федеральный закон от 30.12.2015 № 457-ФЗ // Рос. газета. 2016. № 2. 12 янв.

⁸ Тарусина Н.Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна: монография. Ярославль, 2009. С. 567–568.

⁹ Там же. С. 583.

¹⁰ См.: Антокольская М.В. Семейное право: учебник. М, 2013. С. 190; Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации (Постатейный) / отв. ред. О.Н. Низамиева. М., 2011. С. 110; Чефранова Е.А. Имущественные отношения супругов: научно-практическое пособие. М, 2008. С. 35.

¹¹ См.: Тарусина Н.Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна. С. 584–585.

¹² См.: Комментарий к Семейному кодексу РФ / отв. ред. И.М. Кузнецова. М., 2000. С. 97; Королев Ю.А. Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации. 2-е изд., стер. М., 2004. С. 90.

¹³ См.: *Чефранова Е.А.* Имущественные отношения супругов. С. 47.

¹⁴ Апелляционное определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Татарстан от 21 мая 2015 года по делу № 33-7308/2015 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁵ *Постановление* Федерального арбитражного суда Московского округа от 14 марта 2006 г., 06 марта 2006 г. № КГ-А40/1450-06 по делу № А40-27611/05-105-223; Апелляционное определение Пермского краевого суда от 9 декабря 2013 г. по делу № 33-10718А // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁶ Апелляционное определение судебной коллегии по гражданским делам Московского городского суда от 28 января 2015 г. по делу № 33-2180 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁷ *Ломакина П.А.* Презумпция общего характера приобретенных в браке долгов // Семейное и жилищное право. 2016. № 1. С. 15.

¹⁸ Там же. С. 15.

¹⁹ См.: Апелляционное определение судебной коллегии по гражданским делам Московского городского суда от 28 января 2015 г. по делу № 33-2180 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁰ См.: *Об отказе* к рассмотрению жалобы гражданина Коробейникова Александра Ивановича на нарушение его конституционных прав абзацем первым пункта 2 статьи 45 Семейного кодекса Российской Федерации: определение Конституционного Суда РФ от 7 февраля 2013 г. № 116-О; Апелляционное определение СК по гражданским делам Ставропольского краевого суда от 1 октября 2013 г. по делу № 33-5078/13 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²¹ См.: *Определение* судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 22 декабря 2015 г. по делу № 16-КГ15-35; *Определение* судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 1 марта 2016 г. по делу № 75-КГ15-12; *Определение* судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 5 апреля 2016 г. по делу № 80-КГ15-32; *Определение* судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 17 мая 2016 г. № 6-КГ16-4 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²² См.: Апелляционное определение судебной коллегии по гражданским делам Тюменского областного суда от 17 февраля 2014 г. по делу № 33-862/2014 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Н. А. Новикова

Уральский государственный юридический университет,

г. Екатеринбург

КОЛЛИЗИОННЫЙ АСПЕКТ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА НА ИМЯ

Право на имя традиционно относится к числу личных неимущественных прав, которые являются неотчуждаемыми от самой личности человека, и любой обладает данным правом с рождения. Под своим именем каждый выступает в гражданских и иных правоотношениях, вступает в брак, заключает сделки, реализует авторские права. Имя, присвоенное на территории любого из государств мира, следует за человеком на территории всех остальных стран.

Порядок присвоения имени и его структура могут достаточно существенно различаться в зависимости от подхода законодателя. Так, к примеру, в соответствии с действующими законами Исландии, фамилии могут быть двух типов: во-первых, отчества, образованные от имени отца или матери или, во-вторых, родовые фамилии. Иногда, при получении особого разрешения, возможно совмещение нескольких имен¹. Таким образом, каждый гражданин выбирает один из предложенных вариантов, но отклонения от этого правила не существует. Более того, в названной стране создан специальный регистр имен, которые могут быть даны детям, что соответствует традициям и лингвистическому наследию Исландии, но нередко приводит к судебным спорам за право носить определенное имя². Такое строгое регулирование на законодательном уровне является скорее исключением, чем правилом. Вышесказанное позволяет сделать вывод о том, что право лица на имя является не иначе как личным неимущественным правом индивидуума и возникает с момента рождения.

Право на имя в трансграничных отношениях связывается, прежде всего, с правилами правового статуса индивида, сопряженными с категорией гражданской дееспособности. Интересно, что в странах общего права при разрешении споров, связанных с правом на имя к иностранным гражданам применяются исключительно нормы национального права, что касается, например, США. Действительно, с учетом вышесказанного, законодательство, касающееся права на имя в этом государстве проработано на всех уровнях и содержит немало запретов, в том числе усложненную процедуру регистрации изменения имени граждан, поэтому неудивительно, что законодатель предпочел такой

путь развития в рамках уже трансграничных отношений. Однако иным путем идут законодатели стран континентальной правовой семьи, позволяя определить права на имя с помощью личного закона лица. Такой подход является наиболее распространенным. Несмотря на это, континентальное право разрешает вопросы злоупотребления чужим именем непосредственно с помощью национальных норм, исходя из общепринятой доктрины деликтных обязательств.

Различные коллизионные нормы применяются и к отношениям, связанным с непосредственно правом лица на имя и с защитой данного неимущественного права. Если обратиться к положениям Федерального закона Австрии о международном частном праве, то можно обнаружить, что положения об использовании имени лиц определяется в соответствии с личным законом, но, тем не менее, если право будет нарушено в другой стране, применению подлежит право того государства, где оно произошло³. Аналогично разрешается коллизионный вопрос также в законодательстве Лихтенштейна и ряда иных государств.

В контексте международных частнопрововых вопросов, существующая коллизионная проблема определения права на имя решается в российском праве также с помощью личного закона, и прямое указание на это содержится в ст. 1198 ГК РФ. При этом, содержание права гражданина на имя понимается достаточно широко, составляя следующие правомочия: право на пользование именем, право на получение имени, право на перемену имени, право на неприкосновенность имени, равно как и право на защиту имени. Стоит отметить, что в России существует практика судов, когда суд ссылаясь на норму ст. 1198 ГК РФ, в частности, в деле, когда объектом спора было право на имя, и исковые требования были связаны с запретом на использование фамилии. Так, суд апелляционной инстанции отказал в удовлетворении требований, отклонив, тем самым, доводы истца о том, что суд нижестоящей инстанции не применил именно вышеуказанное положение ст. 1198 ГК РФ⁴.

Вместе с тем, другое разрешение коллизионных вопросов права на имя устанавливается и иными нормами, нашедшими свое закрепление в отечественном праве. Так, если лицу был причинен вред неправомерным использованием имени, то суд должен сослаться на ст. 1219 ГК РФ, тогда будет необходимо инициировать отсылку к праву страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда. Несколько отличное решение коллизионных вопросов о праве на имя содержится в законодательстве об интеллектуальной собственности, в силу чего автор произведения наделен законодателем свободой выбора: как использовать и позволять это использование конкретного произведения под своим реальным именем, псевдонимом или сохраняя анонимность⁵. Также нельзя не отметить, что личные неимущественные права, к которым относится и право на имя, признаются за иностранными гражданами и апатридами и действуют на территории России во всех случаях, если иное не предусмотрено федеральным законом.

Следует принять к сведению, что в законодательстве большинства зарубежных государств, право на имя также определяется с помощью привязки к личному закону. Примером может служить Закон Швейцарии о международном частном праве, нормы которого указывают, что имя лица, проживающего на территории Швейцарии, подпадает под регулирование швейцарского законодательства, в то время как право на имя лица, постоянно проживающего за границей, должно регулироваться законом государства по месту жительства, содержащем положения международного частного права данного государства. При этом из данного правила есть одно существенное исключение: лицо может по собственной воле обратиться в соответствующий орган с просьбой о том, что его или ее имя будет регулироваться законодательством государства его гражданства⁶. Как видно из предложенного примера, законодатель регулирует вопросы защиты права на имя с помощью формул *lex patriae* и *lex domicilii*. Аналогичная ситуация сложилась в гражданском законодательстве таких стран, как Белоруссия, Казахстан, Узбекистан и Грузия.

Европейские правоведы также отмечают в своих исследованиях, что в некоторых странах, коллизионное право требует серьезного реформирования и пристального внимания законодотворцев. Все еще существуют правовые системы, в рамках которых защита личных прав, в том числе права на имя, в нормативно-правовых актах о международном частном праве, не отвечает вызовам, с которыми сталкиваются современные граждане. Так, явными недостатками обладает болгарское коллизионное законодательство, не всегда понятное иностранцам; при этом, соответственно, законы не содержат важнейших положений, регулирующих вопросы использования права на имя, что осложняет возможное регулирование при появлении спора, осложненного иностранным элементом⁷.

Таким образом, гражданское законодательство Российской Федерации содержит положения, регулирующие право на имя, его защиту и реализацию. Многими теоретиками права и практикующими юристами высказываются предложения по возможному реформированию некоторых норм. Так, звучат мнения об изменении требований к структуре имени с учетом национальных, исторических, религиозных и лингвистических особенностей и целесообразности жестких законодательных ограничений права граждан на изменение имени. Однако при сравнительном анализе и обращении к законодательству за-

рубежных государств, можно констатировать, что отечественное право в этом отношении является в достаточной степени либеральным и соответствует требованиям современности.

Все вышесказанное относится и к коллизионному регулированию вопросов реализации права на имя. Законодатель, без сомнения, учел общемировую практику, включив положения о применении личного закона в связи с правом на имя. В целом, можно констатировать, что правоприменители большинства стран мира сходятся во мнении, что право на юридическое и практическое значение права на имя заключается в том, что используя имя, лицо приобретает и реализует права и обязанности, а значит право на имя должно быть защищено законом, а незаконное использование имени пресекаться. Возможно, право на имя в современном мире является одним из наиболее значимых среди неотчуждаемых прав, а с развитием трансграничных отношений защита этого права приобретает критическое значение.

¹ Personal Names Act No. 45 of 17th May 1996. [Электронный ресурс] URL: <http://www.nhcr.org/reforld/docid/3ae6b3aa0.html> (дата обращения: 03.04.2016).

² Icelandic girl Blaer wins right to use given name // BBC news. 2013. [Электронный ресурс] URL: <http://www.bbc.com/news/world-europe-21280> (дата обращения: 03.04.2016).

³ Oehlboeck J. The Austrian Legal System and Laws: a Brief Overview // The Hauser Global Law School Program. 2014. P. 13.

⁴ Российская Федерация. Москва. Московский городской суд. Апелляционное определение от 22 июля 2015 г. по делу № 33-22427/2015 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 03.04.2016).

⁵ Маковский, А. Л. Комментарий к Ч. 4 Гражданского кодекса Российской Федерации (поглавный). М.: Статут, 2008. С. 389.

⁶ Switzerland's Federal Code on Private International Law of December 18, 1987. [Электронный ресурс] URL: <https://www.hse.ru/data/2012/0/08/1252692468> (дата обращения: 03.04.2016).

⁷ Volken P. Yearbook of Private International Law. Bern, 2011. P. 456.

А. Г. Папулов

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

СУБЪЕКТЫ ЗАЩИТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

В современной юриспруденции, несмотря на большое количество проведенных исследований защиты гражданских прав, продолжается дискуссия относительно определения данной категории. До сих пор ученые-юристы не выработали четких представлений о сущности, содержательных элементах защиты и ее соотношении с другими правовыми категориями.

Следует отметить, что с течением времени и изменением правовой действительности происходит трансформация подходов к определению категории «защита гражданских прав».

Так, в советский период среди ученых была распространена точка зрения, согласно которой защита гражданских прав понималась как реализация наделенным властными полномочиями юрисдикционным органом специальных мер, направленных на принуждение правонарушителя к совершению действий, обеспечивающих управомоченному субъекту возможность осуществлять свои права¹.

Характерной особенностью понимания защиты в указанный период являлось то, что ее осуществление преимущественно связывалось с мерами опирающимися на государственное принуждение², в связи с чем субъектный состав защиты иногда ограничивался юрисдикционными органами, наделенными специальными полномочиями. Во многом это обусловлено особенностями гражданского законодательства советского периода.

В дальнейшем с изменением экономического уклада и правовой действительности преобладающей стала точка зрения, согласно которой субъектами защиты гражданских прав могут выступать управомоченные лица и органы. Изложенную точку зрения высказывали, например, Т.В. Чугурова, Г.П. Арефьев, В.В. Болгова, В.М. Ведяхин, Т.Б. Шубина, под защитой гражданских прав они понимали деятельность управомоченных лиц и органов по реализации прав, свобод и законных интересов в случае, когда эти права и интересы оспариваются либо нарушаются.³

Указанный подход к категории защита гражданских прав в части определения субъектного состава является общепризнанным.

Однако некоторые ученые придерживаются позиции, согласно которой к органам и лицам, уполномоченным на защиту, относятся только правообладатели, должностные лица и органы, наделенные специальными полномочиями⁴.

Указанный состав субъектов защиты гражданских прав на наш взгляд является неполным, и в связи с этим следует еще раз обратить внимание на определение круга лиц, обладающих возможностью защиты.

Представляется, что для определения круга лиц правомочных осуществлять защиту, следует выделить признаки субъекта защиты.

Во-первых, в силу того, что защита прав осуществляется в рамках гражданского правоотношения, субъект защиты должен обладать признаками субъекта гражданского права.

Во-вторых, субъектом защиты может являться только тот субъект гражданского права, который имеет юридическую возможность правомерно осуществить действия, направленные на предупреждение, пресечение нарушения или восстановление нарушенного права.

Таким образом, уполномоченным на защиту гражданских прав является субъект гражданского права, обладающий юридической возможностью правомерно осуществить действия, направленные на предупреждение, пресечение нарушения или восстановление нарушенного права.

Отметим, что правомочием на защиту наделен сам правообладатель, он может делегировать данное правомочие третьему лицу и такое правомочие может быть предоставлено законом.

Указанным критериям субъекта защиты соответствуют правообладатель; должностные лица, государственные и иные органы, осуществляющие защиту в силу предоставленной им специальной компетенции; лица, действующие по поручению правообладателя, – представители по доверенности, лица, уполномоченные на представление интересов правообладателя в силу закона (родители несовершеннолетних детей, опекуны и т.д.).

Анализ гражданского законодательства, в частности ч. 1 ст. 980 ГК РФ и практика применения указанной нормы, позволяют сделать вывод, что к субъектам правомочным осуществлять защиту, следует также относить лиц, действующих в чужом интересе с целью предотвращения вреда личности или имуществу. Так указанная норма прямо предусматривает возможность совершения таких действий без поручения, иного указания или заранее обещанного согласия заинтересованного лица при условии очевидной выгоды или пользы и действительных или вероятных намерений заинтересованного лица и с необходимой по обстоятельствам дела заботливостью и осмотрительностью.

Заметим, что в данном случае правомочие на защиту предоставляется вне зависимости от воли правообладателя и принадлежности защищаемого права субъекту защиты, при таких обстоятельствах правомочие на защиту не может являться элементом защищаемого права, так как оно не принадлежит субъекту защиты и не предоставлялось ему правообладателем.

Таким образом, к субъектам, правомочным защищать гражданские права следует относить правообладателей; должностных лиц, государственные и иные органы, осуществляющие защиту в силу предоставленной им специальной компетенции; лиц, действующих по поручению правообладателя, – представителей по доверенности; лиц, уполномоченных на представление интересов правообладателя в силу закона; лиц, действующих в чужом интересе с целью предотвращения вреда личности или имуществу.

¹ См., например: *Иванов О.В.* Защита гражданских прав как правовой институт и как научная проблема. Вопросы советского государства и права // Труды Иркутского университета. Сер. Юридическая. 1967. Вып. 8 ч. 3., С. 44.

² См., например: *Басин Ю.Г.* Основы гражданского законодательства о защите субъективных гражданских прав. Проблемы применения Основ гражданского законодательства и Основ гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик. Саратов, 1971. С. 34.

³ См.: *Чугурова Т.В.* Процессуальные формы защиты публичных интересов в российском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2007. С. 15; *Арефьев Г.П.* Понятие судебной защиты // Вопросы теории и практики гражданского процесса. Саратов, 1984. С. 55; *Болгова В.В.* Формы защиты субъективного права: теоретические проблемы: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Уфа, 2000; *Ведяхин В.М., Шубина Т.Б.* Защита права как правовая категория // Правоведение. 1998. N 1. С. 68 - 70.

⁴ См. например: *Малько А.В., Субочев В.В., Шериев А.М.* Права, свободы и законные интересы: проблемы юридического обеспечения. М.: Норма, Инфра-М, 2010.

К ВОПРОСУ О СПОСОБАХ ДОСТИЖЕНИЯ РЕАЛИЗАЦИИ ПРИНЦИПА ПРАВОВОЙ ОПРЕДЕЛЕННОСТИ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Принцип правовой определенности не закреплен на законодательном уровне, однако сформулирован на уровне доктрины и судебной практики. Согласно позиции Конституционного суда РФ, изложенной в ряде постановлений, неопределенность содержания правовой нормы допускает возможность неограниченного усмотрения в процессе правоприменения и ведет к произволу, а значит – к нарушению принципов равенства и верховенства закона. Общеправовой критерий определенности, ясности, недвусмысленности правовой нормы вытекает из конституционного принципа равенства всех перед законом и судом, поскольку такое равенство может быть обеспечено лишь при условии единообразного понимания и толкования правовой нормы всеми правоприменителями (постановления от 25 апреля 1995 г. № 3-П, от 15 июля 1999 г. № 11-П, от 11 ноября 2003 г. №16-П).

Достижение реализации принципа правовой определенности обеспечивается тремя способами. Каждый из способов самостоятельно не сможет обеспечить правовой определенности, наиболее эффективны они в совокупности. Однако важно понимать, что реальная жизнь намного разнообразнее, чем мы ее представляем, поэтому каждый из способов достижения правовой определенности может быть приоритетным в разные моменты развития правовой системы и экономики. Остановимся подробнее на каждом из способов.

1. Правовая определенность достигается путем последовательного совершенствования отдельных положений законодательства. Стоит отметить, что именно такая цель стояла перед разработчиками Концепции развития гражданского законодательства: заменить ситуационное, фрагментарное и, зачастую, случайное нормотворчество в сфере частного права на последовательное и системное законодотворчество. Понятно, что в процессе обсуждения и принятия изменений в ГК РФ было внесено множество «серых» поправок, не встроенных в логику необходимых мер по совершенствованию гражданского законодательства.

Однако важно указать, что ГК РФ выступает в качестве исключения и в сфере частноправового регулирования законодотворчество остается на том же уровне, что и было. Примером может служить неопределенность правового значения государственной регистрации прав на недвижимые вещи: право-подтверждающее или правосоздающее. Дело в том, что в мире существует несколько моделей регистрации основанных либо на приоритете принципа внесения (право возникает именно в силу регистрации и абстрактно по отношению к правоустанавливающим документами), либо на принципе противопоставимости (право возникает в силу правоустанавливающих документов, подтверждается регистрацией и может быть оспорено в судебном порядке). Тут важно не забывать, что регистрация нужна не сама по себе, а для третьих лиц: государственная регистрация прав на недвижимое имущество является гарантией прав третьих лиц, которые впоследствии заключают те или иные сделки в отношении данного объекта недвижимости. Однако ни действующий закон о государственной регистрации, ни Федеральный закон от 13 июля 2015 г. № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости», вступающий в силу с 1 января 2017 г., не содержат однозначного ответа на этот вопрос. Решение проблемы правового значения регистрации полностью оставлено на откуп судебной практики.

2. Установление на уровне законодательства абстрактных правил типа добросовестности и обхода закона позволяет корректировать в конкретной ситуации несовершенство отдельных положений законодательства.

Постоянное изменение законов не способствует устранению формальности их соблюдения, когда лица формально действуют в рамках закона, но содержание их действий не соответствуют цели установления властного предписания. Решение состоит в том, чтобы сформулировать универсальное и максимально абстрактное правило. Это правило и состоит в установлении принципа добросовестности и вытекающих из него запретов на злоупотребления правом, обход закона и иные заведомо недобросовестные действия, такие правила, как *estoppel*, и пр.

Римские юристы исходили из этого, что добросовестность является критерием права: действуешь добросовестно, значит, действуешь именно в рамках права. Западноевропейская традиция понимает добросовестность как критерий не права, а критерий поведения.

Более последовательно и продуктивно понимание добросовестности не как стандарта поведения, а как критерия права. Кто формально следует закону и действует недобросовестно, тот считается нарушившим закон. Кто в «серой» зоне, четко не урегулированной законом, действует добросовестно, тот считается соблюдающим закон, а тот, кто действует недобросовестно, тот считается нарушителем этого закона.

3. Правовая определенность достигается предоставлением способов защиты гражданских прав, которые имеют своей целью внесения правовой определенности в спорное правоотношение. В основном это иски о признании права: иск о признании вещного права и иск о признании вещного права отсутствующим.

Одним из исков, входящих в систему вещно-правовых способов защиты, является иск о признании вещного права. Несмотря на то, что он известен отечественному законодательству и практике с XIX века, определение его сущности, а часто и общая характеристика вызывают затруднения. Иск о признании права собственности направлен на защиту права собственности как права абсолютного, т. е. такого, в котором собственнику противопоставлено неограниченное количество третьих лиц, обязанных соблюдать его право, и поэтому относится к абсолютным вещным искам.

Особенность иска о признании права собственности заключается в малой степени законодательного урегулирования, сочетаемой с длительной историей правового регулирования. Так, Гражданский кассационный департамент в решении № 207 1880 г., основываясь на Законе о старозаимочных землях 1865 года (т. IX, Зак. Сост., ст. 763, прим. 3, по Прод. 1890 г.), разъяснил, что в спорах о старозаимочных землях для укрепления права собственности на эти земли закон предписывает лишь доказать, что присвоенная частным лицом или обществом земля действительно старозаимочная и состояла в пользовании истцов на полном праве собственности, и не требует представления актов пожалования. Следовательно, все старозаимочные земли надлежит признать собственностью их настоящих владельцев.

Глава 20 ГК РФ, непосредственно посвященная защите права собственности, не содержит упоминания об иске о признании права собственности. Законодательной базой данного иска является ст. 12 ГК РФ, закрепившая, что защита гражданских прав осуществляется в том числе и путем признания права. Применение этого средства для защиты права также предусмотрено в иных российских кодифицированных актах, например в Земельном кодексе (ст. 59) и Жилищном кодексе (подп. 1 п. 3 ст. 11).

Необходимо отметить, что гражданские кодексы ряда стран, граничащих с РФ, содержат иск о признании права собственности в разделах, посвященных защите вещных прав. Так, ст. 157.1 ГК Азербайджана, ст. 273 ГК Армении, ст. 259 ГК Казахстана и ст. 321 ГК Таджикистана самым первым вещно-правовым средством защиты указывают именно иск о признании права собственности, закрепляя полномочие собственника «требовать признания права собственности». В частности, в ст. 392 ГК Украины сказано: «Собственник имущества может предъявить иск о признании его права собственности, если это право оспаривается или не признается другим лицом, а также в случае утраты им документа, удостоверяющего его право собственности».

Иск о признании права собственности распространен и в других странах. Так, статья 35 «Право на подтверждение вещного права» закона КНР «О вещных правах» гласит, что «заинтересованное лицо может потребовать подтвердить наличие вещных прав при возникновении споров о принадлежности таких прав и их содержания». Статья 912 ГК канадской провинции Квебека устанавливает, что собственник и обладатель иного вещного права могут обратиться в суд, для того чтобы его право признали.

Неизученность сущности иска о признании права собственности приводит к неправильному определению его правовой природы и ошибочному отрицанию самостоятельности иска. В вопросе определения сущности рассматриваемого иска можно выделить два подхода. В рамках первого подхода иск о признании права собственности рассматривается как правосоздающий (устанавливающий вещное право): субъективное право создается и закрепляется судебным решением. В рамках второго подхода иск рассматривается как правоконстатирующий: суд, рассматривая вопрос о признании права, ничего не создает, а только фиксирует, формализует уже имеющиеся отношения.

Для иска о признании права собственности, в его устоявшемся понимании, правильным является второй подход. На основе проведенного анализа определений можно сделать вывод, что сущность иска о признании права собственности заключается в требовании о констатации факта принадлежности (наличия) вещного права за конкретным лицом, что вносит ясность и устраняет сомнения, неопределенность в сложившемся (уже существующем) правоотношении. Иными словами, суть иска в

требовании публичного признания за субъектом наличия у него определенных вещных прав. Данный иск предъявляется, когда право лица не определено и не очевидно для иных участников гражданского оборота.

В судебной практике не раз отмечалось, что признание права как способ защиты возможно, когда само право уже существует, и необходимо лишь судебное подтверждение данного факта (постановления ФАС Волго-Вятского округа от 01.03.2010 по делу № А11-12179/2008, от 24.12.2010 по делу № А11-2124/2009; ФАС Дальневосточного округа от 28.07.2009 № Ф03-3461/2009; ФАС Западно-Сибирского округа от 09.04.2010 по делу № А03-3514/2008; ФАС Московского округа от 28.09.2009 № КГ-А40/9911-09; ФАС Северо-Кавказского округа от 10.07.2012 по делу № А32-11154/2011; ФАС Уральского округа от 22.11.2006 № Ф09-9331/06-С6, от 06.06.2011 № Ф09-2677/11-С6).

Обоснованность и верность второго подхода подтверждается и тем, что констатация права и его создание являются двумя разными результатами (обладают различными эффектами), которые не могут иметь место в рамках одного способа защиты (вида иска). Следовательно, в таких случаях, как признание права собственности по давности владения (ст. 234 ГК РФ), признание права собственности на самовольную постройку (п. 3 ст. 222 ГК РФ), признание права муниципальной собственности на бесхозную недвижимость (п.3 ст.225 ГК РФ), признание права собственности на переработанную вещь (п.3 ст.220 ГК РФ) и судебное установление сервитута (п.3 ст.274 ГК РФ), судебное решение носит правоустанавливающий (правосоздающий) характер. В названии перечисленных гражданско-правовых требований ошибочно используется слово «признание», так как они не являются разновидностью иска о признании вещного права.

Предъявление иска о признании права отсутствующим имеет своей целью устранение противоречий в сведениях ЕГРП о зарегистрированных правах и сомнений в их достоверности, прежде всего, в целях соблюдения принципа правовой определенности.

Значительной вехой в развитии институтов защиты гражданских прав стало принятие постановления Пленума Верховного суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного суда РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав». В нем подробно рассмотрен обширный блок вопросов о возникновении, прекращении и защите права собственности и других вещных прав. Одним из прорывных нововведений, закрепленных в этом акте, было установление возможности применения иска о признании права отсутствующим в случае спора о принадлежности недвижимой вещи, право на которую зарегистрировано в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество.

Обращаясь к судебной практике после принятия изменений в ГК РФ и принятии Постановления № 10/22, суды стали признавать такой способ защиты права, как признание вещного права отсутствующим за надлежащий способ, но вместе с его признанием суды делают оговорку о том, что данный способ является исключительным, т.е. не может применяться наравне с другими способами, перечисленными в ст. 12 ГК РФ, и носит довольно узкий характер применения в силу своего специального назначения. Об этом свидетельствует и судебная практика ряда судов (Апелляционное определение Брянского областного суда 24.06.2014 по делу № 33-1922/2014, постановление Двенадцатого Арбитражного апелляционного суда от 28.05.2014 по делу № А579733/2013, постановление Восемнадцатого Арбитражного апелляционного суда от 17.04.2014 г. № 18АП-2812/2014 по делу № А07-3073/2013, постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 26.02.2014 г. по делу № А43-5727/2013).

На исключительность данного способа указывает сфера его применения. Согласно разъяснениям Пленума, данный иск применяется только в вещных правоотношениях, арбитражные суды также исходят из исключительности данного способа защиты, в результате чего данный иск не получает широкого распространения. Согласно разъяснениям, содержащимся в Постановлении 10/22, применение данного иска возможно в случаях, когда право истца нарушается записью в ЕГРП, что свидетельствует о специфике данного способа защиты права. Здесь возникает вопрос о расширении сфер, в которых должен применяться данный способ защиты помимо предложенных судебной практикой.

ФОНД КАПИТАЛЬНОГО РЕМОНТА И ГОСУДАРСТВЕННЫЙ КОНТРОЛЬ ЗА ЕГО ФОРМИРОВАНИЕМ И ИСПОЛЬЗОВАНИЕМ

Жилищный кодекс РФ (далее – ЖК РФ), Закон Краснодарского края от 01.07.2013 № 2735-КЗ «Об организации проведения капитального ремонта общего имущества собственников помещений в многоквартирных домах, расположенных на территории Краснодарского края» (далее – Закон края) предусматривают механизм не только формирования, но и использования средств фонда капитального ремонта многоквартирного дома (далее – МКД), а также устанавливают гарантии целевого использования собранных с населения средств.

Фонд капитального ремонта образуют взносы на капитальный ремонт, которые уплачивают собственники помещений в МКД (далее – собственники), а также проценты, уплаченные собственниками таких помещений в связи с ненадлежащим исполнением ими обязанности по уплате взносов на капитальный ремонт, и проценты, начисленные за пользование денежными средствами, находящимися на специальном счете. Собственники своим решением, принятым на общем собрании, на формирование фонда могут направлять средства, полученные от передачи в пользование объектов общего имущества в МКД.

Законом края на 2015, а также на 2016 г. установлен минимальный ежемесячный размер взносов на капитальный ремонт (5 руб. 32 коп. на один квадратный метр общей площади помещения).

Обязанность оплаты собственниками ежемесячных взносов на капитальный ремонт предусмотрена федеральным законодательством (ст. 153 ЖК РФ). В случае неуплаты собственниками помещений таких взносов взыскания по их оплате производятся в судебном порядке. Отказ собственников от уплаты взносов незаконен. Поскольку согласно ст. 155 ЖК РФ ежемесячный взнос на капитальный ремонт является обязательным платежом, то за его просрочку могут предусматриваться пени в размере 1/300 доли от ставки рефинансирования Центрального банка РФ за каждый день просрочки.

До 1 июля 2014 г. собственникам необходимо было на общих собраниях выбрать один из предусмотренных законом способов формирования фонда капитального ремонта общего имущества в МКД: либо перечисление взносов на специальный счет дома, либо на счет регионального оператора.

В случае, если собственники в указанный срок не выбрали способ формирования фонда капитального ремонта или выбранный ими способ не был реализован в указанный срок, орган местного самоуправления городского округа или поселения принимает решение и формирует фонд капитального ремонта такого МКД на счете регионального оператора.

Поскольку средства фонда имеют целевое назначение, то могут использоваться для оплаты услуг и (или) работ по капитальному ремонту общего имущества в МКД, погашения кредитов, займов, полученных и использованных в целях оплаты указанных услуг и работ, а также для уплаты процентов за пользование кредитами и займами. Использование указанных средств на оплату административно-хозяйственных расходов регионального оператора или на иные цели не допускается.

В соответствии с ЖК РФ ст. 26 Закона края установлен перечень услуг и работ по капитальному ремонту, оказание и (или) выполнение которых финансируются за счет средств фонда, сформированного исходя из минимального размера взноса. На общем собрании собственники вправе принять решение об установлении взноса на капитальный ремонт в размере, превышающем минимальный размер. При этом, способ формирования фонда не влияет на возможность принятия такого решения. В таком случае часть фонда, сформированная за счет данного превышения, по решению общего собрания собственников может использоваться на финансирование любых услуг и (или) работ по капитальному ремонту.

Несмотря на то, что собственникам жилых и нежилых помещений в МКД принадлежат имущественные права на уплаченные денежные средства в фонд капитального ремонта, они не вправе требовать выделения своей доли денежных средств, направленных на формирование фонда, при продаже своего помещения. В соответствии со ст. 36.1 ЖК РФ при приобретении в собственность помещения в многоквартирном доме новый собственник приобретает не только помещение, но и долю в праве на общие денежные средства, которая равна доле в праве на указанные денежные средства предшествующего собственника. Согласно ч. 3 ст. 158 ЖК РФ к новому владельцу переходят и долги по неуплачен-

ным взносам на капитальный ремонт, что необходимо иметь в виду приобретателю помещения в многоквартирном доме.

Целевое использование средств фонда в соответствии с ЖК РФ должно контролироваться как собственниками помещений, так и органами государственной власти. При этом не имеет значения, где формируется такой фонд: на специальном счете дома или на счете регионального оператора.

Так, если средства капитального ремонта формируются на специальном счете, закон предусматривает гарантии собственников по распоряжению этими средствами. В их числе указан ограниченный перечень операций, которые могут совершаться по специальному счету. Операции по перечислению или списанию со специального счета денежных средств могут осуществляться банком по указанию владельца специального счета при предоставлении протокола общего собрания собственников, содержащего соответствующее решение. Банк откажет в выполнении распоряжения владельца специального счета о совершении соответствующей операции, если будет отсутствовать протокол общего собрания собственников.

Кроме того, по требованию любого собственника помещения, банк, в котором открыт специальный счет, а также владелец специального счета обязаны предоставлять информацию, касающуюся остатка средств на специальном счете, общей суммы зачисленных на счет платежей собственников, а также всех операций по данному счету.

Закон не допускает обращения взыскания по обязательствам владельца специального счета, на денежные средства, находящиеся на этом счете. Исключения составляют только те обязательства, которые вытекают из договоров, заключенных на основании решений общего собрания собственников. Даже в случае признания владельца специального счета банкротом, денежные средства, находящиеся на специальном счете, не включаются в конкурсную массу (ст. 175 ЖК РФ).

Региональный оператор несет ответственность перед собственниками, формирующими фонд на счете регионального оператора, за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по организации и проведению ремонта, согласно ст. 182 ЖК РФ. Кроме того, субъект Российской Федерации несет субсидиарную ответственность (бюджетом субъекта) за неисполнение или ненадлежащее исполнение региональным оператором обязательств перед собственниками (ст. 178 ЖК РФ).

Государственный контроль за формированием и использованием средств фонда осуществляют органы государственного жилищного надзора. В Краснодарском крае это государственная жилищная инспекция Краснодарского края (далее – орган госжилнадзора).

В целях контроля за формированием фонда капитального ремонта владельцы специальных счетов, региональный оператор обязаны представлять в орган госжилнадзора в установленные сроки информацию о выбранном способе формирования фонда, сведения о многоквартирных домах, о поступлении взносов на капитальный ремонт от собственников, о размере остатка средств на счете. Орган госжилнадзора полученные сведения направляет в Министерство строительства и жилищно-коммунального хозяйства РФ для размещения в государственной информационной системе жилищно-коммунального хозяйства в сети Интернет.

Орган госжилнадзора также осуществляет деятельность, направленную на предупреждение, выявление и пресечение нарушений органами государственной власти, органами местного самоуправления, юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями и гражданами установленных в соответствии с жилищным законодательством требований к формированию фондов капитального ремонта, к созданию и деятельности регионального оператора посредством организации и проведения проверок, принятия предусмотренных законодательством Российской Федерации мер по пресечению и (или) устранению выявленных нарушений.

Использование средств, полученных от собственников помещений, формирующих фонды на счете регионального оператора, контролирует также федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий функции по контролю и надзору в финансово-бюджетной сфере (Росфиннадзор).

Кроме того, согласно ст. 187 ЖК РФ, годовая финансовая отчетность регионального оператора подлежит обязательному аудиту. Аудиторское заключение размещается на сайте в сети Интернет.

К ВОПРОСУ О СИСТЕМЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ТАЙН ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМЫ И ПУТИ РЕШЕНИЯ

На сегодняшний день практически все государства мира ориентируются на принцип информационной открытости. Однако всегда была, есть и будет информация, к которой свободный доступ общественности нецелесообразен, а часто и вреден. Связано это, прежде всего, с безопасностью, как отдельной личности, так и государства в целом. Для защиты сведений от постороннего вмешательства законодательство предусматривает особые правовые режимы именуемые тайнами.

Тайна присутствует практически во всех сферах жизни общества: в личных и семейных, в экономических, финансовых, политических и духовных отношениях.

Законодательство не содержит единого взгляда на обозначенную проблему – правовое регулирование тайны в гражданском праве. Однако с точки зрения гражданского права вернее рассматривать тайну как режим конфиденциальности, так как положения о государственной тайне относятся к другим отраслям права. Адвокатская тайна также имеет значение в основном для иных (процессуальных) отраслей права.

Систематизация тайн является одной из актуальных проблем их изучения. Связано это с тем, что законодательно не существует стройной иерархичной системы тайн. Законодатель в различных нормативных актах выделяет некоторые виды тайн, однако очевидно, что единый принцип их разграничения отсутствует. В связи с этим одни и те же сведения могут попадать под защиту различных видов тайн. Такой способ систематизации называется фасетным.

По субъекту, обладающему тайной, все тайны можно разделить на: государственные, тайны юридических лиц (например, коммерческие) и тайны граждан (например, личные и семейные тайны). К гражданско-правовым в данном случае относятся тайны граждан и юридических лиц.

Еще одним критерием для систематизации является начало действия тайны. Так ряд тайн возникает с появлением самого субъекта (право на государственную тайну государство имеет с самого начала своего основания, гражданин имеет право на личную и семейную тайну с самого рождения), для других тайн необходимо совершение каких-либо действий или наступление определенных событий (существование, например, адвокатской или врачебной тайны начинается с момента обращения гражданина к адвокату (врачу)).

Одна из наиболее широко используемых в литературе классификаций строится на основании критерия оборотоспособности. Тайны подразделяются на изъятые из оборота (профессиональная, государственная, служебная) и неограниченно оборотоспособные (коммерческая, личная, семейная).¹ Однако, на наш взгляд, оборотоспособность характерна лишь для информации, составляющей тайну, но никак не для самой тайны.

Сформулируем основные выводы и предложения.

Разнообразие тайн позволяет построить их систему и проводить классификацию по многочисленным основаниям (классификационным критериям). Представляются более убедительными те варианты и критерии, в которых применяется одно основание и члены классификации взаимно исключают друг друга. С точки зрения исключительно гражданского права в системе тайн можно выделить гражданско-правовые (тайны, возникающие в отношениях, связанных с участием в корпоративных организациях или с управлением ими (корпоративные отношения), договорных и иных обязательствах, а также в других имущественных и личных неимущественных отношениях); тайны иных отраслей права, при определенных обстоятельствах связанные с гражданским правом (к данной группе относится, например, адвокатская тайна. Данная тайна присуща процессуальным отраслям права, однако её нарушение может породить гражданско-правовые правоотношения; тайны, абсолютно не связанные с гражданским правом (к данной группе относится государственная тайна, которая представляет интерес для отраслей публичного права).

Частноправовые тайны среди правовых тайн имеют наиболее существенный характер, который заключается в уравнивании, сбалансировании частных и публичных (в первую очередь государственных) интересов.

Таким образом, предложенная классификация правовых тайн основана на их разделении по критериям преювенности (первоначальные и производные тайны), сфере действия (профессиональные и иные производные тайны), способу формирования предмета тайны (профессионально-доверенные и иные профессиональные тайны), способу обращения с предметом тайны (поверенные и иные профессионально-доверенные тайны) и другим классификационным критериям.

Частное право, т.е. преимущественно гражданское, семейное, касается исключительно тайн, относящихся к частноправовой сфере, и, по большому счету, материальных видов тайн. Процессуальные тайны становятся интересны гражданскому и семейному праву только в случае предъявления гражданского иска в связи с их нарушением. Что касается семейной тайны, то она имеет особый предмет семейно-правовой охраны и, безусловно, нуждается в особой правовой регламентации и защите. Полагаем, что эти виды тайн обладают наиболее отличительными характерными признаками и специфическими механизмами защиты.

Семейная и личная тайны тесно переплетаются между собой и во многом совпадают. Различия между ними усматриваются лишь в одном: если личная тайна непосредственно связана с интересами лишь конкретного индивидуума, то семейная тайна непосредственно затрагивает интересы лишь лиц, находящихся друг с другом в отношениях, регулируемых СК РФ, т.е. членов семьи.

Учитывая проанализированные признаки, можно дать определение тайны частной жизни. Тайна частной жизни — это охраняемые законом конфиденциальные сведения, составляющие личную или семейную тайну лица, незаконное собирание или распространение которых причиняет вред его правам и законным интересам и предоставляет ему право на защиту этих прав в соответствии с законодательством Российской Федерации при их нарушении лицами, которым эти сведения стали известны от самого доверителя либо в силу их служебной или профессиональной деятельности и на которых возлагается обязанность неразглашения.

В научно-правовой литературе, в принципе, отсутствуют спорные точки зрения по вопросу определения профессиональной тайны, т.е. следует отметить единодушие авторов. Профессиональная тайна — это охраняемые законом конфиденциальные сведения, доверенные или ставшие известными лицу исключительно в силу исполнения им своих профессиональных обязанностей, не связанных с государственной или муниципальной службой, незаконное получение или распространение которых может нанести вред правам и законным интересам другого лица, доверившего эти сведения и предоставляет ему право на защиту в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Таким образом, на основе учета правового характера различных тайн (публичные, частные), прав и обязанностей субъектов — носителей тайн (владелец, обладатель), а также определения самой содержательной информации как объекта охранительных (от посягательства, нарушения) информационных правоотношений, возникающих при установлении соответствующих правовых режимов ее сокрытия, строится система гражданско-правовых тайн, соответствующая законодательству Российской Федерации.

А. Ф. Пьянкова

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ОБ ИМПЕРАТИВНОСТИ НОРМЫ СТАТЬИ 782 ГК РФ

Статьей 310 Гражданского кодекса РФ закреплен один из основополагающих принципов обязательственного права: односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение его условий не допускаются, за исключением случаев, предусмотренных самим ГК РФ, другими законами или иными правовыми актами. По справедливому замечанию Н.Ю. Голубевой, данное правило необходимо для сохранения стабильности гражданского оборота².

Такое исключение из общего правила предусмотрено применительно к договору возмездного оказания услуг.

Согласно статье 782 ГК РФ, заказчик по договору возмездного оказания услуг вправе отказаться от исполнения договора возмездного оказания услуг при условии оплаты исполнителю фактически понесенных им расходов. Исполнитель же вправе отказаться от исполнения обязательств по договору возмездного оказания услуг лишь при условии полного возмещения заказчику убытков.

Возможность установления пределов действия нормы статьи 782 ГК РФ договором заслуживает самого пристального внимания. Исходя из буквального привычного понимания, данная норма является императивной (не содержит указания о возможности сторон предусмотреть иное). Между тем два года назад Высший Арбитражный суд РФ (далее – ВАС РФ) предложил принципиально иное понимание императивности и диспозитивности гражданско-правовых норм о договорах.

Как следует из пунктов 2–4 постановления от 14 марта 2014 г. №16 «О свободе договора и ее пределах»³ (далее – Постановление о свободе договора), норма, определяющая права и обязанности сторон договора, является императивной, если она содержит явно выраженный запрет на установление соглашением сторон условия договора, отличного от предусмотренного этой нормой правила. В иных случаях норма предполагается диспозитивной, если исходя из целей законодательного регулирования не следует, что ее императивность необходима для защиты особо значимых охраняемых законом интересов (интересов слабой стороны договора, третьих лиц, публичных интересов и т. д.), недопущения грубого нарушения баланса интересов сторон либо императивность нормы вытекает из существа законодательного регулирования данного вида договора. Если же такие критерии императивности установить не удается, норма является диспозитивной.

В качестве примера диспозитивной нормы в ГК РФ ВАС РФ приводит рассматриваемую нами статью 782 ГК РФ: «Положения статьи 782 ГК РФ, дающие каждой из сторон договора возмездного оказания услуг право на немотивированный односторонний отказ от исполнения договора и предусматривающие неравное распределение между сторонами неблагоприятных последствий прекращения договора, не исключают возможность согласования сторонами договора иного режима определения последствий отказа от договора (например, полное возмещение убытков при отказе от договора как со стороны исполнителя, так и со стороны заказчика) либо установления соглашением сторон порядка осуществления права на отказ от исполнения договора возмездного оказания услуг (в частности, односторонний отказ стороны от договора, исполнение которого связано с осуществлением обеими его сторонами предпринимательской деятельности, может быть обусловлен необходимостью выплаты определенной денежной суммы другой стороне)».

В связи с этим следует обратить внимание на то, что с 1 июня 2015 г. вступили в силу изменения в ст. 310 ГК РФ⁴. В соответствии с п. 3 новой редакции данной статьи, предусмотренное ГК РФ, другим законом, иным правовым актом или договором право на односторонний отказ от исполнения обязательства, связанного с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, или на одностороннее изменение условий такого обязательства может быть обусловлено по соглашению сторон необходимостью выплаты определенной денежной суммы другой стороне обязательства. Фактически в закон была возведена позиция, изложенная ВАС РФ в вышеуказанном постановлении.

Такой подход представляется вполне оправданным. Как правило, отсутствуют убедительные политико-правовые основания для того, чтобы запрещать участникам гражданского оборота посредством договорного регулирования создавать для себя необходимый правовой режим договора возмездного оказания услуг, тем более, если речь идет о профессиональных участниках.

Между тем судебная практика не восприняла предложенный в Постановлении о свободе договора подход. Экономической коллегией Верховного суда РФ была поддержана сложившаяся ранее судебная практика⁵, признающая право на односторонний отказ от договора возмездного оказания услуг безусловным и соответственно ничтожным условие договора о выплате компенсации за односторонний отказ от договора. Отклонение ссылки стороны по делу на п. 4 Постановления о свободе договора в одном из определений снабжено, на наш взгляд, абсурдной аргументацией: «Действительно, в пункте 4 названного Постановления говорится о возможности согласования сторонами договора возмездного оказания услуг иного режима определения последствий отказа от договора (например, полное возмещение убытков). Сторонами спорного договора такого соглашения не достигнуто, что подтверждается обращением истца в арбитражный суд с иском о признании пункта 6.3 договора ничтожным»⁶. Из этого вывода следует, что, если после заключения договора сторона оспаривает действительность какого-либо его пункта, данный пункт договора нельзя признать согласованным. Данный вывод поистине способен перевернуть сложившийся в доктрине гражданского права подход к понятию заключенности договора.

Более того, и сам ВАС РФ в период своего существования после опубликования Постановления о свободе договора не применял изложенную в Постановлении о свободе договора правовую пози-

цию. Так, в ряде определений было указано, что «компенсационная выплата в связи с расторжением договора не может быть взыскана, поскольку такое положение договора прямо противоречит норме ст. 782 ГК РФ»⁷.

Такая жесткая правовая позиция, на наш взгляд, не основана на законе. Конституционный суд РФ не раз высказывался о том, что данная норма направлена «на обеспечение баланса интересов сторон договора возмездного оказания услуг»⁸. Представляется, что реально обеспечить баланс интересов сторон договора возмездного оказания услуг может только гибкий, интерпретативный подход к императивности нормы ст. 782 ГК РФ.

Обращает на себя внимание также тот факт, что ВАС РФ допускает для сторон возможность предусмотреть порядок реализации права на односторонний отказ от договора, но не запретить его в своем договоре вообще. Из этого следует, что в части принципиальной возможности отказаться от договора ВАС РФ все-таки считает норму ст. 782 ГК РФ императивной. В то же время в одном из судебных актов из правовой позиции ВАС РФ сделан вывод о том, что «свобода договора в предпринимательских отношениях применительно к договору возмездного оказания услуг предполагает возможность согласования самых различных условий данного договора, касающихся последствий одностороннего отказа заказчика или исполнителя от его исполнения»⁹.

Представляется абсолютно правильным указание Ю.В. Ковалевой на то, что юридические средства реализации императивности в договорном праве отражают «объективизированные правом социально-значимые интересы»¹⁰. ВАС РФ также указал в п. 2–4 Постановления о свободе договора на те факторы, которые необходимо учитывать при квалификации нормы договорного права (интересы слабой стороны договора, третьих лиц, публичных интересов, недопущение грубого нарушения баланса интересов сторон, существо законодательного регулирования данного вида договора). Полагаем, что запрет сторонам, осуществляющим предпринимательскую деятельность, предусмотреть в договоре возмездного оказания услуг удобный им режим прекращения договора не отвечает вышеназванным критериям.

Таким образом, сложившаяся практика квалификации нормы ст. 782 ГК РФ в качестве императивной противоречит идеям, заложенным в постановлении Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах».

¹ Пилипенко Ю.С. К вопросу о классификации правовых тайн // Журнал рос. права. 2009. № 9 (153). С. 51.

² Голубева Н.Ю. К вопросу о некоторых принципах обязательственного права // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2013. №1. С. 140.

³ О свободе договора и ее пределах: постановление Пленума Высшего Арбитражного суда Рос. Федерации от 14 мар. 2014 г. №16 // Вестник ВАС РФ. 2014. №5. С. 85–91.

⁴ О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации: Федер. закон от 8 мар. 2015 г. № 42-ФЗ // Рос. газета. 2015. № 52.

⁵ Постановление Президиума ВАС РФ от 7 сент. 2010 г № 2715/10 по делу № А64-7196/08-23 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶ Определение Верховного Суда РФ от 18 сент. 2014 г. № 304-ЭС14-2778 по делу № А27-17274/2013 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷ Определение ВАС РФ от 23 апр. 2014 г. № ВАС-5172/14 по делу № А45-11053/2013; Определение ВАС РФ от 21.05.2013 № ВАС-5767/13 по делу № А40-60948/2012-144-295 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 29 мая 2014 г. № 1304-О; Определение Конституционного Суда РФ от 20 фев. 2014 г. № 457-О [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁹ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 23.06.2015 № Ф09-3312/15 по делу № А60-36559/[Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁰ Ковалева Ю.В. Императивность в договорном праве: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2011. С. 11.

С. И. Реутов

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

И. С. Закалина

*Пермский городской нотариальный округ,
г. Пермь*

СОГЛАШЕНИЕ О РАЗДЕЛЕ ОБЩЕГО ИМУЩЕСТВА СУПРУГОВ

Необходимость в разделе общего имущества супругов возникает, как правило, в связи с расторжением брака. Однако закон не связывает возможность раздела имущества супругов с наличием расторгнутого брака, поэтому супруги имеют право произвести раздел их общего имущества в период брака, во время его расторжения, а также после развода (п.1 ст. 38 СК РФ). Семейным законодательством установлено две формы прекращения (изменения) законного режима имущества супругов по их общему согласию: брачный договор (п. 1 ст. 33 СК РФ) и соглашение (договор) о разделе общего имущества супругов (ст. 38, 39 СК РФ). Общее имущество может быть разделено между супругами как по соглашению, так и в судебном порядке. При отсутствии разногласий по поводу совместно нажитого имущества супруги могут самостоятельно заключить соглашение о его разделе. Возможность заключения такого соглашения предусмотрена п. 2 ст. 38 СК РФ. По своей сути соглашение о разделе супружеского имущества является гражданско-правовой сделкой, в результате которой общее имущество супругов становится личной (раздельной) собственностью одного из них¹.

Е.А. Чефранова справедливо полагает: «Общность имущества супругов прекращается разделом, в результате которого каждый из них становится собственником части имущества, находившегося до раздела в их совместной собственности»²... Раздел общего имущества супругов, произведенный в период брака, влечет прекращение права совместной собственности только на разделенное имущество. По этой причине если супруги произвели раздел имущества без прекращения брака, то сохраняется режим общей совместной собственности на ту часть имущества, которая не разделена. Совместным будет то имущество, которое будет приобретаться супругами в дальнейшем. Иное может быть предусмотрено брачным договором.

До принятия Федерального закона № 391-ФЗ от 29.12.2015 г. « О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» для заключения соглашения о разделе общего имущества супругов требовалось, как правило, соблюдение простой письменной формы. По желанию сторон соглашение могло быть нотариально удостоверено. В соответствии с вышеуказанным законом в п. 2 ст. 38 Семейного кодекса РФ были внесены изменения, согласно которым в настоящее время, с 1 января 2016 г., соглашение о разделе общего имущества нажитого супругами в период брака, должно быть нотариально удостоверено. Соглашение о разделе общего имущества супругов (бывших супругов) определяет их имущественные права и обязанности в случае раздела их общего имущества³. Предметом данного договора являются как имущественные, так и обязательственные отношения между супругами. Последние возникают, например, при закреплении за супругом обязанности по выплате компенсации за имущество, которое остается в собственности другого супруга (бывшего супруга), если стоимость такого имущества превышает стоимость имущества (вещей), которые получает другой⁴.

В состав имущества, подлежащего разделу, включается любое нажитое ими в период брака движимое и недвижимое имущество, независимо от того, на имя кого из супругов оно было приобретено или внесены денежные средства, если брачным договором между ними не установлен иной режим этого имущества. Подлежит разделу также имущество приобретенное супругами в период совместной жизни, в том числе имущество, находящееся у третьих лиц (аренда, безвозмездное пользование, подряд, хранение и т.п.). Не относятся к совместно нажитому имуществу и не подлежат разделу: объекты, относящиеся к имуществу каждого из супругов (ст. 36 СК РФ); вещи, приобретенные исключительно для удовлетворения потребностей несовершеннолетних детей (абз. 1 п. 5 ст. 38 СК РФ); вклады, внесенные супругами за счет общего имущества на имя их общих несовершеннолетних детей (абз. 2 п. 5 ст. 38 СК РФ).

При составлении соглашения нотариус в обязательном порядке должен выяснить у супругов, какое имущество подлежит разделу. Это необходимо сделать для того, чтобы в будущем исключить возможность оспаривания сделки. При разделе имущества может быть учтена стоимость имущества,

реализованного или израсходованного по усмотрению одного из супругов вопреки воле другого. Соглашение о разделе общего имущества супругов должно относиться к числу сделок, подлежащих оценке. Супруги вправе разделить все разновидности общего имущества, при этом крайне важно установить действительную стоимость имущества с учетом его реальной цены не на момент приобретения, а на день раздела.

Стоимость имущества, подлежащего разделу, должна определяться по рыночной стоимости. Этот вывод подтверждается разъяснениями Пленума Верховного Суда РФ № 15 от 05.11.1998 г. При этом рыночная стоимость имущества должна определяться на время заключения соглашения о разделе. Стоимость недвижимого имущества по усмотрению сторон может определяться по кадастровой либо рыночной стоимости.

Установив состав общего имущества супругов в соответствии с требованиями закона (ст. 39 СК РФ), необходимо определить в нем доли супругов. По этой причине нотариус, прежде чем делить имущество супругов, должен предварительно выделить долю каждого в общей собственности согласно п. 1 ст. 254 ГК РФ. В соответствии с п. 1 ст. 39 СК РФ доли супругов в имуществе признаются равными, если иное не установлено договором между ними. Супруги вправе разделить имущество как в равных долях, так и в иной пропорции⁵. После определения доли супругов в общем имуществе, следует установить, какое имущество необходимо выделить каждому из них. Если раздел конкретных вещей в соответствии с долями невозможен, следует определить супругу денежную или иную компенсацию (п. 3 ст. 38 СК РФ).

При разделе общего имущества супругов учитываются также их общие долги (ст. 39 СК РФ) и права требования по обязательствам, возникающим в интересах семьи. Например, по условиям соглашения в собственность супруга может быть передан купленный в кредит с рассрочкой платежа автомобиль марки BMW вместе с возложением на него обязательства по погашению оставшейся суммы долга. В таких ситуациях следует переоформить кредитный договор, ранее оформленный в интересах семьи на другого супруга. Кроме того, в соответствии с п. 1 ст. 391 ГК РФ супруги заранее должны побеспокоиться о необходимости получения согласия кредитора (банка).

При решении вопроса о разделе общего имущества супругов нередко возникает вопрос об обязательствах супругов или одного из них при заключении одним из супругов договора займа (в том числе кредитного договора). До недавнего времени практика была такова: если кредит брал один из супругов, считалось, что он был взят на семейные нужды и в случае невозврата ссуды банк мог потребовать ее уплаты от обоих супругов. Поворотным моментом изменения практики послужило гражданское дело по иску гражданина В. к М. о взыскании суммы долга. В обоснование иска В. указал, что по договору займа, оформленному распиской и соглашением об окончательном урегулировании финансовых взаиморасчетов в рамках совместных коммерческих проектов в целях закупки товаров, а также для приобретения недвижимости, передал определенную денежную сумму М. На момент заключения договора займа М. состоял в браке с П. (М.). Обязательства по возврату денежных средств по договору займа М. исполнены не были. На основании п. 2 ст. 45 СК РФ истец просил взыскать сумму долга с М. и П. (М.) солидарно.

Дело неоднократно рассматривалось судебными инстанциями. Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации по кассационной жалобе П. отменила состоявшиеся по делу судебные постановления и направила дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции. Верховный Суд в обзоре судебной практики за первый квартал 2016 г., датированном 13 апреля, указал, что в случае заключения одним из супругов договора займа или совершения иной сделки, связанной с возникновением долга, такой долг может быть признан общим лишь при наличии обстоятельств, вытекающих из п. 2 ст. 45 СК РФ (долг по займу может быть признан общим, если он брался на семейные нужды), при этом, бремя доказывания лежит на стороне, претендующей на распределение долга⁶. Представляется, что в таких ситуациях банки будут советовать заемщикам заранее оформлять письменное согласие супруга, а нотариусам при оформлении соглашений о разделе супружеского имущества следует разъяснять сторонам позицию Верховного Суда РФ.

Заключение соглашения о разделе имущества супругов, приобретенного ими в период брака, возможно в любое время после прекращения брака, независимо от истечения срока давности. В Концепции совершенствования семейного законодательства Российской Федерации на наш взгляд справедливо предлагается внести изменения в редакцию ст. 38 СК РФ, установив конкретный срок предъявления требований о разделе имущества после расторжения брака.

Соглашение о разделе общего имущества супругов должно быть нотариально оформлено. Участниками соглашения о разделе имущества могут быть как супруги, так и бывшие супруги. Субъектами соглашений о разделе супружеского имущества могут выступать недееспособные гражд-

дане, а также лица, ограниченные в дееспособности. В этом случае соглашение будет заключать опекун недееспособного супруга либо сам супруг, но с согласия своего попечителя (п.2 и п. 3 ст. 37 ГК РФ)⁷. В тех случаях, когда супруг (бывший супруг) официально назначен опекуном (попечителем) другого супруга, то он в соответствии с законом (п. 3 ст. 37 ГК РФ) не может совершать сделки с подопечным.

В юридической литературе справедливо отмечается, что супруги при составлении соглашения могут установить санкции за неисполнение или ненадлежащее исполнение принятых на себя договорных обязательств. Следует согласиться с мнением Е.А. Чефрановой о том, что в соглашении это вполне допустимо и семейному законодательству не противоречит установление мер гражданско-правовой, имущественной ответственности, в частности, взыскание убытков, компенсация морального вреда⁸.

В соответствии со ст. 34 СК РФ общей совместной собственностью супругов являются ценные бумаги, паи, вклады, доли в капитале, внесенные в кредитные учреждения или в иные коммерческие организации, если это имущество нажито супругами в период брака, независимо от того, на имя кого из супругов оно приобретено или на имя кого или кем из супругов внесены денежные средства. Иными словам, разделу подлежит не только имущество, которое используется супругами в обычной семейной жизни, но и объекты, используемые ими в предпринимательских целях⁹. При этом принцип равенства прав (долей) супругов в общей совместной собственности должен соблюдаться и при разделе акций, облигаций, инвестиционных паев и других ценных бумаг. Раздел такого имущества должен производиться не по их номинальной стоимости, а в соответствии с их биржевой котировкой на момент заключения соглашения. Подобным образом следует делить и государственные ценные бумаги, которые имеют разный уровень доходности. Нотариус должен быть очень внимательным, чтобы не допустить в соглашении о разделе имущества того, что на долю одного супруга будут выделены ценные бумаги, имеющие высокий уровень доходности, а на долю другого – низкий.

В том случае, когда у супругов есть разногласия по поводу имущества, нотариус, не отказывая в совершении нотариального действия и не направляя стороны в суд, вправе предложить проведение примирительной процедуры в рамках нотариальной деятельности. Нотариус может это позволить тогда, когда прошел специальное обучение по медиации. Сегодня есть интересные предложения по совершенствованию законодательства, в соответствии с которыми по результатам такого рода примирительных процедур нотариус может удостоверить соглашение об урегулировании спора по правилам удостоверения соответствующих видов сделок. Такое соглашение будет являться обязательным для исполнения сторонами¹⁰.

¹ *Реутов С.И.* Раздел общего имущества супругов по их взаимному согласию //Третий Пермский конгресс ученых-юристов: материалы междунар. науч.-практ. конф. (г. Пермь, Перм. гос. нац. иссл. ун-т, 12 октября 2012 г.) /отв. ред. О.А. Кузнецова; Перм. гос. нац. иссл. ун-т.Пермь, 2012. С. 109.

² *Чефранова Е.А.* Имущественные отношения в российской семье: практ. пособие. М.: Юристъ, 1997. С. 30.

³ *Звенигородская Н.Ф.* Договор о разделе имущества супругов: теория и практика //Вестник пермского университета. Юридические науки. 2010. Вып. 3(9). С.114–119.

⁴ *Чефранова Е.А.* Имущественные отношения супругов: научно-практическое пособие. М.: Эксмо. 2008. С.191.

⁵ См. об этом: *Реутов С.И.* Правовые вопросы собственности супругов //Вестник Пермского университета. Юридические науки. Вып. 2., 2001. С. 96–113.

⁶ *Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации) за 2015 год: справка о практике применения судами Федер. закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 22 июня 2016 г.).* URL: ppt.ru/newstext.phtml?id=8192549 (дата обращения: 27.07.2016 г.).

⁷ *Чефранова Е.И.* Имущественные отношения супругов: научно-практическое пособие. М.: Эксмо. 2008. С.192-193.

⁸ Там же.

⁹ Этим вопросам посвящены научные работы ученых и практиков (*Слепакова А.В.* Правоотношения собственности супругов. М.: Статут, 2005; *Скловский К.И.* Права кредитора хозяйственных обществ и режим супружеского имущества // *Хозяйство и право.* 2003. № 3; *Сергеев В.С.* О соотношении наследственного, корпоративного и семейного права в спорах по поводу долей в уставном капитале ООО // *Право и экономика.* 2009. № 2; *Илюшина М.Н., Чашкова С.Ю.* Особенности договорных форм раздела общего имущества супругов предпринимательского назначения. // *Законы России: опыт, анализ, практика.* 2010. № 3. С. 32; *Чефранова Е.А.* Имущественные отношения супругов: научно-практическое пособие. М.: Эксмо. 2008).

¹⁰ Подробнее об этом см. *Загайнова С.К.* Основные проблемы развития практики медиации в юридической деятельности и пути их решения. Доклад на научно-практической конференции «Проблемы и перспективы развития института медиации в России». 29 января 2016 г. URL: <http://www.iaaj.net/node/1966> (дата обращения: 12.07.2016 г.).

МЕХАНИЗМ ЗАЩИТЫ ДЕТЕЙ, ОКАЗАВШИХСЯ В ТРУДНОЙ ЖИЗНЕННОЙ СИТУАЦИИ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМЫ

Сколько бы ни велось разговоров о развитии демократии, построении гражданского общества, к сожалению, нам никуда не уйти от проблем, возникающих в семье. Семья – это истоки нашего общества, здесь формируется будущее поколение, которому она должна передать семейные ценности и идеалы.

Наше общество рассталось с прошлым – тоталитарным режимом, дало гражданам больше свободы и самостоятельности в решении вопросов внутрисемейной жизни, объявило о недопустимости вмешательства в личную жизнь граждан, произвольного вмешательства в детско-родительские отношения.

Почему же тогда семья находится под пристальным вниманием со стороны органов опеки и попечительства, которые в любое время могут постучаться в двери и не только войти и предложить помощь, подсказать что-то молодой семье, но и изъять из семьи самое дорогое – детей? Пока мать замешкается, растеряется перед «пустым холодильником» или в спешке бросится поднимать игрушки, органы опеки пригласят детей прокатиться в машине, на которой они приехали по адресу, или съездить поиграть на компьютере... Так начнутся у семьи многолетние хождения по мукам в борьбе за своих детей.

Имея возможность вмешиваться в жизнь любой семьи по формальному предлогу, эти организации выступают сильнейшим средством контроля. Предлогом может быть зависть соседей, сплетни, клевета, оговор. Можно придумать все что угодно. Дети грязные, на улице допоздна, плохо учатся, разорваны штаны, родители выпивают. Давайте вспомним себя, кто из нас в детстве ни разу не ходил по улицам с грязным лицом и руками, не рвал штанов и платьев, кого с улицы в дом допоздна не могли «загнать» родители. Родители выпивают, но ведь они ходят на работу, оплачивают все налоги и жилье, содержат огороды – так живет большинство народа, так почему же надо изымать детей и объявлять родителей алкоголиками, по сути, ставить им диагноз и выносить приговор?

Мы живем в трудное время, не в каждой семье есть вдоволь еды и пустые холодильники не редкость. Действительно, дети часто ютятся с родителями в плохом жилье, особенно в сельской местности, а где взять хорошее, если на предприятиях жилье не выделяют, колхозы развалились и его нужно приобретать за собственные средства.

Отойдём от современной действительности, обратимся к Семейному кодексу РФ, а именно к ст. 77 (далее – СК РФ). При непосредственной угрозе жизни ребенка или его здоровью орган опеки и попечительства вправе немедленно отобрать ребенка у родителей (одного из них) или у других лиц, на попечении которых он находится. Немедленное отобрание ребенка производится органом опеки и попечительства на основании соответствующего акта органа исполнительной власти субъекта Российской Федерации либо акта главы муниципального образования в случае, если законом субъекта Российской Федерации органы местного самоуправления наделены полномочиями по опеке и попечительству в соответствии с федеральными законами.

Однако в законе отсутствуют четкие критерии и основания для отобрания ребенка по ст. 77 СК РФ. Нужны конкретные формулировки и законодательные дефиниции.

При отобрании ребенка орган опеки и попечительства обязан незамедлительно уведомить прокурора, обеспечить временное устройство ребенка и в течение семи дней после вынесения органом исполнительной власти субъекта Российской Федерации либо в случае, если законом субъекта Российской Федерации органы местного самоуправления наделены полномочиями по опеке и попечительству в соответствии с федеральными законами, главой муниципального образования акта об отобрании ребенка обратиться в суд с иском о лишении родителей родительских прав или об ограничении их родительских прав.

Полагаем, что основное усилие государства должно быть направлено на поддержку семьи, восстановление традиционных семейных ценностей и укрепление семейного благополучия, а не на то,

чтобы внушить страх родителям и боязнь обратиться в медучреждение, если ребенок пострадал от случайного падения, так как есть вероятность, что придут из опеки и поставят семью на учет.

В настоящее время представители общественности предлагают серьезно ограничить в полномочиях органы опеки: лишение родительских прав станет исключительной мерой семейно-правовой ответственности, а отобрать детей будет можно только после судебной процедуры. Такой законопроект готовится законодателями обеих палат парламента. Рабочее название будущего закона также известно: «О внесении изменений в Семейный кодекс РФ в части, касающейся регламентации лишения родительских прав как крайней меры семейно-правовой ответственности, ограничения в родительских правах и судебного порядка отобрания ребенка». «Новый законопроект призван исключить произвол по отношению к семье, с которым, к сожалению, сегодня россияне сталкиваются достаточно часто. Действующий Семейный кодекс РФ фактически создает правовую основу, позволяющую органам опеки и попечительства безнаказанно делать всё, что им угодно, — пояснила газете «Известия» один из авторов документа, заместитель председателя комитета Совета Федерации по конституционному законодательству Елена Мизулина.

Конечно, мы не против органов опеки и попечительства, и законы у нас не такие уж и плохие. Действительно, много детей попадает в трудную жизненную ситуацию: остаются без родителей, оказываются в наркопритонах, подвергаются сексуальному насилию, рано приучаются к спиртному, бродяжничают, бросают школу и им нужна помощь со стороны государства.

«Лишение родительских прав должно оставаться последним рычагом воздействия, когда уже использованы все возможности для сохранения семьи и они не сработали. Это не должно работать, как сегодня, — уверена Мизулина. — Мы будем говорить только о судебном порядке отобрания ребенка, ограничения родительских прав».

Считаем необходимым значительно усовершенствовать законодательную защиту прав семьи и родителей. Недопустимо искусственное противопоставление прав и интересов ребенка правам семьи и родителей. Отец и мать должны иметь возможность свободно, не опасаясь необоснованных вмешательств в свою жизнь, воспитывать детей в духе своего мировоззрения, традиционных нравственных ценностей, традиционной культуры семейной жизни и воспитания детей. Государство вправе вмешиваться во внутреннюю жизнь семьи лишь в самых крайних случаях, когда физическому и нравственному здоровью ребенка угрожает реальная, серьезная и доказанная опасность. Презумпция добросовестности родителей в осуществлении их прав, а также презумпция соответствия решений и действий родителей интересам детей должны стать основой совершенствования законодательства в этом направлении. Семья должна быть полностью ограждена от любого произвола и необоснованного вмешательства, особенно когда речь идет о возможности отобрания детей. Незаконное и необоснованное вмешательство в семью, а также сообщение заведомо недостоверной информации о семье, которое может повлечь за собой такое вмешательство, должны повлечь за собой серьезную ответственность, вплоть до уголовного преследования.

А. А. Серебрякова

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

ПРЕДЕЛЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ АЛИМЕНТНОГО ПРАВА СУПРУГА И БЫВШЕГО СУПРУГА

Супруги обязаны материально поддерживать друг друга и каждый из них имеет на это право — алиментное обязательство. В случае отказа от такой поддержки и отсутствия соглашения между супругами об уплате алиментов право требовать предоставления алиментов в судебном порядке от другого супруга, обладающего необходимыми для этого средствами, имеется:

у нетрудоспособного нуждающегося супруга;

у жены в период беременности и в течение трех лет со дня рождения общего ребенка;

у нуждающегося супруга, осуществляющего уход за общим ребенком-инвалидом до достижения ребенком возраста восемнадцати лет или за общим ребенком - инвалидом с детства I группы.

Кроме того, рассчитывать на материальную поддержку может и бывший супруг при соблюдении требований закона. В случае если алиментное обязательство возникнет, то его основанием может стать либо соглашение супругов (бывших супругов) об уплате алиментов, либо судебный акт. Алиментное обязательство – это имущественное правоотношение, урегулированное нормами семейного права, в силу которого одни члены семьи обязаны предоставить содержание другим ее членам. Супруги, а также бывшие супруги являются алиментобязанными лицами в силу главы 14 СК РФ.

Для возникновения алиментного обязательства необходимо наличие юридического состава, включающего совокупность юридических фактов, которые условно можно разделить на три группы:

1) правовая связь между управомоченным и обязанным субъектами, которая может проявиться в состоянии родства или свойства;

2) определенные в законе характеристики-состояния субъекта, к которым относятся, например, нетрудоспособность и нуждаемость;

3) юридический акт – решение суда, судебный приказ, соглашение об уплате алиментов¹.

Алиментное обязательство подразумевает обязанность плательщика алиментов по их уплате и право получателя алиментов на их получение. В исключительных случаях у плательщика алиментов может возникнуть обязанность по участию в дополнительных расходах на получателя алиментов.

Алиментные обязательства характеризуются следующими признаками: они носят строго личный характер, т. е. право на получение алиментов и обязанность по их уплате прекращаются со смертью лица; не допускается уступка права требования уплаты алиментов и перевод обязанностей по уплате алиментов; алиментные обязательства безвозмездны.

Алиментные обязательства, на наш взгляд, занимают особое место в семейном законодательстве, они не только закрепляют сложившиеся на протяжении времени этические нормы взаимоотношений в семье, обеспечивая материальную поддержку ее нетрудоспособным членам, но и помогают государству решить проблемы социального обеспечения. Поэтому основной целью алиментных обязательств является поддержка нетрудоспособных, нуждающихся членов семьи.

Статьей 92 СК РФ предусмотрена возможность освобождения супруга от обязанности по содержанию другого супруга или ограничение этой обязанности сроком. Так, П. обратился в суд с иском к Ш. об освобождении от уплаты алиментов на содержание бывшего супруга, установленных решением мирового судьи судебного участка № 177 района Раменки г. Москвы, поскольку его материальное положение изменилось, он прекратил трудовую деятельность, тоже является нетрудоспособным, неработающим пенсионером и по состоянию здоровья не может продолжать работать.

Решением мирового судьи в удовлетворении иска отказано.

Апелляционным определением Никулинского районного суда г. Москвы решение мирового судьи оставлено без изменения.

В кассационной жалобе представитель заявителя ставит вопрос об отмене принятых судебных постановлений и принятии нового решения.

Мировым судьей установлено, что вступившим в законную силу решением мирового судьи судебного участка № 177 района Раменки г. Москвы с П. в пользу Ш. взысканы алименты на содержание бывшего супруга в твердой денежной сумме, ежемесячно.

Отказывая в удовлетворении иска, мировой судья, руководствуясь ст. 92 СК РФ, оценив представленные сторонами доказательства в их совокупности, с учетом материального и семейного положения сторон пришел к обоснованному выводу, что отсутствуют основания, предусмотренные законом для освобождения от уплаты алиментов по содержанию другого супруга, требования о снижении алиментов в соответствии со ст. 119 СК РФ истец не заявлял.

Доводы кассационной жалобы о том, что судом неправильно определены обстоятельства, имеющие значение для дела, не учтено то, что в настоящее время истцу 65 лет, он также является пенсионером, прекратил работать и его материальное положение изменилось, были предметом рассмотрения судом первой и апелляционной инстанции, им дана надлежащая оценка, оснований не согласиться с которой не имеется.

Более того, ст. 92 СК РФ содержит исчерпывающий перечень оснований, при наступлении которых лицо, выплачивающее алименты, может быть освобождено от их уплаты. Таких оснований судом при рассмотрении дела не установлено.

Как правильно указали суды первой и апелляционной инстанций, истец в соответствии с п. 1 ст. 119 СК РФ вправе обратиться в суд с иском о снижении размера алиментов, выплачиваемых по ранее вынесенному решению, с учетом изменения его материального положения.

Пределы осуществления семейных прав и исполнения обязанностей установлены п. 2 ч. 1 ст. 7 СК РФ: не нарушать права, свободы и законные интересы других членов семьи и иных граждан. Именно от соблюдения этих пределов зависит охрана семейных прав.

¹ Семейное право. учебник / под редакцией Е. А. Чефрановой. М.: Юрайт, 2013. С. 213.

Т. П. Строгонова

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ПРАВО ЧЛЕНОВ СЕМЬИ СОБСТВЕННИКА ЖИЛОГО ПОМЕЩЕНИЯ: ПРАВОВАЯ ПРИРОДА

Спор о правовой природе прав членов семьи собственника в научных кругах юристов уже набил всем оскомину, однако это не мешает постоянному обращению к этой теме, что объясняется хотя бы тем, что эта правовая конструкция определенно не нашла своего места в действующем законодательстве, а если и нашла, то все равно вызывает большие споры по ее правовому регулированию. В чем же основная проблема в определении правовой природы этих отношений?

Близкое нашей правовой системе французское и немецкое законодательство переняло классическую римскую конструкцию права проживания, преобразовав ее в разновидность узуфрукта (как это было в Доюстиниановском римском праве). Объектом данного права всегда выступает жилой дом, квартира. Обе правовые системы предоставляют возможность сервитутарию вселять в жилое помещение членов своей семьи (которые не становились сервитутариями наравне с лицом, вселившим их в жилой дом, т. е. они самостоятельного права проживания не приобретали, как и в нормах римского частного права, в отличие от ныне действующего российского права членов семьи собственника жилого помещения), однако их круг определяется по-разному. Если законодательство Германии и Франции, интересуется только отношения собственник – узуфруктарий, то российское законодательство при отсутствии такого института (жилищного узуфрукта) интересуется отношения собственник – члены семьи. Такой интерес легко обосновывается тем, что «традиционно в России институт прав членов семьи собственника жилого помещения выполняет важную социальную функцию. Нужно откровенно признать, что за счет закрепления за членами семьи права проживать в жилом помещении собственника фактически решается вопрос обеспечения жилищем большинства граждан»¹. Проанализировав историю возникновения прав членов семьи собственника жилья в советско-российском законодательстве, можно отметить, что данный институт зародился в России в эпоху функционирования и развития советского права, а значит, он является достаточно молодым институтом. Кроме того он не имеет аналогов в зарубежных кодификациях.

Гражданский кодекс РФ в разделе II очертил систему вещных прав. К собственности, в частности, относятся: право пожизненного наследуемого владения земельным участком, право постоянного (бессрочного) пользования земельным участком, сервитуты, право хозяйственного ведения имуществом и право оперативного управления имуществом. Таким образом, перечень не является исчерпывающим, иные виды вещных прав могут быть предусмотрены законом. Применительно к объекту нашего изучения имеем – права членов семьи собственника жилого помещения не названы в п. 1 ст. 216 ГК РФ, однако положения о них закреплены в ст. 292 ГК РФ, которая помещена законодателем в гл. 18 «Право собственности другие вещные права на жилые помещения». Хотел ли тем самым законодатель причислить названный правовой институт к категории вещных прав?

В целом признаки вещных прав законодатель закрепил в пп. 2–4 ст. 216 ГК РФ, доктрина права раскрывает их подробнее. Е.В. Васильковский давал следующее определение вещного права: оно есть «известная мера власти, предоставленная лицу объективными нормами непосредственно над вещью». Столетие назад выделялось пять особенностей вещного права. Во-первых, вещное право создает прямую, непосредственную связь между лицом и вещью. Во-вторых, абсолютный характер вещного права. В-третьих, вещное право может быть нарушено каждым, поскольку оно абсолютно. В-четвертых, абсолютная защита. В-пятых, возможна двоякая его конструкция: 1) мера власти над вещью по отношению ко всем либо 2) мера власти над согражданами относительно вещи (правовед склоняется к

первому варианту)². Так, например, проф. Е.А. Суханов называет три основных признака вещных прав: абсолютный его характер («вещное право определяет связи управомоченного лица со всеми другими лицами, а не с конкретным третьим лицом; вещное право определяет отношение к вещи, а не к другим лицам») – п. 4 ст. 216 ГК РФ; гражданско-правовая защита с помощью вещно-правовых исков (которые могут быть направлены против любых третьих лиц) – п. 4 ст. 216 ГК РФ; объектом вещных прав могут служить только индивидуально определенные вещи (поэтому с гибелью вещи прекращается и вещное право)³.

Л.В. Щенникова считает вещным право, предметом которого является вещь, существующая в форме физического тела (телесная), закрепляющее принадлежность этой вещи лицу и непосредственное над ней господство в определенном объеме правомочий, пользующееся защитой от любого нарушителя; а также раскрывает дополнительно три важнейших признака вещных прав: исключительность, преимущество, установление только законом⁴.

Ю.К. Толстой пишет о следующих признаках вещных прав: бессрочный характер, объект – материальная вещь, свойство преимущества по сравнению с обязательственными правами, свойство следования, абсолютный характер защиты⁵.

Д.А. Формакидов определяет вещное право как субъективное гражданское право, предметом которого является материальная вещь, осуществляемое управомоченным лицом непосредственно, независимо от воли других лиц, обладающее свойствами следования, преимущества перед правами обязательственными и пользующееся абсолютной защитой⁶.

Таким образом, почти все авторы указывают на особый характер юридической связи между управомоченным лицом и вещью через непосредственную его власть над последней, на признак следования, на установление перечня вещных прав и их содержания законом, на свойство преимущества, абсолютный характер вещного правоотношения и его защиты. На основании данного анализа попытаемся понять, обладает ли право члена семьи собственника жилого помещения названными признаками вещного права и является ли оно по своему существу вещным?

Е.А. Останина, ссылаясь на ст. 216 ГК РФ, отмечает, что вещное право обладает несколькими вышеуказанными признаками, в частности, с переходом права собственности на вещь ограниченное вещное право на нее сохраняется в том же виде. И, поскольку п. 2 ст. 292 ГК РФ содержит обратную норму, а именно переход права собственности на жилое помещение к другому лицу является основанием для прекращения права пользования жилым помещением членами семьи прежнего собственника иное может быть предусмотрено лишь в законе, она делает вывод о том, что не все случаи прав членов семьи собственника жилого помещения, а также бывших членов его семьи могут быть отнесены к ограниченному вещным правам⁷.

Следует полностью согласиться с В.А. Микрюковым, что «главным критерием для определения природы субъективного гражданского права, имеющегося дополнительно к праву собственности, как вещного права является признание данного права обременением права собственности в связи с наличием у него свойства следования за вещь»⁸. Поэтому, на наш взгляд, является ошибочным отнесение прав членов семьи собственника к вещным.

В литературе обсуждается проблема законодательного закрепления понятия и перечня видов вещных прав, поскольку, с одной стороны, законодатель может пойти по пути разработки емкого определения вещных прав с выделением их четких признаков, что представляется сложным в силу определенных объективных причин, а с другой стороны – по пути составления закрытого перечня вещных прав, однако возможна потеря существенных признаков вещного права, хотя с позиции правоприменения такой способ представляется более эффективным⁹.

¹ Михеева Л.Ю. Развитие института прав членов семьи и бывших членов семьи собственника жилого помещения. / Частное право. Преодолевая испытания. К 60-летию Б.М. Гонгало. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² Е.В. Васильевский. Учебник гражданского права. М.: «Статус», 2003. (Классика российской цивилистики). С. 259–263.

³ Суханов Е.А. К понятию вещного права / Правовые вопросы недвижимости. 2005. №1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ Щенникова Л.В. Указ. соч. С. 56–59.

⁵ Гражданское право: учебник: в 3 т. / отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. М.: ТК Велби: Проспект, 2003. Т. 1. С. 395–396.

⁶ Формакидов Д.А. Вещное право: учеб. пособие / Перм. гос. ун-т. Пермь, 2008. С. 37.

⁷ Останина Е.А. Ограниченные вещные права на жилые помещения в свете реформы гражданского законодательства // Гражданское право. 2013. № 5. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸ Микрюков В.А. Ограничения и обременения гражданских прав. М., Статут. 2007. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁹ См.: Ахметьянова З.А. Вещное право: к вопросу о понятии // Нотариус. 2014. № 1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

С. А. Сулейманова

*Дагестанский государственный университет,
г. Махачкала*

ВЛИЯНИЕ КАТЕГОРИИ «ВОЗМОЖНОСТЬ» НА ОПРЕДЕЛЕНИЕ СОДЕРЖАНИЯ ПРАВОСПОСОБНОСТИ

Философская категория «возможность» – емкое и широкое понятие. Всякое явление или совокупность явлений содержит в себе какие-то возможности. Возможность выступает в качестве предостоящего, раскрывающего содержания каких-либо явлений. Для исследования проблемы соотношения правоспособности и субъективного гражданского права важно выяснить, какова роль категории «возможность» при определении содержания субъективного гражданского права.

В философской науке сложилось представление, что возможность – это направление развития, которое присутствует в каждом жизненном явлении¹.

Убедительной является трактовка возможности как категории, с помощью которой отображается развитие материального мира. Категория «возможность» фиксирует объективную тенденцию развития существующих явлений, наличие условий их возникновения или как минимум отсутствие обстоятельств, препятствующих этому возникновению.

Различают реальную и абстрактную возможность. Абстрактная возможность выражает отсутствие каких-либо условий, порождающих некоторое явление, но вместе с тем и отсутствие условий, препятствующих его возникновению. Реальная же возможность означает наличие ряда необходимых условий реализации данного явления. Абстрактная возможность при определенных условиях может стать реальной и наоборот².

С.И. Ожегов выделяет несколько значений возможности:

во-первых – это то, что может произойти, это что-то мыслимое, осуществимое, допустимое;

во-вторых – это средство, условие, необходимое для осуществления чего-нибудь, возможное обстоятельство³.

Субъективное гражданское право – сложное юридическое образование. Оно характеризуется самостоятельным содержанием, суть которого – юридические возможности, предоставленные субъекту. По своей юридической природе субъективное право представляет юридическую возможность для конкретного субъекта право действовать в целях удовлетворения интересов. Такая юридическая возможность признана и охраняется государством⁴.

В цивилистической литературе неоднократно указывалось на то, что субъективные права представляют собой возможности.

Так, И.А. Покровский писал: «Для осуществления свободы и инициативы, которая составляет основную задачу гражданского права, субъектам прав предоставляются так называемые субъективные права, общая сущность которых заключается в известной юридически обеспеченной возможности действовать по своему усмотрению»⁵.

По мнению Г.Ф. Шершеневича, «под именем права в смысле субъективном понимается обособленная объективным правом возможность осуществления интереса»⁶. Область субъективных возможностей, реализации которых зависит от сознательной, целенаправленной деятельности человека, есть сфера его свободы⁷.

Проблема применения категории «возможность» в трактовке субъективных прав становится особенно актуальной в связи с комбинационной теорией субъективного права⁸. Согласно комбинационным теориям каждый элемент субъективного права формулируется через категорию возможности поведения уполномоченного лица.

При рассмотрении вопроса о содержании субъективного права в большинстве случаев отмечают, что субъективное право по своему содержанию представляет собой совокупность ряда возможностей, в частности, возможности для управомоченного лица осуществлять право своими собственными действиями, возможности требовать определенного поведения от обязанного лица и, наконец, возможности обратиться к компетентным государственным или общественным органам с требованием защиты нарушенного или оспариваемого права.

Так, раскрывая понятие субъективного права, Н.Г. Александров предлагает различать тройкого рода возможности, которыми оно характеризуется:

- 1) вид и мера возможного поведения для самого обладателя субъективного права;
- 2) возможность требовать известного поведения от других лиц – поведения, обеспечивающего реализацию первой возможности;
- 3) возможность прибегнуть в необходимых случаях к содействию принудительной силы государственного аппарата для осуществления второй возможности⁹.

По мнению В.С. Ема, при весьма большом разнообразии содержания субъективных прав можно обнаружить, что оно является результатом разновариантных комбинаций трех правомочий:

- 1) правомочия требования;
- 2) правомочия на собственные действия;
- 3) правомочия на защиту.

При этом именно юридические возможности называются юридическими правомочиями¹⁰.

В некоторых случаях в рамках отдельных правомочий обнаруживается определенная совокупность возможностей. Так, В.П. Грибанов считал, что правомочие на защиту включает в себя:

во-первых, возможность управомоченного лица использовать дозволенные законом средства собственного принудительного воздействия на правонарушителя;

во-вторых, возможность применения непосредственно самим управомоченным лицом юридических мер оперативного воздействия на правонарушителя;

в-третьих, возможность управомоченного лица обратиться к компетентным государственным или общественным органам с требованием понуждения обязанного лица к определенному поведению¹¹.

Таким образом, именно категория «возможность» позволяет наиболее полно раскрыть содержание субъективного права, принадлежащего определенному субъекту. Как весьма удачно отметил Л. Эннексерус, через посредство правового порядка отдельному лицу предоставлены возможности, в пределах которых ему разрешено, и оно фактически может господствовать¹².

На основе сказанного, субъективное гражданское право можно определить как юридическую возможность определенного лица, признанную и охраняемую государством.

Наиболее важной стороной субъективного права является то, что оно обеспечивает лицу возможность делать что-либо, т.е. действовать в соответствии с содержанием данного права. Но, как весьма точно отметил Д.И. Мейер, возможность действия не составляет необходимости его совершения: напротив, именно поэтому право и представляется правом, что лицо может отказаться от совершения действия, составляющего содержание права; если бы осуществление возможности составляло для лица необходимость, то право превратилось бы в обязательство¹³.

Специфика содержания субъективного права заключается не только в возможности каких-либо действий, но именно в обеспеченной законом возможности совершения этих действий. Только тогда, когда закон обеспечивает возможность совершения определенных действий, происходит признание правомочия за субъектом. То, что может субъект важно именно как юридическая возможность. Таким образом, содержание субъективного права заключается в юридической обеспеченности возможности этих действий. Ясно, что сам по себе факт разрешения (дозволения) совершать определенные действия не может обеспечить интерес лица, если возможность совершения этих действий юридически не обеспечена. Например, сама по себе возможность присвоения материальных благ не могла бы обеспечить интересы собственника, если бы эта возможность не была обеспечена законом. Как верно указывает Е.А. Суханов, «в товарном (рыночном) хозяйстве отношения присвоения неизбежно требуют юридического признания и правовой защиты, поскольку их экономическое содержание немислимо вне правовой оболочки»¹⁴.

Возможность поведения, которая признается за субъектом, выражает возможность юридическую, а не фактическую. Превратится ли возможность в действительность, будут ли фактически совершены действия, возможность которых обеспечивается субъективным правом, зависит прежде всего от обладателя данного субъективного права и от поведения обязанного субъекта. Г.Ф. Шершеневич в связи с этим указывал, что, «гарантируя юридическую возможность осуществления интереса, отсутствие препятствий со стороны других лиц, объективное право не обеспечивает фактической

возможности. Известный субъект может иметь права, обеспеченные от препятствий со стороны других лиц, но не осуществимые по фактической невозможности, например, обладатель верховой лошади, который не умеет ездить»¹⁵.

Ценность любого субъективного права выражается, как известно, в том, что его можно реализовать, т. е. воспользоваться предоставляемыми данным субъективным правом возможностями для удовлетворения материальных и культурных потребностей управомоченного лица¹⁶.

Следовательно, в правоотношениях субъект реализует предоставленные ему правовые возможности и таким образом получает определенную практическую выгоду, удовлетворяет определенный интерес¹⁷. Причем претворение возможности в действительность обеспечивается правовыми средствами.

Представляется, что именно отмеченное свойство возможности и лежит в основе содержания субъективных гражданских прав. Безусловно, прав С.С. Алексеев, полагая, что «возможность и есть то главное звено, которое дает ключ к раскрытию понятия юридических прав», и определяя субъективное право как гарантированную правовую возможность, которая, будучи обеспечена необходимыми средствами, в любое время может быть реализована. Юридические возможности суть не что иное, как субъективные права¹⁸. Следовательно, возможность иметь гражданские права и обязанности, т.е. правоспособность, также есть субъективное право.

Одной из ошибок, содержащихся в научных исследованиях, является противопоставление правоспособности как возможности к правообладанию конкретным субъективным правом. При этом соотношение правоспособности и конкретных субъективных прав изображается как соотношение возможности и действительности¹⁹.

Безусловно, правоспособность заключается в возможности иметь права и обязанности, но эта возможность, как предусмотренная законом реальная юридическая возможность, является определенной действительностью. Действительность правоспособности выражается в том, что она является общей основой, без которой невозможны конкретные правомочия. Наделение правоспособностью происходит путем указания на те возможности, которые признаются за субъектом.

Только реализуя возможности, признаваемые за субъектом (т.е. реализуя правоспособность), последний становится обладателем конкретных субъективных прав и обязанностей. «Возможность, заключенная в элементе правоспособности, лишена индивидуальной определенности и характеризуется только родовой определенностью по отношению к объекту и поведению»²⁰.

Но данная родовая определенность преобразуется в индивидуальную определенность при реализации возможности, заключенной в правоспособности, поскольку в результате реализации правоспособности возникают конкретные субъективные права. Правоспособность, как можно встретить в юридической литературе, это предпосылка правообладания²¹. Т.И. Илларионова полагает, что правоспособность является мерой возможностей правообладания²². Однако это понятие правоспособности не получило распространения в литературе. Представляется, что правоспособность является не мерой возможностей правообладания, а самой возможностью, указывающей на те права и обязанности, которые может иметь субъект.

Таким образом, возможность, выраженная в правоспособности, и возможности, характеризующие конкретное субъективное право находятся в неразрывной связи. Например, каждый гражданин в соответствии с нормой ГК о содержании гражданской правоспособности может (имеет возможность) купить вещь и стать ее собственником. Это – общая возможность, характерная для правоспособности. Но если гражданин, реализуя свою правоспособность, уже купил вещь, у него появляются возможности, характерные для конкретного субъективного права – права собственности. Следовательно, без гражданской правоспособности субъективные права невозможны. Так, О.С. Иоффе пишет: «Субъективное право опирается на правоспособность как на свою необходимую общую предпосылку»²³. Указывая на сходство правоспособности и субъективного права, О.С. Иоффе не решился сформулировать вывод о том, что правоспособность – субъективное право.

Изложенное позволяет прийти к заключению, что категория «возможность» есть категория, необходимая для определения содержания любого субъективного права, она необходима и для определения содержания правоспособности, которая, как нам представляется, является самостоятельным субъективным правом. При этом категория «возможность» выступает в качестве средства или условия, необходимого для реализации содержания субъективного права.

¹ См.: *Философский энциклопедический словарь*. М., 1998. С. 73.

² См.: *Философский словарь* / под ред. И.Т. Фролова. Изд. 5-е. М., 1986. С. 69–70.

³ *Ожегов С.И.* Словарь русского языка. Изд. 20-е, стереот. М., 1989. С. 76.

- ⁴ Явич Л.С. Общая теория права. Л., 1976. С.172.
- ⁵ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 107.
- ⁶ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) / вступительная статья Е.А. Суханова. М., 1995. С. 58.
- ⁷ Философский словарь/ под ред. И.Т. Фролова. Изд. 5-е. М., 1996. С. 69-70.
- ⁸ См.: Ем В.С. Понятие, содержание, виды гражданских правоотношений // Гражданское право: В 2 т. Т. 1: учебник / отв. ред. проф. Е.А. Суханов. Изд. 2-е, перераб. и доп. М., 1998. С. 92.
- ⁹ См.: Александров Н.Г. Законность и правоотношения в советском обществе. М., 1955. С. 108–109.
- ¹⁰ Гражданское право: В 2 т. Т. 1: учебник / отв. ред. проф. Е.А. Суханов. Изд. 2-е, перераб. и доп. М., 1998. С. 107.
- ¹¹ См.: Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 107.
- ¹² См. Эннексерус Л. Курс германского гражданского права. Т. 1, полутом 1. М., 1949. С. 240.
- ¹³ См.: Мейер Д.И. Русское гражданское право: В 2 ч. Ч. 1. (по исправл. и доп. 8 изд-ю 1902 г.). М., 1997. С. 224.
- ¹⁴ Суханов Е.А. Лекции о праве собственности. М., 1991. С. 15–16.
- ¹⁵ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 58.
- ¹⁶ Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 22.
- ¹⁷ См.: Михайлов С.В. Категория интереса в гражданском (частном) праве: автореф. дис. канд. юрид. наук. М., 2000. С. 24.
- ¹⁸ Алексеев С.С. Общая теория социалистического права. Свердловск, 1964. Вып. 2. С. 74.
- ¹⁹ См.: Мельников А.А. Правовое положение личности в советском гражданском процессе. М., 1969; Чечот Д.М. Субъективное право и форма его защиты. Л., 1968. С. 13.
- ²⁰ Мусин В.А. К вопросу о соотношении гражданской правоспособности и субъективных прав // Вестник ЛГУ. 1964. № 17. С. 109.
- ²¹ См.: Советское гражданское право. Субъекты гражданского права / под ред. С.И. Братуся. М., 1984. С. 16.
- ²² См.: Илларионова Т.И. Структура гражданской правосубъектности // Правовые проблемы гражданской правосубъектности: Сб. Свердловск, 1978. С. 59.
- ²³ Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. М., 2000. С. 289.

С. И. Сулова

*Иркутский институт (филиал) ВГУЮ (РПА Минюста России),
г. Иркутск*

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОТНОШЕНИЙ ОБЩЕЙ СОБСТВЕННОСТИ НА ЖИЛОЕ ПОМЕЩЕНИЕ НОРМАМИ ГРАЖДАНСКОГО И ЖИЛИЩНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Отношения общей собственности на жилое помещение не урегулированы нормами жилищного законодательства, потому разрешаться споры в данной области должны на основании общих норм гражданского законодательства (ст. 244–252 ГК РФ). Однако, используя исключительно гражданско-правовой инструментарий, судебная практика часто заходит в тупик, поскольку невозможно игнорировать не только особенности такого особого блага, как жилое помещение, но и специфические основы начала жилищного законодательства.

Первая проблема, требующая незамедлительного решения, касается дробления права собственности на жилое помещение. Необходимо создать барьеры для разделения права собственности на жилые помещения по долям. Общие тенденции такого подхода можно наблюдать в Проекте Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹, где установлено следующее: «Доля в праве собственности не может быть раздроблена собственником на части, если это повлечет невозможность владеть и пользоваться частью общего имущества, соразмерной части этой доли, в соответствии с его назначением».

Однако столь общий подход к данному вопросу требует конкретизации в нормах жилищного и иного законодательства, которые должны выражаться в следующем:

1. Установить недопустимость дробления долей в праве собственности на жилое помещение на основании решения публичных органов (расходование средств материнского капитала и др.), а также путем заключения договоров, направленных на переход права собственности (купля-продажа, дарение и др.).

2. Установить преимущественное право проживающего наследника любой очереди на оформление жилого помещения в его единоличную собственность с выплатой иным наследникам денежных сумм за причитающихся им долю.

3. Закрепить запрет дарения долей в праве собственности на жилое помещение лицам, не относящимся к членам семьи дарителя.

Следующий, вероятно, наиболее важный вопрос, заключается в признании того обстоятельства, что гражданское законодательство не способно учесть специфику жилищных отношений, а потому вопросы, связанные с разрешением спорных ситуаций между участниками общей долевой собственности на жилые помещения, должны разрешаться путем задействия норм и принципов жилищного законодательства.

Проиллюстрируем одну из таких особенностей в отношении дел об определении порядка пользования общим жилым помещением. Как известно, ГК РФ не содержит никаких препятствий к тому, чтобы предоставить в пользование неизолированную часть любого объекта, находящегося в долевой собственности. Такого же подхода долгое время придерживалась практика и в отношении жилого помещения. Так, согласно разъяснениям, данным еще в 1980 году в п. 6 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от № 4 «О некоторых вопросах практики рассмотрения судами споров, возникающих между участниками общей собственности на жилой дом»², «выделенное помещение может быть неизолированным и не всегда точно соответствовать принадлежащим сосособственникам долям». Вместе с тем в легальном определении жилого помещения (ст. 15 ЖК РФ) содержится такой признак последнего, как изолированность, а в п. 37 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части 1 ГК РФ»³ отмечается, что необходимо учитывать нуждаемость каждого из сосособственников в этом имуществе и реальную возможность совместного пользования. Это приводит к тому, что все чаще судебная практика последних лет начинает склоняться к удовлетворению исков об определении порядка пользования, руководствуясь следующими утверждениями: «Таким образом, из материалов дела усматривается, что реальной возможности выделить истцу и несовершеннолетним детям отдельное жилое помещение, соответствующее их долям в праве общей собственности на квартиру, не имеется, а предложенный истцом порядок нарушает права остальных сосособственников»⁴ или «...на принадлежащую ей долю в праве общей собственности на квартиру (1/40) приходится 0,5 кв. м жилой площади, которые не могут являться самостоятельным объектом жилищных отношений... отсутствует реальная возможность использовать для проживания приходящуюся на долю истца жилую площадь в квартире»⁵.

По сути, такая судебная практика идет вразрез с основными принципами гражданского законодательства, поскольку лишает сосособственника возможности реализации одного из важнейших правомочий – правомочия пользования, не дает возможность получить ту ценность, ради которой вещь и приобреталась. Однако такой подход вполне корреспондирует основным началам и смыслу жилищного законодательства. Проживание – базовая категория жилищного права, правомочие проживания должно подлежать наиболее жесткой защите, а сужение возможностей по осуществлению отдельных субъективных прав в пользу обладателей иных субъективных прав – вполне традиционная для жилищного права ситуация.

Указанный пример далеко не единственный и ситуаций, в которых судам следует прибегать к положениям жилищного законодательства, достаточно много. Законодателю же следует рекомендовать включить в ЖК РФ нормы, регулирующие права и обязанности сосособственников жилого помещения, а также указать особенности разрешения спорных ситуаций в отношении пользования и распоряжения жилым помещением, находящимся в долевой собственности.

¹ Принят ГД ФС РФ в 1-м чтении 27 апреля 2012 г. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс: ВерсияПроф»

² Сборники постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации. М.: Юрид. лит., 1997.

³ Бюл. Верхов. суда Рос. Федерации. 1996. № 9.

⁴ Мировой судья Каменского судебного района судебного участка № 2 г. Каменск-Шахтинского Ростовской области 16.01.2014. URL: <https://rospravosudie.com/> (дата обращения: 21.01.2015 г.).

⁵ Определение № 4-КГ 13-32 // Бюл. Верхов. суда РФ. 2014. № 8. С. 5–7.

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ПРИ НОТАРИАЛЬНОМ УДОСТОВЕРЕНИИ СДЕЛОК С НЕДВИЖИМОСТЬЮ. ПРЕДЕЛЫ КОМПЕТЕНЦИИ НОТАРИУСА ПО ПРОВЕРКЕ ПРАВОУСТАНАВЛИВАЮЩИХ И ПРАВОПОДТВЕРЖДАЮЩИХ ДОКУМЕНТОВ

В настоящее время некоторые сделки по распоряжению недвижимым имуществом вновь, спустя восемнадцать лет, приобрели обязательную нотариальную форму. За это время родилось и выросло целое поколение граждан нашей страны, которые не знают о деятельности нотариусов, в чьи обязанности входит выдача удостоверения сделки по отчуждению недвижимости.

Введение требования обязательного нотариального удостоверения некоторых сделок с недвижимостью вызвало много вопросов не только у участников таких сделок, но и у нотариусов-практиков, на которых законом возложена обязанность их удостоверить.

В настоящем исследовании мы остановимся на одной из проблем, возникающих у нотариусов при удостоверении сделок с недвижимостью, а именно: каковы пределы проверки нотариусом представленных правоустанавливающих и правоподтверждающих документов, каковы пределы контроля, который может и должен осуществлять нотариус в процессе удостоверения сделки?

За почти двадцатилетний период простой письменной формы сделки был сформирован Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество и сделок с ним «без участия» нотариуса. Это, в целом, замечательное достижение в области учета объектов недвижимости и прав на них. Однако, к сожалению, в настоящее время все недостатки современного состояния ЕГРП превратились в проблемы нотариального удостоверения сделок, поскольку закон предусматривает обязанность нотариуса проверить принадлежность отчуждаемого объекта сделки участнику сделки. Нотариус проводит обязательную правовую проверку всех условий, при наличии или отсутствии которых возможно или невозможно заключить сделку.

Для такой проверки нотариус, в первую очередь, должен изучить правоустанавливающие документы на объект недвижимости (ст.55 Основ законодательства о нотариате).

На практике случается так, что, изучив содержание правоустанавливающих и правоподтверждающих документов, нотариус приходит к выводу о

том, что регистрация права осуществлена в противоречие с законом (например, право общей долевой собственности супругов на квартиру зарегистрировано на основании договора купли-продажи о приобретении супругами в долевую собственность без заключения ими брачного договора, изменяющего законный режим общей совместной собственности супругов, или право собственности зарегистрировано на основании договора купли-продажи квартиры, заключенного в противоречие со ст. 37 Гражданского кодекса РФ, между отцом и его несовершеннолетним ребенком).

В таких случаях многие нотариусы вынуждены самоустраниться от удостоверения сделки по отчуждению имущества, отказав в удостоверении сделки, поскольку были обнаружены недостатки в представленных документах.

С одной стороны, в соответствии со ст. 223 ГК РФ право на недвижимое имущество считается возникшим с момента его государственной регистрации. Регистрирующий орган производит государственную регистрацию права, что означает признание государством права за правообладателем. Федеральный закон «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» устанавливает, что государственная регистрация является единственным доказательством существования права, а подвергать ее сомнению нет оснований. Оспорить регистрацию права можно только в судебном порядке. Гражданин, представляя нотариусу правоустанавливающий документ и право подтверждающий документ, вправе рассчитывать на то, что нотариус на основании этих документов удостоверит сделку по отчуждению его недвижимого имущества.

С другой стороны, на нотариуса законом возложена огромная ответственность за допущенные нарушения при совершении нотариальных действий. Учитывая это положение закона об ответственности нотариуса, нотариусы предпочитают отказываться в совершении нотариальных действий, дабы избежать угрозы возможной материальной и иной, предусмотренной законом ответственности,

которую может повлечь такое нотариальное действие, несмотря на то, что право было зарегистрировано регистрирующим органом.

Какими должны быть действия нотариуса в случае обнаружения им незаконной регистрации прав? По существу, в таких случаях нотариус, проверяя представленные документы, контролирует законность акта государственной регистрации права. Возникает вопрос: а допустимо ли это? И этот вопрос в настоящее время не решен и остро нуждается в решении.

Не во всех случаях подобная незаконная регистрация влечет ущемление прав правообладателей, и, в конечном итоге, прав возможных приобретателей недвижимости. Как поступить нотариусу в такой ситуации: отказать в удостоверении и тем самым искусственно создать проблему сторонам сделки? Или удостоверить сделку, осознавая о возможном наступлении негативных последствий для нотариуса? В настоящее время нотариус в каждой конкретной ситуации самостоятельно принимает решение.

А, возможно, освободить нотариуса от обязанности истребовать и проверять правоустанавливающие документы, ограничиваясь исключительно изучением выписки из ЕГРП? Однако эти вопросы должны быть решены на законодательном уровне.

В настоящее время при восстановлении обязательной нотариальной формы сделок с недвижимостью необходимо срочно и безотлагательно решить вопрос о пределах проверки нотариусом документов, на основании которых удостоверяется сделка, об определении предмета правовой экспертизы, которую в силу закона должен произвести нотариус. На законодательном уровне необходимо определить: может ли нотариус подвергать сомнению законность произведенной государственной регистрации и, следовательно, должен ли он отказать в совершении нотариального действия по удостоверению сделки на том основании, что регистрация произведена незаконно, на основании не соответствующего закону договора или ином незаконном основании (следовательно, право отчуждательно не принадлежит)?

Наличие у нотариуса названных контрольных функций означает превращение нотариального удостоверения сделок в препятствие на пути реализации участниками гражданского оборота своих прав, тем более, тогда, когда незаконная регистрация прав не нарушила чьи-либо права. Граждане вряд ли будут благодарны нотариусу за создание им препятствий в реализации их прав.

Представляется, что из подобной ситуации возможны два выхода в различных обстоятельствах:

1) нотариус должен отказать в удостоверении сделки только в том случае, если государственная регистрация ранее возникшего права была произведена на основании ничтожной сделки или другом ничтожном основании;

2) если государственная регистрация ранее возникшего права была произведена на основании оспоримой сделки (или ином основании), то сделка по распоряжению недвижимым имуществом может быть удостоверена нотариусом. При этом нотариус обязан разъяснить сторонам о рисках возможного оспаривания титула и последствиях заключаемой сделки для того, чтобы стороны сделки были осведомлены об этом и самостоятельно приняли решение о заключении или не заключении «ненадежной» сделки. И если стороны приняли решение заключить сделку, то в текст договора необходимо включить положение о том, что риски заключения такой сделки сторонам известны, и о принятии сторонами решения о ее заключении. При этом обязательно на законодательном уровне закрепить, что нотариус в таком случае не несет ответственности.

Необходимо безотлагательно разработать такую конструкцию нотариального производства, по которой нотариус, не подвергая сомнению регистрационную запись, извещает лиц, обратившихся за совершением нотариального действия, о выявленных дефектах в принадлежности титула, разъясняет им возможные риски, тем самым выполняя главную задачу нотариата – не допустить использования правовой неграмотности во вред обратившемуся лицу. Нотариус должен проверить принадлежность объекта сделки (титула), но не в рамках выполнения контрольной функций, а в рамках выполнения функции разъяснения смысла и содержания представленных документов, поскольку в рамках выполнения контрольных функций обнаружение дефектов государственной регистрации должно повлечь отказ в удостоверении сделки.

В закон необходимо внести положение о том, что проверка принадлежности титула зависит от конкретной сделки.

А, может быть, выход в следующем: нотариус вообще не проверяет правоустанавливающие документы, ограничиваясь истребованием выписки из ЕГРП на недвижимое имущество и сделок с ним и проверяя только наличие зарегистрированного в установленном законом порядке права. В таком случае в выписке из ЕГРП должны быть указаны документы-основания приобретения права, если таким документом является договор, изложено краткое содержание сделки, а также указание на выполнение или невыполнение условий договора. Поскольку право считается принадлежащим правообладателю, если оно зарегистрировано и никем не оспорено, такое решение полностью снимает с

нотариуса обязанность проведения правовой экспертизы сделки. Возможно, чистота титула не должна проверяться нотариусом, поскольку этот факт уже установлен и не требуется его устанавливать вновь. В таком случае, если в будущем сделка будет признана недействительной по причине незаконной регистрации права (порок титула), то ответственность за возможные убытки должно нести государство, а если сделка будет признана недействительной по другим причинам, то ответственность может быть возложена на нотариуса.

Некоторые авторы предлагают еще более радикальный вариант, согласно которому нотариус должен быть освобожден от проверки принадлежности имущества отчуждателю на том основании, что «в соответствии с положениями Гражданского кодекса отсутствие у продавца зарегистрированного права на объект недвижимости в момент заключения сделки купли-продажи не препятствует ее совершению, и будущий объект недвижимости это не только тот, который еще будет создан, но и тот, который уже существует, но еще не приобретен продавцом и принадлежит другому лицу. Проверка принадлежности такого объекта по данным ЕГРП позволила бы установить, что он принадлежит не стороне предполагаемой к нотариальному удостоверению сделки, что, однако, не должно препятствовать такому удостоверению... проверка принадлежности титула не должна являться обязательным элементом процедуры нотариального удостоверения. Заявления о принадлежности титула или о его отсутствии с обязательством приобрести его к моменту исполнения договора (к моменту, когда продавец должен будет передать титул покупателю) в этом случае следует отнести к непроверяемым нотариусом заявлениям и гарантиям, которые стороны выдают друг другу в момент совершения сделки, включая их в текст договора. Главным в деятельности нотариуса в таком случае становится проверка воли участников сделки, исключение каких-либо искажений, пороков воли, выполнение разъяснительной функции»¹.

На наш взгляд, вышеописанный подход к названной проблеме видоизменяет основные принципы латинского нотариата, главнейшим из которых является предотвращение споров между людьми. При названном подходе нотариус никоим образом не предотвращает споры, а сам провоцирует их возникновение.

В заключение отметим, что юридически неграмотные лица нуждаются в помощи, поэтому безусловной обязанностью нотариуса является и должна оставаться обязанность разъяснить участникам сделки их права и обязанности, последствия заключения сделки, возможные риски, предложить им включить в текст договора заверения, заявления, гарантии сторон договора, разъяснить положения законодательства о том, что если данные заверения окажутся недостоверными, добросовестная сторона договора в таком случае может взыскать с виновной стороны причиненные этим убытки, если докажет, что:

- добросовестная сторона полагалась на заверения виновной стороны при заключении договора;
- виновная сторона считала или имела разумные основания считать, что добросовестная сторона будет полагаться на эти заверения.

Проверочная функция должна стать продолжением функции разъяснения. Конечно, сказанное справедливо только в отношении оспоримой сделки.

Для того, чтобы обеспечить полноту проверки юридической чистоты сделки необходимо обеспечить создание Единого реестра прав на недвижимое имущество. Как только будет обеспечено единство реестра прав, необходимо предоставить нотариусам не только доступ в него в режиме реального времени, но и обязательно право вносить в реестр отметку о совершении сделки либо передать нотариусам функции государственного регистратора в части регистрации перехода прав по удостоверенным им сделкам или выданным свидетельствам о праве на наследство, не ограничиваясь действующим в настоящее время предоставленным правом по передаче документов на государственную регистрацию сделок и перехода прав по удостоверенным сделкам. В таком случае будут исключены продажи по поддельным документам, мошеннические двойные и тройные продажи одного имущества, сокрытие обременений имущества и т.д.

Вместе с тем должны шире развиваться и использоваться, стать доступными нотариусам в режиме реального времени иные единые базы данных, например, единая база данных о смерти из органов ЗАГС, о признании лица недееспособным или ограниченно дееспособным, проверки нотариально удостоверенных и отмененных доверенностей и иных документов. Все эти и другие базы данных должны быть сосредоточены в единую, чтобы, условно говоря, одним кликом компьютерной мыши нотариусу была представлена вся необходимая информация.

¹ Шварц М.З. Нотариальное удостоверение сделок. Серия «Библиотека "Нотариального вестника"». М.: ФРПК, 2012. Ч. 2. с.143–144.

БАЛАНС И КОНКУРЕНЦИЯ СЕМЕЙНОГО И ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ПРИ РЕГУЛИРОВАНИИ ОТНОШЕНИЙ, СВЯЗАННЫХ С ДИНАМИКОЙ СЕМЕЙНО-ПРАВОВЫХ ДОГОВОРОВ

Как известно, одно из предложений Концепции совершенствования семейного законодательства Российской Федерации касается внесения дополнений в ст. 4 СК РФ о приоритетном применении семейного законодательства к семейным отношениям в случае коллизии норм семейного и гражданского законодательства. Особую остроту проблема конкуренции отраслевых норм приобретает в рамках правового регулирования отношений, вытекающих из двух имущественных семейно-правовых договоров: соглашения об уплате алиментов и брачного договора. Возрождение диспозитивности в ГК РФ и введение договорных институтов в семейное законодательство произошли почти одновременно, в связи с чем законодателем был избран наиболее оптимальный на тот момент способ правового регулирования динамики указанных договоров, заключающийся в применении к заключению, изменению, расторжению и признанию недействительными соглашения об уплате алиментов и брачного договора соответствующих норм гражданского законодательства. При этом в качестве фильтра законодатель предложил использовать специфику «существа семейных отношений» – критерий, сомнительный уже хотя бы потому, что семейно-правовая природа в имущественных отношениях членов семьи проявляется в весьма малой степени и подчас трудноуловима. Кроме того, семейно-правовые отношения характеризуются внутренним видовым многообразием, соответственно, кроме общего «существа семейных отношений» есть еще «существо семейных отношений конкретного вида».

Так, соглашение об уплате алиментов имеет в своем субъектном составе лицо, нуждающееся в повышенной защите, – алиментного кредитора, и преследует при этом социально значимую цель – удовлетворение жизненных потребностей лица, в связи с чем некоммерческое существо семейных отношений проступает в нем более явно. Брачный договор, будучи актом волеизъявления двух дееспособных экономически равноправных (в силу презумпции общности семейного имущества) лиц и преследуя имущественную цель – прекращение режима общей совместной собственности нажитое в браке имущество¹ – относительно комфортно взаимодействует с большинством гражданско-правовых конструкций.

Следовательно, проблема балансировки гражданского и семейного законодательства может вытекать из необходимости адаптации гражданско-правовых норм к существу семейных отношений, а может быть связана с юридико-техническим браком, не позволяющим однозначно выявить конечную подлежащую применению норму. Так, правовое регулирование заключения семейно-правовых договоров связано с проблемой конвализации сделок, совершенных с нарушением нотариальной формы. С одной стороны, как справедливо отметил М.В. Карпов, нормы ст. 41 СК РФ, в отличие от ст. 100 СК РФ не предусматривают ограничений в применении как п. 3 ст. 163 (заменившей п. 1 ст. 165), так и ст. 165 (заменившей п. 2 ст. 165) ГК РФ. Иными словами, исходя из системно-грамматического толкования СК РФ и ГК РФ конвализация брачного договора с пороком формы возможна, а вот алиментного соглашения – нет. С другой стороны, позиция Верховного Суда РФ по данному вопросу не сформулирована, в связи с чем в судебной практике относительно алиментного соглашения встречается и противоположная точка зрения².

Напротив, модификация гражданско-правовых норм о расторжении договора связана с анализом существа семейных отношений. Так, например, распределительная природа брачного договора не препятствует применению к нему ч. 2 ст. 450 и ст. 451 ГК РФ. В то же время относительно возможности изменения или расторжения алиментного соглашения при существенном нарушении договора другой стороной следует отметить, что, хотя судебная практика допускает применение нормы подп. 1 п. 2 ст. 450 ГК РФ к соглашению об уплате алиментов³, это представляется не вполне обоснованным. Получатель алиментов не имеет возможности после расторжения соглашения избрать иного контрагента, взамен недобросовестного и освободить алиментного должника от обязанности предоставления содержания. Кроме того закрепленные в ГК РФ и раскрытые в судебной практике понятие и при-

знаки существенного нарушения договора не соответствуют природе алиментного обязательства и делают неразрешимой проблему определения предмета доказывания по потенциальным делам такого характера.

Таким образом, можно утверждать, что применимость ст. 451 ГК РФ к алиментному соглашению сомнительна с точки зрения юридической техники. Данная норма вступает в очевидную конкуренцию с п. 4 ст. 101 СК РФ, при формулировании которой законодатель явно преследовал цель конкретизировать и адаптировать с учетом семейно-правовой специфики перечень случаев существенно-го изменения обстоятельств, дающих стороне алиментного соглашения право заявления иска о его изменении или расторжении.

Проблема толкования гражданско-правовых норм на предмет их соответствия существу семейных отношений актуальна и при решении вопроса о применимости исковой давности к признанию недействительными брачных договоров и алиментных соглашений. В силу п. 1 ст. 9 СК РФ на требования, вытекающие из семейных отношений, исковая давность распространяется только в случае прямого указания Кодекса. Является ли общая отсылка, содержащаяся в п.1 ст. 44 и п.1 ст. 101 СК РФ, прямым указанием на применение ст. 181 ГК РФ? Некоторая юридико-техническая двусмысленность налицо, и как всякая двусмысленность она порождает отсутствие единообразия судебной практики⁴. В соответствии с позицией Верховного суда РФ применение исковой давности по требованиям о признании недействительным брачного договора оправдано целями стабильности и правовой определенности оборота⁵. Представляется, что в отношении соглашения об уплате алиментов логично руководствоваться теми же доводами, поскольку вытекающие из него права и обязанности носят имущественный характер. Однако законодателю следует устранить неточность, установив в п.1 ст. 44 и п. 1 ст. 101 СК РФ прямую отсылку к норме ст. 181 ГК РФ.

В рамках применения гражданско-правовых норм об ответственности за нарушение обязательств к семейно-правовым договорам проблематика связана с применением законодательства по аналогии (конкуренция норм главы 25 ГК РФ и п. 2 ст. 115 СК РФ при отсутствии условия об ответственности сторон в алиментном соглашении), семейно-правовой трактовкой категории «убытки», применением норм ГК РФ о неустойке (в том числе при решении вопроса о возможности снижения законной и договорной неустойки), попытками адаптации к семейным отношениям института компенсации морального вреда.

Очевидно, что законодатель чрезмерно абстрагировался от регулирования динамики семейно-правовых договоров. Тотальное заимствование гражданско-правового аппарата в данной сфере, на наш взгляд, нельзя назвать оправданным. Различие семейных и гражданских правоотношений носит настолько глубокий характер, что гражданско-правовые институты применяются в семейно-правовой сфере зачастую измененными до полной потери внутренней сущности. При этом единственным вектором адаптации соответствующих норм выступает «существо семейных отношений» – критерий, не обладающий даже относительной четкостью, поскольку существо это нигде не описано и представляет собой категорию оценочную. Более того, удельный вес семейно-правовой природы варьируется в зависимости от вида семейных правоотношений (имущественные отношения супругов гораздо легче поддаются гражданско-правовому регулированию, чем алиментные обязательства), в связи с чем один и тот же гражданско-правовой институт применим к одним семейным отношениям, и неприменим к другим. Открытым остается также вопрос о субъекте, тестирующем гражданско-правовую норму на предмет соответствия существу семейных отношений и способах разрешения потенциального конфликта толкования. При этом важно понимать масштаб проблемы: речь идет не о двусмысленности одной-двух норм, а о фундаментальном недостатке всей системы правового регулирования динамики семейных договоров.

Учитывая изложенное, полагаем необходимым в ходе реформы семейного законодательства пересмотреть подход к правовому регулированию процедуры заключения, изменения, прекращения и признания недействительными семейно-правовых договоров, отказаться от приоритетного использования отсылочного способа изложения правовых норм и сформулировать соответствующие нормы непосредственно в семейном законодательстве. Гражданско-правовые институты, механизмы и средства могут послужить основой для семейно-правовых разработок, тем не менее, они должны быть адаптированы с учетом как общей специфики семейных правоотношений, так и особенностей семейных правоотношений соответствующего вида. В тех случаях, когда нормы ГК РФ не противоречат существу семейных отношений, необходимость в их дублировании отсутствует, однако эффективное применение возможно лишь при использовании прямых и недвусмысленных отсылок к соответствующим структурным элементам ГК РФ (пунктам, статьям, разделам, главам).

¹ *Шершень Т.В.* Договор как основание изменения законного режима имущества супругов // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2008. №1. С. 82.

² См., например, решение Октябрьского районного суда г. Екатеринбурга по делу №11-174/2010 от 13 сентября 2010 г. URL: <https://rospravosudie.com/court-oktyabrskij-rajonnyj-sud-g-ekaterinburga-sverdlovskaya-oblast-s/act-103302518>.

³ См., например, Решение Балашихинского городского суда Московской области по делу №2-2122/2010г. URL: <http://судебныерешения.рф/bsr/case/168636> (дата обращения: 01.04.2016).

⁴ Так, позицию неприменения к брачному договору сроков исковой давности долгое время поддерживал Санкт-Петербургский городской суд (см., например, Постановление президиума Санкт-Петербургского городского суда от 09 сентября 2009 г. №44г-144 // СПС «Консультант Плюс»), а идея несовместимости исковой давности с требованиями о признании недействительными алиментных соглашений до сих пор пользуется популярностью у судебных органов (Определение Московского городского суда от 20 января 2014 г. по делу №4г/7-94/14 // СПС «Консультант Плюс»).

⁵ *Определение* Верховного Суда РФ от 20 янв. 2015 г. №5-КГ14-144 // Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

А. В. Фиошин

*Ульяновский государственный педагогический университет им. И. Н. Ульянова,
г. Ульяновск*

К ВОПРОСУ ОБ ОЦЕНОЧНЫХ ПОНЯТИЯХ В НОРМАХ-ПРИНЦИПАХ СЕМЕЙНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

По справедливому замечанию Б.М. Гонгало, изложение основных начал (принципов) правового регулирования всегда производится в достаточно абстрактной форме¹. Особенно ярко это проявляется в семейном праве, поскольку далеко не все внутрисемейные отношения могут быть урегулированы правовыми нормами во всей полноте. В этой связи наличие оценочных понятий в нормах, регулирующих основные начала семейного законодательства, является естественным и представляет интерес для исследования.

Прежде всего следует упомянуть об абзаце 2 пункта 1 ст. 1 Семейного кодекса РФ (далее – СК РФ, кодекс), согласно которому семейное законодательство исходит из необходимости укрепления семьи, построения семейных отношений на чувствах взаимной любви и уважения, взаимопомощи и ответственности перед семьей всех ее членов, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в дела семьи, обеспечения беспрепятственного осуществления членами семьи своих прав, возможности судебной защиты этих прав.

В целом данная норма практически полностью состоит из оценочных понятий. В рамках анализа рассматриваемого законоположения обратим внимание на такие категории, как «взаимная любовь» и «уважение», которые законодатель относит к чувствам, на которых должны выстраиваться семейные отношения; отдельно остановимся на «ответственности перед семьей всех ее членов».

Что понимать под «любовью»? Какую любовь можно считать взаимной, а какую – нет? Как определить уважение, и в чём оно может выражаться?

Сразу отметим, что универсальное, правовое определение рассматриваемых категорий в рамках настоящей статьи сформулировать вряд ли возможно. Тем не менее определенные шаги в рамках исследования обозначенной проблематики следует сделать.

Согласно философской энциклопедии, «любовь» – это интимное и глубокое чувство, устремленность на другую личность, человеческую общность или идею².

«Любовь» в словаре русского языка С.И. Ожегова определяется как «чувство самоотверженной, сердечной привязанности»³.

Большая психологическая энциклопедия под любовью понимает высокую степень эмоционально положительного отношения, выделяющего его объект среди других и помещающего его в центр жизненных потребностей и интересов субъекта (любовь к родине, к матери, к детям, к музыке и т. д.)⁴.

В Толковом словаре Ушакова под любовью понимается чувство привязанности, основанное на общности интересов, идеалов, на готовности отдать свои силы общему делу⁵.

Следует также вспомнить слова Аристотеля, который писал: «Любить – значит желать кому-нибудь того, что считаешь благом, ради него [то есть этого другого человека], а не ради самого себя, и стараться по мере сил доставлять ему эти блага»⁶.

В Библии сказано: «Нет больше той любви, как если кто положит душу свою за друзей своих»⁷. При этом, толкуя данные слова Священного Писания, Святитель Лука Крымский писал, что: «Положить душу свою – не значит только умереть за ближних своих; ... Это значит целью своей жизни поставить служение ближним своим»⁸.

При всех отличиях вышеизложенных определений любви общим для них, как представляется, является самоотверженная привязанность к объекту любви (устремленность к нему) и помещение объекта любви в центр жизненных интересов субъекта.

Таким образом, применительно к семейному законодательству любовь целесообразно охарактеризовать как такое самоотверженное чувство члена семьи, которое направлено на достижение блага других членов семьи и имеющее непереносимое внешнее выражение⁹.

Что касается «взаимной» любви, то словарь русского языка С.И. Ожегова определяет прилагательное «взаимный» как «обоюдный, касающийся обеих сторон»¹⁰. Отсюда взаимной в семье можно признать такую любовь, которую испытывают все её члены по отношению друг к другу¹¹.

Следующей исследуемой категорией рассматриваемого законоположения является «уважение».

«Уважение», согласно словарю русского языка С.И. Ожегова, это «почтительное отношение, основанное на признании чьих-нибудь достоинств»¹².

Под достоинством понимается самооценка личности, осознание ею своих личных качеств, способностей, мировоззрения, выполненного долга и своего общественного значения¹³.

Таким образом, уважение человеческого достоинства в семье можно определить как почтительное отношение к членам семьи, основанное на их внутренней самооценке.

Особо подчеркнем, что внутренняя самооценка ребенка в силу объективных причин (незрелость психики, особенности пубертатного периода и т.п.) не всегда может соответствовать действительным интересам ребенка (к примеру ребенок может игнорировать просьбы родителей о чистке зубов, мотивируя это тем, что это его личное дело)¹⁴. В этой связи квинтэссенцией данной дефиниции по отношению к детям следует признать «почтительное отношение к членам семьи».

Что касается внешнего выражения уважения в семье, то, как представляется, оно соответствует положениям пункта 1 статьи 65 кодекса¹⁵ и вполне может распространяться не только на осуществление родительских прав и способы воспитания детей, но и на взаимоотношения супругов.

В завершении исследования рассматриваемого законоположения следует проанализировать категорию «ответственности перед семьей всех ее членов».

Прежде всего необходимо отметить, что в настоящий момент определение семьи в отечественном семейном законодательстве отсутствует. В семейном законодательстве некоторых стран – бывших союзных республик оно, напротив, имеет место. Так, абзац 1 ст. 59 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье гласит, что семья – это объединение лиц, связанных между собой моральной и материальной общностью и поддержкой, ведением общего хозяйства, правами и обязанностями, вытекающими из брака, близкого родства, усыновления¹⁶.

В статье 1 Кодекса Республики Казахстан о браке (супружестве) и семье также содержится определение семьи, где под ней понимается круг лиц, связанных имущественными и личными неимущественными правами и обязанностями, вытекающими из брака (супружества), родства, свойства, усыновления (удочерения) или иной формы принятия детей на воспитание и призванными способствовать укреплению и развитию семейных отношений¹⁷.

В отечественной правовой доктрине тоже выработано несколько определений семьи. Так, Г.Ф. Шершеневич под семьей понимал союз лиц, связанных браком, и лиц, от них происходящих¹⁸. В.А. Рясенцев определял семью как круг лиц, связанных правами и обязанностями, вытекающими из брака, родства, усыновления или иной формы принятия детей на воспитание и призванными способствовать укреплению и развитию семейных отношений¹⁹. По мнению А.М. Нечаевой, семья есть общность совместно проживающих лиц, объединенных правами и обязанностями, предусмотренными семейным законодательством²⁰.

Думается, что наличие определения семьи в СК РФ может в большей степени способствовать её правовой защите и укреплению. Полагаем, что дефиниция, предложенная А.М. Нечаевой, вполне может соответствовать данным целям.

Что же касается ответственности (в нашем случае юридической), то под ней понимается в широком смысле элемент общего правового статуса человека и гражданина, который вытекает из обязанности индивида быть законопослушным. Заключается она (Курсив мой – Ф.А.), во-первых, в его от-

ветственном отношении к обязанности соблюдать законы (позитивная О.ю.), во-вторых, в обязанности претерпевать негативные последствия за совершение правонарушения (негативная, или ретроспективная, О.ю.)²¹.

Представляется, что если и говорить с правовой точки зрения, об ответственности перед семьей всех ее членов, то это целесообразно делать в контексте позитивной юридической ответственности. Имеется в виду ответственное отношение членов семьи к обязанностям, предусмотренным семейным законодательством. Ретроспективная же ответственность здесь вряд ли возможна хотя бы потому, что *de lege lata*, семья не является участником правоотношений. «Регулируются отношения, складывающиеся между членами семьи, и т.д.»²².

¹ Гонгалов Б.М. Основные начала семейного законодательства // Семейное и жилищное право. – 2006. - №2 // СПС Консультант Плюс.

² Философская энциклопедия // http://dic.academic.ru/dic.nsf/enc_philosophy/652/%D0%9B%D0%AE%D0%91%D0%9E%D0%92%D0%AC

³ Ожегов С.И. Словарь русского языка: Ок. 57000 слов / Под ред. чл.-корр. АН СССР Шведовой Н.Ю. – 20-е изд., стереотип. М.: Русский язык. – 1989г. – С. 269.

⁴ Большая психологическая энциклопедия // <http://psychology.academic.ru/1058/%D0%BB%D1%8E%D0%B1%D0%BE%D0%B2%D1%8C>

⁵ Толковый словарь Ушакова // <http://dic.academic.ru/dic.nsf/ushakov/852922>

⁶ Аристотель. Риторика. Книга II. Глава IV. // <https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%9B%D1%8E%D0%B1%D0%BE%D0%B2%D1%8C>

⁷ Евангелие от Иоанна глава 15 стих 13 // <http://bible.optina.ru/new:in:15:start>

⁸ Святитель Лука Крымский. Толкования на Ин. 15:13 // <http://bible.optina.ru/new:in:15:13>

⁹ Думается, что любовь, равно как и вера по слову апостола Иакова, без дел мертва. При этом внешнее выражение может иметь различные формы (в зависимости от возраста, состояния здоровья и тому подобных обстоятельств). Во всяком случае вряд ли можно признать любящим совершеннолетнего, трудоспособного сына, не оказывающего и не желающего оказывать помощь своим нуждающимся, нетрудоспособным, престарелым родителям и при этом заявляющего, что он их любит.

¹⁰ Ожегов С.И. Словарь русского языка: Ок. 57000 слов / под ред. Шведовой Н.Ю.; 20-е изд., стереотип. М.: Русский язык. 1989. С. 65.

¹¹ Любопытно, что судебные органы в некоторых случаях также используют термин «материнская любовь». См. например: Апелляционное определение Архангельского областного суда от 03.04.2013 по делу № 33-1551/2013 // Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

¹² Ожегов С.И. Словарь русского языка: Ок. 57000 слов / под ред. Шведовой Н.Ю.; 20-е изд., стереотип. М.: Русский язык. 1989. С. 670.

¹³ Гражданское право: Учебник: В 3 т. Т.1.; 6-е изд., перераб. и доп. / Егоров Н.Д., Елисеев и др.; отв. ред. Сергеев А.П., Толстой Ю.К. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. С. 383.

¹⁴ Фиошин А.В. Оценочные понятия в нормах о правах родителей и детей // Нотариус. 2016. №2. С.6.

¹⁵ Пункт 1 статьи 65 СК РФ гласит, что при осуществлении родительских прав родители не вправе причинять вред физическому и психическому здоровью детей, их нравственному развитию. Способы воспитания детей должны исключать пренебрежительное, жестокое, грубое, унижающее человеческое достоинство обращение, оскорбление или эксплуатацию детей.

¹⁶ См. Кодекс Республики Беларусь о браке и семье // <http://www.pravo.by/main.aspx?guid=6361>

¹⁷ См. Кодекс Республики Казахстан о браке (супружестве) и семье // http://kodeksy-kz.com/ka/o_brake_i_seme/1.htm

¹⁸ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). М., Спарк. 1995. С. 406.

¹⁹ См.: Советское семейное право / под ред. В.А. Рясенцева. М.: Юридическая литература, 1982. С. 43.

²⁰ См. Нечаева А.М. Семейное право: актуальные проблемы теории и практики. М.: Юрайт-Издат, 2007. 280 с.

²¹ Юридическая энциклопедия / отв. ред. Б.Н. Топорнин. М.: Юрист, 2001. С. 696

²² Семейное право: учебник / Б.М. Гонгалов, П.В. Крашенинников, Л.Ю. Михеева и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2008. 302 с. (автор цитаты – Б.М. Гонгалов – А.Ф.).

**ДОГОВОР ДАРЕНИЯ С УСЛОВИЕМ О СОХРАНЕНИИ
ПРАВА ПРОЖИВАНИЯ ЗА ПРЕЖНИМ СОБСТВЕННИКОМ:
ПРОЯВЛЕНИЕ ПРИНЦИПА СВОБОДЫ ДОГОВОРА
ИЛИ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНАЯ СДЕЛКА?**

Несмотря на популярность исследования проблем совершения сделок с жилыми помещениями, в юридической доктрине отсутствует единообразный подход к квалификации договоров дарения жилых помещений (жилых домов, квартир), содержащих условие о том, что даритель – прежний собственник – сохранит право пользования подаренным помещением после перехода права собственности на это помещение к одаряемому.

Интересно отметить, что правовые нормы, регламентирующие такую договорную конструкцию, как дарение, следует признать удачными, не характеризующимися наличием нормативных дефектов. Нормы гл. 32 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) о договоре дарения достаточно полно с учетом исторического опыта законодательного регулирования дарения в России и за рубежом упорядоченно и рационально регламентируют общественные отношения, возникающие по поводу безвозмездной передачи имущества (в том числе недвижимого) в собственность другого лица.

В соответствии со ст. 572 ГК РФ по договору дарения одна сторона (даритель) безвозмездно передает или обязуется передать другой стороне (одаряемому) вещь в собственность либо имущественное право (требование) к себе или к третьему лицу либо освобождает или обязуется освободить ее от имущественной обязанности перед собой или перед третьим лицом. При наличии встречной передачи вещи или права либо встречного обязательства договор не признается дарением. К такому договору применяются правила, предусмотренные ГК РФ для притворных сделок.

По нашему убеждению, именно для договора дарения безвозмездность выступает решающим нормообразующим признаком. ГК РФ императивно предусматривает запрет на установление договором дарения встречного предоставления взамен дара.

На первый взгляд думается, что на этом и следует поставить точку в вопросе включения в договор дарения жилого помещения любых иных условий за исключением отлагательных и отменительных условий сделки в рамках ст. 157 ГК РФ.

Однако практика свидетельствует о том, что достаточно часто в договорах дарения жилья предусматривается условие о сохранении права пользования подаренным жилым помещением за продавцом. Представляется, что обозначенная проблема требует более детального исследования.

В современной цивилистической науке не сложилось единого подхода к приданию рассматриваемым сделкам качества действительности.

Современной науке гражданского права известны несколько основных подходов, объясняющих сущность и содержание правоотношения, порождаемого заключением такого рода сделки.

Согласно первому подходу включение в договор дарения жилого помещения условия о сохранении права пользования этим помещением за продавцом представляется не противоречащим законодательству и на этом основании допустимым.

Второй подход основывается на расширительном толковании принципа свободы договора, вследствие чего допускает, что право пользования отчуждаемым жилым помещением может быть сохранено не только для дарителя, но и для указанных им граждан.

Представители третьего подхода настаивают на том, что если в тексте договора дарения содержится условие о сохранении права пользования жилым помещением за дарителем, то такой договор следует считать смешанным, содержащим условия договоров дарения и безвозмездного пользования подаренным жилым помещением.

Справедливым будет отметить, что некоторые авторы склонны считать такие договоры недействительными сделками по мотиву несоответствия их закону.

В соответствии с ч. 2 ст. 8.1 ГК РФ права на имущество, подлежащие государственной регистрации, возникают, изменяются и прекращаются с момента внесения соответствующей записи в государственный реестр, если иное не установлено законом.

При этом на основании ч. 2 ст. 455 ГК РФ договор может быть заключен на куплю-продажу товара, имеющегося в наличии у продавца в момент заключения договора, а также товара, который будет создан или приобретен продавцом в будущем, если иное не установлено законом или не вытекает из характера товара.

В п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 11.07.2011 №54 «О некоторых вопросах разрешения споров, возникающих из договоров по поводу недвижимости, которая будет создана или приобретена в будущем» эти положения законодательства толкуются несколько расширительно: «В связи с тем, что параграф 7 главы 30 ГК РФ не содержит положений, запрещающих заключение договоров купли-продажи в отношении недвижимого имущества, право собственности продавца, на которое на дату заключения договора не зарегистрировано в ЕГРП, но по условиям этого договора возникнет у продавца в будущем (договор купли-продажи будущей недвижимой вещи), судам следует исходить из того, что отсутствие у продавца в момент заключения договора продажи недвижимости права собственности на имущество – предмет договора – само по себе не является основанием для признания такого договора недействительным». То есть Высший Арбитражный суд РФ указывает, что отсутствие в законе запрета на отчуждение недвижимого имущества, право собственности продавца, на которое на дату заключения договора еще не возникло, по сути допускает заключение договоров на отчуждение «будущих вещей».

Вероятно, есть основания утверждать, что данное правило применимо и к другим обязательствам по передаче имущества, включая договоры дарения жилых помещений.

Вышесказанное позволяет заключить, что договор по отчуждению жилого помещения, содержащий в себе элементы обязательства по предоставлению этого помещения в безвозмездное пользование прежнего собственника, не противоречит закону.

Но, делая подобный вывод, следует учитывать специфические особенности договора дарения, а именно такой его нормообразующий признак, как безвозмездность.

Думается, что если в договоре дарения содержится условие о сохранении права пользования жилым помещением за дарителем, то это дает основания полагать, что воля дарителя не была направлена на безвозмездную (не требующую никакого предоставления со стороны одаряемого) передачу жилья в собственность одаряемого.

Резюмируя вышеизложенное, дополнительно отметим, что наличие в тексте договора дарения жилого помещения условия о сохранении права пользования им после его отчуждения является своеобразным «маркером», «идентификатором» мнимости или притворности сделки, несоответствия воли и волеизъявления дарителя. Думается, что именно к такому выводу приводит системное толкование действующего гражданского законодательства.

П. М. Ходырев

*Удмуртский государственный университет,
г. Ижевск*

ОСНОВАНИЯ И ПОРЯДОК УВЕЛИЧЕНИЯ СТОИМОСТИ ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫХ УСЛУГ ПО ДОГОВОРАМ ОБ ОБРАЗОВАНИИ

Согласно части 3 ст. 54 Федерального закона от 29.12.2012 № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации»¹ (далее – Закон об образовании) в договоре об образовании, заключаемом при приеме на обучение за счет средств физического и (или) юридического лица (договоре об оказании платных образовательных услуг), указываются полная стоимость платных образовательных услуг и порядок их оплаты. Такое же положение закреплено в п. 12 Правил оказания платных образовательных услуг, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 15.08.2013 № 706² (далее – Правила), согласно которому в договоре указываются полная стоимость образовательных услуг, порядок их оплаты (подпункт «з»).

Из приведенных нормативных положений следует, что стоимость образовательных услуг и порядок их оплаты являются существенными условиями договора об оказании платных образовательных услуг³.

В соответствии с ч. 3 ст. 54 Закона об образовании увеличение стоимости платных образовательных услуг после заключения такого договора не допускается за исключением увеличения стои-

мости указанных услуг с учетом уровня инфляции, предусмотренного основными характеристиками федерального бюджета на очередной финансовый год и плановый период.

Порядок увеличения стоимости образовательных услуг с учетом уровня инфляции законодательство об образовании не устанавливает. В связи с этим возникает вопрос, каким образом должно изменяться условие о стоимости платных образовательных услуг: по соглашению сторон (п. 1 ст. 450 ГК РФ), по требованию одной из сторон по решению суда (п. 2 ст. 450 ГК РФ), по инициативе образовательной организации во внесудебном порядке (п. 2 ст. 310 ГК РФ, п. 4 ст. 450 ГК РФ).

Как представляется, последние два варианта могли бы быть признаны справедливыми только в том случае, если бы Закон об образовании прямо предусматривал право образовательной организации на одностороннее изменение стоимости образовательных услуг. Однако ни в Законе об образовании, ни в Правилах такое право образовательной организации не предоставлено.

Следовательно, единственным возможным вариантом толкования ч.3 ст. 54 Закона об образовании может быть его рассмотрение в качестве специальной нормы по отношению к абзацу 1 п. 1 ст. 451 ГК РФ. С этой точки зрения можно утверждать, что ч. 3 ст. 54 Закона об образовании допускает увеличение размера стоимости обучения только по соглашению сторон и только по одному основанию – с учетом уровня инфляции, предусмотренного основными характеристиками федерального бюджета на очередной финансовый год и плановый период.

Подобные ограничения свободы договора известны гражданскому законодательству. Так, п. 3 ст. 614 ГК РФ предусмотрена возможность изменения размера арендной платы по договору аренды по соглашению сторон не чаще одного раза в год.

Предложенное толкование порядка увеличения стоимости образовательных услуг поддерживается Минобрнауки России. Так, в п. 11 проекта Порядка определения платы для физических и юридических лиц за услуги (работы), относящиеся к основным видам деятельности федеральных бюджетных и автономных учреждений, находящихся в ведении Министерства образования и науки Российской Федерации, оказываемые ими сверх установленного государственного задания, а также в случаях, определенных федеральными законами, в пределах установленного государственного задания⁴, планируется установить порядок корректировки стоимости платных образовательных услуг по заключенным договорам на уровень инфляции. Во-первых, учреждение должно разместить на официальном сайте копию локального акта, содержащего в том числе коэффициент корректировки стоимости (не превышающий уровень инфляции), сроки внесения изменений в ранее заключенные договоры об оказании платных образовательных услуг. Срок размещения копии локального акта учреждения составляет 45 дней со дня официального опубликования федерального закона о федеральном бюджете на очередной финансовый год и плановый период. Во-вторых, после выхода указанного локального акта должны быть внесены изменения в ранее заключенные договоры путем подписания дополнительных соглашений с указанием новой суммы договора, пересчитанной с учетом установленного коэффициента на полную сумму за вычетом ранее оплаченных сумм.

До принятия вышеуказанного порядка Минобрнауки России попыталось внедрить аналогичный порядок корректировки стоимости обучения своим письмом 30.03.2016 № АП-465/18 «О формировании стоимости платных образовательных услуг по реализации образовательных программ высшего образования и среднего профессионального образования»⁵: «документом, подтверждающим указанную корректировку стоимости в договоре, является дополнительное соглашение».

В то же время далеко не однозначно можно оценить другое разъяснение Минобрнауки РФ, содержащееся в указанном письме: «...дополнительное соглашение может быть подписано гражданином добровольно. Если гражданин отказывается от подписания такого соглашения об увеличении стоимости обучения с учетом уровня инфляции, то учреждение вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить дополнительное соглашение или расторгнуть соглашение с гражданином». Согласно п. 1 ст. 421 ГК РФ, понуждение к заключению договора не допускается за исключением случаев, когда обязанность заключить договор предусмотрена законом или добровольно принятым обязательством. В то же время какие-либо правовые нормы, предусматривающие обязанность заключать соглашение об увеличении стоимости образовательных услуг, отсутствуют.

Что касается допускаемой Минобрнауки России возможности расторгнуть договор об образовании как альтернативы понуждения гражданина к соглашению об увеличении стоимости образовательных услуг, то ни о каком одностороннем характере такого расторжения говорить не приходится. Согласно п. 1 ст. 310 ГК РФ односторонний отказ от исполнения обязательства, не связанного с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, и одностороннее изменение его условий не допускаются, за исключением случаев, предусмотренных законом или иными правовыми актами.

Как справедливо отмечается в судебной практике, «ни Гражданский кодекс Российской Федерации, ни Закон о защите прав потребителей, ни иные федеральные законы не предусматривают пра-

во исполнителя на односторонний отказ от договора в случае недостижения соглашения с гражданином-потребителем об изменении стоимости оказанных услуг»⁶.

Можно ли в договоре об оказании платных образовательных услуг предусмотреть право образовательной организации в одностороннем порядке повышать размер стоимости обучения на основании п. 2 ст. 424 ГК РФ, которым определено, что изменение цены после заключения договора допускается в случаях и на условиях, предусмотренных договором, законом либо в установленном законом порядке?

В то же время в соответствии с абз. 2 п. 2 ст. 310 ГК РФ право на одностороннее изменение условий договора может быть предоставлено договором лишь стороне, не осуществляющей предпринимательскую деятельность. Исключения составляют случаи, когда закон или иной правовой акт допускают предоставление договором такого права другой стороне. По мнению С.В. Сарбаша, в данном случае при толковании норм следует использовать телеологический подход: целью введения абз. 2 п. 2 ст. 310 ГК РФ было защитить слабую сторону, причем в первую очередь именно в договорных обязательствах. В связи с этим положения ст. 424 ГК РФ об изменении цены договора, несмотря на то, что эта норма является специальной по отношению к ст. 310 ГК РФ, также не должны применяться в отрыве от этой цели, т. е. пункт 2 ст. 424 ГК РФ должен применяться во взаимосвязи с п. 2 ст. 310 ГК РФ⁷.

Думается, однако, что проблема соотношения двух норм (п. 2 ст. 424 ГК РФ и п.2 ст. 310 ГК РФ) объясняется тем, что самостоятельного регламентирующего значения первая норма не имеет. Действительно, в п. 2 ст. 424 ГК РФ не предусмотрены какие-либо специальные правила об основаниях и порядке изменения договорного условия о цене, отличные от тех, которые указаны в статьях 301 и 451 ГК РФ. Таким образом, норму пункта 2 ст. 454 ГК РФ ни в коем случае нельзя рассматривать в качестве самостоятельного правового основания для изменения стоимости обучения в одностороннем порядке при включении такого права образовательной организации в договор об образовании.

Е. А. Ходырева

*Удмуртский государственный университет,
г. Ижевск*

ОТКАЗ ОТ НАСЛЕДСТВА ИЛИ НЕПРИНЯТИЕ НАСЛЕДСТВА (К ВОПРОСУ О ПРАВИЛЬНОСТИ ВЫБОРА)

Как известно, субъективное право наследования включает в себя ряд правомочий лица, призванного к наследованию, важнейшими из которых являются принятие наследства и отказ от наследства. Правовой режим отказа от наследства регламентирован нормами ГК РФ. Однако зачастую лицо, призванное к наследованию в силу определенных обстоятельств или при отсутствии таковых явным образом не обнаруживает своего желания отказаться от наследства или принять его. В этой ситуации речь идет о фактическом бездействии наследника. Такое состояние в ч. 3 ГК РФ именуется «непринятием наследства». Непринятие наследства противопоставляется акту принятия наследства и отграничивается от отказа от наследства. При этом такое нежелание или невозможность не оформляются юридически, не приобретают форму отказа от наследства.

Так, В.И. Синайский писал: «Отречение нельзя смешивать с непринятием наследства».⁸ «Непринятие есть состояние неизвестности, способное продолжаться до определенного в законе срока»⁹. Из норм ч. 3 ГК РФ можно увидеть дифференцированный подход законодателя к вопросам отказа от наследства и непринятия наследства. Так, в ст.1154 ГК РФ установлены различные сроки принятия наследства на случай отказа от наследства (п. 2) и на случай непринятия наследства (п. 3). В ст.1161 ГК РФ к основаниям приращения наследственных долей отнесены как непринятие наследства, так и ненаправленный (безадресный) отказ от наследства. Непринятие и отказ от наследства обозначены также как самостоятельные основания для подназначения наследника (п. 2 ст.1121 ГК РФ), перехода права наследования к наследникам по закону последующих очередей (п. 1 ст.1141 ГК РФ), перехода имущества в качестве выморочного (п. 1 ст.1151 ГК РФ).

Несмотря на самостоятельность двух рассматриваемых состояний (непринятие наследства и отказ от наследства), в законе не уделено должного внимания правовому регулированию вопросов непринятия наследства. Кроме того, исходя из формулировки п. 2 ст.1153 ГК РФ возникает вопрос о том, с каким заявлением должен обращаться наследник, желающий опровергнуть презумпцию фактического принятия наследства. Сложившаяся «частноправовая ситуация не может быть разрешена

(...) при помощи принципов гражданского права»¹⁰, поэтому возникает необходимость ее анализа и разрешения.

В п. 2 ст.1153 ГК РФ предусмотрено: «признается, пока не доказано иное, что наследник принял наследство, если он совершил действия, свидетельствующие о фактическом принятии наследства...». В дополнение к этому в п. 37 Постановления Пленума ВС РФ от 29.05.2012 г. № 9 «О судебной практике по делам о наследовании» разъясняется, что наследник, совершив действия, свидетельствующие о фактическом принятии, вправе доказывать обратное, «представив нотариусу соответствующие доказательства либо обратившись в суд с заявлением об установлении факта непринятия наследства». Полагаем, что под «соответствующими доказательствами» Пленум ВС РФ имел в виду заявление об отказе от наследства, которое может быть подано нотариусу в течении срока для принятия наследства, в том числе тогда, когда наследник уже принял наследство (п. 2 ст.1157 ГК РФ). Но альтернативой данному заявлению по смыслу Постановления Пленума ВС РФ признано заявление о непринятии наследства.

В связи с этим необходимо определиться с тем: действительно ли непринятие и отказ от наследства являются альтернативой для наследника? Или заявления о непринятии либо об отказе от наследства должны быть поданы в конкретных вполне определенных случаях? Для начала попытаемся их сопоставить.

Заявление об отказе от наследства подчиняется установленному для него правовому режиму. А значит, оно должно быть подано нотариусу в рамках срока для принятия наследства (абз. 1 п. 2 ст. 1157 ГК РФ). При пропуске этого срока исковое заявление о признании наследника отказавшимся от наследства подается уже в суд (абз.2 п. 2 ст.1157 ГК РФ). Суд может его удовлетворить при использовании фактического способа принятия наследства и наличия уважительных причин. В какой же срок должно быть оформлено заявление о непринятии наследства, закон не определяет. Исходя из нотариальной практики, а также п.37 Постановления Пленума ВС РФ от 29.05.2012г. № 9 заявление о непринятии наследства может быть оформлено у нотариуса как в течение срока для принятия наследства, так и после его истечения.

Заявление нотариусу об отказе от наследства или исковое заявление о признании наследника отказавшимся принимаются от самого наследника (или его представителя). Заявление о непринятии наследства, оформляемое у нотариуса, также принимается от наследника (его представителя). Но заявление об установлении факта непринятия наследства рассматривается судом по инициативе не только наследника (его представителя), но и заинтересованных лиц после истечения срока для принятия наследства, в т.ч. после смерти наследника (п. 2 ст.1153 ГК РФ, п.37 Постановления Пленума ВС РФ от 29.05.2012 г. №9). По желанию заинтересованных лиц может быть подано и исковое заявление о признании лица непринявшим наследство также после истечения срока для принятия наследства (п. 3 ст.263 ГПК РФ).

Таким образом, при сходных обстоятельствах право заявить об отказе от наследства или непринятии наследства действительно принадлежит наследнику. Если же речь идет об интересах других лиц, то для них остается возможность лишь заявлять о непринятии наследства в судебном порядке. Такие выводы были сделаны на основе действующего законодательства с учетом Постановления Пленума ВС РФ от 29.05.2012 г. № 9 и примеров судебной практики.

Однако, обратившись к существу непринятия наследства, следовало бы сказать о невозможности альтернативного применения заявлений об отказе от наследства и непринятии наследства.

Из 7 проанализированных нами судебных дел в пяти случаях факт непринятия наследства устанавливался при наличии факта совместного проживания, а в остальных двух – при отсутствии доказательств фактического принятия¹¹. Так, по заявлению Л.Е. Ивановой суд установил факт непринятия ею наследства. Несмотря на то, что заявительница проживала в принадлежащем наследодателю жилом помещении, но намерения реализовывать наследственные права она не имела¹². Таким образом, суду были представлены доказательства того, что в конклюдентных действиях наследника отсутствовала направленность на принятие наследства.

Представляется, что более логичным было бы предъявление требования о признании наследника отказавшимся от наследства. Это объясняется тем, что наследник фактически принявший имущество, в том числе будучи зарегистрированным вместе с наследодателем в одном жилом помещении, совершил определенные действия в отношении наследственного имущества, чем подтвердил установленную законом презумпцию фактического принятия. Приняв наследство, он вправе опровергнуть установленную в п. 2 ст.1153 ГК РФ презумпцию, заявив об отказе от наследства.

Установить в судебном порядке факт непринятия наследства можно было бы тогда, когда соответствующие обстоятельства имели место быть. При этом под непринятием следует понимать факти-

ческое 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, не сделал соответствующего заявления об отказе от наследства.¹³

Так, заявляя требование об установлении факта принятия наследства, лицо представляет доказательства фактического принятия. Или, заявляя требование об установлении факта нахождения на иждивении, лицо представляет доказательства нахождения на иждивении. Поэтому если соответствующие обстоятельства дела не имели места быть – то суд не сможет вынести положительное решение; точно также и с фактом непринятия наследства. Он должен устанавливаться только тогда, когда никаких фактических или юридических действий по принятию наследства наследник не совершал, вел себя пассивно, пропустил срок для обращения к нотариусу чтобы отказаться от наследства.

Таким образом, если действия по фактическому принятию были совершены, то наследник вправе заявлять лишь требования о признании его отказавшимся от наследства.

¹ Собрание законодательства Рос. Федерации. 2012. № 53 (ч. 1), ст. 7598.

² Собрание законодательства Рос. Федерации. 2013. № 34, ст. 4437.

³ См.: *Малеина М.Н.* Договорное право России: реформирование, проблемы и тенденции развития: монография / Е.Е. Богданова, Л.Ю. Василевская, Е.С. Гринь и др.; под общ. ред. Л.Ю. Василевской. М.: НОРМА, ИНФРА-М, 2016. 192 с.; *Ситдикова Л.Б.* Договорное регулирование отношений возмездного оказания образовательных услуг: проблемы теории и практики // *Гражданское право*. 2015. № 4. С. 40–43; *Об оказании платных образовательных услуг: письмо Минобрнауки России от 15. янв. 2015 г. № АП-58/18 // Официальные документы в образовании*. 2015. № 22.

⁴ Проект Приказа Министерства образования и науки Российской Федерации размещен на сайте <http://regulation.gov.ru/> по состоянию на 15.03.2016.

⁵ Официальные документы в образовании. М., 2016. № 12.

⁶ *Постановление* Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 01.10.2014 по делу № А44-2831/2014

⁷ См.: *Сарбаи С.В.* Вопрос-ответ. Доступ из справ-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸ *Синайский В.И.* Русское гражданское право. М., 2002. С.585.

⁹ *Шершеневич Г. Ф.* Курс гражданского права. Тула. 2001. С.684.

¹⁰ *Кузнецова О.А.* Научная проблема и названия цивилистических исследований// *Вестник Пермского университета. Юридические науки*. 2013. №4.

¹¹ Решение Ипатовского районного суда Ставропольского края от 20.12.2011 г. URL: <http://www.gcourts.ru/case/3367796> (дата обращения 31.03.2016); Решение Правобережного районного суда г. Магнитогорска Челябинской области по делу № 2-450/11. URL: <http://actoscope.com> (дата обращения: 16.03.2016 г.).

¹² Решение Железнодорожного районного суда г. Улан-Удэ (Республика Бурятия) от 29 октября 2012 г. по делу №2-3612/12. URL: <http://sudact.ru/regular/doc/VweGFbPARwoC/> (дата обращения 16.03.2016).

¹³ *Степанова А.С., Ходырева Е.А.* Непринятие наследства: проблемы определения // *Нотариус*. 2013. № 4. С. 27–30.

С. А. Чиркаев

Саратовская государственная юридическая академия,

г. Саратов

ОБЩИЕ ВОПРОСЫ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ ЗАВЕЩАНИЯ

Всегда, когда решаются спорные вопросы действительности или недействительности завещания, отсутствует сам завещатель, остается лишь выраженная им воля о принадлежавшем ему имуществе. Допустив завещания как посмертную волю управления наследованием, закон должен предусмотреть правовые средства, гарантирующие защиту и осуществление этой воли. Правила о недействительности завещания относятся к таким средствам, поскольку учитывают особенности совершения завещания при жизни завещателя и особенности завещания после смерти завещателя. Решение вопроса о недействительности завещания не является лишь спором об интересах наследников по завещанию и по закону, это – вопрос охраны законом частной воли завещателя после его смерти как принцип частного права. Когда заинтересованные лица ставят перед правоприменительным органом

вопрос о недействительности завещания, они, по сути, опровергают одну из презумпций наследственного права – всякое завещание предполагается действительным, пока не доказано обратное, причем бремя доказывания в этом случае возлагается на того, кто это «обратное» утверждает¹.

Недействительности завещания в действующем Гражданском кодексе РФ (далее – ГК РФ) посвящена ст. 1131.

Пункт 1 ст. 1131 ГК гласит, что в зависимости от оснований недействительности, завещание может оказаться ничтожной сделкой или оспоримой сделкой.

Предусмотренные законом основания недействительности завещания вытекают из нарушения требований, предъявляемых к завещанию как сделке, совершенной лично завещателем, обладающим полной дееспособностью, распоряжающимся на случай смерти своим имуществом и выражающим свою волю в форме, установленной законом. Наследственным законодательством предусмотрены, в частности, следующие основания недействительности завещаний:

1) завещание ничтожно в случае: а) несоблюдения установленных ГК правил о письменной форме завещания и его удостоверении (п. 1 ст. 1124 ГК), в том числе несоблюдения правил: о нотариальной или приравненной к ней форме, о круге лиц, имеющих право удостоверять завещания (ст. 1125, 1127, 1128 ГК), о собственноручном исполнении и подписании текста закрытого завещания (ст. 1126 ГК), об обязательном присутствии свидетелей при совершении завещания (п. 3 ст. 1124 ГК); б) несоблюдения требования о полной дееспособности завещателя (ст. 21, 168, 1118 ГК); в) несоблюдения требования о совершении завещания лично завещателем, о недопустимости совершения его через представителя (п. 3 ст. 182, ст. 1118 ГК); г) распоряжения чужим имуществом, не принадлежащим завещателю (ст. 1118 ГК); г) отказа суда подтвердить факт совершения завещания последней воли в чрезвычайных обстоятельствах (ст. 1129 ГК);

2) завещание оспоримо в случае: а) несоответствия свидетелей, присутствующих при совершении завещания, установленным законом требованиям (п. 3 ст. 1124 ГК); б) совершения завещания гражданином, не способным понимать значение своих действий или руководить ими (ст. 177 ГК); в) совершения завещания под влиянием заблуждения, имеющего существенное значение (ст. 178 ГК), или под влиянием обмана, насилия, угрозы (ст. 179 ГК); г) несоблюдения требования об обязательной доле лиц, имеющих право на нее (ст. 1149 ГК).

Требование о признании завещания недействительным может быть предъявлено в суд лицом, чьи права или законные интересы нарушены этим завещанием. Это правило основано на положении п. 2 ст. 166 ГК и находится в полном соответствии с ним. Лица, имеющие право оспаривать сделку, в нашем случае – завещание, должны быть указаны в Кодексе. Требования о применении последствий ничтожной сделки, а именно – завещания, могут быть заявлены любыми заинтересованными лицами. В соответствии с этим лицами, чьи права или законные интересы нарушены недействительным завещанием, могут быть наследники, чьи права на наследство имеют законное основание, а также другие лица, не относящиеся к наследникам, но чьи имущественные права или интересы задеты спорным завещанием. Истцами по делам, связанным с признанием недействительными определенного завещания в целом или в части, как правило, выступают лица, которым, в случае признания недействительным спорного завещания в целом или в части, принадлежит право на наследство по закону, в том числе право на обязательную долю в наследстве, или право на наследство по другому завещанию, либо лица, которым принадлежит на праве собственности завещанное имущество либо его часть, распоряжаться которой завещатель не имел права.

Вопрос о праве исполнителя завещания быть истцом в процессах о недействительности завещания решен в научной литературе положительно. Однако следует учитывать, что душеприказчик не имеет в наследстве своего собственного имущественного права или интереса, если только он не является одновременно наследником по завещанию. Право исполнителя завещания требовать признания недействительным завещания основано на его полномочиях, ибо он обеспечивает наследование в соответствии с выраженной в завещании волей наследодателя (п. 2 ст. 1135 ГК). Требования о признании недействительными завещания или отдельных завещательных распоряжений могут быть необходимы для защиты подлинной воли завещателя, установления достоверности факта завещания или других распоряжений завещателя, например об отмене завещания.

Кто же может быть ответчиком по иску о недействительности завещания? Представляется допустимым утверждать, что в данном случае, по определенной аналогии с положениями п. 2 ст. 1175 ГК ответчиками будут наследники по завещанию, до принятия наследства которыми производство по делу будет приостановлено.

Согласно п. 2 ст. 1131 ГК, оспаривание завещания до открытия наследства не допускается. Данное положение находится во взаимосвязи с особыми свойствами завещания как сделки, соверша-

емой на случай смерти (ст. 1118 ГК): до открытия наследства завещание не является обстоятельством, которое вызывает правовые последствия в имуществе завещателя либо других лиц, заинтересованных в наследовании, или обладающих правом общей собственности на завещанное имущество, или имеющих обязательственно-правовые претензии к завещателю, и т.д. Важно и другое обстоятельство. С одной стороны, в законе очерчен круг лиц, имеющих право быть истцами в таком споре. С другой стороны, указано, что материальная основа права на иск заложена в праве на наследство или ином законом интересе, обусловленном наследованием. Ни право на наследство, ни законный интерес, связанный с наследством, не могут появиться прежде, чем имущество завещателя не приобретет юридических свойств наследства, что произойдет не ранее открытия наследства. Иными словами, до открытия наследства отсутствует предмет спора, а также нет субъектов, которые в силу закона могут быть истцами и ответчиками в гражданском судопроизводстве по делу о недействительности завещания и ее последствиях².

Из указанного следует, в частности, что признание завещаний недействительными по основаниям, предусмотренным ст. 177-179 ГК, не может иметь место при жизни завещателя. Сам завещатель в любое время может отменить совершенные завещания, и его обращение с иском в суд по указанным основаниям лишено юридического и практического смысла. Если завещатель не отменил завещания, заинтересованные лица после открытия наследства имеют право доказывать недействительность завещания в силу обстоятельств, предусмотренных указанными статьями.

Завещание может быть признано недействительным как в целом, так и в части отдельных содержащихся в нем завещательных распоряжений (п. 4 ст. 1131 ГК), что корреспондирует положениям ст. 180 ГК о недействительности части сделки. Полная или частичная недействительность завещания предопределяется основаниями недействительности завещания. Недействительность завещания в целом, как правило, обусловлена ненадлежащим формированием правообразующих элементов сделки, относящихся к дееспособности завещателя, сознательной, разумной воле, непринужденному, свободному волеизъявлению.

¹ См.: *Абраменков М.С.* Общая характеристика института недействительности завещания // *Наследственное право.* 2011. № 3.

² *Абраменков М.С., Чугунов П.В.* *Наследственное право* / отв. ред. В.А. Белов. М., 2013. С. 233-234.

Т. В. Шершень

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

К ВОПРОСУ О СПОСОБАХ ЗАЩИТЫ СЕМЕЙНЫХ ПРАВ

В действующем Семейном кодексе Российской Федерации¹ положения о защите семейных прав закреплены в специальной главе «Осуществление и защита семейных прав», включающей всего три статьи – ст. 7 «Осуществление семейных прав и исполнение семейных обязанностей», ст. 8 «Защита семейных прав» и ст. 9 «Применение исковой давности в семейных отношениях». В силу новой редакции ст. 2 СК РФ: семейное законодательство устанавливает порядок осуществления и защиты семейных прав, условия и порядок вступления в брак, прекращения брака и признания его недействительным, регулирует личные неимущественные и имущественные отношения между членами семьи – супругами, родителями и детьми (усыновителями и усыновленными), а в случаях и в пределах, предусмотренных семейным законодательством, между другими родственниками и иными лицами, определяет порядок выявления детей, оставшихся без попечения родителей, формы и порядок их устройства в семью, а также их временного устройства, в том числе в организацию для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей.

С учетом усложнения общественных отношений и интенсивного обновления гражданского законодательства Российской Федерации, разработки проекта Концепции совершенствования семейного законодательства России регулирование важнейшего института защиты семейных прав в Семейном кодексе РФ, принятом более двадцати лет назад, вряд ли можно признать в достаточной степени проработанным и соответствующим объективным потребностям общества и государства на совре-

менном этапе. Очевидна необходимость детализации и дальнейшего развития института защиты семейных прав. Представляется недостаточным ограничиваться предложением, сформулированным разработчиками проектного варианта Концепции совершенствования семейного законодательства: с целью устранения правового пробела расширить перечень способов защиты семейных прав (п. 2 ст. 8 СК РФ), включив в него указание на иные способы защиты, не запрещенные семейным законодательством. Федеральным законом № 457-ФЗ «О внесении изменений в Семейный кодекс Российской Федерации и статью 256 Гражданского кодекса Российской Федерации» от 30 декабря 2015 г., вступившим в силу 10.01.2016, п. 2 ст. 8 дополнен формулировкой: «а также иными способами, предусмотренными законом». Возникает непростой для решения вопрос: о каких иных способах защиты, предусмотренных законом, идет речь? Допустимо ли применение гражданско-правовых способов защиты, поименованных в ст. 12 ГК РФ, при защите семейных прав? Если допустимо, то каких и при наличии каких условий? СК РФ ограничил общие положения о способах защиты семейных прав двумя нормами, не удовлетворяющими действительным потребностям теории и практики. В ст. 8 СК РФ отсутствует перечень способов защиты; нет критериев и не произведено разграничение способов, содержащихся в нормах СК РФ.

В силу ст. 4 СК РФ «Применение к семейным отношениям гражданского законодательства» допускается возможность применения норм гражданского законодательства к имущественным и личным неимущественным отношениям между членами семьи, не урегулированным семейным законодательством, поскольку это не противоречит существу семейных отношений. В силу ст. 5 СК РФ в случае, если отношения между членами семьи не урегулированы семейным законодательством или соглашением сторон, и при отсутствии норм гражданского права, прямо регулирующих указанные отношения, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяются нормы семейного и (или) гражданского права, регулирующие сходные отношения (аналогия закона). При отсутствии таких норм права и обязанности членов семьи определяются исходя из общих начал и принципов семейного или гражданского права (аналогия права), а также принципов гуманности, разумности и справедливости.

Проблема способов защиты семейных прав носит межотраслевой характер, поскольку затрагивает вопросы применения общеправовых принципов, вытекающих из Конституции РФ и принципов, указанных в кодифицированных актах гражданского и семейного законодательства РФ.

До настоящего времени в науке семейного права отсутствуют четко сформулированные принципы защиты семейных прав, предметом научной дискуссии выступают вопросы о соотношении понятий способы и средства защиты; способы и формы защиты; меры ответственности и меры защиты; о содержании и элементах субъективного семейного права; о соотношении субъективного семейного права и права на защиту; о способах защиты субъективного семейного права и законного интереса и условиях их применения. Следует заметить, что в Семейном кодексе РФ в отличие от Гражданского кодекса РФ нет даже примерного перечня способов защиты семейных прав.

Позиционирование семейного права как самостоятельной отрасли российского права ставит непростую задачу разработки общеправовых, отраслевых и межотраслевых способов защиты семейных прав, обоснование возможности и допустимости применения к семейным отношениям гражданско-правовых способов защиты, предусмотренных в ст. 12 ГК РФ, формирование перечня способов защиты семейных прав и его закрепление в ст. 8 СК РФ.

В действующей редакции второй главы СК РФ нет даже примерного перечня способов защиты семейных прав и до 30.12.2015 в п. 2 ст. 8 содержалось указание на закрытый характер способов защиты семейных прав: «защита семейных прав осуществляется способами, предусмотренными соответствующими статьями настоящего кодекса». В настоящее время п. 2 ст. 8 СК РФ дополнен «иными способами, предусмотренными законом». Указанное дополнение представляется «запоздавшим реагированием» прежде всего на потребности судебной практики, однако вместе с тем не имеет под собой соответствующую научную базу и не может быть признано достаточным в современных условиях развития семейных отношений и накопленной правоприменительной практики. Попытки принятия точечных изменений в СК РФ, как представляется, не принесут желаемого результата, требуется хорошо проработанная концептуальная основа для модернизации семейного законодательства.

Анализ изменений, внесенных в СК РФ за 20-летний период его действия, свидетельствует об отсутствии системного подхода к развитию семейного законодательства России. Ввиду того что содержание субъективного права и законного интереса не совпадают, считаем необходимым в названии и содержании ст. 8 СК РФ указать на защиту законных интересов наряду с защитой семейных прав. Институт защиты семейных прав и законных интересов направлен на восстановление нарушенных субъективных прав в области семейных правоотношений. Защита субъективного семейного права

допускается как при наличии объективного факта нарушения, так и в целях предупреждения возможного нарушения. Наличие в семейном праве широкого спектра способов защиты и его расширение с 10.01.2016 стимулирует участников правоотношений надлежащим образом осуществлять свои права и исполнять обязанности. Содержание защиты семейных прав раскрывается через механизм защиты, включающий формы и способы, правовые средства защиты семейных прав.

В отечественном семейном праве не разработаны и в Семейном кодексе РФ не закреплены общие положения о защите семейных прав: о формах и способах защиты семейных прав; о роли и месте медиации в разрешении семейно-правовых споров (конфликтов); о самозащите семейных прав; о принципах защиты семейных прав и законных интересов, о системе способов защиты или хотя бы их перечне. Общие положения о защите семейных прав и законных интересов должны стать основой для последующей конкретизации в нормах особенной части Семейного кодекса Российской Федерации.

¹ Семейный кодекс Российской Федерации: Федер. закон № 223-ФЗ от 29 дек. 1995 г. (ред. 30.12.2015) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 1, ст. 16.

Л. В. Щенникова

*Кубанский государственный университет,
г. Краснодар*

ВОСПИТАТЕЛЬНАЯ ФУНКЦИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА И РОЛЬ МОДЕРНИЗАЦИИ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ЕЕ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ

О великом чувстве ответственности автора за то, что создается его интеллектом и становится доступным для народа, очень точно сказал Курт Воннегут в своем романе «Бойня номер пять»¹. Кстати, этот роман он посвятил женщине – жене его друга Мэри О’Хэйр. Она в свое время резко отвергла саму идею написания книжки о войне, заявив, что любая из них только подстрекает к войнам. Писатель исписал тысячи страниц текста, прежде чем вынести на суд общественности свою правду о войне, заставляющую в нее не играть, а ненавидеть. Думаю, что этим же великим чувством ответственности за эффект воздействия принятых норм на граждан своей страны должен быть озабочен законодатель, занимаясь правотворчеством. Не случайно теория государства и права оперирует понятием функции права. Под ними понимаются основные направления его воздействия на общественные отношения, т. е. на поведение людей. Развивая учение о функциях, теоретики подчеркивают социальное назначение права. С позиций социального назначения функции права классифицируют на воспитательные, культурные и информационные². Учение о функциях развивается в отраслевых науках, в том числе цивилистике. Какие функции гражданского права выделяются современными исследователями? Традиционно ученые говорят о регулятивной и охранительной функциях. К ним добавляются задачи упорядочения имущественных отношений, а также экономического стимулирования производства материальных и духовных благ³. Можно ли ограничиться этим перечнем функций, выполняемых нормами гражданского права? Думаю, что нет. По моему глубокому убеждению, нормы гражданского права должны воспитывать, учить, наставлять участников регулируемых отношений на добросовестное поведение в гражданском обороте. С выделением этой задачи гражданско-правового регулирования всегда был солидарен и профессор Е.А. Суханов⁴. Воспитательную функцию можно рассматривать как составляющую (подфункцию) функции охранительной, как это делает профессор Е.А. Суханов. Мне же представляется, что можно говорить о воспитательной функции особо как о важном направлении воздействия гражданско-правовых норм на участников имущественных отношений.

Процессы модернизации гражданского законодательства сегодня в России решили многие задачи. Общие положения Гражданского кодекса РФ обогатились новыми статьями, многие нормы были дополнены и изменены. Однако, как представляется, в процессах модернизации оказалась несколько отодвинутой на задний план именно воспитательная функция гражданско-правового регулирования. Вспомним В.В. Маяковского. Он писал в своих стихах, что такое хорошо и что такое плохо, наставляя детей перечнем. Плохо быть грязным, трусливым... Мы выросли на этих примерах. Старшее поколение выросло также на нормах ГК РФ о недействительных сделках, предусматривающих

серьезные санкции на случай совершения безнравственного поступка, поступка, нарушающего публичный порядок. Из норм ГК РФ недавнего периода было очевидно, что, если ты обманул контрагента по сделке или воспользовался стечением для него неблагоприятных обстоятельств, тебя может постигнуть гражданско-правовая «кара» в виде односторонней реституции. Если же ты, используя гражданско-правовую сделку, совершил аморальный поступок, нарушил публичный порядок, то вообще все переданное по такой сделке могло быть обращено в доход государства. Сегодня правовые последствия недействительности сделок, предусмотренные статьями 169 и 179 ГК РФ, изменены. Из возможных последствий сделок, совершенных под влиянием обмана или неблагоприятных обстоятельств, исчезла односторонняя реституция. Сегодня недобросовестная сторона может быть обязана к возмещению только убытков помимо общего последствия недействительности сделки в виде двусторонней реституции (п. 4 ст. 179 ГК РФ). Но было еще недавно иное последствие, предусматриваемое п. 2 ст. 179 ГК РФ. Имущество, полученное по сделке потерпевшим от другой стороны, а также причитающееся ему в возмещение переданного другой стороной, обращалось в доход государства. Если же не сохранялось имущество в натуре, в доход государства взыскивалась его стоимость в деньгах. Иной была формулировка последствий и в ст. 169 ГК РФ. Стороны по решению суда обязывались передать все полученное в доход государства. Сегодня такое последствие к сторонам антисоциальной сделки по общему правилу применимо быть не может. ГК РФ отсылает к иному, конкретному закону, предусматривающему такую санкцию. Но этот иной закон не принят и вряд ли будет принят в будущем.

Чем вызван такой поворот (изменение) в гражданско-правовом регулировании? Участники гражданского оборота стали нравственнее, перестали обманывать? Если посмотреть Концепцию развития гражданского законодательства РФ, то аргументации указанных новелл в ней содержится⁵. Почему же они были приняты? Вопрос риторический. Тем более, что принципу добросовестности, введенному в ст. 1 ГК РФ, должны служить все иные нормы, развивая и способствуя его неуклонному проведению в жизнь. На деле получается не совсем так, поскольку из гражданского закона исчезают конкретные санкции, обеспечивающие, как представляется, вполне определенное и очень важное воспитательное воздействие.

¹ *Воннегут К.* Бойня номер пять, или Крестовый поход детей. СПб.: Кристал, 2001. С. 16.

² *Рассказов Л. П.* Теория государства и права: учеб. М.: РИОР, 2009. С. 224–225.

³ *Гражданское право: учебник; в 2 т. / под ред. Б.М. Гонгалов.* М.: Статут, 2016. Т. 1. С. 49.

⁴ *Российское гражданское право: учебник; в 2 т. / отв. ред. Е.А. Суханов.* М.: Статут, 2010. Т. 1. С. 73.

⁵ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009) // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11.

Г. Н. Эйриян

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ОПРЕДЕЛЕНИЕ ПРОСТРАНСТВЕННЫХ ГРАНИЦ ЗЕМЕЛЬНОГО УЧАСТКА

В российской юридической литературе до сих пор нет единого мнения по поводу земельного участка как объекта права собственности. Существует большое количество научных исследований, в которых *земельный участок анализируется как вещь*, служащая основой для построения системы объектов недвижимого имущества¹.

Однако есть авторитетные ученые, подвергшие сомнению саму возможность и обоснованность в XXI в. квалифицировать земельный участок в качестве вещи. Так, профессор Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова О.И. Крассов полагает, что *«земельный участок не может рассматриваться в качестве вещи...»*. Более правильным, на его взгляд, следует определять *земельный участок «как пространство, место, находящееся под контролем собственника, свободное от физического вторжения других лиц»*².

Свое мнение он обосновывает целой системой обстоятельств, в том числе и тем, что земельный участок – как объект права собственности имеет пространственное измерение: воздушное пространство и пространство недр. Он полагает, что признание земельного участка вещью влечет

невозможность дать логический обоснованный ответ на вопрос, каким образом право на материальную вещь – земельный участок с позиций теории гражданского права может означать также право на пустоту, каким является воздушное пространство.

Формально основой для определения пространственных пределов земельного участка может служить п. 3 ст. 261 Гражданского кодекса РФ, в котором установлено следующее положение: «Собственник земельного участка вправе использовать по своему усмотрению все, что находится над и под поверхностью этого участка, если иное не предусмотрено законами о недрах, об использовании воздушного пространства, иными законами и не нарушает прав других лиц».

Очевидно, что данная норма базируется на римском принципе *cujus est solum*, нашедшем отражение в законодательстве многих стран. По мнению зарубежных авторов, сегодня данный принцип отчасти вводит в заблуждение³. Более того, остается неясной сфера применения принципа. Это порождает неопределенность в праве. Неопределенность обязательно будет тормозить разработку природных ресурсов, что причинит вред национальным интересам⁴.

Полагаем, что принцип *cujus est solum* неприменим в качестве общего правила при разрешении конфликтов, что наглядно демонстрирует судебная практика.

Так, в одном из недавних дел федеральный арбитражный суд указал, что объектом права частной собственности на землю является *непосредственно сама поверхность земли*, то есть земельный участок. Суд отказал в удовлетворении исковых требований собственника земельного участка о переносе муниципальных труб водопровода за границы данного участка, поскольку истцом не доказано, что размещение труб водопровода на глубине трех метров земельного участка создает препятствия по использованию земли в соответствии с целевым назначением «под дачное строительство» (Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 10.02.2014 по делу № А46-5835/2013).

Споры относительно воздушного пространства возникают, как правило, применительно к определению допустимой этажности зданий, возводимых в процессе осуществления застройки земельных участков, в которых принцип *cujus est solum* также не находит применения.

Показательным является спор между обществом и Департаментом планирования и развития территории города Перми (далее – Департамент) о признании недействительным градостроительных планов земельных участков. Общество в целях получения разрешения на строительство 23-этажного общественно-жилого комплекса обратилось в Департамент с заявлением о выдаче градостроительных планов земельных участков.

Департамент утвердил градостроительные планы земельных участков, установив ограничения этажности размещаемого объекта до 8 этажей.

Удовлетворяя требования общества, суд руководствовался не положениями п. 3 ст. 261 Гражданского кодекса РФ, а нормами градостроительного законодательства. Судом было установлено отсутствие требования в виде предельного количества этажей зданий, возводимых на земельных участках, в действующих нормативных актах, в частности в Правилах землепользования и застройки города Перми (Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 30 сентября 2011 г. № 17АП-8756/2011-ГК по делу № А50-3270/2011).

Судебная практика свидетельствует о практической нецелесообразности квалифицировать земельный участок в качестве пространства.

При этом невозможность универсального определения пространственных границ земельного участка в рамках гражданского законодательства, в том числе с помощью принципа *cujus est solum*, не может служить причиной отказа от понимания земельного участка в качестве вещи.

¹ Ланач В.А. Система объектов гражданских прав: Теория и судебная практика. СПб., 2002.

² Крассов О.И. Земельный участок как объект природы и природный ресурс // Экологическое право. 2013. № 6. С.12.

³ Griggs L.D., Snell R. Property boundaries and incidental rights attached to the ownership of land in Tasmania // University of Tasmania Law Review. 1991. Vol. 10, № 3. P. 257.

⁴ Adrian J. Bradbrook The relevance of the *cujus est solum* doctrine to the surface landowner/s claims to natural resources located above and beneath the land // Adelaide Law Review. 1988. № 4. P. 481.

THE CODIFICATION OF INTELLECTUAL PROPERTY SPHERE IN RUSSIA¹

One of the negative tendencies of contemporary innovation development of Russian economy is a weak use of high-tech products and technologies in economics activities.

Federal government tries to stimulate innovation activity and creates special economic programs.

Innovations to a considerable degree depend on intellectual activity of several categories and groups of people as well as on their intentions and opportunities to implement the results of their scientific and creative activity in business and industry.

Intellectual property differs from other commodities, because it can bring in return only being effectively protected by the state and the society. Only sufficient legal protecting can prevent free uncontrolled use of intellectual property.

Before 2008 intellectual property in Russia was regulated by a number of separate laws: the Patent Law, the Law on Copyright, The Law on Trademarks, The Law on Commercial Secrets and others. The legal norms of these acts didn't satisfy the requirements on market economy.

This caused a lot of problems in judicial practice.

That's why it was decided to create a new systematized regulation within the framework of one legal act. It was a first attempt of codification in intellectual property sphere in Russia

Part IV of the Civil Code of Russian Federation dedicated to legal regulation of Intellectual property rights came into force in 2008. It is a first attempt of codification in Intellectual property sphere in Russia. That's why a lot of new norms appeared. Introduction of the Part IV of the Civil Code of the Russian Federation has completed codification of the civil legislation of Russia. It completes the work on full systematization of the whole civil legislation, regulating the relations in the sphere of intellectual property and a number of related norms in the Civil Code.

Introduction of the Part IV of the Civil Code of the Russian Federation allowed to systematize the federal legislation on intellectual property. The basis of this system is recognition of subjective intellectual property rights for the results of intellectual activity and the means of individualization (for intellectual property) as exclusive ones. However, they differ from property rights and other material rights because they are intangible, and they differ from personal non-pecuniary rights of authors and other creators of intellectual results by the fact that they become a subject of civil circulation and allow to involve the objects of intellectual property into such circulation. Copyright is an exclusive right to make copies, to reproduce the work of an author. It became vital to protect the author's rights because his work could be copied easily and in high numbers. Moral rights were created to protect the author against unfair use of his work.

The Civil Code of Russian Federation (article 1295) stated a general rule that any work produced by an author within the scope of employment becomes the work of the employer for all copyright purposes- most importantly for purposes of depriving the author of any right to terminate the ownership by the employer.

Sometimes it is necessary to test weather the skill, labor and judgment invested by the employee in the creation of the work are part of the employee's normal duties (which can also be implied in the contract) or come within the special duties the employer has assigned to the employee.

The main problem of the Russian Civil Code (part IV) is that many rules (norms of Law) contradict the norms of International Intellectual property Law (i.e. protection of inventions, creations, ideas, know-how, trade secrets, innovations).

Inventors prefer not to take out a patent for inventions because it is a very difficult procedure, it takes a lot of time and is very expensive. That's why they try to protect their inventions as ideas, know-how, confidential information. An idea is the main element of any object of Intellectual property (creation, invention, innovation, know-how, etc.). But ideas are not protected by Civil Code of Russian Federation.

Russian scientists create breakthrough technologies, which are able not only to provide the needs of the country, but also to create prerequisites for entering he external market of new kinds of competitive products and technologies. This can reduce the dependence on the export of raw energy resources, but scientists have to sell technologies to foreign companies due to the lack of innovational system that can establish conditions for financing the process of technologies implementing.

The main problems of intellectual property protection in Russia are the following: the problem of idea protection, the problem of invention protection, the problem of know-how protection

Ideas are not protected by the Civil Code of the Russian Federation. An idea is the main element of any object of intellectual property (creation, invention, innovation, know-how, etc.). But even the particular expression of an idea is left unprotected. Granting exclusive property rights to the creator of an idea allows him or her to appropriate much of its social value. Consequently, the incentive to create ideas aligns closely with their social value, as required for efficient innovation. The owner of an idea has the right to exclude others from using it. Excluding others from using an idea impedes their dissemination and application.

The recognition idea as intellectual property will make it possible to use the intellectual property rights, that can provide an income to its owner. This profit will encourage the owner to continue his innovative work.

¹ 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).

IV. ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО, ГРАЖДАНСКИЙ И АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕСС

В. В. Акинфиева

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

НЕДОПУСТИМОСТЬ ВНЕСЕНИЯ ИСПРАВЛЕНИЙ, ИЗМЕНЕНИЙ В ТЕКСТ МИРОВОГО СОГЛАШЕНИЯ В АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССЕ (подготовлено на основе анализа судебной практики)

Согласно позиции Конституционного Суда Российской Федерации, изложенной в определении Конституционного Суда Российской Федерации от 24.02.2004 г. № 1-О «О прекращении производства по жалобе закрытого акционерного общества "Энергопромкомплект" на нарушение конституционных прав и свобод частью пятой статьи 11 Закона Российской Федерации "Об учреждениях и органах, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы"»¹, мировое соглашение представляет собой соглашение сторон о прекращении спора на основе добровольного урегулирования взаимных претензий и утверждения взаимных уступок, что является одним из процессуальных средств защиты субъективных прав.

Тем самым, по своему содержанию и сути, мировое соглашение – это гражданско-правовая сделка, возможная по делам искового производства, вступающая в силу немедленно после утверждения судом, на условиях, оговоренных и ранее согласованных сторонами, без права его расторжения и признания недействительным (так как при обжаловании определения об утверждении мирового соглашения решение суда не затронет вопрос о действительности соглашения, а будет касаться отмены определения суда).

Как известно, стороны любой сделки свободны в принятии решений о внесении в договор изменений, дополнений, правок и иных корректирующих содержание сделки положений в силу ч. 1 ст. 450 Гражданского кодекса Российской Федерации (в редакции от 23.05.2016 г.)².

Однако заметим, что указанная возможность изменения и исправления условий сделки относится к мировому соглашению, утверждаемому или утвержденному судом (в понимании мирового соглашения как гражданско-правовой сделки), не в полной мере.

В настоящей статье будет рассмотрен вопрос о возможности внесения изменений судом, утверждающим или утвердившим мировое соглашение, в определение об утверждении, а также о возможности изменения условий мирового соглашения по желанию одной из сторон.

Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации³ (в редакции от 02.03.2016 г., далее по тексту – АПК РФ) не наделяет суд, рассматривающий вопрос об утверждении мирового соглашения, условия которого были ранее согласованы сторонами спора, полномочиями изменять содержание мирового соглашения, утверждать мировое соглашение в части, а также исключать из мирового соглашения какие-либо условия.

В соответствии с п. 5–7 ст. 141 АПК РФ, суд при рассмотрении вопроса об утверждении мирового соглашения наделяется лишь двумя полномочиями: он может утвердить мировое соглашение либо должен отказать в утверждении в случае, если оно противоречит закону или нарушает права и законные интересы других лиц.

Заметим, что, даже если не все положения мирового соглашения противоречат закону или нарушают права и интересы третьих лиц, а только его отдельные части, суд все равно должен отказать в утверждении такого мирового соглашения, ввиду того что суд не вправе самостоятельно исключить отдельные условия мирового соглашения, противоречащие закону, с тем чтобы утвердить его в оставшейся части, или изменить мировое соглашение, скорректировав его текст и изъяв из него не противоречащие закону пункты служебного характера⁴.

Вместе с тем, согласно п. 16 Постановления Пленума ВАС РФ от 18.07.2014 г. № 50 «О примирении сторон в арбитражном процессе»⁵, суд вправе предложить сторонам исключить из мирового соглашения отдельные условия, противоречащие закону или нарушающие права и законные интересы других лиц.

Тесно связанным с рассмотренным выше является вопрос о праве суда на исправление опечаток, опечаток и арифметических ошибок в тексте утверждаемого мирового соглашения. При этом считаем необходимым четко разграничивать внесение правок (исправление опечаток, опечаток и арифметических ошибок) в текст определения об утверждении мирового соглашения и внесение таких исправлений в текст самого мирового соглашения. Содержание и регулирование двух указанных случаев весьма различны.

Так, согласно ч. 3 ст. 179 АПК РФ арбитражный суд, вынесший решение, вправе по своей инициативе исправить допущенные в решении опечатки, опечатки и арифметические ошибки без изменения его содержания. Тем самым если судом при изготовлении определения об утверждении мирового соглашения допускается ошибка, опечатка или даже ошибочно не указывается какое-либо положение, содержащееся в самом тексте мирового соглашения, подписанного сторонами и представленного в подлинном экземпляре на утверждение суду, то возможные изменения и исправления, инициированные судом, коснутся определения об утверждении мирового соглашения, а не содержания самого соглашения. В рассматриваемом случае суд, исправив опечатку в определении, не изменяет (полностью или в части) соглашение сторон, воля которых была направлена на прекращение спора на основе добровольного урегулирования взаимных претензий и утверждения взаимных уступок⁶.

Указанный вывод согласуется с разъяснениями, изложенными в п. 9, 13–16 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 18.07.2014 г. № 50 «О примирении сторон в арбитражном процессе»⁷.

При этом законодатель и судебная практика однозначно исходят из того, что ни суд, ни одна из сторон спора не могут вносить в текст ранее утвержденного мирового соглашения какие-либо исправления или иным образом изменять его условия. То есть если суд в рамках и в соответствии с ч. 3 ст. 179 АПК РФ по заявлению лица, участвующего в деле, судебного пристава – исполнителя или по своей инициативе исправляет допущенные в определении опечатки, опечатки и арифметические ошибки, то такие исправления не могут касаться текста и содержания мирового соглашения, представленного сторонами в суд в подлиннике и имеющегося в материалах дела⁸.

Относительно рассматриваемого вопроса обратим внимание также на то, что из положения норм гл. 15 АПК РФ следует, что мировое соглашение подписывается его сторонами и утверждается судом именно на тех условиях, на которых оно согласовано, и, соответственно, не может быть изменено в одностороннем порядке.

Таким образом, внесение судом изменений, в том числе исправлений, в текст определения об утверждении мирового соглашения в части, содержащей текст мирового соглашения, по заявлению одной из его сторон изменяет условия подписанного сторонами мирового соглашения в отсутствие волеизъявления на это другой стороны, а также изменяет содержание определения, которым оно утверждено; условия мирового соглашения согласованы сторонами с учетом их волеизъявления, и арбитражный суд не вправе изменять эти условия⁹.

В завершении считаем возможным затронуть еще один вопрос в рамках рассматриваемой темы – возможность изменения условий ранее утвержденного мирового соглашения.

На основании вышеизложенного могло сложиться мнение, что условия, на которых стороны подписали мировое соглашение, должны быть утверждены судом, рассматривающим вопрос об утверждении мирового соглашения, и ни при каких обстоятельствах в дальнейшем не могут изменяться, даже по воле самих сторон. Однако такое мнение было бы неверным и не отвечало бы тенденциям современной жизни и юридической практики. Зачастую при разрешении возникшего спора и заключении мирового соглашения стороны исходят из одних фактически сложившихся обстоятельств, а при исполнении уже утвержденного судом соглашения сталкиваются с новыми реалиями, которые могут свидетельствовать о том, что на условиях, на которых мировое соглашение утверждено, оно не может быть исполнено.

Возникает вопрос, правомерно ли на стадии исполнения определения об утверждении мирового соглашения сторонам обратиться в суд за утверждением нового мирового соглашения, изменяющего сроки исполнения обязательства по первоначальному мировому соглашению?

Отвечая на этот вопрос, следует исходить из того, что правовым последствием утверждения мирового соглашения судом является прекращение производства по делу. На основании ч. 2 ст. 150 АПК РФ, когда имеющийся спорный вопрос сторонами урегулирован, разрешение спора по существу окончено.

АПК РФ не содержит норм, обязывающих суд, утвердивший мировое соглашение, после прекращения производства по делу рассматривать ходатайства, связанные с порядком исполнения мирового соглашения, поскольку рассмотрение судом заявлений и ходатайств лиц, участвующих в деле,

производится судом при разрешении спора по существу. Вместе с тем, мировое соглашение представляет собой договор сторон о прекращении производства по делу и, следовательно, спора на определенных, согласованных ими условиях. Мировое соглашение, заключаемое по спору, возникшему из гражданско-правовых отношений, представляет собой гражданско-правовую сделку, создающую гражданские права и обязанности. Заключая мировое соглашение, стороны и свободны в определении условий договора и действуют на свой риск; суд не может оказывать влияние на волеизъявление сторон, он вправе утвердить мировое соглашение или отказать в его утверждении. В связи с этим утверждение нового мирового соглашения, изменяющего сроки исполнения обязательства по первоначальному мировому соглашению, на стадии исполнения определения об утверждении мирового соглашения законом не запрещено¹⁰.

¹ Вестник Конституционного Суда РФ, 2004, № 5.

² Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994 г., № 32, ст. 3301; Рос. газета, № 238-239. 1994. 8 дек.

³ Парламентская газета, № 140-141, 2002. 27 июля; Рос. газета, № 137. 2002., Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002, № 30, ст. 3012; текст редакции от 23.05.2016 г. опубликован на Официальном интернет-портале правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>.

⁴ Обзор практики заключения мировых соглашений в суде кассационной инстанции, утвержден Постановлением Президиума Федерального арбитражного суда Московского округа от 22 июня 2001 г. № 8; Постановление ФАС Уральского округа от 05.05.2009 г. № Ф09-8787/08-С6.

⁵ Солидарность. № 28. 6–13 авг. 2014 г.; Вестник экономического правосудия РФ. № 9. сентябрь, 2014 г.

⁶ Определение Верховного Суда РФ от 20 фев. 2016 г. № 307-ЭС15-20130 по делу № А56-33986/2013 // Доступ из справ.-правовой «КонсультантПлюс».

⁷ См. там же.

⁸ Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 08.12.2014 г. № Ф03-5603/2014 по делу № А24-3374/2014 // СПС КонсультантПлюс.

⁹ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 3 апр. 2008 г. по делу № А42-2209/2003 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁰ Рекомендации Научно-консультативного совета при ФАС Западно-Сибирского округа «По вопросам рассмотрения споров, связанных с применением Арбитражного процессуального кодекса Рос. Федерации» (принятые по итогам заседания, сост. 9 сент. 2011 г. в г. Горно-Алтайске) // Судебная практика в Западной Сибири. 2011. № 4.

Т. В. Аксенова

*Новосибирский государственный аграрный университет,
г. Новосибирск*

КАТЕГОРИЯ ИНДИВИДУАЛЬНОГО ПРЕДПРИНИМАТЕЛЯ В РОССИЙСКОМ ПРАВЕ

Индивидуальный предприниматель – одна из основных категорий в современном российском праве. При проведении исследования понимания термина «индивидуальный предприниматель» необходимо обратиться к анализу дефиниций, применяемых в зарубежных странах. Так, Французский торговый кодекс 1999 г. в ст. 121–1 определяет его как коммерсанта совершающего торговые сделки в процессе осуществления коммерческой деятельности. Причем свое правовое положение лицо должно подтвердить соответствующей записью в торговом реестре. Германское торговое уложение от 11.05.1897 г. устанавливает, что коммерсантом является тот, кто ведет торговый промысел. Единообразный торговый кодекс США 1968 г. (ст. 2–104) называет коммерсантом лицо, совершающее сделки с товарами определенного рода и обладающее особыми знаниями в отношении товаров. В Англии Гражданский кодекс Квебека от 18.12.1991 г. в кн. 1 «О лицах» определяет индивидуального субъекта как единоличного предпринимателя¹.

Таким образом, в европейском законодательстве статус коммерсанта имеет лицо, деятельность которого характеризуется двумя основными признаками: заключение сделок и осуществление иных хозяйственных операций в виде предпринимательства; ведение предпринимательской деятельности от своего имени в виде обычного промысла на профессиональных началах.

Это лицо отвечает по своим обязательствам всем своим имуществом и должно быть в определенных случаях зарегистрировано и внесено в торговый реестр.

Действующее российское законодательство, согласно п. 1 ст. 23 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ), называет индивидуальным предпринимателем гражданина, занимающегося предпринимательской деятельностью, зарегистрированного в установленном законом порядке. Аналогичную трактовку индивидуального предпринимателя предлагают и некоторые ученые-юристы².

Однако существует и другое определение индивидуальных предпринимателей, содержащееся в Налоговом кодексе РФ (ст. 11): это физические лица, зарегистрированные в установленном порядке и осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, а также частные нотариусы, частные охранники, частные детективы. Таким образом, Налоговый кодекс РФ ряд также относит к индивидуальным предпринимателям частнопрактикующих лиц. Вместе с тем мы не можем согласиться с данной позицией, поскольку действующее законодательство, кроме Налогового кодекса РФ, не рассматривает нотариальную, охранную, детективную деятельность в качестве предпринимательской. Так, согласно ст. 1 Федерального закона РФ от 11.03.1992 г. «О частной детективной и охранной деятельности в РФ» в ред. от 03.07.2016 г. деятельность частных охранников и частных детективов не является предпринимательской, поскольку она осуществляется в целях защиты законных прав и интересов лиц и не направлена на извлечение прибыли. В соответствии со ст. 1 Основ законодательства РФ о нотариате от 11.03.1993 г. в ред. ФЗ от 30.03.2015 г. № 67-ФЗ, нотариальная деятельность также не является предпринимательством, поскольку это особая юридическая деятельность, осуществляемая от имени государства.

Анализ вышеуказанного положения ст. 11 Налогового кодекса РФ позволяет прийти к выводу о том, что термин «индивидуальный предприниматель» употребляется в специальном значении исключительно в рамках налогового права.

По нашему мнению, вышеуказанные дефиниции содержат не все основные признаки, характеризующие индивидуальных предпринимателей, и поэтому приведенные определения нельзя считать оптимальными. Упрощенное понимание данного термина порой оборачивается для лиц, занимающихся предпринимательством, недооценкой их правового статуса.

Индивидуальный предприниматель – всегда физическое лицо. Последний термин является специально юридическим и используется для обозначения индивидуального субъекта права. По своей сути используемое в юриспруденции понятие «физическое лицо» идентично понятию «человек», «индивид». Такая трактовка лежит в основе работ многих российских ученых: С.С. Алексеева, А.В. Мицкевича и других³.

Предлагаемое законодателем понимание индивидуального предпринимателя как гражданина кажется нам недостаточно точным, поскольку состояние гражданства, отражающее характер устойчивой юридической связи лица с государством, не влияет на осуществление индивидом предпринимательской деятельности. Поэтому представляется целесообразным в науке предпринимательского права и в российском законодательстве для обозначения индивидуального предпринимателя использовать именно словосочетание «физическое лицо». Для осуществления предпринимательской деятельности лицо должно достигнуть 18-летнего возраста, то есть быть полностью дееспособным. Хотя в гражданском законодательстве, в частности в ст. 21 и 27 ГК РФ имеются исключения из этого правила.

Индивидуальный предприниматель осуществляет предпринимательскую деятельность. По мнению профессора В.С. Белых, предпринимательство является одним из видов человеческой деятельности и состоит из различных действий, операций и поступков. Основу деятельности человека составляет действие, которое понимается как процесс, направленный на выполнение простой текущей задачи либо подчиненный достижению промежуточного результата целостной деятельности⁴. Операция как элемент деятельности представляет собой «комплекс действий, ориентированных на решение определенной задачи»⁵. На практике различные элементы человеческой деятельности тесным образом связаны между собой: одно и то же действие может входить в качестве элемента в различные операции или одна и та же операция может быть совершена различными действиями. Важная роль в человеческой деятельности принадлежит поступкам – актам поведения, которые приобретают положительную или отрицательную социальную характеристику»⁶.

Следовательно, предпринимательская деятельность индивидуального предпринимателя – это самостоятельная производительная систематическая профессиональная деятельность лица, осуществляемая на свой страх и риск и под свою имущественную ответственность с целью получения прибыли.

Индивидуальный предприниматель может осуществлять свою деятельность как самостоятельно, так и с использованием труда наемных работников. В гл. 48 Трудового кодекса РФ (далее – ТК РФ) в ред. от 30.12.2001 г. указаны особенности оформления трудовых отношений с работниками, работаю-

щими у работодателей – физических лиц. Так, согласно ст. 303 ТК РФ, предприниматель обязан оформить трудовой договор с работником, подтверждающий факт работы, в письменной форме в двух экземплярах. В трудовом договоре определяется режим работы, порядок предоставления выходных дней и ежегодно оплачиваемых отпусков, сроки предупреждения об увольнении, а также случаи выплаты и размеры выходного пособия и других компенсационных выплат при прекращении контракта. Работодатель – индивидуальный предприниматель, согласно внесенным изменениям в Трудовой кодекс РФ Федеральным законом от 30.06.2006 г. №90-ФЗ с последующими изменениями, вправе производить записи в трудовых книжках работников, проработавших у него свыше пяти дней, в случае, когда работа у данного работодателя является основной, а также оформлять трудовые книжки работникам, принимаемым на работу впервые. Кроме того, индивидуальный предприниматель вправе заключать с гражданами договоры гражданско-правового характера, предметом которых является выполнение работ и оказание услуг.

Имущество является основой предпринимательской деятельности граждан. Индивидуальный предприниматель несёт повышенную имущественную ответственность в отличие от иных граждан, поскольку, в соответствии с гражданским законодательством (ст. 401 ГК РФ) физическое лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство, несёт ответственность независимо от наличия вины.

Деятельность индивидуального предпринимателя носит рисковый характер. В соответствии со ст. 929 ГК РФ, предпринимательский риск – это риск убытков от предпринимательской деятельности из-за нарушения обязательств контрагентами предпринимателя или изменения условий этой деятельности по не зависящим от предпринимателя обстоятельствам, в том числе риск неполучения ожидаемых доходов.

По нашему мнению, вряд ли можно считать такое законодательное определение предпринимательского риска полным и достаточным, поскольку раскрываемый термин определяется «сам через себя».

В юридической литературе понятие предпринимательского риска рассматривается как «деятельность в ситуации неопределенности относительно вероятного получения прибыли или несения убытков в условиях невозможности точного предвидения результатов деятельности», как «вероятная опасность наступления или не наступления отрицательных имущественных последствий» и как «возможные неблагоприятные имущественные последствия деятельности предпринимателя, не обусловленные какими-либо упущениями с его стороны». Представитель свердловской школы предпринимательского права В.С. Белых определяет предпринимательский риск как «потенциальную возможность (опасность) наступления или не наступления события (совокупности событий), повлекшего неблагоприятные имущественные последствия для деятельности предпринимателя»⁷. Представляется, что данное определение является более точным, поскольку главным свойством риска объявляется возможность наступления или не наступления какого-либо вероятного события.

Индивидуальный предприниматель – это простая форма осуществления предпринимательской деятельности, не предполагающая создание нового субъекта права – юридического лица. Согласно п. 3 ст. 23 ГК РФ, к предпринимательской деятельности граждан, осуществляемой без образования юридического лица, применяются правила ГК РФ, которые регулируют деятельность юридических лиц, являющихся коммерческими организациями, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов или существа правоотношения. Следовательно, по общему правилу правовое положение индивидуального предпринимателя аналогично правовому положению коммерческой организации.

Таким образом, индивидуальный предприниматель – это особый субъект предпринимательской деятельности, обладающий рядом специфических признаков, образуемый и прекращающий свою деятельность в специальном порядке, установленным законом.

¹ *Гражданское торговое право зарубежных стран: учебное пособие / под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. М.: МЦПЭР, 2004. С. 112–114.*

² *Григоренко С.М.* Проблемы гражданско-правового статуса индивидуального предпринимателя // *Хозяйство и право.* 1999. №5. С.19; *Дойников И.В.* Предпринимательское право: Учебник. М., 2002. С.78; *Жилинский С.Э.* Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности). М., 2002. С.106; *Нестерова Н.И.* Актуальные вопросы правового регулирования предпринимательской деятельности. Хабаровск, 2001. С. 43; *Плиев Э.Г.* Правовые проблемы предпринимательства в России. Цивилистический аспект. М., 1999. С. 48; *Ручкина Г.Ф.* Предпринимательская правосубъектность как элемент правового статуса гражданина // *Юрист.* 2003. №10. С. 2.

³ *Алексеев С.С.* Общая теория социального права. Свердловск. 1964. С. 82; *Мицкевич А.В.* Субъекты советского права. М., 1982. С. 35–36.

- ⁴ Пугинский Б.И., Сафиуллин Д.Н. Правовая экономика: проблемы становления. М.: Юрид. лит., 1991. С 36–39.
- ⁵ Клиланд Д., Кинг В. Системный анализ и целевое управление / пер. с английского. М.: Сов. радио. 1974. С. 26.
- ⁶ Кудрявцев В.Н. Правовое поведение: норма и патология. М.: Наука, 1982. С. 9–10.
- ⁷ Бельх В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России: монография. М.: ТК Велби. Изд-во Проспект. 2005. С. 46.

М. А. Аксенчук

*Российский государственный университет правосудия,
г. Москва*

НЕДОБРОСОВЕСТНОЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЕ КОНСТРУКЦИИ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА

В настоящее время тот факт, что лицо обладает всеми признаками, свойственными юридическому лицу, не говорит о его полной самостоятельности в экономическом смысле. Несмотря на формальную автономию, формирование воли такого лица может быть полностью контролируемо, а причиной его создания может являться исключительно желание ограничить имущественную ответственность перед внешними кредиторами, прикрываясь формально-юридической конструкцией. Закономерно возникает вопрос о том, являются ли подобные действия злоупотреблением, ущемляющим права кредиторов подконтрольного юридического лица, и можно ли не принимать во внимание юридическую независимость такого лица.

Разделение функций номинального владения имуществом и фактического контроля над ними дает широкие возможности для злоупотреблений, например, путем создания формально независимых обществ-пустышек. В таких условиях вынесение судебного решения в пользу кредитора может не принести ему никакой пользы – реальное контролирующее лицо может владеть имуществом способом, не позволяющим обратиться на него взыскание, например, через подконтрольных лиц¹. Для игнорирования формальной автономии таких юридических лиц применяется то, что в странах англосаксонской правовой семьи известно под названием «снятие корпоративной вуали» («piercing the veil of corporate entity»)².

Термин «piercing the veil of corporate entity» прочно вошел в обиход судебной системы, которая, вместе с тем, оперировала и схожими терминами: «lifting the corporate veil», «going behind the corporate veil», «looking behind the corporate veil». Большинство исследователей считают, что данные выражения используются судами как синонимичные, однако некоторые усматривают их стилистическое различие, говоря о котором приходится балансировать между лексикологией и правом. Например, термин «piercing» (прокалывание) подразумевает перманентное уничтожение «корпоративной вуали», «lifting» (поднятие) – её игнорирование лишь в конкретном деле; «looking behind» (заглядывание) отождествление юридического лица с контролирующим, формально независимым лицом без привлечения к ответственности. Почти столь же многочисленны и русские варианты перевода: «срывание корпоративных покровов», «прокалывание корпоративной вуали», «снятие корпоративной маски» и т.д.³

Модели «снятия корпоративной вуали» разнообразны, причем варьируются от правопорядка к правопорядку, что затрудняет выработку единого подхода к доктрине. Под «снятием корпоративного покрова» в наиболее широком смысле понимается возможность игнорировать формальную автономию юридического лица и рассматривать несколько юридических лиц как «единый хозяйствующий субъект» («single economic unit»)⁴. Некоторые исследователи, однако, отождествляют «снятие корпоративной вуали» с «проникающей ответственностью»⁵, но такой подход не позволяет учитывать то, что в англосаксонских странах существует целая категория дел – «identification cases», целью разбирательства в которых является не привлечение лица к ответственности, а путем «снятия покровов» признание того, что лицо не может рассматриваться как самостоятельный субъект (от этого может зависеть возможность получения таким субъектом налоговых преимуществ, как в деле *FG Films limited 1953*, или размер компенсации за выкуп земли, как в деле *Smith, Stone, Knight*⁶). В Германии же подлинным «снятием корпоративного покрова» считается лишь ситуация, когда участник юридического лица несет ответственность перед кредитором юридического лица при отсутствии какого-либо

самостоятельного на это обязательства. Она противопоставляется «ненастоящему снятию», которое предполагает возникновение каких-либо дополнительных обязательств (например, в деликтном или договорном обязательстве)⁷.

Законодательство РФ предусматривает следующие случаи, которые можно назвать «снятием корпоративного покрыва»:

- Субсидиарная ответственность контролирующего лица при банкротстве (п. 2, 4 ст.10 Закона о банкротстве). Пункт 4 предусматривает привлечение к ответственности в случае, если должник признан несостоятельным вследствие действий или бездействия контролирующих должника лиц. Пункт 2 предусматривает ответственность при неисполнении обязанности подачи заявления в арбитражный суд. В этом случае, руководитель несет субсидиарную ответственность по обязательствам, возникшим после истечения месячного срока с даты возникновения обстоятельств, создающих такую обязанность.

- Солидарная ответственность основного общества по обязательствам дочернего (п.2 ст.67.3 ГК). Эта норма действует в отношении сделок, заключенных дочерним обществом во исполнение указаний или с согласия основного общества.

- Солидарная ответственность контролирующего лица при реорганизации (п.3 ст.60 ГК). Кредитор получает право требовать досрочного исполнения обязательства или прекращения обязательства с возмещением ему убытков или предоставлением достаточного обеспечения. Если требования кредитора не выполнены, убытки не возмещены, а обеспечение не предложено, то солидарную ответственность несут юридические лица, созданные в результате реорганизации, «теневые директора» (имеют фактическую возможность определять действия реорганизованных юридических лиц), члены их коллегиальных органов и лицо, выступающее от имени кредитора, если они своими действиями (бездействием) способствовали наступлению указанных последствий для кредитора.

- Частные случаи применения ст.10 ГК РФ⁸. До недавнего времени в ГК не содержалось категории «контролирующее лицо» («лицо, имеющее фактическую возможность определять действия юридического лица»), поэтому все случаи «снятия корпоративных покрывов» либо мотивировались отсылкой к ст.10 ГК РФ, либо не мотивировались вовсе. Невозможно выделить какие-либо общие правила применения доктрины: все случаи связаны с фактическими обстоятельствами конкретного дела.

Модели «снятия корпоративной вуали», применяющиеся в иностранных правовых системах, более разнообразны:

В некоторых правовых системах признается, что помимо кредиторов, инициаторами «снятия корпоративной вуали» могут стать и сами учредители, которые добровольно разделили свой бизнес между несколькими независимыми юридическими лицами (подобные ситуации называют «voluntary piercing» – «добровольное прокалывание»). Чаще всего такие требования выдвигаются ради получения какой-либо дополнительной выгоды (например, увеличенной суммы компенсации за изъятие земли государством в деле *DHN Food Distributors Ltd*⁹). Законодательство РФ подобных ситуаций не предусматривает¹⁰.

В законодательстве и правоприменительной практике ряда стран предусмотрена ситуация, когда ответственность по обязательствам основной компании возлагается на дочернюю или ответственность по обязательствам учредителя возлагается на учрежденное им юридическое лицо. Подобные случаи имеют название «reverse piercing» – обратное снятие и носят скорее исключительный характер, поскольку чаще всего в законодательстве не предусмотрены¹¹. В законе РФ отражены лишь случаи привлечения контролирующих лиц к ответственности по обязательствам подконтрольных. С большой натяжкой примером «обратного снятия» можно считать п. 2 ст. 1068 ГК РФ, в соответствии с которым хозяйственные товарищества и производственные кооперативы возмещают вред, причиненный их участниками (членами) при осуществлении последними предпринимательской, производственной или иной деятельности товарищества или кооператива¹². П. 3 ст. 123.8 ГК РФ также предусматривает, что ассоциации (союзы) могут нести ответственность по долгам учредителей в предусмотренных законом случаях, однако подобных ситуаций в законодательстве не предусмотрено¹³.

Неизвестны российскому праву также случаи «растягивания корпоративной вуали», когда к ответственности привлекаются несколько контролируемых лиц, действия которых определяются одним и тем же контролирующим субъектом.

-
- ¹ Суханов Е.А. Ответственность участников корпорации по её долгам в современном корпоративном праве // Проблемы современной цивилистики: Сборник статей, посвященных памяти профессора С.М. Корнеева / отв. ред. Е.А. Суханов, М.В. Телюкина. М.: Статут, 2013. С. 54-67.
- ² Егоров А.В., Усачева К.А. Доктрина «снятия корпоративного покрыва» как инструмент распределения рисков между участниками корпорации и иными субъектами оборота // Вестник гражданского права. 2014. № 1. С. 31-73.
- ³ Cheng T.K. The corporate veil doctrine revisited: a comparative study of the English and the U.S. corporate veil doctrines // 34 V.C. Int'l & Comp. L. Rev p. 233.
- ⁴ Будылин С.Л., Иванец Ю.Л. Срывающая покрыва. Доктрина снятия корпоративной вуали в зарубежных странах и в России // Вестник ВАС РФ. 2013. № 7. С. 80-125.
- ⁵ Проблемы современной цивилистики: Сборник статей, посвященных памяти профессора С.М. Корнеева / Отв. ред. Е.А. Суханов, М.В. Телюкина. М.: Статут, 2013. С. 216.
- ⁶ Smith, Stone and Knight Ltd v Lord Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Birmingham [1939] 4 All E.R. 116 // Правовая система «United Settlement».
- ⁷ Асосков А.В. Коллизионное регулирование снятия корпоративных покрывов // Вестник гражданского права. 2013. № 5. С. 123.
- ⁸ Постановление Президиума ВАС РФ от 24.04.2012 г. № 16404/11 по делу № А40-21127/11-98-184 // Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс»; Постановление Президиума ВАС РФ от 26.03.2013 г. № 14828/12 по делу № А40-82045/11-64-444 // Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс» и др.
- ⁹ DHN Food Distributors Ltd v Tower Hamlets London Borough Council [1976] 1 WLR 852 // Правовая система «Westlaw».
- ¹⁰ Быканов Д.Д. Снятие корпоративной вуали по праву США, Нидерландов и России // Закон. 2014. № 7. С. 71-80.
- ¹¹ Захаров А.Н. Некоторые вопросы снятия корпоративной вуали: американский опыт и возможности его использования в российском праве // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2014. № 10. С. 32-62.
- ¹² Шиткина И. Гражданско-правовая ответственность членов органов управления хозяйственных обществ: классическая доктрина и современные тенденции правоприменения // Хозяйство и право. 2013. № 3. С. 3-18.
- ¹³ Ломакин Д.В. Концепция снятия корпоративного покрыва: реализация ее основных положений в действующем законодательстве и проекте изменений Гражданского кодекса РФ // Вестник ВАС РФ. 2012. № 9. С. 6-33.

А. Б. Афанасьев

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ДОБРОСОВЕСТНОСТЬ СТОРОН ПРИ ЗАКЛЮЧЕНИИ ДОГОВОРА БАНКОВСКОГО ВКЛАДА

Действующее гражданское законодательство России презюмирует добросовестность участников гражданских правоотношений и предполагает разумность их действий (п. 5 ст. 10 ГК РФ¹). Из данной нормы следует, что сторона в споре, которая ссылается на то, что другая сторона действовала неразумно или недобросовестно, должна это обстоятельство доказать. Данное положение закона направлено на соблюдение интересов обеих сторон правоотношения и позволяет пресекать нарушение прав участников гражданских правоотношений.

Согласно п. 1 ст. 836 ГК РФ договор банковского вклада должен заключаться в письменной форме под страхом его ничтожности. Законодатель указал примерный перечень документов, которые свидетельствуют о соблюдении письменной формы договора банковского вклада. К ним отнесены сберегательные книжки (именные и на предъявителя), депозитные и сберегательные сертификаты, иные документы, которые могут подтвердить внесение вклада. На практике оформление банковских вкладов нередко происходит посредством подписания договора как документа в двух экземплярах, причем непосредственно в договоре содержится указание на то, что при подписании договора вкладчик внес, а банк принял указанную в договоре сумму вклада.

При исследовании практических аспектов заключения договора банковского вклада приходится констатировать, что в подавляющем большинстве случаев договор банковского вклада (вне зависимости от того, в каком документе он реализуется) подписывается не руководителем банка, а уполномоченными на это лицами (на основании доверенности). Записи о приходных и расходных операциях, вносимые в сберегательные книжки, совершаются работниками операционных отделов, зача-

стю осуществляющими эти обязанности на основании должностных инструкций. Вкладчик – физическое лицо, как показывает практика, не обладая должным правовым уровнем, не требует от соответствующего работника банка предоставления документов, подтверждающих полномочия на совершение этих юридически значимых действий.

При рассмотрении данных правоотношений необходимо учитывать, что банк является коммерческой организацией, которая осуществляет предпринимательскую деятельность на свой страх и риск, и деятельность которой направлена на систематическое извлечение прибыли, в связи с чем следует определить банк в качестве профессионального участника в данной сфере, в отличие от гражданина, не знакомого с банковскими правилами и обычаями делового оборота. Поэтому неблагоприятные последствия несоблюдения установленных законом требований к форме договора банковского вклада и процедуре его заключения должен нести именно банк, а не вкладчик, являющийся слабой стороной в данном правоотношении. Таким образом, при рассмотрении спорной ситуации по поводу заключения договора банковского вклада надо исходить из того, что именно банк должен нести бремя доказывания обстоятельств, очевидно свидетельствующих о недобросовестности вкладчика или неразумности его действий.

Судебная практика при рассмотрении споров о заключении договоров банковского вклада не всегда исходит из такого понимания закона. Верховный Суд РФ в Определении от 13.05.2015 № 305-ЭС14-5119 указал, что «участие в отношениях по банковскому вкладу, не отвечающих общепринятым и общеизвестным стандартам поведения в сфере привлечения денежных средств во вклад, не согласуется с презумпцией разумности и добросовестности участников гражданского оборота, установленной пунктом 3 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации»². Принимая данный судебный акт, суд исходил из того, что вкладчик – физическое лицо должен иметь познания о неких «общепринятых и общеизвестных стандартах поведения» при заключении договора банковского счета. Недобросовестность действий вкладчика, по мнению суда, сводилась к тому, что он заключил с банком договор банковского вклада, не потребовав от банка предоставить ему приходные кассовые документы, дополнительно свидетельствующие о внесении денежных средств в банк. На основании этого суд сделал вывод о несоблюдении сторонами письменной формы договора банковского вклада и ничтожности такой сделки, несмотря на то, что в п. 4.5 договора банковского вклада было указано: «настоящий договор является документом, удостоверяющим прием вклада и основанием для исполнения принятых перед вкладчиком обязательств». По мнению суда, поскольку договор банковского вклада является публичным договором и договором присоединения, все договоры банковского вклада должны быть заключены на одинаковых, стандартных условиях. Судами при рассмотрении данного дела совершенно не учтено, что банки могут привлекать вклады на различных условиях в зависимости от срока вклада, суммы вклада, порядка начисления процентов и других условий, влияющих в том числе и на размер процентной ставки. Даже с экономической точки зрения на размер процентной ставки напрямую влияет себестоимость привлеченных средств. Для банка выгоднее привлечь и обслуживать один вклад в 40 миллионов рублей, чем тысячу вкладов по 40 тысяч рублей. Такая экономия в стоимости банковского обслуживания позволяет банку увеличить размер процентной ставки по вкладу. При таком подходе банка к осуществлению деятельности по привлечению средств населения не видится какого-либо нарушения действующих норм закона, поскольку банк в этом случае не отдает предпочтение отдельному вкладчику, а устанавливает процентную ставку, исходя из соображений экономической целесообразности, учитывая размер суммы вклада.

Другим примером неправильного применения судами норм закона о недобросовестном поведении вкладчиков при заключении договора банковского вклада являются судебные решения по спорам между вкладчиками и банком «Первомайский» (ЗАО)³. Вкладчики – физические лица заключили договоры банковского вклада в дополнительном офисе «Геленджикский» указанного банка. От имени банка договоры банковского вклада в помещении банка и в присутствии его работников, непосредственно обслуживавших клиентов, подписал директор дополнительного офиса. Когда вкладчики обратились с требованием о досрочном возврате им банковских вкладов, банк отказался удовлетворить эти требования, ссылаясь на то, что директор дополнительного офиса не имел полномочий на подписание договоров банковского вклада, а поступление сумм вкладов в кассе банка не было отражено. На этом основании суды отказались удовлетворить требования вкладчиков о взыскании сумм вкладов, процентов за неправомерное пользование чужими денежными средствами и упущенной выгоды, поскольку посчитали, что данные договоры являются незаключенными или ничтожными. Такой подход не соответствует ни норме, ни духу закона, поскольку обстановка, в которой гражданин заключал договор банковского вклада, явно свидетельствовала о его добросовестности и разумности (абз. 2 п. 1 ст. 182 ГК РФ). Здесь необходимо учитывать также и разный уровень профессионализма сторон до-

говора банковского вклада, поскольку вкладчик, являющийся присоединившейся к договору стороной, не может реально потребовать от банка изменить текст договора, процедуру его оформления, потребовать проверки полномочий лица, подписавшего договор.

Принимая судебные решения об удовлетворении требований вкладчиков, суды должны исследовать не только формальные условия применения нормы, но и все фактические обстоятельства дела, влияющие на вынесение правосудного решения. Следуя презумпции добросовестности и разумности поведения вкладчика при заключении договора, нельзя признавать договор банковского вклада незаключенным или ничтожным только в силу того, что договор подписан не уполномоченным на то работником банка или вопреки интересам работодателя (без отражения принятой суммы в бухгалтерском учете), а также при отсутствии в банке сведений о вкладе или начисленных по нему процентах. Думается, что при таком подходе бремя негативных последствий должен нести банк, который создал условия для противоправного поведения своих работников и не обеспечил требования экономической безопасности банка. Только при таком подходе возможно в полной мере обеспечить соблюдение интересов вкладчиков, повысить их доверие к банковской системе, что представляется весьма важным стимулом для размещения денежных средств населения в банках. Преследуя свои личные интересы при размещении вклада, вкладчики в то же время обеспечивают реализацию публичных интересов, поскольку денежные средства населения являются одним из основных источников формирования кредитных ресурсов банков, необходимых для развития экономики и долгосрочных инвестиций.

¹ *Гражданский кодекс РФ (часть первая)*. Принят Государственной Думой Федерального Собрания РФ 21 окт. 1994 г. № 51-ФЗ (в ред. Федер. закона РФ от 31.01.2016 № 7-ФЗ) // Рос. газ. 1994. 8 дек.

² *Определение Верховного Суда РФ от 13.05.2015 № 305-ЭС14-5119 по делу № А40-172055/2013* (документ опубликован не был). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³ *По делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 836 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан И.С. Билера, П.А. Гурьянова, Н.А. Гурьяновой, С.И. Каминской, А.М. Савенкова, Л.И. Савенковой и И.П. Степанюгиной: постановление Конституционного Суда РФ от 27.10.2015 № 28-П* // Рос. газета. 2015. 5 нояб.

А. В. Барков

*Московская академия экономики и права,
г. Москва*

О НЕКОТОРЫХ НАПРАВЛЕНИЯХ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О СОЦИАЛЬНОМ ОБСЛУЖИВАНИИ В УСЛОВИЯХ ФОРМИРОВАНИЯ МОДЕЛИ СОЦИАЛЬНОГО ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА

Важнейшим шагом в совершенствовании законодательства о социальном обслуживании в условиях формирования модели социального предпринимательства должна стать и легализация понятия «социальное предпринимательство». Ввиду отсутствия политической воли на принятие специального закона о социальном предпринимательстве полагаем возможным зафиксировать определение в Законе об основах социального обслуживания. В рамках реализации мероприятий по развитию механизмов поддержки негосударственных организаций, предоставляющих социальные услуги, Правительством РФ планируется введение определения «социальное предпринимательство» в федеральное законодательство в декабре 2016 года¹, что повышает степень актуальности разрешения данной проблемы.

Члены Совета Федерации В.В. Рязанский, А.А. Борисов, а также депутат Государственной думы И.Н. Игошин в декабре 2013 г. пытались легализовать определение «социальный предприниматель» путем внесения поправки в законопроект об основах социального обслуживания. Для этого, по их мнению, пункт 4 статьи 3 законопроекта следовало изложить в такой редакции: «4) исполнитель социальных услуг – осуществляющие деятельность по социальному обслуживанию бюджетная организация, подведомственная органу государственной власти в области социального обслуживания (организация социального обслуживания), или коммерческая организация, индивидуальный пред-

приниматель и социально ориентированная некоммерческая организация, основным (предусмотренным уставом) видом деятельности которых является осуществление социального обслуживания (социальный предприниматель)»². Поправка была отклонена.

Логика реформаторов состояла в необходимости разделения потенциально разных объектов поддержки, государственных (организаций социального обслуживания) и негосударственных субъектов рынка социальных услуг (индивидуальных предпринимателей и социально ориентированных некоммерческих и коммерческих организаций), которые в силу приобретения статуса поставщика (исполнителя) социальных услуг вправе претендовать на статус «социального предпринимателя» и соответствующую поддержку. Достоинство предлагаемой редакции определения заключалось также в том, что в ней учитывались интересы не только субъектов малого и среднего бизнеса, как в законопроекте «О внесении изменений в Федеральный закон «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации»³, но и некоммерческого сектора. Недостатками же предложенного определения понятия были достаточно узкая его трактовка, исключающая такой важный элемент социального предпринимательства, как возможность социально-трудовой интеграции нуждающихся в социальном обслуживании в целях мобилизации внутреннего ресурса личности для выхода из трудной жизненной ситуации, а также отсутствие отражения специфики социально-предпринимательских ценностных ориентиров.

Для того чтобы разобраться в столь непростом вопросе, как рекомендовал на встрече с предпринимателями в социальной сфере Председатель Правительства РФ⁴, следует обратиться к зарубежному опыту легализации социального предпринимательства. На наш взгляд, заслуживает особого внимания южно-корейское законодательство, часть элементов которого в наибольшей степени может быть адаптирована к российской действительности. Экономический прорыв, известный в экономических кругах как «корейское чудо», позволивший Южной Корее войти в двадцатку самых развитых стран мира⁵, в немалой степени был обеспечен успехами социально-предпринимательского сектора экономики⁶.

В ст. 2 национального Закона о развитии социального предпринимательства⁷, принятом в январе 2007 г. на основе изучения европейского и американского опыта⁸, под «социальными предпринимателями (социальными предприятиями)» понимаются организации, занимающиеся предпринимательской деятельностью по производству и продаже товаров и услуг, преследующие социально значимые цели повышения качества жизни граждан путем оказания социальных услуг незащищенным слоям населения, при условии прохождения данными организациями легально предусмотренной процедуры сертификации⁹. С учетом изложенных соображений адаптации данного определения к российскому законодательству можно дать определение социального предпринимательства в ст. 3 федерального закона от 28 декабря 2013 г. № 442-ФЗ «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации» (ред. от 21 июля 2014)¹⁰ в следующей редакции:

Социальное предпринимательство – предпринимательская деятельность негосударственных (коммерческих и некоммерческих) организаций социального обслуживания, в том числе социально ориентированных некоммерческих организаций, индивидуальных предпринимателей, по оказанию социальных услуг и (или) деятельность по трудоустройству лиц, нуждающихся в социальном обслуживании, в которых цель качественного удовлетворения потребностей получателя социальных услуг преобладает над целью извлечения прибыли.

Легализация понятия социального предпринимательства должна повлечь корректировку системы социального обслуживания, которая (наряду с другими шестью элементами) укрепляется с появлением нового элемента – социального предпринимателя, что следует зафиксировать в ст. 5 Закона об основах социального обслуживания понятие «Система социального обслуживания» в следующей редакции:

- социальных предпринимателей, субъектов социального предпринимательства – негосударственных (коммерческих и некоммерческих) организаций социального обслуживания, в том числе социально ориентированных некоммерческих организаций, индивидуальных предпринимателей, осуществляющих предпринимательскую деятельность по оказанию социальных услуг и (или) деятельность по трудоустройству лиц, нуждающихся в социальном обслуживании, в которых цель качественного удовлетворения потребностей получателя социальных услуг преобладает над целью извлечения прибыли.

Данные изменения повлекут за собой и расширение полномочий органов государственной власти субъектов РФ в сфере социального обслуживания, которые следует отразить, внося изменения в п. 20, 21, ст. 8. «Полномочия органов государственной власти субъектов Российской Федерации в

сфере социального обслуживания» Закона об основах социального обслуживания, в следующей редакции:

- организация поддержки социальных предпринимателей, социально ориентированных некоммерческих организаций, благотворителей и добровольцев, осуществляющих деятельность в сфере социального обслуживания в субъектах Российской Федерации в соответствии с федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации;
- разработка и реализация мероприятий по формированию и развитию рынка социальных услуг, в том числе по развитию социального предпринимательства и негосударственных организаций социального обслуживания.

Представляется, что реализация данных научно-практических рекомендаций позитивно скажется на совершенствовании законодательства о социальном обслуживании в условиях формирования модели социального предпринимательства, что будет способствовать повышению качества социальных услуг.

¹ План мероприятий («дорожная карта») «Поддержка доступа негосударственных организаций к предоставлению услуг в социальной сфере», утвержден распоряжением Правительства РФ от 08.06.2016 г. № 1144-р // Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

² См.: Таблица поправок рекомендуемых Комитетом Государственной Думы по труду, социальной политике и делам ветеранов к отклонению. Приложение 2 к проекту ФЗ № 249303-6 «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации» // Официальный сайт Государственной думы РФ. URL: [http:// asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=249303-6&02](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=249303-6&02) (дата обращения: 07.07.2016 г.).

³ Официальный сайт Государственной думы РФ. // URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=624513-6&02>(дата обращения: 07.07.2016).

⁴ См.: *О поддержке и развитии предпринимательства в социальной сфере: стенограмма встречи Председателя Правительства с предпринимателями в социальной сфере* // Официальный сайт Правительства РФ. URL: <http://government.ru/news/7024> (дата обращения: 07.07.2016).

⁵ См.: *Иванов Д.В.* По следам «тигра»: анализ траекторий социальных изменений в Южной Корее // Журнал социологии и социальной антропологии. 2012. № 4. С. 63–89.

⁶ См.: Виктор Калинин: Россия исторически ориентирована на социальное предпринимательство // Портал «Новый бизнес: социальное предпринимательство». URL: (<http://www.nb-forum.ru/interesting/experts/kaliniunrossia-orientirovana-na-sp.html>) (дата обращения: 16.07.2016 г.).

⁷ См.: SOCIAL ENTERPRISE PROMOTION ACT. Act No. 8217, Jan. 3, 2007 // URL: <http://qps.ru/BSIGE> (дата обращения: 15.07.2016 г.)

⁸ См.: *Кицай Ю.А.* Социализация корпоративных организаций по российскому и зарубежному законодательству: общие закономерности, тенденции и перспективы развития. Монография. Краснодар. 2015. С.97–113.

⁹ См.: *Гладких Н., Вайнер В., Большакова Д.* Опыт поддержки и развития социального предпринимательства в Южной Корее // <http://media.rspp.ru/document/1/f/3/f3ec4871ec6a01defec3483dd76fd416.pdf> (дата обращения: 12.07.2016).

¹⁰ *Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации: Федер. закон от 28.12.2013 г. № 442-ФЗ (ред. от 21.07.2014) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. №52 (ч. I). ст. 7007.*

В. А. Бублик

*Уральский государственный юридический университет,
г. Екатеринбург*

ЦЕННОСТИ ЧАСТНОГО ПРАВА В КОНТЕКСТАХ СОВРЕМЕННОЙ ГЕОПОЛИТИКИ: ДЕГРАДАЦИЯ ИЛИ МОДЕРНИЗАЦИЯ?

События в мире, происшедшие в течение этого года, коренным образом изменили казавшиеся незабываемыми представления о соотношении права и политики, политики и экономики, экономики и права.

Движение мирового сообщества к многополярности не могло не сказаться на перечисленных глобальных элементах, составляющих нынешний миропорядок.

До недавнего времени соотношение политики и экономики было диалектическим. Государства, преследуя экономические цели, нередко использовали внешнеполитические методы в качестве мощных протекционистских акций. Когда же возникала необходимость принятия глобальных политических решений, их достижение всегда обеспечивалось экономическим потенциалом страны. Роль права при этом не сводилась к юридическому оформлению политических и экономических проектов.

Сообразуясь с континентальной юридической традицией, согласно которой юриспруденция рассматривается как некая надстройка над действительностью, правовые ценности и принципы задавали границы политических и экономических решений современных государств, что позволяло говорить о правовых началах экономики и политики. Однако привычный баланс правовых начал в экономике и политике, создающий некое рациональное равновесие, резко и, скорее всего, надолго, нарушился.

На мой взгляд, политика становится фактором, замещающим не только право, но и мораль, искусство, культуру, спорт. Развитие современного мира сегодня подчинено законам геополитики, а не экономической целесообразности либо правовым закономерностям. Это означает, что политические предпочтения сегодня корректируют правовые феномены (правовую политику, законодательство) и даже как-то влияют на экономические законы (не отменяют их, поскольку последние имеют объективную природу, но блокируют либо осложняют их проявление).

Поэтому становятся объяснимыми многие процессы, в которые вовлечена наша страна. Например, западные экономические санкции абсурдны с экономической точки зрения – они приносят вред и тем, кто их ввел, и тем, против кого они направлены. С точки зрения права они ничтожны, поскольку для юриста санкции – это последствия, примененные судом за доказанное правонарушение. Но с точки зрения прикладной политики санкции логичны (по-своему).

Последствия такого порядка вещей весьма негативны, поскольку современная геополитика – это не концентрированное выражение экономики, облеченное в международно-правовую форму, как считалось ранее, а субъективные представления политических элит либо даже конкретного лица о том, как должны быть устроены отношения между государствами.

В политических целях пересмотрены также и правовые ценности, да и, пожалуй, само предназначение права на цивилизационном уровне.

Более всего «досталось» международному праву, в оценке современной роли которого не без оснований преобладают трагические ноты. Еще год тому назад осторожно говорилось об эрозии международно-правового регулирования. Сегодня настаивают на демонтаже и даже разрушении основополагающих норм и принципов международного права и недееспособности совсем еще недавно бывших весьма авторитетными международных институтов.

Что же происходит с отраслями, входящими в сферу права частного?

Совсем недавно в качестве генерального вектора правового развития констатировался пересмотр соотношения частного и публичного в праве в пользу второго. Публичные отрасли ближе к политике, и если мы отметили приоритет политики, то необходимо признать, что публичное право сегодня решает более актуальные задачи и, значит, оно лидирует. Но означает ли это, что частно-правовые ценности будут отвергнуты?

Деградация частноправовых начал и отказ от принципов частного права даже в современных условиях невозможны.

Генеральным вектором внешней и внутренней политики нашей страны является принцип, в соответствии с которым Россия продолжает оставаться частью современной цивилизации. «Мы никогда не пойдем по пути самоизоляции», – заявил 4 декабря 2014 г. В.В. Путин в своем Послании Федеральному Собранию Российской Федерации. Но это одновременно означает, что мы продолжаем исповедовать такие ценности, как уважение интересов остальных участников глобальных экономических, политических и других процессов, равноправие и прагматизм в этих отношениях.

В 1999 г. С.С. Алексеев, указывая на обогащение материи публичного права демократическими принципами и институтами, писал, что при всем этом повышенное внимание все же должно быть уделено частному праву, поскольку именно оно через систему субъективных прав открывает гарантированный простор для инициативы, дерзаний, предприимчивости¹.

Уже в принципе неважно, что доминирует – частное или публичное. Для достойного ответа на вызовы, с которыми Россию столкнули наши западные «партнеры», необходимо скоординированное одновременное действие частного и публичного права. От этой координации во многом зависит, останется ли наша страна суверенной и преодолет ли вызовы наших геополитических оппонентов.

Так, колоссальная сверхзадача – импортозамещение, – к которой в России не решались либо не хотели подступиться за все время существования нашей страны должна быть решена в сроки, которые являются мгновениями в исторической перспективе. Необходимые публичные решения уже при-

няты – встречное торговое эмбарго, налоговые льготы для отечественных производителей, амнистия капиталов и многое другое. Но это – лишь предпосылки, которые станут реальностью благодаря инициативе и предприимчивости миллионов субъектов частного права или частноправовой организации народного хозяйства, о которой писал еще И.А. Покровский.

Это лишь одна из моделей современного взаимодействия частного и публичного, когда обеспечивается частноправовое сопровождение решений Главы государства и Правительства, имеющих публичную природу.

Таким образом, внутри страны необходимо согласованное действие частного и публичного блоков национальной правовой системы. В принципе соблюдение этого требования всегда стояло на повестке дня, в современных условиях лишь многократно возросла его актуальность.

Более сложными представляются перспективы международного частного права.

Сергей Лавров, встречаясь с сотрудниками Дипломатической Академии МИД РФ 27.02.2015, сказал, что с подавляющим большинством государств мира у нашей страны нормальные отношения. Соответственно, наши геополитические противники уже не являются монополистами в современном мире, хотя они, может быть, еще не осознали данной реальности или не хотят этого делать. Мир уже неоднороден, биполярен, по меньшей мере. Мы являемся активными участниками формирования новой геополитической эпохи, смыслом и результатом которой должно стать восстановление глобального равновесия полюсов силы.

На одном геополитическом поле сейчас находятся США, Канада, Евросоюз. На другом – Россия, Китай и другие страны ШОС, государства БРИКС, наши союзники по СНГ и иные государства, имеющие смелость иметь национальный суверенитет.

Значение и роль частного права на этих геополитических полюсах кардинально разные.

Несмотря на политику наших западных партнеров, экономика России продолжает оставаться интегрированной в мировое хозяйство. В Послании-2015 В. В. Путин, отметив, что с января 2015 г. в полном объеме начнет работать Евразийский экономический союз, в качестве его базовых принципов назвал равноправие, прагматизм и взаимное уважение. Однако эти экономические принципы одновременно являются основополагающими началами гражданского права – ядра частного права.

Формирующийся рынок с участием России и ее союзников – это сфера господства международного частного права, где оно, как и рынок, работает в «классическом» виде.

Вторая площадка, которая, по сути, ограничена территорией Западной Европы, – это зона «холодной войны», где частноправовые механизмы либо заблокированы политическими решениями, либо работают в минимальном режиме. Здесь ключевым фактором, определяющим политику РФ в сфере, где действуют частноправовые феномены, является «холодная война». В этой зоне необходима модернизация международно-правовой практики, сложившейся в «нормальных», «довоенных» условиях. Не кажется неожиданным предложение А.Н. Бастрькина, сделанное в середине марта текущего года, об отказе от приоритета международных норм и принципов. Речь идет о своеобразном импорто-замещении в правовой сфере, а также о моратории на применение одного из основополагающих принципов международного права. Действительно, если США и их сателлиты (введя т.н. санкции) игнорируют международные правила, в которых сами же участвовали, почему Россия должна их соблюдать и даже ставить выше собственного права (читай: «нац. интересов»)? Повторю, что это – диагональная реакция нашего государства в сфере действия международного частного права по отношению к ассоциации конкретных государств – участников международных экономических связей. Данные действия не означают, что мы вообще отказываемся от международного права как инструмента глобальных взаимодействий. Без правового оформления и обеспечения происходящих в мире процессов нет и не будет цивилизации.

В качестве выводов:

1. Несмотря на разделение мира на два геополитических полюса, международное частное право продолжает оставаться единым. Дуализм формируется в отношении частноправовых режимов. Сегодня существует классический и модернизируемый режимы реализации частноправовых норм.

2. Частноправовые ценности являются важным элементом механизма противостояния политики сдерживания, проводимой против России с XVIII в. При этом частное право наряду с другими институтами и механизмами выполняет функции гаранта экономической безопасности нашей страны и ее суверенитета.

3. Частное право продолжает оставаться важнейшим инструментом, обеспечивающим ведущее место нашей страны в мировой экономике, в научных, культурных и политических связях.

¹ Алексеев С.С. Право – надежда наша // Собр. соч. в 10 т. М.: Статут, 2010. Т. 9 с. 59.

ОТДЕЛЬНЫЕ ОСОБЕННОСТИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ О БАНКРОТСТВЕ БАНКА

Согласно ст. 1 Закона Республики Беларусь от 13 июля 2012 г. № 415–З «Об экономической несостоятельности (банкротстве)¹ (далее – Закон о банкротстве) экономическая несостоятельность – это неплатежеспособность, имеющая или приобретающая устойчивый характер, признанная решением экономического суда об экономической несостоятельности с санацией должника.

Банкротство – это неплатежеспособность, имеющая или приобретающая устойчивый характер, признанная решением экономического суда о банкротстве с ликвидацией должника – юридического лица, прекращением деятельности должника – индивидуального предпринимателя.

Согласно ст. 8 Банковского кодекса Республики Беларусь² (далее – БК), банк – юридическое лицо, имеющее исключительное право осуществлять в совокупности следующие банковские операции: привлечение денежных средств физических и (или) юридических лиц на счета и (или) во вклады (депозиты); размещение привлеченных денежных средств от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, платности и срочности; открытие и ведение банковских счетов физических и (или) юридических лиц; иные банковские операции и виды деятельности, предусмотренные ст. 14 БК.

Производство по экономической несостоятельности (банкротству) банка имеет ряд особенностей по сравнению с иными субъектами хозяйственной деятельности. Остановимся на основных из них.

Экономическим судом на основании заявления лиц, указанных в статье 201 Закона о банкротстве, может быть возбуждено производство по делу о банкротстве банка только после отзыва у банка специального разрешения (лицензии) на осуществление банковской деятельности³.

Согласно ст. 201 Закона о банкротстве, право на подачу в экономический суд заявления о банкротстве банка имеют:

- банк;
- кредитор банка;
- Национальный банк Республики Беларусь;
- прокурор;
- налоговый или иной государственный орган – по уплате обязательных платежей;
- организация, осуществляющая гарантированное возмещение банковских вкладов (депозитов) физических лиц, – по обязательствам, возникающим у банка перед гражданами из договоров банковского вклада (депозита) и (или) текущего (расчетного) банковского счета.

При поступлении в экономический суд заявления о банкротстве банка суд до возбуждения производства по делу о банкротстве предлагает Национальному банку Республики Беларусь представить заключение о целесообразности отзыва у банка специального разрешения (лицензии) на осуществление банковской деятельности либо копию акта об отзыве специального разрешения (лицензии) на осуществление банковской деятельности. Национальный банк Республики Беларусь обязан направить указанные документы в экономический суд в течение одного месяца после получения предложения экономического суда.

Представление в экономический суд копии акта Национального банка Республики Беларусь об отзыве специального разрешения (лицензии) на осуществление банковской деятельности является основанием для возбуждения производства по делу о банкротстве банка.

При получении экономическим судом в течение одного месяца заключения Национального банка Республики Беларусь о нецелесообразности отзыва у банка специального разрешения (лицензии) на осуществление банковской деятельности экономический суд отказывает в принятии заявления о банкротстве банка.

При неполучении экономическим судом в течение одного месяца заключения Национального банка Республики Беларусь заявление о банкротстве банка возвращается кредитору. В этом случае лицо, подавшее в банк заявление об отзыве специального разрешения (лицензии) на осуществление банковской деятельности, вправе требовать в судебном порядке возмещения убытков, причиненных непринятием решения об отзыве у банка специального разрешения (лицензии) на осуществление

банковской деятельности либо о принятии мер по предупреждению банкротства банка, отнесенных к компетенции Национального банка Республики Беларусь.

Согласно ст. 202 Закона, лицами, участвующими в деле о банкротстве банка, признаются:

лица, указанные в ст. 24 Закона о банкротстве (должник; управляющий; кредиторы, в том числе конкурсные кредиторы, их представители и др.);

Национальный банк Республики Беларусь – при возбуждении дела о банкротстве по заявлению Национального банка Республики Беларусь;

организация, осуществляющая гарантированное возмещение банковских вкладов (депозитов) физических лиц, – при возбуждении дела о банкротстве банка по заявлению этой организации.

В определении о возбуждении производства по делу о банкротстве банка экономический суд указывает об открытии конкурсного производства и назначении управляющего.

Национальный банк Республики Беларусь при подаче заявления о банкротстве банка может представить в экономический суд кандидатуру управляющего⁴.

Согласно ст. 173 Закона о банкротстве, управляющий при банкротстве банка должен соответствовать квалификационным требованиям, установленным Национальным банком Республики Беларусь, а также иметь дополнительно специальный аттестат управляющего.

Управляющим при банкротстве банка может быть назначена по решению экономического суда организация, осуществляющая гарантированное возмещение банковских вкладов (депозитов) физических лиц.

Национальный банк Республики Беларусь, а также его работники не могут быть назначены управляющим при банкротстве банка.

Согласно ст. 208 Закона о банкротстве, экономический суд в течение четырех месяцев со дня возбуждения производства по делу о банкротстве банка принимает решение об открытии ликвидационного производства.

Открытие в отношении банка ликвидационного производства является основанием для внесения соответствующей записи в Единый государственный регистр юридических лиц и индивидуальных предпринимателей.

Управляющий ежемесячно представляет в Национальный банк Республики Беларусь бухгалтерскую и статистическую отчетность ликвидируемого банка, установленную Национальным банком Республики Беларусь.

Управляющий в срок не более шести месяцев после открытия ликвидационного производства составляет промежуточный ликвидационный баланс, который должен содержать сведения о составе имущества ликвидируемого банка, перечень предъявленных кредиторами требований, а также результаты их рассмотрения.

Промежуточный ликвидационный баланс направляется на согласование в экономический суд.

После завершения расчетов с кредиторами управляющий составляет ликвидационный баланс, который представляется для утверждения в экономический суд.

Основанием для внесения записи о ликвидации банка в Единый государственный регистр юридических лиц и индивидуальных предпринимателей является определение экономического суда о завершении ликвидационного производства.

С момента внесения записи об исключении банка из Единого государственного регистра юридических лиц и индивидуальных предпринимателей ликвидация банка считается завершённой, а банк – ликвидированным.

Согласно данным официального сайта Национального банка Республики Беларусь на 16 июня 2016 г. в стадии банкротства или ликвидации, на территории Республики Беларусь находилось четыре банка: Закрытое акционерное общество «Дельта Банк», Закрытое акционерное общество «ИнтерП-эйБанк», Закрытое акционерное общество «Евробанк», Закрытое акционерное общество «Банк Инвестиционных Технологий»⁵.

¹ *Об экономической несостоятельности (банкротстве)* [Электронный ресурс] : Закон Респ. Беларусь от 13 июля 2012 г., № 415-3 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2016.

² *Банковский кодекс Респ. Беларусь* [Электронный ресурс]: от 25 окт. 2000 г., № 441-3: принят Палатой представителей 3 окт. 2000 г. : одобр. Советом Респ. 12 окт. 2000 г. : в ред. Закона Респ. Беларусь от 4 июня 2015 г. // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2016.

³ Ст. 200 Закона о банкротстве.

⁴ Ч. 1, 5 ст. 203 Закона о банкротстве.

⁵ Сведения о банках, находящихся в стадии банкротства или ликвидации, на территории Республики Беларусь по состоянию на 16.06.2016 г. // Национальный банк Республики Беларусь. Официальный портал [Электронный ресурс]. – 2016. – Режим доступа : <http://www.nbrb.by/system/banks/liquidated/>. – Дата доступа : 16.06.2016.

В. Г. Голубцов

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

КОНЦЕПЦИЯ ЕДИНОГО ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА: ОТ ДИФФЕРЕНЦИАЦИИ К УНИФИКАЦИИ

Важнейшим направлением развития российского законодательства в последние годы, является, вне всякого сомнения, реформа гражданского процесса. 8 декабря 2014 г. Комитет по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству Государственной думы Федерального собрания Российской Федерации принял решение № 124, которым одобрил Концепцию единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее – ГПК)¹.

Первым шагом к унифицированию процессуального законодательства стало объединение Высшего арбитражного суда РФ и Верховного суда РФ², в результате чего с 6 августа 2014 г. Верховный суд РФ стал единственным высшим судебным органом по гражданским, уголовным, административным и иным делам, а также по экономическим спорам.

Важно отметить, что реформирование гражданского и арбитражного процесса выходит далеко за рамки сугубо процессуальных правоотношений. Так, председатель Комитета Госдумы по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству П.В. Крашенинников в качестве основной цели реализации Концепции обозначил обеспечение доступного и справедливого правосудия, осуществляемого компетентными и независимыми судьями в разумный срок³. Как справедливо считают представители широкой юридической общественности, несмотря на сложности и продолжительность осуществляемая реформа – это значительный шаг вперед в регулировании правовой системы РФ.

Однако нельзя не обратить внимания на необходимость обеспечения последовательности и своевременности при принятии в будущем единого ГПК РФ. Так, А.А. Демичев достаточно дерзко, но весьма обоснованно заявляет, что «...принятие единого ГПК РФ прямо сейчас было бы не совсем своевременным в контексте неопределенности будущего арбитражных судов. В свете поглощения Верховным Судом РФ Высшего Арбитражного Суда РФ представляется целесообразным и слияние прочих арбитражных судов с судами общей юрисдикции. Причем данное мероприятие было бы более логичным не после, а до принятия единого ГПК РФ. Единые суды должны работать по единому процессуальному законодательству»⁴.

Сложность реализации названной Концепции обусловлена прежде всего двойственностью самого процесса унификации: с одной стороны, прослеживается стремление законодателя унифицировать гражданский и арбитражный процесс, с другой стороны – 8 марта 2015 г. был принят Кодекс административного судопроизводства РФ⁵, послуживший причиной изъятия с 15 сентября 2015 г. из гражданского судопроизводства рассмотрения дел, возникающих из публичных правоотношений.

Имеется мнение о том, что, невзирая на положительные или отрицательные оценки Кодекса административного судопроизводства РФ, факт его принятия можно определить как факт законодательного обособления части судебных процессуальных процедур, что свидетельствует о единстве унификации и дифференциации цивилистического процесса как объективной и закономерной двуединой тенденции⁶.

Ряд авторитетных ученых в области процессуального права задались вопросом, имеющим жизненно важное значение для правовой системы Российской Федерации в целом: а нужен ли нашей стране Арбитражный процессуальный кодекс РФ как отдельный федеральный закон?⁷ При этом в юридической доктрине неоднократно и ранее обращалось внимание на то, что арбитражное процессуальное право и гражданское процессуальное право являются «отраслями-дублерами»⁸. Видимо,

данное обстоятельство послужило причиной тому, что некоторые исследователи стали полагать, что речь идет не о выработке принципиально новых подходов к регулированию процессуальных отношений, а о компиляции процессуальных законов (ГПК РФ и АПК РФ)⁹.

Сторонники единого гражданского процессуального законодательства достаточно часто апеллируют к ст. 118 Конституции РФ, в которой указано, что судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства. Арбитражное судопроизводство здесь не упоминается.

Остается остро дискуссионным вопрос о том, какой конкретно нормативно-правовой акт должен лечь в основу единого процессуального кодекса?¹⁰ В данном следует верным согласиться с О.В. Исаенковой, предложившей исследовать наиболее удачные наработки ГПК РФ и АПК РФ, а затем брать за основу наиболее эффективное регулирование¹¹.

Необходимо отметить, что были даны и негативные оценки Концепции. Так, Е.А. Борисова пришла к следующему выводу: «...положения, изложенные в главах 52–53 Концепции единого ГПК РФ, как не учитывающие достижений науки гражданского, арбитражного процесса, опыта российского и зарубежного гражданского процессуального законодательства, судебной практики, статистических данных, не могут рассматриваться в качестве теоретической и практической основы будущего нормативного регулирования апелляционного, кассационного, надзорного производств»¹².

Высказываются также опасения относительно того, что разработка законопроекта может затянуться на долгие годы, как это случилось с проектом Исполнительного кодекса Российской Федерации.

Полагаем, что большинство предложений, содержащихся в Концепции, может быть поддержано, поскольку они являются «квинтэссенцией» положительного правоприменительного опыта и результатом многолетних научных дискуссий. Так, заслуживает внимания предложение о введении единой терминологии в отношении судебных актов, что, безусловно, поставит точку в многочисленных ненужных дискуссиях о наименовании процессуальных документов и придаст процессуальному документообороту однозначность.

Вместе с тем вызывает серьезные нарекания идея переноса института арбитражных заседателей из собственно арбитражного процесса в единый гражданский процесс, поскольку, как показывает практика, только и исключительно профессионализм юридически грамотного судьи выступает гарантией справедливого правосудия.

Сопоставительное исследование ГПК РФ и АПК РФ позволяет сделать следующие важные выводы: во-первых, в указанных кодексах действительно содержатся дублирующие нормы, которые требуют унификации; во-вторых, если абстрагироваться от этих дублирующих норм, то ГПК РФ и АПК РФ следует рассматривать как общее и частное, что приводит к заключению о возможности и необходимости интеграции специальной регламентации рассмотрения экономических споров в ГПК РФ.

Важно, чтобы при разработке единого ГПК уделялось внимание не проблемам примата гражданского или арбитражного процесса, а поиску наиболее эффективных процессуальных подходов и конструкций, содержащихся в ныне действующих процессуальных кодексах с целью их имплементации в единый ГПК РФ и, как следствие, достижения оптимального результата в виде состояния защищенности основных прав и свобод человека и гражданина.

Подчеркнем, что, несмотря на то что отечественный исторический опыт свидетельствует о «волнообразности», проявляющейся в закономерной смене векторов унификации и интеграции векторами специализации и дифференциации в процессе реформирования процессуального законодательства, на данном историческом этапе принятие единого гражданского процессуального кодекса является объективным и закономерным явлением.

Считаем полезным до принятия единого ГПК РФ «снять» максимум вопросов, возникающих в процессе унификации процессуального законодательства: внести коррективы в существующие нормы и институты, создать новые правила, сообщая им такие качественные характеристики, которые позволят и в перспективе продолжить процесс унификации.

Таким образом, в настоящий момент в России, по сути, происходит одновременное реформирование и материального, и процессуального раздела частного права, что дает законодателям, а также ученым и практикам, задействованным в разработке концепций и проектов законов, учесть все имеющиеся проблемы и недостатки законодательства и сформировать основу целостной системы законодательства, регулирующего частнопроводные отношения.

¹ Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации: одобрена решением Комитета по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству ГД ФС РФ от 08.12.2014 № 124(1).

² *О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации: Закон РФ о поправке к Конституции РФ от 05.02.2014 № 2-ФКЗ // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 06.02.2014 г.).*

³ *Концепция единого Гражданского процессуального кодекса / вступ. слово П.В. Крашенинникова. М., 2015. С. 11.*

⁴ *Демичев А.А. Объединение Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ, разработка концепции единого гражданского процессуального кодекса... что дальше? // Вестник гражданского процесса. 2015. № 5. С. 87–95.*

⁵ *Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации: Федеральный закон РФ от 08.03.2015 № 21-ФЗ (ред. от 15.02.2016) // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 09.03.2015 г.).*

⁶ *Сахнова Т.В. Достижимо ли единство цивилистического процесса? (В контексте Концепции единого ГПК РФ и Кодекса административного судопроизводства) // Арбитражный и гражданский процесс. 2015. № 4. С.3–10.*

⁷ *Демичев А.А. Нужен ли России Арбитражный процессуальный кодекс? // Арбитражный и гражданский процесс. 2015. № 2. С. 54–57.*

⁸ *Ярков В.В. Юридические факты в цивилистическом процессе. М., 2012. 608 с.*

⁹ *Латыев А.Н. Концепция единого Гражданского процессуального кодекса России: взгляд с другой стороны // Вестник гражданского процесса. 2015. № 1. С. 5.*

¹⁰ *Потапенко С.В. От концепции единой науки процессуального права до создания нового «единого» Гражданского процессуального кодекса // Российская юстиция. 2014. № 9. С. 2–5.*

¹¹ *Исаенкова О.В. Концепция единого ГПК – от обсуждения к реализации // Вестник гражданского процесса. 2015. № 4. С. 52–56.*

¹² *Борисова Е.А. Апелляция, кассация, надзор в Концепции единого ГПК РФ // Арбитражный и гражданский процесс. 2015. № 5. №. 40–46.*

Д. Н. Горшунов
*Верховный суд Республики Татарстан,
г. Казань*

К ВОПРОСУ О ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПОРЯДКЕ РАССМОТРЕНИЯ ДЕЛ О ПРИЗНАНИИ ИНФОРМАЦИИ, ЗАПРЕЩЕННОЙ К РАСПРОСТРАНЕНИЮ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

С 15 сентября 2015 г. введен в действие Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации (далее – КАС РФ), согласно части 1 ст. 1 которого Кодексом регулируется порядок осуществления административного судопроизводства при рассмотрении и разрешении Верховным Судом Российской Федерации, судами общей юрисдикции, мировыми судьями (далее также – суды) административных дел о защите нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов организаций, *а также других административных дел, возникающих из административных и иных публичных правоотношений и связанных с осуществлением судебного контроля за законностью и обоснованностью осуществления государственных или иных публичных полномочий.*

Положениями Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее – ГПК РФ) аналогичным образом конкретизации предмета гражданского судопроизводства не установлено. В этой связи возникает проблема коллизии и конкуренции процессуальных норм административного и гражданского процесса, образуется группа условно «смежных» дел, в отношении которых не отрегулирован вопрос о судопроизводстве. Определение надлежащего процессуального порядка в конечном счете осуществляется по усмотрению судьей либо на стадии принятия заявления к производству, либо в установленных законом случаях во время рассмотрения дела, если обстоятельства процессуальной невозможности разрешения заявленных требований выявляются в процессе судебного разбирательства.

Одной из таких категорий являются дела о признании информационных материалов экстремистскими либо о признании информации запрещенной к распространению в Российской Федерации по заявлениям должностных лиц прокуратуры.

Следует указать, что компетенция государственных органов по ограничению деятельности, связанной с распространением запрещенной информации, в любом случае является деятельностью публичной, поскольку предполагает властный характер воздействия на поведение любых субъектов и исключает варианты каких-либо соглашений частноправового характера. Следовательно, процессуальная сторона данной деятельности сопряжена с публично-правовыми процедурами как административного, так и судебного характера. Применение процессуальных средств гражданского процесса в данном случае представляется неуместным, поскольку данные средства в настоящее время, определяемые в гражданском процессе рамками приказного, искового и особого производства, предназначены для регулирования гражданских и связанных с ними отношений, служат целям частного права.

Согласно ч.1 ст. 15.1 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» в случае обнаружения в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе в сети Интернет, информации, содержащей призывы к массовым беспорядкам, осуществлению экстремистской деятельности, участию в массовых (публичных) мероприятиях, проводимых с нарушением установленного порядка, включая случай поступления уведомления о распространении такой информации от федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, организаций или граждан, Генеральный прокурор Российской Федерации или его заместители направляют требование в федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий функции по контролю и надзору в сфере средств массовой информации, массовых коммуникаций, информационных технологий и связи, о принятии мер по ограничению доступа к информационным ресурсам, распространяющим такую информацию. В ч. 2–7 указанной статьи регламентируется процедура ограничения доступа к такой информации.

Данная норма предполагает *внесудебный порядок* ограничения, что, очевидно, является административной (публично-правовой) мерой государственного принуждения.

Предполагается, что в случае несогласия с требованиями и осуществленными в этой связи действиями заинтересованные лица вправе их обжаловать в соответствующем порядке в суд. Опуская вопросы определения подведомственности судов общей юрисдикции и арбитражных судов, связанных с характером рассматриваемых правоотношений, необходимо отметить, что оспаривание таких действий и требований осуществляется в судах общей юрисдикции по правилам административного судопроизводства с учетом особенностей, предусмотренных гл. 22 КАС РФ для административных дел об оспаривании решений, действий (бездействия) органа государственной власти, органа местного самоуправления, иного органа, организации, наделенных отдельными государственными или иными публичными полномочиями, должностного лица, государственного или муниципального служащего, и рассмотрение административного дела по предъявленному административному исковому заявлению.

В то же время ч. 1 ст. 15.1 названного Федерального закона установлено, что в целях ограничения доступа к сайтам в сети Интернет, содержащим информацию, распространение которой в Российской Федерации запрещено, создается единая автоматизированная информационная система «Единый реестр доменных имен, указателей страниц сайтов в сети "Интернет" и сетевых адресов, позволяющих идентифицировать сайты в сети "Интернет", содержащие информацию, распространение которой в Российской Федерации запрещено» (далее – Единый реестр доменных имен).

На основании ч.2 данной статьи в реестр включаются:

- 1) доменные имена и (или) указатели страниц сайтов в сети «Интернет», содержащих информацию, распространение которой в Российской Федерации запрещено;
- 2) сетевые адреса, позволяющие идентифицировать сайты в сети «Интернет», содержащие информацию, распространение которой в Российской Федерации запрещено.

Согласно ч. 5 этой же статьи Федеральными законами основаниями для включения в реестр сведений, указанных в ч. 2 настоящей статьи, являются:

1) решения уполномоченных Правительством Российской Федерации федеральных органов исполнительной власти, принятые в соответствии с их компетенцией в порядке, установленном Правительством Российской Федерации, в отношении распространяемых посредством сети «Интернет»:

а) материалов с порнографическими изображениями несовершеннолетних и (или) объявлений о привлечении несовершеннолетних в качестве исполнителей для участия в зрелищных мероприятиях порнографического характера;

б) информации о способах, методах разработки, изготовления и использования наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, местах приобретения таких средств, веществ и их прекурсоров, о способах и местах культивирования наркосодержащих растений;

в) информации о способах совершения самоубийства, а также призывов к совершению самоубийства;

г) информации о несовершеннолетнем, пострадавшем в результате противоправных действий (бездействия), распространение которой запрещено федеральными законами;

д) информации, нарушающей требования Федерального закона от 29 декабря 2006 г. № 244-ФЗ «О государственном регулировании деятельности по организации и проведению азартных игр и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» и Федерального закона от 11 ноября 2003 г. № 138-ФЗ «О лотереях» о запрете деятельности по организации и проведению азартных игр и лотерей с использованием сети «Интернет» и иных средств связи;

2) *вступившее в законную силу решение суда о признании информации, распространяемой посредством сети «Интернет», информацией, распространение которой в Российской Федерации запрещено.*

К последней из указанных категорий дел может быть отнесена в принципе любая информация, содержание которой противоречит *любым законодательно установленным запретам либо ограничениям.*

Норами ч. 6–13 ст. 15.1 Федерального закона установлен порядок ограничения доступа к информационному ресурсу и порядок обжалования принятого решения о включении информационного ресурса в Единый реестр доменных имен, который также предполагает возможность обращения в суд в соответствующем процессуальном порядке.

Неясным до конца остается вопрос о надлежащем виде судопроизводства по делам о признании информации, распространяемой посредством сети Интернет, информацией, распространение которой в Российской Федерации запрещено.

Практика рассмотрения данных дел в судах пошла по пути разрешения их в порядке особого производства по правилам ГПК РФ. Направление такому рассмотрению положило определение Верховного Суда Российской Федерации от 9 июня 2015 г. № 51-КГПР15-7, воспринятое в качестве правовой позиции высшего судебного органа по данному вопросу.

Вслед за этим определением суды Российской Федерации заняли такую же позицию и по другим аналогичным делам, различающимся по предмету информации (определение Краснодарского краевого суда от 15 января 2016 г. № 4г-54/2016; апелляционное определение Московского городского суда от 4 декабря 2015 г. по делу № 33-45626/2015; апелляционное определение Ставропольского краевого суда от 28 апреля 2015 г. по делу № 33-2568/2015; апелляционное определение суда Ямало-Ненецкого автономного округа от 12 февраля 2015 г. по делу № 33-347 и др.).

Приведенные примеры определений судов кассационной и апелляционной инстанций свидетельствуют о том, что такие дела рассматривались, как правило, в порядке особого производства по правилам ГПК РФ, а в тех случаях, когда суд принимал и рассматривал исковое заявление, ответчиком указывался провайдер – организация, предоставляющей услуги по доступу в сеть Интернет, что само по себе сомнительно, поскольку такая услуга провайдера не может быть определена как распространение незаконной информации, у которой есть собственный владелец. Кроме того, ограничение доступа одним из провайдеров не препятствует ее получению через услуги по доступу в сеть, оказываемые другой телекоммуникационной организацией.

Вместе с тем имеет место и иной подход к определению вида судопроизводства по таким делам.

Как указано в ч. 3 ст. 263 ГПК РФ, в случае если при подаче заявления или рассмотрении дела в порядке особого производства устанавливается наличие спора о праве, подведомственного суду, суд выносит определение об оставлении заявления без рассмотрения, в котором разъясняет заявителю и другим заинтересованным лицам их право разрешить спор в порядке искового производства.

Согласно ч. 1 ст. 264 ГПК РФ суд устанавливает факты, имеющие юридическое значение для возникновения, изменения или прекращения личных и имущественных прав граждан и организаций. Прокурором в заявлении не приводились указания, какие личные и имущественные права неопределенного круга лиц зависят от устанавливаемого факта. Доводы о том, что устанавливаемый факт может иметь значение для уголовного дела или дело об административном правонарушении противоречит требованиям приведенной нормы гражданского процессуального законодательства, не дают оснований для применения права по аналогии в данном случае, поскольку доказывание по уголовному или административному делу регламентируется специальными нормами.

В данном случае также необходимо отметить, что законодательством способ защиты нарушенных прав в форме соответствующих видов судопроизводства ставится в зависимость от характера требований. При этом право выбора конкретного способа носит не произвольный характер, а должно соответствовать предмету защиты. Рассмотрение дела в ином порядке, чем тот, на который указано в

законодательстве, влечет нарушение процессуальных норм и может являться основанием для его отмены.

Представляется, что по таким делам отсутствуют основания для принятия заявления к рассмотрению в порядке особого производства. В данном случае при разрешении вопроса о возможности принятия заявления к производству судья должен учитывать положения ч. 3 ст. 263 ГПК РФ и оставлять заявление без рассмотрения при его подаче, что не препятствует дальнейшему обращению прокурора в суд в соответствующей процессуальной форме и с соблюдением правил о подсудности.

Однако данная точка зрения не согласуется с приведенным выше определением судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 9 июня 2015 г. № 51-КГПР15-7 и приведенной практикой судов субъектов Российской Федерации.

Вместе с тем данное определение было принято до введения в действие КАС РФ и вынесено с учетом правил гражданского судопроизводства при определении конкретных видов такого процессуального порядка рассмотрения дел. Следует отметить, что предмет административного судопроизводства при этом не мог быть учтен. Судебная коллегия по административным делам Верховного Суда Российской Федерации своего мнения на этот счет не высказывала.

Несогласованность процессуального порядка рассмотрения данной категории дел с существом заявленных требований публичного характера выражается также и в том, что решения по гражданским делам, принятые в порядке особого производства об установлении фактов, имеющих юридическое значение, т. е. без процессуальных ответчиков, в случае удовлетворения заявления не обжалуются. Решение районного (городского) суда вступает в законную силу и подлежит исполнению на всей территории Российской Федерации. Выявление тождественности предмета удовлетворенных требований решениями разных судов различных субъектов Российской Федерации при этом полностью исключено. При подаче заявления прокурор на наличие или отсутствие ранее принятых решений не указывает. Не исключается вступление в законную силу решения разных судов по заявлению прокуратуры о том же предмете, по тем же основаниям, что процессуально неприемлемо.

Необходимо также обратить внимание на следующее обстоятельство.

При рассмотрении данных заявлений по правилам особого производства отсутствует необходимость определения ответчика. В качестве заинтересованного лица указывается территориальное подразделение Роскомнадзор, иногда – региональные хостинг-провайдеры, т. е. субъекты, которым в дальнейшем придется исполнять наложенный судом запрет на распространение информации.

В то же время исходя из приведенных положений Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» районным прокурором и районным (городским) судом разрешается вопрос о признании запрещенной информации в масштабах всей Российской Федерации. Региональные провайдеры и территориальные подразделения Роскомнадзора не имеют оснований исполнять решение в заданных законодательством масштабах. При этом в субъекте Российской Федерации услуги хостинг-провайдера могут осуществлять несколько организаций и доступ к информации может быть осуществлен по другим каналам связи.

Кроме того, согласно ст. 266 ГПК РФ, применяемой судами к данному правоотношению, заявление об установлении факта, имеющего юридическое значение, подается по месту жительства заявителя.

В данном случае судом, рассматривающим дело, обычно выступает тот районный (городской) суд, территориальная подсудность которого совпадает с территориальной компетенцией соответствующей прокуратуры. В качестве территориальной привязки для определения подсудности используется место обнаружения требуемого юридического факта. Как правило, выявление факта осуществляется должностным лицом в условиях своего рабочего места путем поиска и мониторинга соответствующей информации в Интернете. Обнаруженные при этом результаты и определяют предмет и основание заявления.

Подведение самого заявления под приведенные процессуальные положения с существенной долей условности, равно как и его рассмотрение в порядке особого производства, в этой связи представляется необоснованным.

Указанное относится также и к делам о признании информационных материалов экстремистскими.

Следует отметить, что в настоящее время Иерархический справочник категорий гражданских и административных дел устанавливает следующие категории *административных дел*:

прочие дела по защите нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов организаций, возникающие из административных и иных публичных правоотношений (гл. 22 КАС РФ);

- прочие (дела по защите нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов организаций, возникающие из административных и иных публичных правоотношений (гл. 22 КАС РФ)) – строка 032а;
- о признании информационных материалов экстремистскими (ст. 13 ФЗ «О противодействии экстремистской деятельности») (кроме Интернета) – строка 058а;
- о признании информационных материалов, распространяемых посредством сети «Интернет» экстремистскими – строка 059а;
- о признании информации, распространяемой посредством сети «Интернет», запрещенной информацией (кроме экстремистских материалов) – строка 06а;
- об ограничении доступа к запрещенным информационным материалам (за искл. споров, связанных с защитой интеллектуальной собственности) – строка 061а;
- об оспаривании признания информации, распространяемой посредством сети «Интернет», запрещенной информацией – строка 062а.

Приведенное предметное разграничение свидетельствует о том, что мнение о публично-правовой природе таких дел и необходимости рассмотрения их в порядке административного судопроизводства не было лишено логики и смысла.

С учетом приведенных положений КАС РФ и содержания Иерархического справочника категорий гражданских и административных дел, представляется необходимым вновь вернуться к данному вопросу в целях установления единообразной практики по указанным делам.

Я. С. Гришина

*Калмыцкий филиал Московской академии экономики и права,
г. Элиста*

ДОСТОИНСТВА И НЕДОСТАТКИ ЗАКОНОПРОЕКТА МИНЭКОНОМРАЗВИТИЯ О СОЦИАЛЬНОМ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВЕ: ЭКСПЕРТНОЕ МНЕНИЕ

Сегодня в странах Америки, Европы и Юго-Восточной Азии наиболее эффективным инструментом борьбы с кризисом в социальной сфере признается социальное предпринимательство, рассматриваемое как новый вектор социальной политики, направленной на решение различных проблемных вопросов – от экологических до защиты социально уязвимых слоев общества. К сожалению, в России социальный предприниматель не имеет легального статуса. В связи с этим следует приветствовать инициативу Минэкономразвития разместившего для общественного обсуждения в августе 2016 г. законопроект федерального закона, содержащий предложение о легализации социального предпринимательства¹.

Согласно законопроекту под субъектами социального предпринимательства предлагается понимать представителей малого и среднего предпринимательства, осуществляющих «социально значимую деятельность, направленную на обеспечение занятости граждан, находящихся в трудной жизненной ситуации, и (или) предоставление услуг исключительно гражданам пожилого возраста, несовершеннолетним гражданам, женщинам, имеющим детей в возрасте до семи лет, гражданам, находящимся в трудной жизненной ситуации, либо производство товаров, предназначенных исключительно для указанных групп граждан»². Вместе с тем данное определение социального предпринимательства вряд ли может быть признано универсальным и нуждается в уточнении.

До настоящего времени основным рамочным документом, определяющим государственный подход к поддержке социального предпринимательства, являлись ежегодные (начиная с 2011 г.) приказы Министерства экономического развития³. В соответствии с п. 5.20.1 Приказа Министерства экономического развития РФ от 24 апреля 2013 г. № 220 под социальным предпринимательством понимается «социально ответственная деятельность субъектов малого и среднего предпринимательства, направленная на решение социальных проблем». Данная дефиниция конкретизировалась следующими условиями: а) обеспечение занятости инвалидов, матерей, имеющих детей в возрасте до 3 лет, выпускников детских домов, а также лиц, освобожденных из мест лишения свободы в течение 2 лет, предшествующих дате проведения конкурсного отбора, лиц, при условии, что среднесписочная численность указанных категорий граждан среди их работников составляет не менее 50%, а доля в фонде оплаты труда – не менее 25%;

б) предоставление услуг (производство товаров) в следующих сферах деятельности: содействие профессиональной ориентации и трудоустройству, включая содействие самозанятости; социальное обслуживание граждан, услуги здравоохранения, физической культуры и массового спорта; проведение занятий в детских и молодежных кружках, секциях, студиях; оказание помощи пострадавшим в результате стихийных бедствий, экологических, техногенных или иных катастроф, социальных, национальных, религиозных конфликтов, беженцам и вынужденным переселенцам; производство и (или) реализация медицинской техники, протезно-ортопедических изделий, а также технических средств, включая автотранспорт, материалы, которые могут быть использованы исключительно для профилактики инвалидности или реабилитации инвалидов; обеспечение культурно-просветительской деятельности (театры, школы-студии, музыкальные учреждения, творческие мастерские); предоставление образовательных услуг группам граждан, имеющим ограниченный доступ к образовательным услугам; содействие вовлечению в социально активную деятельность социально незащищенных групп граждан (инвалиды, сироты, выпускники детских домов, пожилые люди, люди, страдающие наркоманией и алкоголизмом); профилактика социально опасных форм поведения граждан.

Впоследствии данный подход, предлагаемый к определению социального предпринимательства, был взят за основу законопроекта «О внесении изменений...»⁴, прошедшего первое чтение в Государственной думе в осеннюю сессию 2014 г., но оставшегося без движения, а также последующего за ним в июле 2015 г., но уже снятого в связи с недостаточной проработанностью с рассмотрением в марте 2016 г.⁵

Очевидно, что новый законопроект федерального закона, предложенный Министерством экономического развития, является еще одной попыткой учесть рекомендации Председателя Правительства Д.А. Медведева, высказанные в октябре 2013 г. по итогам встречи с предпринимателями, где обсуждались проекты, направленные на поддержку и развитие предпринимательства в социальной сфере⁶. В результате обсуждения проблем было дано поручение подготовить и представить в Правительство Российской Федерации предложения по установлению в законодательстве определения предпринимательской деятельности, осуществляемой в целях оказания социальных услуг⁷. К сожалению, Председателем Правительства было дано поручение по разработке дефиниции «предпринимательской деятельности, осуществляемой в целях оказания социальных услуг», а не «социального предпринимательства», о котором шла речь на встрече, что, очевидно, не одно и то же. Вместе с тем все последующие законопроекты, в которых содержались попытки дать оптимальное определение «социального предпринимательства» также не увенчались успехом.

Председатель Правительства справедливо указывал на необходимость разработки четких критериев определения предприятий, которым может быть предоставлен статус социальных, с тем чтобы «под личиной социального предпринимательства не выступали различные жулики, пытающиеся таким образом уходить от уплаты налогов»⁸. Д.А. Медведев особо обратил внимание на то, что эту работу следует продолжать с учетом существующей практики целого ряда стран⁹.

Новый законопроект федерального закона, несмотря на существенное изменение подхода к определению социального предпринимательства содержавшегося в приказах Минэкономразвития, с учетом смещения акцента в сторону отнесения к социальному предпринимательству только предпринимательской деятельности в сфере оказания социальных услуг, тем не менее противоречит новому Закону об основах социального обслуживания, из которого понятие «трудная жизненная ситуация» уже исключено. Но самое существенное замечание состоит в том, что Минэкономразвития не относит к субъектам социального предпринимательства некоммерческие организации.

Таким образом, недостатком законопроекта является то, что в нем не в полной мере учтен опыт государств, занимающих передовые позиции в сфере поддержки социального предпринимательства. В этих странах одним из ключевых признаков социального предпринимательства является реинвестирование части прибыли от предпринимательства в социально полезную деятельность и ее дальнейшее развитие, что должно быть учтено и в российском законодательстве. Наша позиция остается неизменной: России необходим специальный федеральный закон о социальном предпринимательстве, соответствующий идеологии социального предпринимательства, реализуемой в зарубежных развитых правовых порядках.

¹ См.: *О внесении изменений* в отдельные законодательные акты Российской Федерации (в части закрепления понятия «социальное предпринимательство»): проект Федер. закона // Федер. портал проектов нормативных правовых актов. URL: <https://regulation.gov.ru/projects/List/AdvaeancedSrch#npa=52524> (дата обращения: 20.08.2016).

² См.: Там же.

³ *Об организации* проведения конкурсного отбора субъектов Российской Федерации, бюджетам которых в 2012 году предоставляются субсидии для финансирования мероприятий, осуществляемых в рамках оказания государственной поддержки малого и среднего предпринимательства субъектами Российской Федерации: приказ Минэкономразвития России от 23.04.2012 №223 // Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс»; *Об организации* проведения конкурсного отбора субъектов Российской Федерации, бюджетам которых в 2013 году предоставляются субсидии из федерального бюджета на государственную поддержку малого и среднего предпринимательства субъектами Российской Федерации: приказ Минэкономразвития России от 24.04.2013 № 220 (ред. от 16.05.2013) // Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс»; *Об организации* проведения конкурсного отбора субъектов Российской Федерации, бюджетам которых в 2014 году предоставляются субсидии из федерального бюджета на государственную поддержку малого и среднего предпринимательства субъектами Российской Федерации: приказ Минэкономразвития России от 01.07.2014 № 411 // Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс»; *Об утверждении* условий конкурсного отбора субъектов Российской Федерации, бюджетам которых предоставляются субсидии из федерального бюджета на государственную поддержку малого и среднего предпринимательства, включая крестьянские (фермерские) хозяйства, и требований к организациям, образующим инфраструктуру поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства: приказ Минэкономразвития России от 25.03.2015 № 167 // Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

⁴См.: *О внесении* изменений в Федеральный закон «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации»: проект ФЗ № 624513-6 // Официальный сайт Государственной думы РФ. // URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=624513-6&02> (дата обращения: 07.07.2016 г.).

⁵ См.: *О внесении* изменений в Федеральный закон «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации» (в части формирования основ государственной поддержки социального предпринимательства): проект ФЗ № 843126-6 (не действует) // Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁶ См.: *О поддержке* и развитии предпринимательства в социальной сфере: стенограмма встречи Председателя Правительства встретился с предпринимателями в социальной сфере // Официальный сайт Правительства РФ. URL: <http://government.ru/news/7024> (дата обращения: 17.08.2016 г.).

⁷ Поручения по итогам встречи с предпринимателями в социальной сфере // Официальный сайт Правительства РФ. URL:<http://government.ru/orders/7515> (дата обращения: 17.08.2016 г.).

⁸ Закон о социальном предпринимательстве должен быть хорошо проработан / Федеральный портал малого и среднего предпринимательства. URL: oldsmb.economy.gov.ru/content/news/federal/general/m,f,748899 (дата обращения 02.08.2016 г.).

⁹ Там же.

Л. Я. Данилова

*Уральский государственный юридический университет,
г. Екатеринбург*

КОРПОРАТИВНЫЙ ДОГОВОР КАК СРЕДСТВО ИНДИВИДУАЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ КОРПОРАТИВНЫХ ОТНОШЕНИЙ

Корпоративные отношения могут регулироваться как нормами гражданского права, так и корпоративным договором. Корпоративный договор является разновидностью организационного гражданско-правового договора, средством индивидуального регулирования корпоративных отношений.

Участники хозяйственных обществ наделяются правами, предусмотренными для участников корпораций (п. 1 ст. 65.2 ГК РФ), специальными правами, установленными для участников хозяйственных обществ (п. 1 ст. 67 ГК РФ), в том числе и правом заключать между собой корпоративный договор (ст. 67.2 ГК РФ). Корпоративный договор представляет собой гражданско-правовую форму корпоративного отношения. Корпоративные отношения законодатель определяет как «отношения, связанные с участием в корпоративных организациях или с управлением ими» (п. 1 ст. 2 ГК РФ).

В структуру корпоративных отношений, регулируемых гражданским законодательством, входят: во-первых, имущественные отношения, связанные с участием в юридическом лице субъектов гражданского права и имеющие обязательственный характер. Во-вторых, неимущественные отношения, возникающие в связи с организацией (упорядочением) деятельности субъектов в процессе участия в юридическом лице и по управлению им, имеющие организационный характер¹.

Идея о выделении в предмете гражданского права в качестве самостоятельного элемента организационных отношений принадлежит О.А. Красавчикову². Организационные отношения являются разновидностью общественных отношений³. Такие отношения имеют неимущественный характер и всегда тесно связаны с теми общественными отношениями, на упорядочение (нормализацию) которых они направлены. В результате достигается цель гражданско-правового регулирования: упорядочение общественных отношений и определение объема прав и обязанностей субъектов гражданских правоотношений. Организационные гражданские правоотношения, наряду с другими видами гражданских правоотношений, служат частью механизма гражданско-правового регулирования общественных отношений. В частности, включение в предмет регулирования гражданского права корпоративных отношений свидетельствует об этом (п. 1 ст. 2 ГК РФ). Объективность существования организационных отношений в предмете гражданского права подтверждается и современными научными исследованиями. «Корпоративные отношения, являясь имущественными отношениями с чертами, характерными для предмета гражданского права, обладают своеобразием, состоящим в том, что они представляют собой сложный комплекс отношений собственности, обязательственных связей и организационных отношений по управлению юридическим лицом его участниками»⁴. «Корпоративные отношения» есть категория собирательная, объединяющая имущественные и организационные отношения, регулируемые гражданским правом»⁵.

Корпоративные отношения, регулируемые гражданским законодательством, объединяют часть имущественных и часть неимущественных (организационных) отношений, основанных на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников (ст. 2 ГК РФ). В состав неимущественных корпоративных отношений входят организационные отношения по управлению юридическим лицом его участниками. Следовательно, неимущественные (организационные) корпоративные отношения направлены на упорядочение (организацию) имущественных и неимущественных отношений, в том числе и других организационных отношений, возникающих при создании, функционировании и прекращении деятельности юридических лиц, созданных по признаку членства их участников.

Корпоративный договор – это соглашение участников хозяйственного общества об осуществлении ими своих корпоративных прав. Такой договор могут заключать участники общества с ограниченной ответственностью или акционерного общества (ст. 67.2 ГК РФ).

Законодатель выделяет две разновидности корпоративного договора (п. 1 ст. 67.2 ГК РФ): во-первых, договор об осуществлении прав участников общества с ограниченной ответственностью; во-вторых, акционерное соглашение.

В статье 67.2 ГК РФ содержатся условия корпоративного договора, а также перечислены основные права и обязанности его участников. В частности, в соответствии с заключенным корпоративным договором участники хозяйственного общества конкретной организационно-правовой формы обязуются осуществлять свои корпоративные права определенным образом или воздержаться (отказаться) от их осуществлении, в том числе голосовать определенным образом на общем собрании участников общества, согласованно осуществлять иные действия по управлению обществом, приобретать или отчуждать доли в его уставном капитале (акции) по определенной цене или при наступлении определенных обстоятельств либо воздержаться от отчуждения долей (акций) до наступления определенных обстоятельств (п. 1 ст. 67.2 ГК РФ).

Действия участников корпоративного договора имеют нематериальный характер, направлены на упорядочение (организацию) осуществления ими своих прав и обязанностей. Например, у участников такого договора в силу закона может возникнуть обязанность по передаче определенной информации (п. 4 ст. 67.2 ГК РФ).

Любой договор является средством индивидуального регулирования. Корпоративный договор, как средство индивидуального регулирования корпоративных отношений между участниками конкретного хозяйственного общества, направлен на упорядочение (организацию) их отношений, связанных с управлением ими юридическим лицом. Следовательно, корпоративный договор может рассматриваться как разновидность организационного гражданско-правового договора. Такой договор определяет меру возможных и должных согласованных между участниками хозяйственных обществ действий по осуществлению ими своих корпоративных прав организационного характера.

¹ См. подробнее: *Данилова Л.Я.* К вопросу о включении корпоративных отношений в предмет регулирования гражданского права // Актуальные проблемы частноправового регулирования: материалы Всероссийского IX научного форума. г. Самара, 27-28 мая 2011 г. / науч.ред. Н.А.Баринов, отв.ред. С.В.Мартышкин. Самара, 2011. С. 27-29.

² Красавчиков О.А. Гражданские организационно-правовые отношения//Категории науки гражданского права: избр. труды в 2 т. Т. 1. М.: Статут, 2005. (Классика российской цивилистики). С. 45-56.

³ Красавчиков О.А. Указ. соч. С. 53.

⁴ Яковлев В.Ф. Комментарий к ст. 2 ГК РФ//Гражданский кодекс Российской Федерации: постатейный комментарий в 3 т. Т. 1: Комментарий к части 1 / под ред. П.В.Крашенинникова. М.: Статут, 2014. С. 29.

⁵ См., например, Гонгало Б.М. Предмет гражданского права // Проблемы гражданского права / Институт частного права. М.: Статут, 2003. С. 20, 21; Гританс Я.М. Корпоративные отношения: Правовое регулирование организационных форм. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 2 .

А. В. Демиева

*Казанский (Приволжский) федеральный университет,
г. Казань*

СИСТЕМАТИЗАЦИЯ ПОСТАНОВЛЕНИЙ ВЫСШИХ СУДЕБНЫХ ОРГАНОВ В СФЕРЕ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА

Вопрос правотворчества судебных органов, а также их роли в регулировании правоотношений не является новым для отечественной юридической науки. Он затрагивался авторами, труды которых восходят к дореволюционному и советскому периодам, а также освещался и современными исследователями. Правотворческая роль судебных органов нашла отражение в работе Л.С. Явича, который полагал, что «сама задача отправления правосудия предполагает возможность при отсутствии соответствующего закона восполнить пробел»¹. При этом, ученым делался акцент на том, что «судебные акты не могут подменять законодательство и ему противоречить»². В.А.Рыбаковым приходит к выводу о том, «что прецеденты все активнее входят в правовой порядок судебной системы РФ»³.

Для современной юридической науки и процесса правоприменения характерным является усиление роли судебной практики. Одним из первых факторов, влияющих на показание эффективности гражданского правоприменения, А.С. Еременко называет уровень профессионализма судей как правоприменителей⁴.

С учетом объема принятых постановлений высших судебных органов, целесообразным представляется их систематизация, с ориентацией на сферу в какой судебная практика была подвергнута анализу и обобщению. Опираясь на приведенный критерий, мы выделили следующие виды постановлений Верховного суда РФ и Высшего арбитражного суда РФ (принятые до его упразднения и сохранившие законную силу).

1. Постановления общего значения, обобщающие судебную практику, которая может иметь место в отношении как предпринимателей, так и иных лиц, являющихся субъектами гражданского оборота. К данной категории постановлений могут быть отнесены: Постановления Пленума Верховного Суда РФ «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств»⁵, Постановления Пленума Верховного Суда РФ, Пленума ВАС РФ «О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами»⁶, «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»⁷ и др.

2. Постановления Верховного суда РФ, направленные на упорядочение предпринимательских правоотношений, в числе участников которых физические лица, приобретающие товары, работы или услуги в целях личного потребления. В качестве примера можно назвать Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28.06.2012 № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей»⁸.

3. Постановления Пленума ВАС РФ, в основе которых лежит судебная практика по спорам, возникающим в процессе жизнедеятельности субъекта предпринимательства и связанным последовательно с каждым из ее этапов: создание, осуществление и прекращение предпринимательской деятельности. Следуя представленной логике, отметим следующие Постановления Пленума Высшего арбитражного суда РФ:

а) вопросы учреждения акционерных обществ раскрываются, в частности, в Постановлении Пленума ВАС РФ «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об акционерных обществах»⁹;

б) споры, возникающие в процессе осуществления предпринимательской деятельности, составили, к примеру, основу следующих Постановлений Пленума Высшего арбитражного суда РФ: «Об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре аренды»¹⁰, «О свободе договора и ее пределах»¹¹, «О последствиях расторжения договора»¹² и др.;

в) в числе постановлений Пленума ВАС РФ, сводящих судебную практику по делам, связанным с прекращением деятельности предпринимателей, могут быть приведены постановления «О рассмотрении дел о банкротстве индивидуальных предпринимателей»¹³, «О начислении и уплате процентов по требованиям кредиторов при банкротстве»¹⁴ и др..

Постановления Конституционного суда РФ, аналогично постановлениям Пленума ВАС РФ, могут быть классифицированы по критерию этапа жизнедеятельности субъекта предпринимательства:

а) в качестве примера постановлений, при помощи которых создаются правила, призванные осуществлять упорядочение предпринимательских правоотношений на этапе создания лица, осуществляющего деятельность, направленную на извлечение прибыли, могут быть отмечены: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 18 мая 2015 года «По делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 21.1 Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «Отделсервис»¹⁵;

б) примером постановления, определяющего конституционность законодательных и правоприменительных актов, нормами которых регулируется осуществление деятельности, направленной на извлечение прибыли, может послужить Постановление Конституционного Суда РФ от 28 января 2010 г. № 2-П «По делу о проверке конституционности положений абзаца второго пункта 3 и пункта 4 статьи 44 Федерального закона «Об акционерных обществах» в связи с жалобами открытых акционерных обществ «Газпром», «Газпром нефть», «Оренбургнефть» и Акционерного коммерческого Сберегательного банка Российской Федерации (ОАО)»¹⁶;

в) в качестве примера, отражающего закрепленные на уровне актов Конституционного суда РФ правила поведения предпринимателей на этапе прекращения осуществления деятельности, направленной на извлечение прибыли, могут быть приведены постановления КС РФ от 16.05.2000 № 8-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений пункта 4 статьи 104 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобой компании «Timber Holdings International Limited»¹⁷, от 03.07.2001 № 10-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений подпункта 3 пункта 2 статьи 13 Федерального закона «О реструктуризации кредитных организаций» и пунктов 1 и 2 статьи 26 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций» в связи с жалобами ряда граждан»¹⁸.

Изложенное позволяет сделать вывод, что судебная практика в форме актов высших судебных органов представляет собой единую систему актов, связанных как между собой, так и с иными источниками права Российской Федерации. Разграничение постановлений осуществляется по субъектному признаку, предполагающему четкое разделение полномочий высших судебных инстанций. Из данного критерия дифференциации вытекает второй критерий – категория дел, решения по которым составляют основу для анализа и обобщения.

¹ Явич Л.С. Сущность права. Л., 1985. С. 140.

² Там же.

³ Рыбаков В.А. Рецепция права: общетеоретические вопросы. Омск: Наука, 2009. С. 141.

⁴ Еременко А.С. К понятию эффективности гражданского правоприменения // Вестн. Перм. ун-та. Юридические науки. 2011. № 3(13). С. 101.

⁵ О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств: постановление Пленума Верхов. Суда РФ от 24 мар. 2016 г. № 7 (документ опубликован не был) // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶ О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами: постановление Пленума Верхов. суда РФ № 13, Пленума ВАС РФ № 14 от 8 окт.1998 г. (ред. от 24.03.2016) // Вестник ВАС РФ. 1998. № 11.

⁷ О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации: постановление Пленума Верхов. суда РФ № 6, Пленума ВАС РФ № 8 от 1 июля 1996 г. (ред. от 24.03.2016) // Рос. газета. 1996. № 152.

⁸ *О рассмотрении* судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей: постановление Пленума Верхов. суда РФ от 28 июля 2012 г. № 17 // Рос. газета.2012. № 156.

⁹ *О некоторых* вопросах применения Федерального закона «Об акционерных обществах»: постановление Пленума ВАС РФ от 18 нояб. 2003 г. № 19 (ред. от 16.05.2014) // Вестник ВАС РФ. 2004. № 1.

¹⁰ *Об отдельных* вопросах практики применения правил Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре аренды: постановление Пленума ВАС РФ от 17 нояб. 2011 г. № 73 (ред. от 25.12.2013) // Вестник ВАС РФ. 2012. № 1.

¹¹ *О свободе* договора и ее пределах: постановление Пленума ВАС РФ от 14 мар. 2014 г. № 16 // Вестник ВАС РФ. 2014. № 5. Содержание и значение положений отмеченного Постановления Пленума ВАС РФ анализируются В.А. Хохловым. Правовые позиции данного Постановления оцениваются названным автором в качестве обоснованной попытки разграничить соотношение нормативного и договорного воздействия на регулируемые отношения, уточнить их соотношение, фактически усиливая роль автономно-договорного воздействия и возможности участников гражданско-правовых договоров. См.: *Хохлов В.А.* Нормы права и формирование условий договора // *Гражданское право.* М.: Юрист, 2015. № 1. С. 30-34.

¹² *О последствиях* расторжения договора: постановление Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35 // Вестник ВАС РФ. 2014. № 8.

¹³ *О рассмотрении* дел о банкротстве индивидуальных предпринимателей: постановление Пленума ВАС РФ от 30 июня 2011 г. № 51 (ред. от 06.06.2014) // Вестник ВАС РФ. 2011. № 9.

¹⁴ *О начислении* и уплате процентов по требованиям кредиторов при банкротстве: постановление Пленума ВАС РФ от 6 дек. 2013 г. № 88 // Вестник ВАС РФ. 2014. № 2.

¹⁵ *По делу* о проверке конституционности пункта 2 статьи 21.1 Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «Отделсервис»: постановление Конституц. суда Российской Федерации от 18 мая 2015 г. №10-П // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 20 мая 2015 г.).

¹⁶ *По делу* о проверке конституционности положений абзаца второго пункта 3 и пункта 4 статьи 44 Федерального закона «Об акционерных обществах» в связи с жалобами открытых акционерных обществ «Газпром», «Газпром нефть», «Оренбургнефть» и Акционерного коммерческого Сберегательного банка Российской Федерации (ОАО): постановление Конституц. суда РФ от 28 янв. 2010 г. № 2-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2010. № 3.

¹⁷ *По делу* о проверке конституционности отдельных положений пункта 4 статьи 104 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобой компании «Timber Holdings International Limited»: Постановление Конституц. суда РФ от 16 мая 2000 г. № 8-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2000. № 4.

¹⁸ *По делу* о проверке конституционности отдельных положений подпункта 3 пункта 2 статьи 13 Федерального закона «О реструктуризации кредитных организаций» и пунктов 1 и 2 статьи 26 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций» в связи с жалобами ряда граждан: постановление Конституционного суда РФ от 3 июля 2001 г. № 10-П «// Собрание законодательства РФ, 16.07.2001. № 29. ст. 3058.

Е. М. Дьяченко, Л. Н. Томилова
Кубанский государственный университет,
г. Краснодар

ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ ИНВЕСТИЦИОННОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Правовое регулирование инвестиционной деятельности не является для России чем-то абсолютно новым. С 1991 г. отечественный законодатель в целях эффективного функционирования народного хозяйства в законе РСФСР от 26.06.1991 № 1488-1 (ред. от 19.07.2011) «Об инвестиционной деятельности в РСФСР» установил правовые, экономические и социальные условия инвестиционной деятельности¹.

Этот закон можно назвать «базовым», поскольку на уровне закона впервые были даны основные определения инвестиций, инвестиционной деятельности, установлены права и обязанности инвесторов.

С этого же времени активно ведутся исследования на тему инвестиционной деятельности, по которой опубликовано большое число монографий и научных статей².

Законом, «отражающим» новое направление инвестиционной политики государства, направленной на создание и модернизацию различных видов имущества независимо от формы собственности, стал Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»³. В этом законе законодатель сосредоточил внимание инвесторов на необходимость осуществления инвестиций в основной капитал (основные средства), затраты на новое строительство, расширение, реконструкцию и техническое перевооружение действующих предприятий. Важнейшим достоинством этого закона являются специальные формы и методы прямого и косвенного участия Федеральных государственных органов власти, органов власти субъектов Российской Федерации в инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений. Прежде всего, это создание благоприятных условий для развития инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений, путем: совершенствования системы налогов, механизма начисления амортизации и использования амортизационных отчислений; защиты интересов инвесторов; предоставления субъектам инвестиционной деятельности льготных условий пользования землей и другими природными ресурсами; принятия антимонопольных мер и т.д. Прямое участие государства в инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений, возможно путем: разработки, утверждения и финансирования инвестиционных проектов, финансируемых за счет средств федерального бюджета; формирования перечня строек и объектов технического перевооружения для федеральных государственных нужд и финансирования их за счет средств федерального бюджета, размещения средств федерального бюджета для финансирования инвестиционных проектов о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд, проведения экспертизы инвестиционных проектов и т.д.

Привлечение инвестиций в экономику Российской Федерации, обеспечение эффективного использования имущества, находящегося в государственной или муниципальной собственности, на условиях концессионных предоставил Федеральный закон «О концессионных соглашениях» от 21.07.2005 № 115-ФЗ⁴.

Падение объемов промышленного производства, необходимость ускоренного технологического развития приоритетных областей экономики требует привлечения крупных инвестиций в экономику государства для реализации «новой модели экономического роста». Государство целенаправленно способствует росту предпринимательской инициативы и объему частных инвестиций в рамках реализации инвестиционного процесса, повышению эффективности государственных расходов инвестиционного характера, обуславливает актуальность инвестиционной деятельности, что привлекает внимание законодателя (Указ Президента Российской Федерации от 7 мая 2012 г. № 596 «О долгосрочной государственной экономической политике», основные направления деятельности Правительства Российской Федерации на период до 2018 г. (утв. Правительством РФ 14 мая 2015 г.).

Стимулирование инвестиций в создание и модернизацию промышленного производства, водотепло-газоснабжение подтверждает, в частности, издание таких специальных федеральных законов, как № 488-ФЗ от 31 декабря 2014 г. «О промышленной политике в Российской Федерации»⁵, № 160-ФЗ от 9 июля 1999 г. «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»⁶, № 115-ФЗ от 21 июля 2015 г. «О концессионных соглашениях», № 116-ФЗ от 22 июля 2005 г. «Об особых экономических зонах в Российской Федерации»⁷, № 416-ФЗ от 7 декабря 2011 «О водоснабжении и водоотведении»⁸ и др.

Почти все субъекты Российской Федерации приняли специальные законы о стимулировании инвестиционной деятельности на своих территориях, в которых отражаются основные направления и приоритеты инвестиционной политики и меры государственной поддержки инвестиционной деятельности. В частности, закон Краснодарского края от 2 июля 2004 г. № 731-КЗ «О государственном стимулировании инвестиционной деятельности в Краснодарском крае» направлен на развитие инвестиционной деятельности в Краснодарском крае, создание для инвесторов, реализующих инвестиционные проекты на территории Краснодарского края, режима наибольшего благоприятствования⁹.

Принимаются многочисленные постановления Правительства Российской Федерации о реализации инвестиционных проектов. Действует специальная Правительственная комиссия по инвестиционным проектам, имеющим общегосударственное, региональное и межрегиональное значение. Активно реализуются государственные инвестиционные программы и приоритетные инвестиционные проекты в самых различных отраслях промышленности.

В связи с развитием инвестиционной деятельности сегодня возник совершенно новый и оригинальный рынок – региональных инвестиционных форумов, содержанием которых являются: предложения капитала, поиск инвестора, предложения инвестиционных проектов, мнения специалистов и

инвесторов по финансированию конкретного инвестиционного проекта и т.д. Это: Петербургский международный экономический форум – 100,0 баллов; Международный инвестиционный форум Сочи – 88,6 баллов; Красноярский экономический форум – 73,9 баллов; Международный Байкальский экономический форум – 68,6 баллов; Международная инвестиционная конференция «Липецкая область: развитие через инвестиции» – 62,9 баллов; Ивановский экономический форум «Золотое кольцо» (Международный текстильно-промышленный форум «Золотое кольцо») – 60,8 баллов; Петербургский российско-японский инвестиционный форум – 60,6 баллов; Международный форум «Кавказская здравница. Инвестиции в человека» (Ставропольский край) – 56,8 баллов¹⁰.

Следовательно, учитывая потребности экономического оборота в инвестициях, сложились новые общественные отношения в инвестиционной сфере, которые регулируются сегодня системой нормативных актов – инвестиционным законодательством. Особенности этого законодательства заключаются в следующем:

1. Законодатель определяет совершенно новые правовые категории, такие как: инвестиции, инвестиционная деятельность, капитальные вложения, инвестиционные проекты и их виды, инвестиционные программы, инвестиционные соглашения и договоры, специальные инвестиционные контракты.

2. Законодатель определяет довольно широкий круг субъектов инвестиционной деятельности, их права и обязанности.

3. Особо регулируется статус такого субъекта инвестиционной деятельности, как инвестор, определены его права, сделан «акцент» на защиту прав инвестора.

4. Отношения субъектов инвестиционной деятельности регулируются инвестиционным договором или специальным инвестиционным контрактом.

5. Предусмотрены формы и способы прямого участия Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований в разных направлениях инвестиционной деятельности (капитальных вложений, концессий, специальных инвестиционных контрактов и т.д.)

6. Предусмотрены разнообразные меры государственного стимулирования инвестиционной деятельности в Российской Федерации, в субъектах Российской Федерации, муниципальных образованиях при реализации приоритетных инвестиционных проектов.

Таким образом, инвестиционное законодательство – действенный инструмент инвестиционной политики государства, являющейся одним из приоритетных направлений развития национальной экономики.

¹ *Об инвестиционной деятельности в РСФСР: закон РСФСР от 26 июня 1991 г. № 1488-1 // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 29, ст. 1005.*

² *Доронина Н.Т. Семилютина Н.Л. Государство и регулирование инвестиций; Серебрякова Т.А. Регулирование инвестиционной деятельности: финансово-правовой аспект: дис. ...канд. юрид. наук. Саратов, 2002; Карин А.З. Правовые основы отношений государства и инвестора. М., 1998; Щербинин С.С. Комментарий к закону об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений. М. 2003; Мартемьянов В.С. Хозяйственное право. Т.1. Общие положения. Курс лекций. М., 1994.; Ершов О.Г. О конструкции инвестиционного договора в строительстве// Право и экономика. 2003. №12.*

³ *Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений: Федер. закон от 25 фев. 1999 г. № 39-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1999, № 9, ст. 1096.*

⁴ *О концессионных соглашениях: Федер. закон от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2005. № 30 (ч. II), ст. 3126.*

⁵ *О промышленной политике в Российской Федерации: Федер. закон от 31 дек. 2014 г. № 488-ФЗ (ред. от 03.07.2016) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2015. № 1 (часть I), ст. 41.*

⁶ *Об иностранных инвестициях в Российской Федерации" Федеральный закон от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ (ред. от 05.05.2014) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1999. № 28, ст. 3493.*

⁷ *Об особых экономических зонах в Российской Федерации» Федеральный закон от 22.07.2005 № 116-ФЗ (ред. от 13.07.2015) // Собр. законодательства Рос. Федерации 2005. № 30 (ч. II), ст. 3127.*

⁸ *О водоснабжении и водоотведении: Федер. закон от 7 дек. 2011 г. № 416-ФЗ (ред. от 29.12.2015) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2011. № 50, ст. 7358.*

⁹ *О стимулировании инвестиционной деятельности в Краснодарском крае: Закон Краснодарского края от 2 июля 2004 г. № 731-КЗ (ред. от 08.08.2016) // Информац. бюл. ЗС Краснодарского края. 2012. № 56.*

¹⁰ URL: <http://www.ek-ua.com/forum>.

ОТДЕЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ РЕКЛАМНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Целевая (таргетная) реклама – это качественно новое явление в общественной и частной жизни пользователей социальных сетей, видеохостингов и поисковых систем. По мнению многих ученых, с точки зрения объекта рекламирования, даже с учетом того, что в статье 3 ФЗ «О рекламе» реклама определена достаточно широко, понимание ее правовой природы затруднено. При обзоре рекламы на материальном наружном носителе либо в другой классической форме, попадающей под определение ФЗ «О рекламе», лицо видит статичную, т. е. не зависящую по своему содержанию от личности того, до чьего сведения она доводится, информацию. При кажущейся практической интегрированности данного явления в правореализационный процесс с применением классических норм права о рекламе возникает ряд проблем.

1. Данная информация доводится до круга лиц, определяемого одним или несколькими признаками. Этот пункт означает, что при желании рекламодатель ограничивает круг потребителей рекламы, делая возможной её демонстрацию лишь лицам, определяемым полом, возрастом, нахождением в конкретном месте в момент показа, поведением в сети Интернет, историей покупок в интернет-магазинах, посещением определенных сайтов (ретаргетинг, с точки зрения интернет-маркетинга данное средство обособливается от непосредственно целевой рекламы, но для целей юридической науки в рамках настоящей работы все средства, аналогичные по своей правовой сущности, будут рассмотрены в совокупности) либо иными признаками и сведениями о пользователе (потребителе рекламы), которые рекламодатель (или рекламодаделец) укажет. Не стоит путать с контекстной рекламой, при которой реклама показывается непосредственно в результатах поиска системы в момент поиска информации пользователем в зависимости от его запроса (существует разъяснение ФАС по поводу отношения к рекламе контекстной рекламы).

Согласно официальному разъяснению Федеральной антимонопольной службы, данному в ответ на обращение Федеральной налоговой службы о понятии «неопределенный круг лиц», применяемом в законодательстве Российской Федерации о рекламе, под ним понимаются «те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации как предназначенность ее для неопределенного круга лиц означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена. Соответственно распространение такой неперсонифицированной информации о лице, товаре, услуге должно признаваться распространением среди неопределенного круга лиц, в том числе в случаях распространения сувенирной продукции с логотипом организации в качестве подарков, поскольку заранее невозможно определить всех лиц, для которых такая информация будет доведена». Технически все вышеописанное осуществляется на основании обработки сведений об интернет-активности пользователя. Сходной правовой категорией является реклама, распространяемая путем почтовой рассылки по базе данных действительных или потенциальных клиентов, которая в соответствии с письмом Министерства финансов России от 24 апреля 2006 г. не признается рекламой по признаку неопределенности круга лиц (таковая рассылка не учитывается в целях налогообложения). ФНС России в информационном письме «О расходах на рекламу» от 11 февраля 2005 г. отмечает такую же позицию. Однако следует отметить, что так называемая «база данных действительных и потенциальных клиентов» в узком смысле при распространении целевой рекламы отсутствует. Определение круга лиц, которым она демонстрируется, основано именно на интерактивном процессе, в который чуть ли не с равной степенью участия наряду с рекламодателем вступает потребитель рекламы. Данный процесс не подразумевает создания базы данных, скорее, он напоминает с технической точки зрения идентификацию устройства заинтересованного потребителя на основании сведений в файлах именно его устройства.

2. Процесс распространения целевой рекламы подразумевает помимо показа рекламы интерактивный процесс обмена данными между ЭВМ пользователя (потребителем) и рекламодателем ре-

кламы, основная часть которого проходит в автоматическом режиме. Данный пункт частично конкретизирует, каким именно образом происходит настройка определения круга лиц программой рекламодателя. Из определения рекламы в ФЗ «О рекламе» ни явно, ни косвенно не представляется возможным выделить какую-либо интерактивность взаимодействия потребителей рекламы и рекламопроизводителя, т.к. реклама (из определения ФЗ «О рекламе») доводится до сведения потребителя в одностороннем порядке.

Хотелось бы выделить первую проблему. Внимание научного сообщества к проблеме правового регулирования рекламы вообще и рекламы в информационно-телекоммуникационных сетях минимально, хотя фактические общественные отношения в данной области развиты более чем достаточно.

Вторая проблема непосредственно связанная с первой, заключается в обилии рекламы, с точки зрения административно-правовой (законов ФЗ «Об информации» и ФЗ «О рекламе») не соответствующей требованиям законодательства: считаемой недостоверной, нарушающей требования о соблюдении прав несовершеннолетних, специальные требования, предусмотренные для рекламы определенных объектов рекламирования. Возникает вопрос: возможно ли в рамках текущей детализации правового регулирования и развития технических средств контроля вообще разграничить правомерную и неправомерную рекламу в Интернете?

Третья проблема, которая также связана с первыми двумя: законодательное регулирование явно недостаточно детализировано, что порождает правовую неопределенность.

Четвертая проблема, теоретическая, заключается в определении правовой природы целевой рекламы как средства распространения рекламы (части процесса распространения) либо как модели, либо, вообще, вида интернет-рекламы (рекламы как таковой).

Следует заметить, что по своей функциональной направленности охарактеризованная выше информация направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке (что по большей части отражает законодательное определение рекламы из ст. 3 ФЗ «О рекламе») за формальными (интерактивность процесса распространения) и содержательными изытиями (определенный круг лиц, выступающих в качестве потребителей рекламы).

Уважаемый М. Ю. Челышев в своей работе «О рекламе, коммерческой рекламе и рекламной деятельности как правовых категориях» указывает, что реклама доводится до сведения двух категорий лиц. «Ими являются, во-первых, потребители рекламы, т.е. лица, на привлечение внимания которых к объекту рекламирования направлена реклама... Во-вторых, сюда нужно отнести и любых иных лиц, получающих рекламную информацию». Названная «вторая категория» лиц при использовании целевой рекламы отсутствует.

Описанная выше специфика рекламодателя подразумевает обработку информации о сетевой активности пользователей, в то время как ни один другой вид рекламы не предусматривает подобных действий рекламодателя по отношению к лицам, которым реклама будет демонстрироваться.

Неопределенность складывается вокруг права частной жизни граждан, данные об интернет-навигации которых обрабатываются программой рекламодателя. Конституция (в ч.2 ст. 23) провозглашает «право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Ограничение этого права допускается только на основании судебного решения». Адресатом данной нормы Конституции является любое лицо, дословно: «каждый». Также Конституция РФ запрещает (в ч. 1 ст. 24) «сбор, хранение, использование и распространение информации о частной жизни лица без его согласия». Конкретизация данного принципа содержится в п. 7 ст.3 ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации». Вышеупомянутый ФЗ дает определение информации: «Сведения (сообщения, данные) независимо от формы их представления; доступ к информации – возможность получения информации и ее использования». ГК РФ конкретизирует правовое регулирование защиты информации о частной жизни гражданина в ст. 152.2: «Если иное прямо не предусмотрено законом, не допускаются без согласия гражданина сбор, хранение, распространение и использование любой информации о его частной жизни, в частности сведений о его происхождении, о месте его пребывания или жительства, о личной и семейной жизни». На основании анализа вышеупомянутых положений возникает правовая неопределенность, связанная с вопросом о правомерности доступа к информации для распространения рекламы целевым способом. Лицо имеет право хранить в тайне историю доступа и взаимодействия с интернет-сайтами, которые не были прямо направлены оператором на конкретные ответные действия рекламодателя, без последующих перспектив выявления прочими лицами такой информации вне зависимости от целей получения третьими лицами доступа к таковой.

Безусловно, при постановке этого вопроса следует учитывать потребности современного делового сообщества, которое заинтересовано в создании условий для свободы предпринимательства, в том числе и в деятельности по производству рекламы, как следствие, в целях развития экономики государства.

Сталкиваясь с целевой рекламой, некоторые пользователи могут испытывать стресс чувства, что за ними кто-то следит по мере того, как они переходят с сайта на сайт. Например, никто не хочет видеть, например, целевую или контекстную рекламу медицинских услуг на протяжении месяца после того, как однажды он запросил в поисковой системе такие услуги. Таким образом, представляется необходимым урегулировать вопросы возможности дополнительного исключения определенных объектов рекламирования для таких видов рекламы.

Возникает вопрос о положении термина «целевая реклама» в той или иной классификационной группе рекламы, выделяемой в рамках актуальной отраслевой парадигмы предпринимательского права. Является ли целевая реклама разновидностью рекламы? Исходя из легального определения возникает возможность двоякого ответа. Если рассматривать термин «целевой способ распространения рекламы», то такой термин неуместен, поскольку реклама в Интернете сама по себе является способом распространения рекламы. Видится интересной ситуация, в которой сам пользователь как будто бы определяет, какую именно рекламу он «потребит», имеет необходимость «потребить». Конечно, с такой точки зрения можно рассмотреть большое количество разновидностей рекламы, которая так или иначе самым способом ее распространения воздействует, по мнению распространителей, на потребителей рекламы и только. К примеру, реклама, распространяемая при кино- и видеообслуживании, заключающаяся в доведении до сведения потребителей указанных продуктов (услуг), какие именно фильмы еще можно посмотреть. Первым отграничительным признаком целевой рекламы, который отличает ее от схожих правовых категорий, считаем логичным назвать пути ее распространения – информационно-телекоммуникационные сети. Вторым отграничительным признаком необходимо указать первичность пользовательского запроса (вне зависимости от формы его выражения). С точки зрения текущего правового регулирования такая своеобразная последовательность выражения желания потребителей и рекламодателей не может остаться без внимания. В контексте сказанного целевую рекламу также можно называть «ответной» рекламой. Ведь именно пользователь делает запросы, посещая соответствующие сайты в сети Интернет, тем самым накапливая временные cookie-файлы (в рамках юридической науки можно определить как сведения о действиях в сети Интернет, сохраняющиеся на ЭВМ пользователя) и позволяя в случае обращения к поисковой системе или иному оборудованному механизмами таргетингового (целевого) определения потребностей по запросу сайту удовлетворить существующую у него потребность в конкретной целевой, нужной ему рекламной информации.

Специфика правового регулирования целевой рекламы состоит именно в особом административно-правовом режиме рекламной информации (с точки зрения ФЗ «Об информации»), который устанавливает в том числе особенности правового регулирования электронных операций с информацией.

Видится необходимым дополнение ФЗ «Об информации» с целью устранения правовой неопределенности пределами допустимости получения доступа к истории поиска для поисковых систем как распространителей целевой рекламы и истории интернет-навигации (cookie-файлам) ЭВМ пользователей (потребителей рекламы), поскольку в настоящий момент такая реклама вызывает правовые вопросы в связи с неприкосновенностью частной жизни и гражданскими свободами. Также представляется необходимым дополнить определение рекламы, содержащееся в законе «О рекламе...» 38-ФЗ уточнением, что круг лиц, до сведения которых доводится реклама, может быть определен и логически сужен, но персонификации лиц, до сведения которых доводится реклама, по-прежнему не происходит.

И. Ю. Загоруйко

Пермский государственный национальный исследовательский университет,

г. Пермь

Ж. В. Эстерлейн

Нижегородская академия МВД России (Пермский филиал),

г. Пермь

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ К ОПРЕДЕЛЕНИЮ ИНТЕРНЕТ-РЕКЛАМЫ

В настоящий момент в законодательстве отсутствует определение понятия интернет-рекламы или, иначе говоря, рекламы в сети Интернет. В связи с чем представляется необходимым подойти к понятию интернет-рекламы логически, синтезировав ее определение из конструкций, содержащихся в законах и иных источниках права.

Федеральный закон «О рекламе», который действует с 13 марта 2006 г. и которому законодателем отведена важная роль в регулировании соответствующих отношений, содержит определение рекламы в целом. В соответствии с п. 1 ст. 3 «реклама – информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке».

В литературе экономической направленности и в предпринимательской среде под рекламой часто понимается деятельность по подготовке, производству и распространению соответствующей информации. Такой подход к понятию рекламы можно наблюдать и в юридических работах. Однако в соответствии с легальным определением под рекламой подразумевается не элемент предпринимательской деятельности, связанный с распространением информации с целью привлечения внимания к объекту рекламирования, формирования или поддержания интереса к нему и его продвижению на рынке, а сама информация, распространяемая с такой целью. Такой подход законодателя к определению рекламы присутствовал и в ФЗ «О рекламе» от 1995 г., который сменил ныне действующий ФЗ «О рекламе» от 13 марта 2006 г.

В законодательстве, в ФЗ «О рекламе» в частности, также присутствуют такие понятия, как «политическая реклама» и «социальная реклама», которые не соответствуют легальному определению рекламы и исключаются отдельным независимым от понятия рекламы определением, а также перечислением в качестве однопорядковых элементов наряду с «рекламой», что говорит о том, что под рекламой законодатель предлагает понимать не все возможные виды рекламы, т. е. рекламу в широком смысле, а, по сути, только предпринимательскую рекламу (коммерческую), т. е. рекламу, подготавливаемую, производимую и распространяемую для целей предпринимательской деятельности.

Для определения понятия интернет-рекламы необходим критерий выделения рекламы в Интернете среди иных видов рекламы. Анализ приведенного легального определения рекламы позволяет сделать вывод о том, что рекламу в целом можно классифицировать, как минимум, по таким основаниям, как способ распространения, форма, использованные средства.

Последующий анализ структуры ФЗ «О рекламе» позволяет увидеть и иные основания классификации рекламы законодателем. Так, в главе 3 соответствующего закона выделяются различные виды рекламы в зависимости от объекта рекламирования. «Объект рекламирования – товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама». Таким образом для рекламы определенных товаров существуют специальные требования. Такой подход представляется весьма оправданным в силу различного назначения отдельных видов товаров и возможных негативных последствий для общества, например, в случае привлечения нежелательного внимания определенного круга потребителей к тому или иному виду товара, например, несовершеннолетних к алкогольной продукции.

В ФЗ «О рекламе» видно подразделение рекламы по уже приведенному в определении рекламы основанию, а именно в структуре главы 2 «Особенности отдельных способов распространения рекламы» по соответствующему основанию законодателем выделяется семь видов рекламы.

Сопоставление данного перечня с легальным определением рекламы, в котором подчеркивается, что реклама может быть распространена любым способом, однозначно позволяет понять, что он не является исчерпывающим, а выделение законодателем данных способов распространения рекламы обусловлено рядом причин.

Первостепенной причиной можно считать наличие свойственных лишь для отдельных способов распространения рекламы признаков, форм, средств и определенных параметров, с помощью нормирования которых осуществляется правовое регулирование того или иного способа распространения, таких как процент площади кадра в телепрограммах и телепередачах, объем номера печатного издания для рекламы в периодических печатных изданиях и т.п. Очевидно, такое различие предполагает необходимость специальных норм для регулирования отдельных видов рекламы. По всей видимости, выделение законодателем данных способов обусловлено и рядом причин социально-экономического характера, таких как эффективность, признание данных способов бизнесом, широкое распространение и, как следствие, возможное серьезное влияние на сознание и поведение граждан.

В настоящее время одним из наиболее эффективных для большинства сфер предпринимательства видов рекламы является реклама в сети Интернет. Четко прослеживается тенденция – увеличивается количество людей, в том числе и в Российской Федерации, которые проводят все больше времени в сети Интернет. Так, к концу 2015 г. количество интернет-пользователей в России выросло почти на 4 млн человек и процент интернет-пользователей среди россиян на конец 2015 г. составил 70,4 %. Соответственно растет количество связей интернет-рекламы с потребителями, а значит, реклама в Интернете с каждым годом оказывает все большее влияние на поведение людей (в соответствии с целями, в которых выражается сущность рекламы) и на общество в целом. Поэтому над этим мощным инструментом манипулирования необходим контроль со стороны государства посредством предпринимательно-правового регулирования.

В связи с определением правовой сущности рекламы в Интернете возникает два важных вопроса. Во-первых, является ли интернет-реклама видом рекламы с точки зрения современного права России? Во-вторых, по какому классификационному основанию выделяется интернет-реклама как вид рекламы? Выделение интернет-рекламы как вида рекламы наблюдается в различных правовых актах, которые будут названы ниже, и практике правоприменения, таким образом на первый вопрос следует дать положительный ответ.

Отвечая на второй вопрос, следует осмыслить тот факт, что интернет-реклама может выражаться в любой форме (текстовая, визуальная и др.), при ее производстве и распространении могут использоваться различные средства, а объектом рекламирования может выступать практически любой товар. Реклама в сети Интернет полноценно не подпадает ни под один из способов распространения рекламы, предложенных законодателем в главе 2 ФЗ «О рекламе».

Формально сеть Интернет признается сетью электросвязи, но можно ли рассматривать рекламу, распространяемую в сети Интернет как частный случай рекламы, распространяемой по сетям электросвязи? Федеральная антимонопольная служба, которой законодателем отведена функция по надзору за соблюдением законодательства в сфере рекламы, в Письме от 19 мая 2006 г. «Об особенностях отдельных способов распространения рекламы» осуществляет попытку разъяснения данного вопроса, заявляя, что статья 18 ФЗ «О рекламе», посвященная особенностям распространения рекламы по сетям электросвязи, «распространяется в равной мере и на рекламу, распространяемую по сетям связи Интернет».

Однако специальные нормы, регулирующие такой вид рекламы, не могут в достаточной мере регулировать рекламу в сети Интернет, поскольку применение данных норм на всю интернет-рекламу привело бы к признанию почти всей рекламы в Интернете нарушающей законодательство о рекламе, так как реклама, распространяемая по сетям электросвязи, «допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы», «при этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено». Очевидно, что практически все пользователи сети Интернет не хотели бы «потреблять» рекламу в Интернете (как и любым другим способом).

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ РАЗВИТИЯ ИНСТИТУТА НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ (БАНКРОТСТВА) В РОССИЙСКОМ ПРАВЕ: ЭВОЛЮЦИОННЫЙ АСПЕКТ

Процесс развития института несостоятельности (банкротства) имеет многовековую историю. Как известно, потребность в механизме признания субъектов экономического оборота несостоятельными (банкротами) появилась практически одновременно с возникновением и последующим развитием товарно-денежных отношений, которые, в свою очередь, исторически связаны с возникновением первых государств.

Специфика развития конкурсных отношений в России была обусловлена преимущественно землевладельческой жизнью страны. Тем не менее конкурсный процесс в России существовал и развивался с древнейших времен. Так, уже в первом памятнике русского права – Русской Правде – был предусмотрен специальный правовой механизм на тот случай, если должник, имеющий несколько кредиторов, был не в состоянии исполнить свои денежные обязательства перед последними (ст. 69).

Безусловно, первое примитивное правовое регулирование отношений несостоятельности встречается и в иных памятниках русского права. К примеру, в ст. 104 Псковской судной грамоты говорилось о конкуренции залоговых обязательств на определенную вещь, в отношении которой одни кредиторы обладали лишь вкладной грамотой, а другие – и самим залогом.

Как отмечал, А.Х. Гольмстен, в описанном случае конкурсные отношения не возникали, поскольку вопрос о несостоятельности должника вообще не поднимался. Противоположенного мнения придерживался Г.Ф. Шершеневич.

Эволюция законодательного регулирования отношений, возникающих из признания должника несостоятельным (банкротом), свидетельствует о том, что названному законодательству на протяжении длительного периода был свойственен архаизм. Так, Соборное уложение 1649 г., практически дублируя нормы Русской Правды, было дополнено лишь одной незначительной поправкой: в случае распределения имущества должника преимущественно пользовались иностранцы и государева казна.

Как пишет К.Д. Кавелин, «выдача головою» выступала древнейшим способом удовлетворения интересов кредиторов в том случае, если должник не исполнял свои долговые обязательства. При этом должник поступал в полное распоряжение кредитора, который был вправе делать с ним все, что угодно, в том числе сделать своим рабом. По справедливому замечанию М.П. Дмитриева, правовое положение выданного должника было фактически приравнено к холопству.

Купеческий устав 1727 г. и Указ от 19 июля 1736 г. содержали подробное правовое регулирование института «выдачи головою» должника, у которого имелось несколько кредиторов: должник либо отработывал долг у каждого кредитора, а затем переходил к следующему, либо поступал в рабство только к одному кредитору, который был вынужден рассчитывать с иными кредиторами за должника.

Проект Банкротского устава, подготовленный Сенатом к 1762 г., включил в себя нормы о банкротстве, которые содержались в Соборном уложении 1649 г., указах Петра I, Екатерины I и Анны Иоанновны.

Интересно, что Устав о несостоятельности, принятый в 1763 г., характеризовался тенденцией к увеличению круга лиц, подпадающих под правовое регулирование последнего. Так, кроме купцов прибегнуть к использованию соответствующих правил могли также «заводчики, фабриканты и откупщики и, одним словом, всякий, торгом промышленяющий». Согласно положениям названного Устава институт несостоятельности (банкротства) применялся в том случае, если сумма долга должника превышала три тысячи рублей. Мотивировала это Коммерц-коллегия тем, что «конкурс в малых делах более расходу, нежели прибыли, принести может».

К 1830 г. практика выявила в правилах Устава «разные неудобства и недостатки, в отвращение коих было принято решение создать новый Устав», который и был подготовлен к 1832 г. Устав 1832 г. стал в истории российского конкурсного права одним из наиболее значимых правовых актов.

После Октябрьской революции 1917 г. постепенно формируется новое конкурсное законодательство. Известно, что Гражданская война в значительной степени способствовала распространению случаев несостоятельности (банкротства) в торговой среде.

Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. содержал указание на институт несостоятельности, который упоминался в контексте правового регулирования отношений, возникающих из займа, поручительства, залога, товарищества и т.п., что, без сомнений, было явно недостаточным для правового регулирования такого сложного механизма, как признание должника банкротом.

В связи с отсутствием соответствующего правового регулирования института несостоятельности судебная практика встречала массу правоприменительных сложностей, на что обращали внимание ученые-процессуалисты: «...практика ступила на путь рецепции дореволюционных правил о несостоятельности и чуть не воскрешения сданной в архив истории конкурсного права».

Постановление ВЦИК и СНК РСФСР от 28 ноября 1927 г., которым Гражданский процессуальный кодекс РСФСР был дополнен новой главой «О несостоятельности частных лиц, физических и юридических», закрепляло следующие признаки несостоятельности (банкротства) как предприятий, так и физических лиц: неоплата долгов на сумму, превышающую три тысячи рублей.

Подчеркнем, что в числе основных особенностей советского конкурсного права – тотальный отказ от диспозитивных начал. Так, Н. Бочковский считал, что «назначение советского закона состоит не в том, чтобы обеспечивать защиту интересов отдельных кредиторов, а в том, чтобы достигнуть определенного экономического результата, являющегося прямым последствием соответствующего способа осуществления производства по делу о несостоятельности. С этой задачей Декрет о несостоятельности вполне справился».

Следующим нормативным актом в истории российского конкурсного права стал Указ Президента РФ «О мерах по поддержанию и оздоровлению несостоятельных государственных предприятий (банкротов) и применении к ним специальных процедур», опубликованный в 1992 г.

Главной целью данного Указа стала всемерная защита и поддержка предприятий государственного сектора, которые оказались несостоятельными. Таким образом, юрисдикция Указа распространялась исключительно на государственные предприятия, что стало одной из основных причин принятия специального Закона, от 19 ноября 1992 г. № 3929-1 «О несостоятельности (банкротстве) предприятий».

Следующим историческим этапом реформирования конкурсного права в России явился Федеральный закон от 8 января 1998 г. № 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», которым были внесены значительные изменения в ранее действовавшее законодательство. В то же время справедливым будет признать, что и новый закон не снимал ряд принципиальных вопросов, возникающих в практической плоскости, особенно на стадии возбуждения процедуры банкротства. Вероятно, по этой причине в 2002 г. был принят новый Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», который с учетом многочисленных изменений и дополнений продолжает оставаться одним из самых динамично развивающихся.

Законодатели различных стран мира уделяют огромное внимание правовому регулированию вопросов несостоятельности и банкротства, постоянно совершенствуются и уточняются критерии несостоятельности и процедуры банкротства. В связи с этим важно обратиться к зарубежному опыту правового регулирования банкротства.

Первым и, как представляется, важным шагом в направлении стабилизации финансовой системы в Российской Федерации стало принятие Федерального закона от 21 декабря 2013 г. № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)», который наглядно демонстрирует стремление законодателя нормализовать механизм потребительского кредитования. Однако этих мер, безусловно, недостаточно.

Вторым значимым шагом в решении обозначенных задач стало введение института банкротства физических лиц. Принимая во внимание передовой опыт экономически развитых стран, российский законодатель принял Федеральный закон РФ от 29 декабря 2014 г. № 476-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части регулирования реабилитационных процедур, применяемых в отношении гражданина-должника».

С 1 октября 2015 г. вступил в силу Федеральный закон Российской Федерации от 29.06.2015 № 154-ФЗ «Об урегулировании особенностей несостоятельности (банкротства) на территориях Республики Крым и города федерального значения Севастополя и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», предусматривающий целый ряд новаций в правовом регулировании главы X «Банкротство гражданина» Федерального закона РФ от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее – Закон о несостоятельности).

Полагаем, что новый для российской правовой действительности институт несостоятельности (банкротства) гражданина и соответствующее ему нормативно-правовое регулирование еще ожидают своих исследователей и комментаторов.

М. В. Карпычев

*Нижегородская академия МВД России,
г. Нижний Новгород*

РЕФОРМА ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И ПРОБЛЕМА УНИФИКАЦИИ ПРАВОВЫХ НОРМ

Российское процессуальное законодательство находится в состоянии хронического реформирования. Ежегодно в процессуальные кодексы вносятся изменения, количество которых (по числу соответствующих федеральных законов) доходит до полутора десятков, причем зачастую изменения начинают вноситься еще до введения самого кодекса в действие, как это было с КАС РФ.

Такая ситуация влечет дестабилизацию нормативной правовой базы и характерна не только для сферы процессуального права, но и для российского публичного и частного права в целом.

В настоящее время в России действует четыре процессуальных кодекса, три из которых регламентируют процедуру рассмотрения дела в судах общей юрисдикции (УПК РФ, ГПК РФ и КАС РФ) и один – в арбитражных судах (АПК РФ). При достаточно большом количестве межотраслевых правовых институтов, нашедших закрепление в указанных правовых актах (доказательство и доказывание, подведомственность и подсудность, единая система стадий судебного процесса и мн. др.) наблюдается парадоксальная ситуация, когда ряд правовых положений, закрепленных законодательно в одном из кодексов, отсутствует либо изложен в принципиально иной редакции в других кодексах. При этом отсутствует какое-либо логическое обоснование таких противоречий.

Так, например, в арбитражном процессе вопрос об отмене обеспечительных мер рассматривается судом без вызова лиц, участвующих в деле, а соответствующее определение вступает в силу немедленно, тогда как в общей юрисдикции – рассмотрение ходатайства об отмене обеспечительных мер осуществляется в судебном заседании с вызовом лиц, участвующих в деле, а подача частной жалобы на определение об отмене приостанавливает его исполнение, полномочия адвоката на ведение дела в арбитражном суде подтверждаются доверенностью, а в суде общей юрисдикции – ордером (при необходимости совершения распорядительных процессуальных действий –дополнительно доверенностью).

ГПК РФ предусматривает ряд положений, которые в АПК РФ отсутствуют, хотя вполне логично там смотрелись бы, например возможность принудительного привода свидетеля, уклоняющегося от явки в судебное заседание (ч. 2 ст. 168), получение образцов почерка для сравнительного исследования (ст. 81) и др.

Следует согласиться с тем, что «в процессуальном законодательстве России и практике его применения к межотраслевым институтам необходимо выработать одинаковый подход и что это имеет большое теоретическое и практическое значение, поскольку реально обеспечивает единство судебной системы, единообразие судебной практики, право граждан на защиту, их равенство перед судом и законом»¹.

Проблема наличия коллизий между процессуальными кодексами не является новой, о ее существовании давно известно, в связи с чем выдвинуто вполне логичное предложение о формировании единого процессуального кодекса, регламентирующего порядок судопроизводства по гражданским и административным делам. Более того, в декабре 2014 г. была обнародована Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, одобренная решением Комитета по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству ГД ФС РФ от 08.12.2014 № 124 (1)².

В связи с упразднением Высшего арбитражного суда РФ и передачей его функций головного судебного органа в отношении системы арбитражных судов Верховному суду РФ проблема унификации процессуального законодательства вроде бы начала решаться и наблюдаются отдельные признаки конвергенции законоположений ГПК РФ и АПК РФ.

Так, произошел обмен институтами упрощенного рассмотрения дел в суде в АПК РФ из ГПК РФ «перекочевало» приказное производство (гл. 29.1 АПК), а ГПК РФ «обзавелся» гл. 21.1 «Упрощенное производство». С 1 января 2017 г. предполагается введение возможности подачи документов в суды общей юрисдикции в электронной форме.

Любой практикующий юрист, которому приходится работать и в судах общей юрисдикции, и в арбитражных судах, согласится с мнением о том, что и в ГПК РФ, и в АПК РФ имеются удачные положения, которые могут быть реализованы в других процессуальных кодексах.

В связи с изложенным вызывает очень серьезные вопросы целесообразность появления нового процессуального кодекса – КАС РФ. Его появление явно не вписывается в решение задачи унификации процессуального законодательства. Можно было бы, наверное, говорить о том, что данный кодекс является сосредоточением всего лучшего из ГПК РФ и АПК РФ и носит промежуточный характер, являясь переходной формой к единому процессуальному кодексу, но, к сожалению, это не так.

Уже на терминологическом уровне наблюдается различие между ними. В качестве иллюстрации данного тезиса возьмем название гл. 7 КАС РФ «Меры предварительной защиты по административному иску». По сути содержание гл. 7 КАС РФ соответствует положениям гл. 13 ГПК РФ «Обеспечение иска» и гл. 8 АПК РФ «Обеспечительные меры арбитражного суда».

Если нечто выглядит как утка, плавает как утка, крикает как утка, то оно и есть утка. Встает вопрос: «А зачем утку называть не уткой?». В чем тайный смысл введения новой терминологии?

И таких примеров из нового процессуального кодекса можно привести немало. Особенно показательным является положение ч. 3 ст. 144 КАС РФ о необходимости обращения к судье «Ваша честь», в отличие от устоявшегося в гражданском и арбитражном процессе и соответственно закрепленного в ч. 2 ст. 158 ГПК РФ и в ч. 2 ст. 154 АПК РФ обращения «Уважаемый суд». Объяснить логически данную «новеллу» можно только тем, что авторы текста КАС РФ насмотрелись американских фильмов, а обосновать ее целесообразность вообще невозможно.

Полагаем, что базовым правилом законотворческой деятельности должна выступать непротиворечивость, в том числе на структурном и терминологическом уровне, положений нормативных правовых актов, регулирующих схожие правовые отношения. К сожалению, ГПК, АПК и КАС РФ, имея в целом сходство по структуре, обладают и весьма существенными отличиями, которые вряд ли могут быть объяснимы особенностями судопроизводства в определенном суде или по определенным категориям дел.

Любое изменение в законе должно носить системный характер и предусматривать корректировку всех законов, в которых использованы аналогичные или те же правовые конструкции. Считаем недопустимой ситуацию, когда при изменении терминологии в ГК РФ не вносятся соответствующие коррективы в иные нормативные правовые акты (речь идет о корректировке ст. 5 ГК РФ³ при отсутствии соответствующих коррективов не только в ч. 1 ст. 13 АПК РФ, но и в части второй самого ГК РФ).

Также представляется целесообразным ограничить количество федеральных законов, вносящих изменения в кодексы, и принятие поправок в них одним или двумя пакетами в год, с указанием в названии закона о внесении изменений, в какие кодексы такие изменения вносятся.

Идея о принятии единого гражданского процессуального кодекса, распространяющего свое действие и на суды общей юрисдикции, и на арбитражные суды, представляется нам здоровой. Следует согласиться с А.А. Демичевым в том, что «сопоставительный анализ ГПК РФ и АПК РФ приводит к выводу, что если исключить дублирующие моменты, то ГПК и АПК нужно рассматривать как общее и частное. И, по сути, Арбитражный процессуальный кодекс как отдельный документ не нужен. Его нормы должны быть интегрированы в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации»⁴, включающий отдельный раздел «Особенности рассмотрения дел в арбитражных судах». Логичным представляется и формирование единого кодекса административного судопроизводства, распространяющего свое действие и на судопроизводство в арбитражных судах, с введением отдельного раздела, включающего специальные нормы.

Однако дальнейшее объединение судов общей юрисдикции и арбитражных судов, вплоть до полной интеграции вторых в первые, предлагаемое рядом авторов⁵, представляется нам неоправданным, учитывая наличие ряда особенностей арбитражного процесса, обусловленных профессиональным характером его участников. Система арбитражных судов позволяет более качественно рассматривать споры предпринимателей между собой и с публично-правовыми образованиями за счет более высокого уровня специализации судей и отсутствия необходимости «распыляться» на иные категории дел (жилищные, трудовые и т. п.), что характерно для судей судов общей юрисдикции.

¹ Борисевич Г.Я. Коллизии процессуального законодательства Российской Федерации, регулирующего основания для изменения или отмены судебных решений в кассационном порядке // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2016. № 1. С. 90–97.

² Справ.-правовая система «КонсультантПлюс».

³ Гражданское право: учебник : в 2 т. Т.1 / под ред. М. В. Карпычева, А. М. Хужина. –М.: ИНФРА-М, 2016. С. 20–21.

⁴ Демичев А.А. Нужен ли России Арбитражный процессуальный кодекс? // Арбитражный и гражданский процесс. 2015. № 2. С. 54–57.

⁵ Демичев А.А. Объединение Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ, разработка Концепции единого Гражданского процессуального кодекса... Что дальше? // Вестник гражданского процесса. 2015. № 5. С. 87–95.

М. Ю. Козлова

*Института права Волгоградского государственного университета,
г. Волгоград*

СООТНОШЕНИЕ НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ КОНКУРЕНЦИИ И ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ ПРАВОМ

Российское гражданское законодательство содержит упоминание о недобросовестной конкуренции, рассматривая ее как действие одного порядка со злоупотреблением правом (пп. 6 п. 2 ст. 1512 ГК РФ). Кроме того, достаточно часто суды при рассмотрении дел о нарушении исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности признают подобные действия и недобросовестной конкуренцией, и злоупотреблением правом. Рассмотрим соотношение этих категорий и обоснованность такой оценки.

Решение вопроса о том, является ли недобросовестная конкуренция злоупотреблением правом, зависит от понятия и признаков самого злоупотребления. Учитывая, что злоупотребление правом отличается от правонарушения тем, что в нем отсутствует прямое нарушение нормы закона, можно сделать вывод о том, что есть формы недобросовестной конкуренции, которые являются злоупотреблением правом, и формы, которые относятся к правонарушениям.

Если принять во внимание точку зрения Т.В. Дерюгиной, согласно которой «...основными квалифицирующими признаками злоупотребления правом должны считаться: наличие правового основания осуществления права (субъективного права); отсутствие запрещающей или обязывающей нормы, предписывающей действовать определенным образом; наличие реальной возможности причинения вреда в результате такого действия»¹, необходимо выявить наличие или отсутствие названных признаков применительно к недобросовестной конкуренции.

Что касается самостоятельного субъективного права на конкуренцию, которым может злоупотребить хозяйствующий субъект, то полагаем, что самостоятельное субъективное право на конкуренцию отсутствует, хотя в юридической литературе отстаивается и иная позиция². «Право на конкуренцию» как совокупность экономических прав проявляется в целом комплексе субъективных гражданских прав – праве заниматься предпринимательской деятельностью, праве совершать любые не противоречащие закону сделки, участвовать в обязательствах, праве на фирменное наименование и т. п.

Исходя из закрепленного в законе понятия предпринимательской деятельности, получение прибыли – это, собственно, единственная ее цель. С большей вероятностью прибыль будет получена, если лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, приобретет какое-либо преимущество по сравнению с положением других лиц. Преимущества могут достигаться различными способами, в том числе и недозволенными. Реализация права на осуществление предпринимательской деятельности и других субъективных гражданских прав с использованием недозволенных способов и составляет недобросовестную конкуренцию.

Таким образом, хозяйствующий субъект, совершая акт недобросовестной конкуренции, как правило, использует при этом субъективное гражданское право.

Действие может быть оценено как недобросовестная конкуренция и в том случае, когда отсутствует норма закона, предписывающая или запрещающая то или иное поведение.

По поводу третьего критерия – наличия злоупотребления – можно сделать вывод о том, что недобросовестная конкуренция как раз тем и опасна, что предполагает наличие вреда или потенциальную возможность его причинения.

Таким образом, есть основания полагать, что недобросовестная конкуренция может являться злоупотреблением правом. Если действия, имеющие признаки недобросовестной конкуренции, нарушают конкретную норму закона, их можно отнести к правонарушениям. В том случае, если прямой запрет того или иного поведения отсутствует, а деяние нарушает обычаи, требования разумности и т. д., его можно отнести к злоупотреблениям правом. Недобросовестная конкуренция – несомненно, нарушение, в первую очередь конкурентного законодательства. Совершение действия, составляющего недобросовестную конкуренцию само по себе не влечет наступления гражданско-правовых последствий, только административно-правовые.

Вполне обоснованно мнение, высказанное в юридической литературе о том, что «...недобросовестная конкуренция в некоторых случаях может содержательно выражаться в злоупотреблении правом, но в действительности может таковым и не являться, представляя собой действия (бездействие), совершаемые за пределами установленных правомочий соответствующего субъекта права, что не характерно для случаев злоупотребления им»³.

Злоупотребление правом трактуется российским законодателем как заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав. В том случае, если действия истца имеют признаки злоупотребления правом, последствием будет отказ в защите права или применение иных мер, предусмотренных законом. Если ответчик является лицом недобросовестным, то ст. 10 ГК РФ отсылает нас к иным нормам, устанавливающим иные меры. Например, это могут быть нормы, определяющие последствия нарушения исключительного права на объекты интеллектуальной собственности. В судебных спорах, в которых правообладатель обращается к недобросовестному лицу с требованием о прекращении нарушения его права, применение ст. 10 ГК РФ представляется излишним и нерациональным.

Одно и то же действие может являться и нарушением исключительного права, и актом недобросовестной конкуренции, и злоупотреблением правом. В большинстве случаев квалификация действия, нарушающего исключительное право, как недобросовестной конкуренции или злоупотребления правом необходима в том случае, когда действие соответствует закону, но противоречит требованиям добросовестности, разумности, справедливости.

¹ Дерюгина Т.В. Пределы осуществления гражданских прав: монография. М, 2010. С. 126.

²См., например: Трубинова Е.И. право на конкуренцию как предмет актов недобросовестной конкуренции //Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2015. Выпуск 2 (28) С. 76 – 87.

³ Практика рассмотрения коммерческих споров: Анализ и комментарии постановлений Пленума и обзоров Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации / Кузнецова Л.В., Новоселова Л.А., Рожкова М.А. и др.; под ред. Л.А. Новоселовой, М.А. Рожковой. М.: Статут, 2011. Вып. 14. С. 181. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Д. Б. Коротков

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ОБЯЗАТЕЛЬНЫЙ ДОСУДЕБНЫЙ ПОРЯДОК УРЕГУЛИРОВАНИЯ СПОРА ПО АПК РФ

16 февраля 2016 г. Государственная Дума РФ приняла, а 2 марта 2016 г. Президент РФ подписал Федеральный закон №47-ФЗ «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс РФ», которым помимо прочего вводится общее правило о необходимости истцу до обращения в арбитражный суд предпринять меры по досудебному урегулированию спора. Закон вступил в силу по истечении 90 дней с момента его опубликования (с 1 июня 2016 г.).

Согласно тексту закона изменения вносятся в ч.5 ст.4 АПК РФ: «Спор, возникающий из гражданских правоотношений, может быть передан на разрешение арбитражного суда после принятия сторонами мер по досудебному урегулированию по истечении тридцати календарных дней со дня направления претензии (требования), если иные срок и (или) порядок не установлены законом либо

договором, за исключением дел об установлении фактов, имеющих юридическое значение, дел о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок, дел о несостоятельности (банкротстве), дел по корпоративным спорам, дел о защите прав и законных интересов группы лиц, дел о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака вследствие его неиспользования, дел об оспаривании решений третейских судов. Экономические споры, возникающие из административных и иных публичных правоотношений, могут быть переданы на разрешение арбитражного суда после соблюдения досудебного порядка урегулирования спора, если он установлен федеральным законом».

В пояснительной записке¹ разработчиками было указано, что претензионный порядок или иной досудебный порядок, имеющий своей целью урегулирование спора, является действенным средством повышения качества работы судебной системы, требует минимальных организационных и финансовых затрат от участников спора, способствует укреплению экономических связей, содействует становлению и развитию партнерских деловых отношений, способствует формированию обычаев и этики делового оборота и снижению конфликтности в обществе в целом.

По личным наблюдениям автора причина «стандартного» экономического спора часто кроется либо в финансовой (перманентной или временной) неспособности должника оплатить долг, либо в человеческом факторе, предполагающем волевое решение руководства должника намеренно идти на продолжение конфликта².

Ранее состоявшиеся изменения в законе и в практике его применения (например, ограничение усмотрения суда при снижении неустойки по ст.333 ГК РФ³, увеличение базовых ставок государственной пошлины при обращении в суд⁴, определенная либерализация подходов к взысканию с проигравшей стороны расходов на оплату услуг представителя⁵ и т.д.) во многом уже способствовали борьбе с процессуальными злоупотреблениями, сократив количество заведомо несостоятельных исков и заведомо несостоятельных возражений на иски. На этом фоне введение обязательного досудебного порядка разрешения большинства экономических споров видится поводом для возможных злоупотреблений со стороны недобросовестных участников арбитражного процесса.

В настоящей статье мы обозначим ряд вопросов, связанных с состоявшейся новеллой:

1. Досудебный порядок урегулирования спора и раньше активно использовался сторонами (причем даже в случаях, когда не был закреплен ими в договоре). Претензия воспринималась как жест доброй воли потенциального истца, как последнее досудебное предупреждение, дающее должнику шанс на относительно мирное завершение спора. В то же время согласно п.1 ч.1 ст.126 АПК РФ к исковому заявлению прилагаются уведомление о вручении или иные документы, подтверждающие направление другим лицам, участвующим в деле, копий искового заявления и приложенных к нему документов, которые у других лиц, участвующих в деле, отсутствуют. В связи с этим можно говорить о том, что заблаговременное направление искового заявления стороне отвечает задаче информирования ответчика о начале спора. Получив такое исковое заявление, должник имеет возможность предпринять меры по погашению долга, аналогичные тем, которые бы он предпринял при получении досудебной претензии⁶. Истец в этом случае также может избежать себя от дополнительных расходов, поскольку фактически имеет возможность оплатить государственную пошлину за подачу иска в суд после направления копии иска ответчику, но до обращения в суд.

2. По замыслу законодателя обязательный досудебный порядок урегулирования спора должен способствовать борьбе с неоправданным предъявлением исков в ситуации, когда спор мог бы разрешиться без участия судебной ветви власти. Если признать за досудебной претензией данную роль, то состоявшиеся законодательные изменения видятся нам половинчатыми. Полагаем, что введение обязательного досудебного порядка отрицательно скажется на добросовестных истцах, поскольку недобросовестные ответчики фактически получают 30-ти дневную (по общему правилу) информированную отсрочку, за время которой смогут предпринять действия по выводу ликвидного имущества и тому подобные злоупотребления. В этой связи логичным выглядел бы следующий шаг в обозначенном направлении, а именно введение (например, по аналогии с п.6 ст.13 Закона РФ «О защите прав потребителей») штрафа для ответчика за несоблюдение в добровольном порядке удовлетворения претензионных требований истца. Иными словами, несоблюдение досудебного порядка урегулирования спора должно иметь негативные последствия не только для истца (оставление искового заявления без рассмотрения), но и для ответчика, необоснованно отклонившего или проигнорировавшего досудебную претензию.

3. Введение досудебного порядка урегулирования спора может частично снизить эффективность института обеспечительных мер (гл.8 АПК РФ). Направление истцом досудебной претензии и 30-ти дневное ожидание ответа на неё не позволит обеспечить эффект внезапности, важный при заяв-

лении обеспечительных мер (особенно касающихся ареста денежных средств на банковском счете). С учетом изложенного, видится необходимым ведение нормотворческой работы над актуализацией норм ст.99 АПК РФ о предварительных обеспечительных мерах.

4. Законодатель установил общий срок рассмотрения ответчиком досудебной претензии в 30 календарных дней со дня направления претензии. При этом в законе содержится оговорка: "если иные срок и (или) порядок не установлены законом либо договором". Очевидно, что законодатель позволяет сторонам сократить или удлинить срок рассмотрения претензии⁷. Однако из текста закона не ясно: могут ли стороны в принципе исключить обязательность для себя какого-либо досудебного порядка. Полагаем, что буквальное толкование закона с учетом пояснительной записки к нему приводят к выводу об императивности нормы. В связи с этим в случае исключения сторонами в тексте договора данной нормы, продолжит действовать общее правило о 30-ти дневном сроке рассмотрения досудебной претензии.

5. Из предыдущего вопроса вытекает следующий: если считать направление претензии общей универсальной мерой по досудебному урегулированию спора, то какой "иной" порядок могут установить стороны? Пояснительная записка к закону не дает ответа на данный вопрос. Полагаем, что речь может идти: 1) о досудебных переговорах, ход которых фиксируется протоколами или иными способами фиксации, и общая продолжительность которых согласуется сторонами в договоре; 2) о консультациях с участием посредников (медиаторов) и т.п.

Таким образом, проведенный нами в первом приближении анализ текста закона о введении обязательного досудебного порядка урегулирования спора позволил обратить внимание на ряд проблем, которые могут возникнуть в правоприменительной практике. Полагаем что в будущем должны появиться соответствующие разъяснения со стороны Верховного Суда РФ.

¹ См. текст пояснительной записки на [http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(Spravka\)?OpenAgent&RN=638178-6](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=638178-6).

² Последнее может быть основано как на уверенности в собственной правоте (например, уверенность в качестве поставленной продукции), так и не иметь под собой такого основания.

³ См. ст.333 ГК РФ в ред. Федерального закона от 08.03.2015 № 42-ФЗ.

⁴ См. ст.333.21 НК РФ в ред. Федерального закона от 28.06.2014 № 198-ФЗ.

⁵ О некоторых вопросах применения законодательства о возмещении издержек, связанных с рассмотрением дела: постановление Пленума Верховного суда РФ от 21 янв.2016 г. № 1 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶ Обращаем внимание, что указанный тезис справедлив только в случае, когда истец заблаговременно и добросовестно направляет исковое заявление с тем, чтобы ответчик имел возможность адекватно на него среагировать.

⁷ В настоящей статье мы не будем касаться анализа злоупотреблений сторон при указании в договоре неразумно коротких, равно как и чрезмерно продолжительных сроков рассмотрения претензии. Первое не позволит добросовестному ответчику среагировать на претензию, второе существенно затруднит для истца реализацию права на судебную защиту.

А. В. Лапенков
*Московский государственный
юридический университет им. О. Е. Кутафина (МГЮА),
г. Москва*

ДОБРОВОЛЬНОЕ ПРЕДЛОЖЕНИЕ О ПРИОБРЕТЕНИИ БОЛЕЕ 30 % АКЦИЙ ПУБЛИЧНОГО ОБЩЕСТВА: ОСНОВАНИЯ И ПРОЦЕДУРА

Российское законодательство определяет несколько пороговых значений доли акционера во владении обществом: это 30, 50, 75 и 95 %. Те, чья доля 30 % не достигла, вправе направить всем акционерам добровольное предложение о выкупе их пакетов акций. Добровольное предложение – это публичная оферта, направляемая лицом, имеющим намерение приобрести более 30 % общего количества акций общества (с учетом акций, уже принадлежащих этому лицу и его аффилированным лицам) через акционерное общество в адрес акционеров-владельцев соответствующих видов (типов) и категорий акций, о приобретении принадлежащих им акций общества. При этом направить добро-

вольное предложение может любое лицо. Нет требования, чтобы такое лицо уже являлось акционером общества.

Федеральным законом от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее – Закон) предусмотрен определенный порядок приобретения лицом более 30 % акций публичного акционерного общества. Согласно Закону их можно приобрести в рамках добровольного предложения.

Положения, регулирующие такое предложение, устанавливают основания, порядок направления, содержание и акцепт добровольного предложения акционерами, желающими продать свои акции.

На основании ст. 84.1 Закона можно выделить 4 основания, при которых лицо имеет право направить добровольное предложение о выкупе акций:

- 1) лицо намеревается приобрести более 30 % акций публичного акционерного общества;
- 2) лицо является акционером публичного акционерного общества и намеревается приобрести дополнительный пакет акций, в результате чего станет владельцем более 30 % акций данного общества;
- 3) лицо намеревается приобрести акции публичного акционерного общества, акционерами которого являются его аффилированные лица и в результате такой покупки общее количество акций лица и его аффилированных структур превысит 30 % акций такого общества;
- 4) лицо является акционером публичного акционерного общества и намеревается приобрести дополнительный пакет акций, в результате чего станет владельцем более 30 % акций общества с учетом акций, принадлежащих его аффилированным лицам.

Процедуру выкупа же обычно делят на 6 этапов¹:

Первый этап включает в себя подготовку добровольного предложения о приобретении более 30 % акций публичного акционерного общества.

Лицо, желающее приобрести более 30 % обыкновенных и (или) привилегированных акций публичного общества (далее – оферент), имеет право (не обязан) направить в данное общество публичную оферту (добровольное предложение).

1) В соответствии с п. 2 ст. 84.1 Закона добровольное предложение должно содержать:

А) имя или наименование лица, направившего добровольное предложение, а также информацию о месте его жительства или нахождения (с учетом информации об аффилированных лицах, если такие лица являются акционерами публичного акционерного общества);

Б) количество акций публичного общества, принадлежащих лицу, направившему добровольное предложение, а также его аффилированным лицам;

В) вид, категории (тип) и количество приобретаемых ценных бумаг.

Г) предлагаемую цену приобретения ценных бумаг или порядок ее определения. Если в добровольном предложении указан порядок определения цены приобретаемых ценных бумаг, то цена приобретения ценных бумаг этого вида, категории (типа) должна быть единой для всех их владельцев;

Д) срок, порядок и форму оплаты приобретаемых ценных бумаг;

Е) срок принятия добровольного предложения (срок, в течение которого заявление о продаже ценных бумаг должно быть получено лицом, направившим добровольное предложение), не может быть менее чем 70 дней и более чем 90 дней с момента получения добровольного предложения публичным обществом;

Ж) сведения о лице, направившем добровольное предложение, подлежащие указанию в распоряжении о передаче ценных бумаг;

З) сведения о гаранте, предоставившем банковскую гарантию и об условиях банковской гарантии;

И) если лицо, направившее добровольное предложение, действует в интересах третьих лиц, но от своего имени, в добровольном предложении должно быть указано также имя или наименование лица, в интересах которого действует лицо, направившее добровольное предложение;

К) в добровольном предложении, касающемся приобретения ценных бумаг, обращающихся на организованных торгах, должна содержаться сделанная Банком России отметка о дате представления ему предварительного уведомления;

2) Лицо, направляющее добровольное предложение владельцам ценных бумаг может предоставить выбор по способу оплаты их акций – деньгами или другими ценными бумагами. Однако в добровольном предложении оплата акций другими ценными бумагами может быть предусмотрена только как альтернатива денежной выплате.

Второй этап состоит из направления добровольного предложения о приобретении более 30 % акций публичного акционерного общества.

До направления в публичное акционерное общество предложение должно быть представлено в Центральный банк России, и в случае отсутствия предписаний регулятора в течение 15 дней направлено в общество.

Законодатель, в свою очередь, не устанавливает конкретных способов направления предложения в общество. Представляется, что оно должно быть направлено таким образом, чтобы можно было подтвердить факт отправки. На практике же наиболее распространенные способы направления предложений в общества следующие:

- 1) почтовой связью (заказным письмом с уведомлением о вручении) по адресу единоличного исполнительного органа, содержащемуся в Едином государственном реестре юридических лиц;
- 2) вручение под подпись:
 - единоличному исполнительному органу;
 - председателю совета директоров (наблюдательного совета);
 - корпоративному секретарю;
 - иному лицу, уполномоченному принимать корреспонденцию, адресованную публичному акционерному обществу.

Лицо, направившее добровольное предложение, лишается права приобретать акции, в отношении которых оно сделано, на иных условиях до истечения срока принятия предложения.

Помимо этого, oferent обязан раскрывать информацию в соответствии с п. 24 ст. 30 Федерального закона от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»:

- 1) о направлении добровольного предложения в Центральный банк.
- 2) содержание добровольного предложения.

В свою очередь, общество после получения добровольного предложения о приобретении более 30 % акций, должно совершить следующие обязательные действия:

- 1) принять рекомендации в отношении полученного предложения.
- 2) в течение 15 дней с даты получения добровольного предложения направить его владельцам ценных бумаг (в случае, если лицо не зарегистрировано в реестре акционеров, направить в центральный депозитарий), которым оно адресовано.

Процедура направления информации в центральный депозитарий получила регламентацию в июне 2016 г.² Эмитент предоставляет центральному депозитарию следующую информацию, связанную с осуществлением права продать акции и эмиссионные ценные бумаги, конвертируемые в такие акции, лицу, сделавшему добровольное предложение об их приобретении в соответствии со ст. 84.1 или 84.2 Закона:

А) о поступлении эмитенту добровольного предложения, предусмотренного ст. 84.1 или 84.2 Закона и внесенных в указанное добровольное предложение изменениях;

Б) о направлении эмитентом владельцам ценных бумаг поступившего ему добровольного предложения о приобретении акций и эмиссионных ценных бумаг, конвертируемых в акции, предусмотренного ст. 84.1 или 84.2 Федерального закона «Об акционерных обществах», внесенных в указанное добровольное предложение изменениях,;

В) о поступлении эмитенту отчета об итогах принятия добровольного предложения о приобретении акций и эмиссионных ценных бумаг, конвертируемых в акции.

3) осуществить раскрытие информации о существенных фактах поступившего в общество предложения.

Третий этап не является обязательным, но зачастую применяется на практике и заключается во внесении изменений в добровольное предложение о приобретении более 30 % акций публичного общества

Согласно ст. 84.4 Закона лицо, направившее добровольное предложение, вправе внести в него изменения, касающиеся увеличения цены приобретаемых ценных бумаг и (или) сокращения сроков их оплаты.

Кроме того, в случае поступления в публичное акционерное общество конкурирующего предложения лицо, направившее добровольное предложение, вправе продлить срок его принятия, но не более чем до момента истечения срока принятия конкурирующего предложения.

Вносимые в добровольное предложение изменения имеют силу для всех владельцев ценных бумаг, в том числе для владельцев ценных бумаг, направивших заявление о продаже ценных бумаг до изменения соответствующего предложения³.

Четвертый этап состоит из направления акционерами публичного акционерного общества заявлений о продаже акций в рамках добровольного предложения о приобретении более 30 % акций общества.

Владельцы ценных бумаг, которым адресовано добровольное предложение, вправе принять его путем подачи регистратору публичного акционерного общества заявления о продаже ценных бумаг

(в случае, если акционер не зарегистрирован в реестре акционеров, то он направляет своему номинальному держателю инструкцию о корпоративных действиях).

Согласно п. 4 ст. 84.3 Закона в заявлении указывается следующая информация:

- Сведения, позволяющие идентифицировать владельца ценных бумаг;
- Вид, категория (тип) и количество ценных бумаг, которые владелец ценных бумаг согласен продать;
- Форма их оплаты.

Пятый этап – приобретение акций на основании заявлений акционеров публичного акционерного общества о продаже в рамках добровольного предложения о приобретении более 30 % акций.

Выплаты владельцам акций, зарегистрированным в реестре акционеров публичного общества, производятся путем перечисления денежных средств на банковские счета, реквизиты которых имеются у регистратора общества.

Лицам, не зарегистрированным в реестре акционеров публичного общества, оплата осуществляется путем перечисления денежных средств на банковский счет центрального депозитария.

После исполнения лицом, направившим добровольное предложение, обязанностей по выплате денежных средств или зачислению ценных бумаг продавцу, а также направлению в общество и Центральный банк отчета об итогах принятия соответствующего предложения, регистратор публичного общества обязан внести запись о переходе прав на продаваемые акции.

Шестой и завершающий этап процедуры выкупа ценных бумаг – это направление отчета об итогах принятия добровольного предложения о приобретении более 30 % акций публичного акционерного общества.

Согласно п. 9 ст. 84.3 Закона, лицо, направившее добровольное предложение, не позднее чем через 30 дней с даты истечения срока его принятия обязано направить в общество и Центральный банк отчет об итогах принятия предложения.

Закон об АО не устанавливает способа направления отчета об итогах принятия добровольного предложения, поэтому представляется, что он должен быть направлен таким же образом, как и направление в общество добровольного предложения, а именно:

1. Направление почтовой связью
2. Вручение под подпись лицу, уполномоченному принимать корреспонденцию.

Если выявлен факт неисполнения лицом обязанности по направлению данного отчета, Банк России в течение 15 дней с даты установления такого факта направляет этому лицу предписание об устранении нарушений законодательства Российской Федерации.

Как следует из вышесказанного, процедура добровольного предложения достаточно подробно регламентирована законодателем и становится обязательной после направления такого предложения в общество.

Вопрос о добровольном и обязательном выкупе акций является весьма актуальной темой последних лет в российском законодательстве. Сегодня законодатель активно работает над совершенствованием нормативной базы и повышением качества нормативно-правовых актов, во избежание злоупотребления законами, минимизации рисков рейдерских захватов обществ, а также для защиты прав акционеров.

¹ *Путеводитель* по корпоративным процедурам. Порядок приобретения более 30 процентов акций публичного акционерного общества путем направления добровольного предложения (Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»).

² *О перечне* информации, связанной с осуществлением прав по ценным бумагам, предоставляемой Эмитентами Центральному депозитарию, порядке и сроках ее предоставления, а также о требованиях к порядку предоставления Центральным депозитарием доступа к такой информации: положение ЦБ РФ от 1 июня 2016 г. № 546-П.

³ *О требованиях* к порядку совершения отдельных действий в связи с приобретением более 30 процентов акций акционерного общества и об осуществлении государственного контроля за приобретением акций акционерного общества: положение Банка России от 5 июля 2015 г. № 477-П.

СУЩЕСТВЕННЫЕ УСЛОВИЯ МЕДИАТИВНОЙ ОГОВОРКИ

Обсуждаемая в теории процессуального права природа процессуальных соглашений на данном этапе развития научной мысли позволяет утверждать, что такие соглашения сочетают в себе материальный и процессуальный аспект. В таком случае считаем позволительным заимствовать наработки теории гражданского права о существенных условиях договора при рассмотрении соглашений, заключаемых в процедуре медиации.

Существенными являются условия, которые необходимы и достаточны для заключения договора. Исходя из положений ГК (ст. 432) можно выделить три группы существенных условий договора: 1) условия о предмете договора; 2) условия, которые названы в законе в качестве необходимых для данного вида договора; 3) условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение¹.

Рассмотрим последовательно указанные виды существенных условий на примере соглашения о применении процедуры медиации.

Предмет договора уточняется В.В. Витрянским как предмет обязательства, вытекающего из договора и представляет собой действия (или бездействие), которые должна совершить обязанная сторона (или соответственно воздержаться от их совершения)². По мнению М.Н. Семякина, в качестве предмета договора могут выступать различные блага, в том числе вещи, результаты работ, услуги, ценные бумаги³. Указанные характеристики представляют собой два направления в понимании предмета в теории гражданского права.

Обратимся к дефиниции медиативной оговорки. Соглашение о применении процедуры медиации – соглашение сторон, заключенное в письменной форме до возникновения спора или споров (медиативная оговорка) либо после его или их возникновения, об урегулировании с применением процедуры медиации спора или споров, которые возникли или могут возникнуть между сторонами в связи с каким-либо конкретным правоотношением (п. 5 ст. 2 ФЗ от 27.07.2010 № 193-ФЗ (ред. от 23.07.2013) «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»⁴, далее – Закон и медиации). Приведенное положение закона позволяет назвать предметом медиативной оговорки *действие по урегулированию спора посредством медиации*. Проблематично в качестве предмета назвать какой-либо результат услуги, поскольку исходя из смысла процедуры медиации, рассматриваемый этап является начальным, несмотря на это предусмотрена письменная форма медиативной оговорки.

Вторую группу условий возможно установить из содержания специального закона, и, в первую очередь, из приведенной выше дефиниции, поскольку, по замечанию В.В. Витрянского, среди всех условий всякого договора необходимо выделять те, которые составляют видообразующие признаки соответствующего договорного обязательства (отражают природу договора) и поэтому включаются законодателем в само определение того или иного договора. Такие условия, бесспорно, являются существенными условиями договора, ибо, называя их (включая в определение договора), законодатель тем самым дает понять, что указанные условия необходимы для данного вида договорного обязательства⁵.

Дефиниция указывает на такое существенное условие, как конкретное правоотношение, из которого может возникнуть спор. Анализ иных положений Закона о медиации не выявил иных существенных условий.

Третий блок условий традиционно в любом виде договоров является самым обширным. В сущности, таковыми могут стать диспозитивные нормы, регулирующие правоотношение, а также в силу принципа свободы договора любые условия, сформулированные сторонами в качестве модели поведения и отсутствующие в нормативных актах.

Остановимся на анализе диспозитивных положений Закона о медиации, которые можно обговаривать сторонам в медиативной оговорке.

Во-первых, это условие о сроке, в течение которого сторона, получившая предложение об обращении к процедуре медиации, должна дать ответ (ч. 5 ст. 7 Закона о медиации).

Во-вторых, условие о запрете обращаться в Государственный суд в период проведения процедуры медиации (ст. 4 Закона о медиации).

В-третьих, отказаться от правила конфиденциальности (ст. 5 Закона о медиации).

В-четвертых, кандидатура медиатора.

Было бы правильным в ст. 7 Закона о медиации указать перечень возможных условий, уместных для медиативной оговорки.

¹ См. *Гражданское право: учебник в 2 т.* / под ред. Б.М. Гонгало. М.: Статут, 2016. Т. 2. С. 156–157.

² См. *Витрянский В.В.* Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М.: Статут, 2016 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³ *Гражданское право: учеб. в 2 т.* / под ред. Б.М. Гонгало. М.: Статут, 2016. Т. 2. С. 157.

⁴ *Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации):* Федер. закон от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ (ред. от 23.07.2013) // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵ *Витрянский В.В.* Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М. СТАТУТ, 2016 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

И. А. Маньковский

*Международный университет «МИТСО»,
г. Минск*

ИМПЕРАТИВНЫЕ НОРМЫ КАК ПРАВОВОЕ СРЕДСТВО РЕГУЛИРОВАНИЯ ЭКОНОМИЧЕСКИХ ОТНОШЕНИЙ

Гражданское право, как отрасль, использующая диспозитивный метод правового регулирования, содержит большое количество императивных норм, предназначение и процедура применения которых существенно отличается от предназначения и процедуры применения норм диспозитивных, что послужило основанием проведения исследования места и предназначения императивных норм в системе гражданского права. Гражданское право как основная отрасль частного права используется государством в процессе регулятивного воздействия на участников экономической деятельности, которое может быть прямым, квазирегулированием, сорегулированием¹. Осуществление экономической деятельности сопряжено с возможностью причинения вреда государству, обществу что предопределяет необходимость государственного вмешательства в частные дела посредством включения в состав гражданского права императивных норм.

Интерес государства в надлежащем развитии общественных отношений, регулируемых нормами гражданского права, занимает не меньшую долю, чем интерес частный, интерес отдельных субъектов, которые, в свою очередь, заинтересованы в эффективной деятельности государства по защите их прав и законных интересов. Гарантированная реализация государственного интереса в процессе участия частных лиц в экономической деятельности, по нашему мнению, возможна только одним путем – посредством использования в процессе гражданско-правового регулирования, наряду с диспозитивными, обязательных для исполнения императивных норм, не предполагающих самостоятельной деятельности субъектов по установлению своих прав и обязанностей.

Гражданско-правовые императивные нормы отличаются от диспозитивных используемыми в них формулировками и предоставляемыми субъектам возможностями. Содержательно императивная норма представляет собой необходимый государству вариант поведения субъектов и не содержит каких-либо дополнительных указаний по ее применению, свойственных диспозитивным нормам. Отличительной особенностью императивных норм является то, что субъекты, вступившие в гражданско-правовое отношение либо, когда это необходимо, принявшие решение о применении императивной нормы, обязаны в точности соблюдать ее предписания.

Следовательно, императивные гражданско-правовые нормы используются в том случае, когда необходимо направить поведение субъектов в нужном государству русле, создать правовые условия участия в экономической деятельности, гарантирующие желаемый правовой и фактический (экономический) результат².

Необходимо отметить, что в состав гражданского права включено несколько типов императивных норм, которые отличаются друг от друга, в первую очередь, направленностью регулятивного воздействия, на что, в частности, указывает М.И. Брагинский, согласно утверждению которого императивные правовые нормы используются в гражданском праве для защиты слабой стороны договорных правоотношений, защиты интересов третьих лиц, защиты действующего правопорядка и иных ценностей, имеющих особую общественную значимость³.

Императивные нормы гражданского права также отличаются друг от друга обязательностью и процедурой их применения: независимо от воли субъектов во всех случаях участия в гражданско-правовых отношениях; независимо от воли субъектов, в отношении которых применяются, но в определенных случаях и определенными субъектами; могут не применяться субъектами посредством добровольного отказа от реализации предоставленных такими нормами субъективных гражданских прав.

Общей целью включения императивных норм в систему гражданского права можно считать создание правовой основы необходимого государству гражданского правопорядка.

Императивные правовые нормы гражданского права, объединенные в самостоятельную группу в рамках группы, дифференцируются на три типа.

Первый тип составляют императивные нормы, применение которых является обязательным для всех субъектов независимо от их воли. Анализируемые нормы представляют собой нормы всеобщего действия и служат цели создания определенной обязательной для субъектов модели поведения, не содержат запретов, не направлены непосредственно на защиту слабой стороны правоотношения. Императивные нормы первого типа по порядку применения похожи на императивные нормы публично-правовых отраслей и служат цели создания общей обязательной модели поведения субъектов в рамках установленного государством правопорядка, вследствие чего их следует квалифицировать как регулятивные (например: нормы ст. 3 ГК Республики Беларусь (ст. 3 ГК РФ); ст. 6 ГК Республики Беларусь (ст. 7 ГК РФ) и некоторые др.). Применение вместо императивных исключительно диспозитивных правовых норм в названных случаях гражданско-правового регулирования существенно затруднило бы процессе реализации правовых норм и судопроизводства в случае разрешения судом спора о праве гражданском. Отличительной чертой императивных норм первого типа является необходимость их применения и неукоснительного соблюдения всеми субъектами во всех случаях участия в гражданско-правовых отношениях.

Второй тип императивных норм составляют нормы, устанавливающие различного рода запреты и ограничения, возлагающие определенные обязанности, вытекающие из противоправного поведения. К указанным относятся, например, нормы, закрепленные в п. 3 ст. 5 ГК Республики Беларусь, запрещающие применение по аналогии норм, ограничивающих гражданские права и устанавливающих ответственность, нормы п. 1 ст. 9 ГК Республики Беларусь (п. 1 ст. 10 ГК РФ), устанавливающие общий запрет злоупотребления правом, под которым в том числе понимаются действия, совершаемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу⁴. Императивные нормы анализируемого типа направлены на предупреждения такого поведения субъектов, которым может быть причинен вред другим лицам, обществу, государству и наряду с превенцией асоциального поведения применяются для создания правовых условий надлежащей защиты нарушенных прав. Отличительной особенностью норм анализируемого типа является их направленность на охрану установленного при помощи норм первого типа правопорядка, что дает основание классифицировать императивные нормы второго типа как охранительные.

Нормы второго типа подлежат применению не во всех случаях и не всеми субъектами, а только в случае нарушения непосредственно указанных норм или иных норм, но в случаях, предусмотренных указанными нормами. Например, нормы п. 1 ст. 9 ГК Республики Беларусь могут быть применены: только в том случае и порядке, если: 1) участник гражданско-правовых отношений злоупотребит принадлежащим ему субъективным правом; 2) чем причинит вред другому лицу; 3) только судом и 4) только по заявлению лица, чье право нарушено.

В отличие от охранительных императивных норм гражданского права охранительные императивные нормы публично-правовых отраслей, например, налогового, административного права, в случае их нарушения применяются уполномоченными государственными органами самостоятельно и в обязательном порядке. Отличительной чертой указанных и других императивных норм является, как правило, принудительный порядок применения.

Участники гражданско-правовых отношений могут по взаимному соглашению игнорировать требования императивных норм второго типа и, например, установить для себя в договоре вопреки требованию норм ст. 199 ГК Республики Беларусь (ст. 198 ГК РФ) сокращенный, по сравнению с установленным императивными правовыми нормами, срок для защиты прав по договору. При этом

каждая из сторон договора имеет право в добровольном порядке исполнить достигнутую договоренность, что не противоречит общим началам и смыслу гражданского права в силу того, что защита нарушенных гражданских прав и законных интересов осуществляется государством только по заявлению лица, право которого нарушено.

Вместе с тем, юридически, изменение установленного срока является недействительным, каждая из сторон такого соглашения может в любой момент отказаться от исполнения его условий и обратиться за защитой нарушенного права, руководствуясь сроком для защиты, установленным правовыми нормами. Исполнение договорного условия, являющегося юридически недействительным, возможно только на уровне так называемого «джентльменского соглашения». Приведенная модель поведения субъектов возможна только в случае, когда таким поведением не причиняется вред иным субъектам, в том числе государству.

К третьему типу императивных норм следует отнести нормы, направленные на защиту прав и законных интересов слабой стороны гражданского, как правило, договорного правоотношения. Примером таких норм может служить правило, закрепленное в п. 2 ст. 8 ГК Республики Беларусь, предоставляющее субъектам возможность реализации принадлежащих им субъективных прав, в том числе и права на защиту, даже в случае первоначального отказа от их реализации, в том числе и посредством указания на это в заключенном договоре. Императивные нормы третьего типа отличаются от императивных норм двух других типов целью регулятивного воздействия, которая, по нашему мнению, состоит в том, чтобы предоставить участникам гражданско-правовых отношений, особенно их слабой стороне, максимальные возможности защиты своих нарушенных прав и законных интересов, что указывает на необходимость квалификации анализируемых норм как охранительные.

Императивные нормы третьего типа отличаются от норм первого типа необязательностью применения, а от норм второго типа – порядком и субъектами применения. Так, сторона договора, первоначально отказавшаяся от своих прав на защиту посредством фиксации такого отказа в соглашении сторон, юридически такого права не лишается, что следует из содержания императивной нормы, закрепленной в п. 2 ст. 8 ГК, и, следовательно, в случае нарушения ее прав контрагентом по договору имеет юридически обеспеченную возможность в любое время обратиться в органы судебной власти за защитой. Однако юридически обеспеченную возможность удовлетворения своих исковых требований обратившаяся сторона имеет только в пределах срока, установленного для защиты нарушенного права. По сути, анализируемая императивная норма сохраняет за субъектом помимо его воли легитимную возможность осуществления предоставленных ему субъективных гражданских прав, в том числе право на обращение за защитой к государству, выполняя таким образом охранительную функцию гражданского права. Однако, сохраняя за лицом предоставленные ему субъективные гражданские права даже в случае первоначального отказа от них, указанная норма не возлагает на такое лицо обязанность по их реализации и, следовательно, предоставляет заинтересованному лицу право самостоятельно решать вопрос о ее применении или об отказе от ее применения.

Следовательно, как в случае с нормами второго типа, включенное в договор условие об отказе от своих прав может быть исполнено сторонами договора на уровне «джентльменского соглашения». Аналогичная процедура применения свойственна и иным нормам анализируемого типа, которые применяются непосредственно заинтересованным лицом на основании его добровольно сформированной воли, что отличает императивные нормы третьего типа от норм первого типа, подлежащих неукоснительному применению всеми субъектами и органами судебной власти в процессе разрешения спора о праве гражданском, а также от норм второго типа, применяемых судом, но по заявлению заинтересованной стороны правоотношения.

Из изложенного следует, что императивные нормы анализируемого типа являются гарантом реализации предоставленных ими правовых возможностей, но только в том случае, субъект добровольно не отказался от их реализации.

На основании изложенного можно сделать вывод о том, что закрепленные в Гражданском кодексе императивные нормы, в совокупности составляющие самостоятельную группу, в зависимости от целей регулятивного воздействия, порядка и субъектов применения внутри группы можно дифференцировать на три типа, применение которых позволяет учесть интересы всех субъектов, включая государство.

¹ Петров Д.А. Саморегулирование в системе государственного регулирующего воздействия на общественно-экономические отношения // Юрист. 2013. № 11. С. 8.

² Маньковский И.А. Нормы и источники гражданского права: теоретические основы формирования и применения: монография. Минск: Изд-во Межд. ун-та «МИТСО», 2013. С. 74.

³ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: 5 кн. 2-е изд., испр. М.: Статут, 1999. Кн. 1: Общие положения. С. 92.

⁴ Суботина Е.В. Характеристика шиканы как формы злоупотребления правом // Юрист. 2013. № 5. С. 37.

Е. С. Матишова

Южно-Уральский государственный университет,

г. Челябинск

ТЕХНИЧЕСКИЕ РЕГЛАМЕНТЫ ТАМОЖЕННОГО СОЮЗА В СФЕРЕ ОБОРОТА ПИЩЕВОЙ ПРОДУКЦИИ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМ

На сегодняшний день вопрос о природе и месте международных норм в системе законодательства об обороте пищевой продукции носит как теоретический, так и практический характер. Интеграционные процессы, активной участницей которых является Россия, определили приоритет международных норм в сфере технического регулирования, в частности, в сфере оборота пищевой продукции. Оборота наиболее значимых продуктов питания сегодня регулируется техническими регламентами Таможенного союза (далее – ТР ТС). Вместе с тем неопределенность их правовой природы и юридической силы в системе законодательства Российской Федерации вызывает дискуссии среди теоретиков и практиков.

Так, М.С. Быкова полагает, что технические регламенты, принятые Таможенным союзом, утвержденные Комиссией Таможенного союза (преобразованной впоследствии в Евразийскую экономическую комиссию), «не являются международными договорами и в силу одного только этого обстоятельства не могут обладать приоритетом применения по отношению к российскому законодательству». А.Н. Морозов отмечает, что ТР ТС – это не международные договоры, а международно-правовые акты, в основе которых лежит «согласование интересов государств, достигнутое путем компромиссов и уступок друг другу».

В силу прямого указания ч. 4 ст. 4 ФЗ «О техническом регулировании» от 27.12.2002 № 184-ФЗ (далее – Закон о техническом регулировании) международные договоры РФ в сфере технического регулирования обладают высшей юридической силой, поскольку в случае противоречия закона и международного договора применению подлежит договор. Если из международного договора следует, что для его применения требуется издание внутрисоюзного акта, применяются правила международного договора и принятое на его основе законодательство РФ. В вопросе применения международных договоров следует также учитывать норму ч. 6 ст. 125 Конституции РФ, в соответствии с которой не соответствующие Конституции РФ международные договоры РФ не подлежат введению в действие и применению.

В соответствии со ст. 2 ФЗ от 15.07.1995 № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации» международный договор РФ означает международное соглашение, заключенное РФ с иностранным государством (или государствами), с международной организацией либо с иным образованием, обладающим правом заключать международные договоры, в письменной форме и регулируемое международным правом, независимо от того, содержится такое соглашение в одном документе или в нескольких связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования. ТР ТС принимаются в форме решений. В связи с этим возникает правомерный вопрос, можно ли считать данные решения международными договорами? Полагаем, что ответ на этот вопрос должен быть отрицательным. Как показало исследование ТР ТС в сфере оборота пищевой продукции, все регламенты принимались во исполнение ст. 13 Соглашения о единых принципах и правилах технического регулирования в Республике Беларусь, Республике Казахстан и РФ от 18.11.2010, согласно которой принятие, внесение изменений и отмена ТР ТС входят в полномочия Комиссии Таможенного союза.

Таким образом, ТР ТС фактически являются результатом правотворчества постоянно действующих регулирующих органов Таможенного союза и Единого экономического пространства, имеющих международно-правовой характер. Подписание ТР ТС осуществлялось членами Комиссии Таможенного союза либо членами Совета Евразийской экономической комиссии, которые выступали от имени соответствующей комиссии. Международные договоры вместе с тем подписываются в соот-

ветствии со ст.12, 13 ФЗ «О международных договорах» ограниченным кругом лиц, которые действуют от имени РФ как государства.

Волеизъявление на применение правовых норм Таможенного союза содержится в ч. 3 ст. 5 названного Соглашения, согласно которой со дня вступления в силу ТР ТС на территориях сторон Соглашения соответствующие обязательные требования, установленные законодательствами сторон, не применяются.

В соответствии с решением Комиссии Таможенного союза от 09.12.2011 № 880 «О принятии технического регламента Таможенного союза «О безопасности пищевой продукции» участникам Таможенного союза в срок до 1 июля 2013 г. было поручено обеспечить принятие соответствующего решения о неприменении в отношении продукции, являющейся объектом технического регулирования принятого технического регламента, нормативных правовых актов своих государств. Согласно ст. 3 ТР ТС «О безопасности пищевой продукции» объектами технического регулирования являются пищевая продукция и связанные с требованиями к пищевой продукции процессы производства (изготовления), хранения, перевозки (транспортирования), реализации и утилизации. Однако действующим остаётся Федеральный закон от 02.01.2000 г. № 29-ФЗ «О качестве и безопасности пищевых продуктов», который регулирует эти же объекты.

Важно отметить, что ст. 2 Закона о техническом регулировании определяет технический регламент международного уровня как документ, который принят международным договором Российской Федерации, подлежащим ратификации в порядке, установленном законодательством Российской Федерации, или в соответствии с международным договором Российской Федерации, ратифицированным в порядке, установленном законодательством Российской Федерации. Следовательно, российский законодатель признает технические регламенты, принятые во исполнение ратифицированного Соглашения о единых принципах и правилах технического регулирования в Республике Беларусь, Республике Казахстан и Российской Федерации от 18.11.2010, но вместе с тем не указывает на их верховенство в системе законодательства РФ. Полагаем, что цели ТР ТС не могут быть в полной мере реализованы без признания их верховенства на внутригосударственном уровне.

Российская Федерация являлась также членом ещё одного объединения – ЕврАзЭС. Согласно ст. 1 Соглашения об основах гармонизации технических регламентов государств – членов Евразийского экономического сообщества от 24.03.2005, технический регламент ЕврАзЭС – документ, принятый международным договором в рамках ЕврАзЭС и устанавливающий обязательные для применения и исполнения требования к объектам технического регулирования (продукции, в том числе зданиям, строениям и сооружениям, процессам производства, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации). Вместе с тем не совсем понятно, по каким причинам в рамках Таможенного союза технические регламенты не должны были приниматься международным договором, а в рамках ЕврАзЭС такое требование было установлено.

Между тем следует отметить, что в современной доктрине международного права существует точка зрения, согласно которой «применительно к развитию межгосударственной интеграции строгая дихотомия пределов взаимодействия международного и национального права в современных условиях отсутствует. На ее место приходит не столько разделение какими-либо четкими правовыми границами сфер взаимодействия международного и национального права, сколько их взаимное перекрещивание и многослойность». В этом случае «выполнение международных актов во многом зависит от эффективного современного законодательства, оперативно реагирующего на развитие международно-правовой базы».

Помимо определения формы внешнего выражения ТР ТС существует проблематика и их внутреннего содержания, характеризующего эффективность правового регулирования того круга правоотношений, на которые направлено действие ТР ТС. Так, непосредственные правоприменители отмечают, что содержание ТР ТС в сфере регулирования оборота пищевой продукции вызывает массу неразрешённых пока вопросов. Например, Л. Шалова и В. Гельгор, исследуя ТР ТС «О безопасности пищевой продукции», задаются следующими вопросами: являются ли синонимами понятия «пищевая продукция» и «пищевые продукты»; почему в определении термина «переработка (обработка)» не содержится такой её вид, как замораживание; почему в ст. 8 регламента оливковое масло противопоставляется другим маслам в перечне сырья, не допускаемого для приготовления продуктов детского питания? Вместе с тем авторы отмечают, что ТР ТС «О безопасности пищевой продукции» разрешил многие проблемы, имевшиеся в сфере оборота пищевой продукции.

Следует отметить, что с 01.01.2015 проблемы в сфере оборота пищевой продукции разрешаются в рамках нового интеграционного объединения – Евразийского экономического союза.

ВЕДОМСТВЕННЫЙ КОНТРОЛЬ КАК СРЕДСТВО ПРЕДУПРЕЖДЕНИЯ ПРАВОНАРУШЕНИЙ В ОБЛАСТИ ЗАКУПОЧНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ УЧРЕЖДЕНИЯМИ УИС

Процесс изменения гражданского законодательства в РФ в полной мере затронул и учреждения УИС. Так, в соответствии с федеральным законом от 08.05.2010 № 83-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием правового положения государственных (муниципальных) учреждений»¹ изменился тип учреждений УИС: они стали казенными.

При этом существенным образом изменились условия участия в гражданском обороте учреждений и органов, подразделений конвоирования УИС, активным субъектом которого они являются. Одно из таких преобразований коснулось участия учреждений и органов, подразделения конвоирования УИС при осуществлении закупок товаров, работ, услуг.

При осуществлении закупок товаров, работ, услуг учреждения УИС обязаны применять положения Федерального закона от 05.04.2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»². Процедура осуществления закупок товаров, работ, услуг в соответствии с указанным законом довольно сложна и противоречива, и сотрудники учреждений, в чьи обязанности входит работа по размещению заказов и принятию заявок, не всегда в состоянии принять квалифицированное решение. В результате совершения ошибок при размещении заказов на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг возникают ситуации несвоевременного либо неэффективного расходования бюджетных средств. Так, за 2014 г. в контролируемые органы было направлено 8 жалоб на действия учреждений ГУФСИН России по Пермскому краю в ходе осуществления закупочной деятельности. Из них 7 жалоб были признаны обоснованными.

По итогам рассмотрения указанных жалоб были выписаны предписания на устранение нарушений законодательства. В результате неквалифицированных действий представителей учреждений ГУФСИН России по Пермскому краю несвоевременно были освоены бюджетные средства.

Анализируя нарушения, можно прийти к выводу, что большая часть из них была совершена в результате отсутствия необходимой квалификации.

Таким образом, возникает необходимость в проведении мероприятий по повышению квалификации сотрудников учреждений. В то же время очевидно, что процесс повышения квалификации представляет собой процедуру не достаточно длительную. Следовательно, возникает проблема снижения рисков нарушения законодательства в сфере закупок в этот переходный период.

Одним из способов решения поставленной проблемы является осуществление мероприятий по проведению контроля над учреждениями ФСИН со стороны вышестоящего органа для недопущения случаев нарушения законодательства.

Контроль в сфере осуществления закупок товаров, работ, услуг федеральными казенными учреждениями ФСИН России представляет собой контроль за законностью и целесообразностью действий в области распределения и использования денежных средств федерального бюджета в целях эффективного решения задач, стоящих перед вышеназванными учреждениями. Его роль выражается в том, что при осуществлении контроля проверяются, во-первых, соблюдение установленного порядка в процессе закупок товаров, работ, услуг казенными учреждениями и, во-вторых, экономическая обоснованность и эффективность осуществляемых действий, соответствие их поставленным задачам. Таким образом, контроль служит важным способом обеспечения законности и целесообразности проводимой учреждениями деятельности в сфере осуществления закупок.

Контроль можно подразделить по различным критериям: времени, задачам, целям, субъектам, объектам, методам. В рамках обозначенной нами проблемы, наибольший интерес представляет субъектный и временной варианты классификации. По субъектному признаку контроль в сфере закупок товаров, работ, услуг может быть государственным и ведомственным. По временному – предварительным, текущим и последующим. Учитывая правовой статус территориальных органов, а также

цель проведения контроля – предупреждение возможных нарушений законодательства, целесообразно применить ведомственный предварительный и текущий контроль. Практически реализация данного предложения заключается в следующей процедуре.

В территориальном органе приказом начальника создается рабочая группа, в задачу которой входит осуществление предварительного и оперативного контроля над процедурой проведения закупок подведомственными учреждениями конкурентными способами определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей). В состав рабочей группы входят наиболее квалифицированные сотрудники территориального органа по различным сферам деятельности (отделение государственных закупок, бухгалтерия, юридический отдел, финансово-экономический отдел, тыловая служба, отдел безопасности и т.д.). Перед размещением информации о закупке в единой информационной системе учреждение направляет на согласование в территориальный орган весь пакет документов, необходимый для осуществления процедуры торгов. Сотрудники рабочей группы, каждый в рамках своей специализации, проверяют документацию и предлагают свои рекомендации по корректировке документации. После согласования всех вопросов учреждение размещает информацию о закупке в единой информационной системе и проводит процедуру торгов. В ходе проведения закупки участники рабочей группы осуществляют оперативный контроль над процедурой проведения торгов для своевременной корректировки действий подведомственного учреждения.

Таким образом, риск совершения ошибки со стороны учреждений УИС сводится к минимуму.

Необходимо отметить, что в силу требований норм Федерального закона от 05.04.2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» заказчик (в нашем случае федеральное казенное учреждение) самостоятельно осуществляет действия при проведении процедуры закупки, в том числе, устанавливает требования к закупаемому товару (работе, услуге) и, если это предусмотрено законом, к потенциальному поставщику (подрядчику). Отсюда следует, что члены рабочей комиссии не вправе требовать от учреждения корректировки представленной на согласование документации. Все предложения по внесению изменений в пакет документов должны иметь строго рекомендательный характер. Таким образом, учреждение застраховано от навязывания территориальным органом собственной политики в области осуществления закупок и в то же время получает необходимую методическую помощь от его сотрудников.

В заключение хотелось бы сказать, что подобная методика осуществления предварительного и текущего ведомственного контроля уже применяется в некоторых территориальных органах, и, как показывает практика, количество нарушений, совершенных в сфере закупок товаров, работ, услуг подведомственными учреждениями этих органов, существенно ниже, чем в тех, где данная методика не применяется.

¹ *О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием правового положения государственных (муниципальных) учреждений: Федер. закон от 8 мая 2010 г. № 83-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2010, № 19, ст. 2291.*

² *О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд: Федер. закон от 5 апр. 2013 г. № 44-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013, № 14, ст. 1652.*

Е. А. Останина

*Челябинский государственный университет,
г. Челябинск*

ИНСТИТУТ ЗАЛОГА ПРАВ ПО ДОГОВОРУ БАНКОВСКОГО СЧЕТА: КАК РАЗВИВАЕТСЯ ПРАКТИКА?

Институт залога прав по договору банковского счета для отечественной судебной практики пока является новым и непривычным. При применении норм Гражданского кодекса Российской Федерации об этом виде залога возникают следующие вопросы.

1. Требуется ли открытие залогового счета или же залог прав по договору банковского счета возможен и при отсутствии обособления денег на специальном залоговом счете?

Этот вопрос в ближайшем будущем будет рассмотрен Верховным Судом РФ (Определение Верховного Суда РФ от 16.09.2016 № 305-ЭС16-7885 по делу № А40-57347/2015). Представляется, что обособление денег на специальном залоговом счете необходимо для индивидуализации предмета залога.

Судебная практика и ранее склонялась к тому, что залоговый счет – это условие, без которого нет залога прав по договору банковского счета.

Например, в Постановлении Седьмого арбитражного апелляционного суда от 16.04.2015 № 07АП-2260/2015 по делу № А45-19668/2014 отмечается, что «денежные средства не могут быть переданы в залог иначе, чем путем открытия банком клиенту залогового счета». Также к выводу о том, что без залогового счета нет залога прав по договору банковского счета пришел и 17 ААС (Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 10.09.2015 №17АП-9843/2015-ГК по делу №А60-9815/2015).

2. Должен ли залоговый счет открываться заново, или уже существующий счет – расчетный, депозитный и т.д. – можно преобразовать в залоговый счет?

В полном соответствии с принципом свободы договора банковская и судебная практика допускает и тот, и другой вариант. Гражданское законодательство не содержит на этот счет никаких императивных указаний.

Следовательно, допускается и заключать договор залогового счета заново, и изменять уже существующий договор (договор расчетного счета, договор банковского вклада и т.д.), дополняя его условием о том, что вся денежная сумма на счете или ее определенная часть находится в залоге.

Так, по одному из дел суд установил, что с момента заключения договора залога ранее существовавший депозитный счет клиента был преобразован сторонами в залоговый счет.

«Залог на основании договора залога прав по договору банковского счета, записано в статье 358.11 ГК РФ, возникает с момента уведомления банка о залоге прав и предоставления ему копии договора залога. В случае, если залогодержателем является банк, заключивший с клиентом (залогодателем) договор залогового счета, залог возникает с момента заключения договора залога прав по банковскому счету» (Постановление Шестого арбитражного апелляционного суда от 21.09.2015 № 06АП-4562/2015 по делу № А16-329/2015).

Императивная норма закона состоит в том, что права по договору банковского счета могут быть предоставлены в залог лишь при условии открытия банком клиенту залогового счета (п. 1 ст. 358.9 ГК).

Таким образом, законодательство требует открытия залогового счета (или изменения уже существующего счета путем превращения его в залоговый счет).

Из ст. 358.9 ГК следует, что залогодателем может быть как юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, так и гражданин, не осуществляющий предпринимательской деятельности. Согласно п. 8 ст. 358.9 ГК, правила ГК о залоге прав по договору банковского счета применяются и к залого прав по договору банковского вклада.

Однако для защиты граждан в законодательстве об исполнительном производстве и в процессуальном законодательстве установлены определенные льготы, касающиеся обращения взыскания на имущество гражданина.

3. Как соотносятся нормы о залоге прав по договору банковского счета с правилами ст. 444 ГПК?

Общее дозволение заключать договор о залоге прав по договору банковского вклада с гражданами делает необходимым решение вопроса о том, насколько распространяются на отношения по договору залога прав по вкладу нормы закона «О защите прав потребителя».

Модельные правила европейского частного права устанавливают некоторые ограничения для залога, предоставленного должником-потребителем (п. IX.-2:107)¹. Он действителен постольку, поскольку одновременно соблюдаются два следующих условия. Первое условие состоит в том, что имущество, подлежащее обременению, должно быть индивидуально определено. Второе требование состоит в том, что имущество, собственником которого потребитель не является в момент заключения договора о реальном обеспечении (за исключением прав требования по денежным обязательствам), может быть обременено только для обеспечения кредита, получаемого потребителем на приобретение этого имущества. Пунктом 2 параграфа IX.-2:107 установлено также правило, согласно которому права на получение будущей зарплаты, пенсии и подобных доходов не могут быть обременены постольку, поскольку они служат источником существования обеспечительного должника – потребителя и его семьи.

Правила о залоге безналичных денежных средств никаких ограничений не содержат. В п. 8 ст. 358.9 ГК лишь установлено, что «...правила ГК о залоге прав по договору банковского счета соответ-

ственно применяются к залогом прав по договору банковского вклада». Гипотетически может случиться, что в залоге окажутся и деньги, выступающие в качестве средств к существованию – пенсии, стипендии, зарплата гражданина.

Согласно ст. 446 ГПК, не может быть обращено взыскание на деньги на общую сумму не менее установленной величины прожиточного минимума самого гражданина-должника и лиц, находящихся на его иждивении.

Следовательно, принимая в залог от гражданина права по договору банковского вклада, банк должен либо убедиться, что данный вклад не является для гражданина единственным, либо оставлять при списании остаток, соответствующий ст. 446 ГПК РФ.

4. Допускается ли исполнение инкассовых поручений, если после списания на залоговом счете останется меньше фиксированной суммы, указанной в договоре залога?

Согласно п. 1 ст. 358.12 ГК, залогодатель вправе свободно распоряжаться денежными средствами на залоговом счете, если иное не предусмотрено договором залога прав по соответствующему договору банковского счета или законом.

После получения банком письменного уведомления в письменной форме от залогодержателя о неисполнении или ненадлежащем исполнении должником обеспеченного залогом обязательства банк не вправе исполнять распоряжения залогодателя, в результате исполнения которых сумма денежных средств на залоговом счете станет ниже суммы, эквивалентной размеру обеспеченного обязательства, указанному в договоре залога.

Таким образом, если договором предусмотрен залог фиксированной денежной суммы, залогодатель вынужден будет согласовывать с залогодержателем каждое списание, после которого остаток на счете станет меньше фиксированной суммы.

Банк, осуществивший списание вопреки требованиям пп. 3 и 4 ст. 358.12 ГК, отвечает перед залогодержателем солидарно с залогодателем-клиентом в пределах неправомерно списанных с залогового счета денежных сумм (п. 5 ст. 358.12 ГК).

В случае получения банком от залогодержателя письменного уведомления о неисполнении основного обязательства должником, закон обязывает банк воздержаться от исполнения распоряжений залогодателя (п. 4 ст. 358.12 ГК). Должен ли банк также воздержаться и от исполнения инкассовых поручений?

Важное уточнение содержит ст. 72.1 Федерального закона «Об исполнительном производстве»: Обращение взыскания на денежные средства должника, находящиеся на залоговом банковском счете и не превышающие размера обеспеченного залогом обязательства, допускается только в целях удовлетворения требований по обязательствам, обеспеченным залогом прав по договору банковского счета, а также требований кредиторов, удовлетворяемых преимущественно перед требованиями залогодержателя, при недостаточности у должника иного имущества для полного удовлетворения требований указанных лиц.

Так, согласно одному из дел, суд указал, что «вина банка заключается в том, что в нарушение прямого запрета, установленного Законом об исполнительном производстве, второй ответчик списал с залогового банковского счета денежные средства истца» (Постановление Шестого арбитражного апелляционного суда от 21.09.2015 № 06АП-4562/2015 по делу № А16-329/2015).

Таким образом, хотя залог прав по договору банковского счета выступает очень полезным дополнением к законодательству, детали правового регулирования этого относительно нового института еще предстоит отшлифовать в судебной практике.

¹ *Модельные правила европейского частного права / пер. с англ.; Науч. ред. Н.Ю. Рассказова. – М.: Статут, 2013.*

ЗАКУПОЧНЫЕ И ТОВАРНЫЕ ИНТЕРВЕНЦИИ В РОССИЙСКОМ СЕЛЬСКОМ ХОЗЯЙСТВЕ

Как правило, закупочные и товарные интервенции характеризуются как комплекс мер или как совокупность мероприятий.

Под государственными закупочными интервенциями следует понимать комплекс мер по покупке-продаже товарной и сельскохозяйственной продукции при достижении ценой границ определенного ценового диапазона для выравнивания цены и поддержания доходов сельскохозяйственных товаропроизводителей, а также для регулирования рынка сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия¹.

Под государственными товарными интервенциями понимается комплекс мер, направленных на регулирование рынка сельскохозяйственной продукции, путем продажи продукции из государственного интервенционного фонда (сформированного в ходе государственных закупочных интервенций). Товарные интервенции проводятся в случае недостатка на рынке сельскохозяйственной продукции и повышения рыночных цен сверх уровня, установленного для их проведения².

Е.А. Галиновская дает следующее определение: «Государственные закупочные интервенции – совокупность организованных органами государственной власти мероприятий по покупке и проведению залоговых операций с сельскохозяйственной продукцией. Государственные товарные интервенции в свою очередь – это мероприятия по организации продажи сельскохозяйственной продукции из федерального и региональных продовольственных фондов»³.

На мой взгляд, закупочные и товарные интервенции можно определить как совокупность юридических фактов, связанных с куплей-продажей определенного законодательством вида товара с целью воздействия на рынок.

В настоящее время закупочные и товарные интервенции осуществляются именно в целях регулирования рынка сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия.

Под интервенцией понимается форма государственной поддержки сельских товаропроизводителей, направленная на регулирование цен на рынке сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия и поддержания определенного уровня их доходов⁴.

Продукция, закупаемая на рынке, хранится в специализированном фонде – интервенционном. Под интервенционным фондом следует понимать сельскохозяйственную продукцию, сырье и продовольствие (в том числе зерно), произведенные на территории Российской Федерации и закупленные только у отечественных сельскохозяйственных товаропроизводителей при проведении государственных закупочных интервенций.

Законодательная основа использования товарных и закупочных интервенций заложена в Федеральном законе «О развитии сельского хозяйства». Согласно п. 4 ст. 14 Федерального закона о развитии сельского хозяйства⁵, государственные закупочные интервенции и товарные интервенции в основном проводятся в целях стабилизации рынка зерна: пшеницы продовольственной и фуражной, ячменя фуражного, ржи и кукурузы.

В России утверждены Правила государственных закупочных и товарных интервенций (далее – Правила)⁶.

Государственные закупочные интервенции осуществляются путем закупки сельскохозяйственной продукции для формирования интервенционного фонда сельскохозяйственной продукции, а государственные товарные интервенции – путем продажи указанной продукции из этого фонда.

При проведении государственных закупочных интервенций сельскохозяйственная продукция закупается только у российских сельскохозяйственных товаропроизводителей.

Государственные закупочные интервенции осуществляются, если рыночные цены на сельскохозяйственную продукцию опускаются ниже уровня, установленного для проведения закупочных интервенций (абз. 1 п. 2 Правил).

Отбор государственного агента должен производиться на основе правил и требований, установленных Федеральным законом от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере заку-

пок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», при этом способом определения поставщика государственных услуг должен стать именно конкурс.

На наш взгляд, необходимо разработать типовые договоры:

- между государственным заказчиком и государственным агентом,
- между государственным агентом и хранителем.

Согласно Правилам, государственные закупочные и товарные интервенции осуществляются путем проведения торгов на биржах, имеющих лицензию на организацию биржевой торговли и отобранных на конкурсной основе Министерством сельского хозяйства Российской Федерации на основании договоров, заключенных с ними агентом (п.10), а ранее требовалось согласовать критерии с Федеральной службой по финансовым рынкам.

Сейчас такой биржей является ЗАО «Национальная товарная биржа», торги проходят по Правилам биржевых торгов при проведении государственных закупочных интервенций для регулирования рынка сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия (утв. ЗАО «Национальная товарная биржа» от 27.09.2013, протокол № 4) (ред. от 24.06.2015), в связи с вступлением Крымской Республики в Российскую Федерацию, Крымская аграрная биржа также участвует в интервенциях, на Крымской аграрной бирже утверждены Правила Биржевых торгов при проведении государственных закупочных интервенций для регулирования рынка сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия (утв. Биржевым комитетом Товарной биржи «Крымская аграрная биржа» 26.09.2014).

Приобретение сельскохозяйственной продукции у сельскохозяйственных товаропроизводителей в процессе проведения закупочных интервенций и ее реализация осуществляются в порядке и на условиях, установленных Правительством Российской Федерации (п.5 ст. 14 Федерального закона о развитии сельского хозяйства).

¹ Матигина Е.В., Михалева Т.Н. Комментарий к Федеральному закону от 29 дек. 2006 г. № 264-ФЗ «О развитии сельского хозяйства» (постатейный) // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² Там же.

³ Галиновская Е.А. Комментарий к Федеральному закону «О развитии сельского хозяйства» (постатейный). М.: Юстицинформ, 2009. 72 с.

⁴ Анисимов А.П., Бакирова Р.Т., Рыженков А.Я., Черноморец А.Е. Комментарий к Федеральному закону от 29.12.2006 N 264-ФЗ «О развитии сельского хозяйства» (постатейный) // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵ *О развитии* сельского хозяйства: Федер. закон от 29 дек. 2006 г. № 264-ФЗ (с изм. и доп., вступ. в силу с 13.08.2015).

⁶ *Об утверждении* Правил осуществления государственных закупочных и товарных интервенций для регулирования рынка сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия: постановление Правительства РФ от 3 авг. 2001 г. № 580 (ред. от 04.09.2015) (далее – Правила).

К. М. Радьков

*Международный университет «МИТСО»,
г. Минск*

К ВОПРОСУ О ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОМ СТАТУСЕ ИНДИВИДУАЛЬНОГО ПРЕДПРИНИМАТЕЛЯ

Эволюция гражданских правоотношений влияет на участвующих в них субъектов. Она может создавать одних, вынуждает трансформироваться других и приводит к исчезновению третьих. Это особенно проявляется в сфере предпринимательской деятельности.

Современный этап развития отечественной цивилистики требует выработки новых механизмов изучения предпринимательства. Необходимо переосмысление некоторых положений, связанных с сущностью основополагающих институтов как частноправовых отраслей в общем, так и гражданско-права в частности.

Фактом, определяющим необходимость более детального изучения предпринимательской деятельности, является ситуация, складывающаяся на практике, когда формально различные правоотношения фактически выступают как достаточно схожие. В связи с этим изучения общественных отно-

шений, относящихся к предпринимательским лишь формально, явно недостаточно. Данный тезис является основой авторских рассуждений.

Рассматривая вопрос отождествления различных видов правоотношений в первую очередь приходится говорить о пересечении гражданско-правовых и трудовых отношений. К сожалению, практика идет по пути, когда фактически складывающиеся трудовые отношения формально предстают как гражданско-правовые (т.е. вместо трудового заключается гражданско-правовой договор). При этом принято считать, что правоотношения, оформленные трудовым договором, считаются таковыми уже в силу этого факта. Предпосылок к анализу таких отношений на предмет их соответствия гражданским, а не трудовым не выдвигается в принципе – полагается, что они более предпочтительны для работника.

Это серьезная проблема, во-первых, для трудового права и гражданского права, как отраслей, которые не могут урегулировать общественные отношения, составляющие содержание объекта своего регулирования. Во-вторых, для сторон таких договоров, которые подстраивают свои отношения под нормы той или иной отрасли права, даже в ущерб своим правам и интересам.

В последнее время все чаще возникают ситуации, когда идет отождествление не только трудовых и гражданско-правовых отношений, оформленных договором подряда, но и предпринимательских, когда в них включаются индивидуальные предприниматели. На практике это проявляется в форме того, что в базах вакансий нередки объявления работодателей (нанимателей), где требованием к потенциальному работнику, помимо прочего, является наличие у него зарегистрированного ИП. Сейчас одни и те же отношения могут быть оформлены или трудовым договором, или договором подряда (оказания услуг) с физическим лицом, или договором подряда (оказания услуг) с индивидуальным предпринимателем.

Интересна реакция законодателя на этот счет:

1. Указ Президента Республики Беларусь от 06.06.2005 № 314 «О некоторых мерах по защите прав граждан, выполняющих работу по гражданско-правовым и трудовым договорам» распространяет некоторые социальные гарантии свойственные трудовому законодательству на граждан, работающих по гражданско-правовым договорам. Иными словами, законодатель знает о существовании проблемы, однако вместо ее решения предлагает уменьшить ее негативные последствия.

Более того, ситуация, при которой от потенциального либо действующего работника требуется наличие зарегистрированного ИП, позволяет не применять данный Указ к возникающим отношениям, поскольку он на ИП не распространяется. Таким образом, даже не пытаюсь принять меры по корректному разграничению различных видов общественных отношений, а лишь сделав шаг в направлении унификации прав граждан, работающих по трудовым и гражданско-правовым договорам, законодатель создал новую проблему, полностью не разрешив старую.

2. Другим примером является Закон Республики Беларусь от 04.01.2014 № 125-3 «О физической культуре и спорте». Часть 2 ст. 56 рассматриваемого Закона определяет, что профессиональный спортсмен – спортсмен, для которого занятие профессиональным спортом является основным видом деятельности, осуществляющий деятельность на основании трудового, гражданско-правового договора или в качестве индивидуального предпринимателя и получающий заработную плату и (или) вознаграждение (доход) за спортивную подготовку, участие в спортивных соревнованиях и достигнутые спортивные результаты.

Таким образом, мы снова наблюдаем ситуацию, при которой те или иные общественные отношения будут регулироваться соответствующей отраслью права не в силу объективных признаков, позволяющих отнести данные отношения к какой-либо группе правоотношений, а в силу того, какой тип оформления своих отношений выбрали стороны, что в корне противоречит сущности понятия правоотношения, которое понимается как «требуемая реализуемой нормой права форма взаимоотношений субъектов права в процессе приобретения и использования ими конкретно-определенного субъективного права либо создания или исполнения конкретно-определенной юридической обязанности»¹.

На наш взгляд, такая ситуация недопустима, поскольку действие той или иной нормы права должно осуществляться в силу того, что общественные отношения являются объектом регулирования данной нормы права, а не в силу того, что стороны выбрали данную норму права из множества других как наиболее приемлемую для них. В связи с изложенным крайне удивительно, что такая неопределенность встречается не только в практике (что можно было бы списать на невысокий уровень правовой культуры и правовой грамотности), но и в законодательстве. Более того, сложности отнесения той или иной деятельности к предпринимательской возникают не только непосредственно в общественных отношениях и законодательстве, но и в судебной практике.

Так, хозяйственным (экономическим) судом Гродненской области к ответственности за занятие предпринимательской деятельностью без государственной регистрации по ч. 1-1 ст. 12.7 Кодекса об административных правонарушениях Республики Беларусь (далее – КоАП) был привлечен гражданин Г., который на личном автомобиле перевозил 17 игровых приставок XBOX 360 Kinect, которые, со слов гражданина Г., он приобрел у знакомого и планировал продавать. На основании изложенных фактов, а также чистосердечного признания гражданина Г. судом был установлен факт совершения административного правонарушения, предусмотренного ч. 1-1 ст. 12.7 КоАП, а именно занятие предпринимательской деятельностью без государственной регистрации².

По нашему глубокому убеждению, судом при рассмотрении данного дела была допущена ошибка, которая выражалась в том, что описанная деятельность гражданина Г. не являлась предпринимательской.

Указанные выше противоречия и сложности при разграничении различных видов правоотношений кажутся еще более удивительными с учетом факта того, что в Гражданском кодексе Республики Беларусь (далее – ГК) четко сформулировано понятие предпринимательской деятельности. Часть 2 ст. 1 ГК определяет, что предпринимательская деятельность – это самостоятельная деятельность юридических и физических лиц, осуществляемая ими в гражданском обороте от своего имени, на свой риск и под свою имущественную ответственность и направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи вещей, произведенных, переработанных или приобретенных указанными лицами для продажи, а также от выполнения работ или оказания услуг, если эти работы или услуги предназначаются для реализации другим лицам и не используются для собственного потребления.

При решении вопроса об отнесении той или иной деятельности к предпринимательской признаки, указанные в определении предпринимательской деятельности из ГК, необходимо рассматривать в совокупности, т.е. отсутствие какого-либо признака будет свидетельствовать о том, что такая деятельность не является предпринимательской. Например, несмотря на то, что получение прибыли является основной целью предпринимательской деятельности, при необходимости ее определения, признак получения прибыли должен быть равнозначен признаку предпринимательского риска, который целью предпринимательской деятельности не является, хотя, безусловно, и «сопровождает предпринимательскую деятельность»³.

Возвращаясь к описанному ранее примеру из судебной практики, можно на основании приведенного определения считать, что деятельность гражданина Г. не являлась предпринимательской в силу того, во-первых, что игровые приставки он перевозил (цель перевозки и место назначения судом в материалах дела определены не были), а не продавал, т.е. от таких действий получение прибыли невозможно, следовательно отсутствует и признак риска, а во-вторых, судом не был установлен признак систематичности действий гражданина Г., направленных на получение прибыли. Однако несмотря на отсутствие трех признаков предпринимательской деятельности из указанных в ч. 2 ст. 1 ГК, суд принял решение о признании деятельности гражданина Г. предпринимательской.

К сожалению, подобное ошибочное решение не единично в практике судов Республики Беларусь. В качестве примера можно привести дело, в котором судом к предпринимательской деятельности была отнесена деятельность граждан по сдаче металлолома⁴. На наш взгляд, и этот вид деятельности не может являться предпринимательским, т.к. в такой деятельности отсутствуют признак имущественной ответственности и признак риска лица, сдающего металлолом.

Из изложенного напрашивается неутешительный вывод о системном кризисе в понимании статуса предпринимателя в сфере гражданских и смежных отношений. При этом понятие предпринимательской деятельности и гражданско-правовой статус индивидуального предпринимателя четко закреплены в ГК, поэтому не совсем понятно, вследствие чего возникает такое отождествление.

Предпринимательская деятельность граждан без образования юридического лица – это элемент гражданской дееспособности человека, который возникает с момента государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя (ч. 1 ст. 22 ГК). По общему правилу предпринимательская деятельность граждан без образования юридического лица происходит в порядке, установленном для коммерческих организаций (ч. 2 ст. 22 ГК).

Подводя итог вышесказанному, отметим, что правовые основы индивидуальной предпринимательской деятельности законодательством определены. Разграничение трудовой, гражданско-правовой и предпринимательской деятельности по признакам, указанным в законодательстве, затруднений не вызывает, статус индивидуального предпринимателя в системе гражданских правоотношений определен.

При этом в рамках отечественной правовой системы складывается парадоксальная ситуация: одни и те же общественные отношения могут оформляться как трудовые, как гражданско-правовые с физическим лицом и как с индивидуальным предпринимателем. При этом с сожалением приходится отмечать, что законодатель и правоприменительная практика не всегда последовательно учитывают уже существующие основополагающие правила, регламентирующие предпринимательскую деятельность. Это в конечном итоге может привести к проблеме не только в экономической сфере, но и социальной.

¹ *Нерсесянц В. С.* Общая теория права и государства. М.: ИНФРА-М, 1999. С. 503.

² Архив хозяйственного (экономического) суда Гродненской области за 2013 г. Дело № 20-12Ап/2013.

³ *Золотухин А.В.* К вопросу о понятии и признаках предпринимательского риска // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2015. № 2.

⁴ *Белявский, С.Ч.* Систематическая сдача металлолома физическим лицом является предпринимательской деятельностью // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Н. В. Рубцова

*Новосибирский государственный университет экономики и управления,
г. Новосибирск*

ПЛАНИРОВАНИЕ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ: МИФ ИЛИ РЕАЛЬНОСТЬ?

В России долгое время планирование ассоциировалось с периодом командно-административной экономики.

Действительно, в условиях плановой экономики наряду с договором к регуляторам хозяйственных связей относили и план, при этом план ограничивал регулируемую роль хозяйственного договора¹. Более того, М.И. Брагинский отмечал, что в условиях плановой экономики план может даже заменить договор, возможны, в частности, и бездоговорные поставки². Данную позицию оспаривали многие авторы. Так, А.Г. Быков писал, что распоряжение товарным продуктом (в рамках, определенных плановыми предписаниями) происходит именно по воле хозяйствующих субъектов на основе взаимно согласованного акта, но содержание этой воли уже predeterminedено плановым актом, волей государства³. Учитывая особое значение хозяйственного договора, Д.Н. Сафиуллин подчеркивал, что хозяйственный договор не только законодательный институт (как регулятор хозяйственных связей), но и юридическое действие, формирующее и регулирующее хозяйственную связь⁴. Главный фактор гражданско-правового дозволительного регулирования состоит в наличии у субъектов возможности согласованным волеизъявлением предусматривать в договорах взаимные права и обязанности, вообще не установленные законом, не упоминаемые в нем⁵. В последующем концепция договорного правового регулирования получила широкое развитие.

Для определения сущности хозяйственного договора важен анализ его значения для организации производства, поскольку директивный характер установления условий договора был определяющим в советском хозяйственном праве.

После появления в первой части современного Гражданского кодекса РФ определения предпринимательской деятельности качественно изменилось и отношение к хозяйственному договору. Всё чаще в научной литературе этот термин заменялся на «предпринимательский договор». В связи со сменой экономического курса страны кардинально изменились и признаки предпринимательского договора. Изначально плановость как существенный признак хозяйственного договора в советское время была полностью отменена и фактически забыта. Однако сегодня в условиях экономического кризиса и стремления экономики к новому этапу развития планирование нуждается в новом толковании. Так, Ю.К. Толстой считает непоследовательным игнорирование планово-административных актов: обойти эту проблему, по его словам, в условиях нынешнего кризиса, который неумолимо диктует необходимость усиления вмешательства государства в происходящие экономические и социальные процессы, никак нельзя⁶.

В Федеральном законе от 28 июня 2014 г. № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации»⁷ стратегическое планирование определено как деятельность его участников по

целесолаганию, прогнозированию, планированию и программированию социально-экономического развития, направленная на решение задач устойчивого социально-экономического развития. Сформулировав в ст. 3 понятие стратегического планирования столь широко, в Законе различаются планирование и прогнозирование: планирование – деятельность по разработке и реализации основных направлений деятельности Правительства Российской Федерации и планов деятельности федеральных органов исполнительной власти и иных планов в сфере социально-экономического развития и обеспечения национальной безопасности Российской Федерации, а прогнозирование – деятельность участников стратегического планирования по разработке научно обоснованных представлений о рисках социально-экономического развития, об угрозах национальной безопасности Российской Федерации, о направлениях, результатах и показателях социально-экономического развития Российской Федерации, субъектов Российской Федерации и муниципальных образований.

В современных экономических условиях предпринимательская деятельность отдельных хозяйствующих субъектов имеет не только локальный характер, она в конечном итоге в своей совокупности влияет и на социально-экономическое развитие государства в целом. Поэтому по отношению к субъектам предпринимательства сама по себе деятельность по составлению и реализации планов приобретает важное значение. Не меньшее значение для предпринимателей, на наш взгляд, имеет прогнозирование, которое направлено на анализ возможных предпринимательских рисков, а также способно определить направления и наиболее эффективные результаты конкретной предпринимательской деятельности.

Важную роль в развитии предпринимательской деятельности может сыграть и юридическое прогнозирование, которое определяется как научное предвидение тенденций развития правовой сферы общества и возможных вариантов правовых решений и действий⁸. От четкости такого прогнозирования во многом зависит формирование той системы законодательства, которое может создать комфортную среду для развития предпринимательства, а значит, и обеспечить возможности более быстрого выхода из экономического кризиса и дальнейший рост экономического развития.

Таким образом, в современных экономических условиях планирование не миф, а существующая реальность и его роль будет возрастать. От планирования во многом зависит и эффективность государственного регулирования предпринимательской деятельности.

¹ Губин Е.П. Правовое регулирование хозяйственного механизма АПК. М.: Изд-во МГУ, 1988. С.65; Клейн Н.И. Законодательство о хозяйственных договорах // Советское законодательство и хозяйственный механизм / под ред. М.Г. Масевич. М.: Юрид. лит., 1984. С.194; Лантев В.В. Предмет и система хозяйственного права. М.: Юрид. лит., 1969. С.105; Пугинский Б.И. Правовые средства обеспечения эффективности производства. М.: Юрид. лит., 1980. С.20.

² Брагинский М.И. Общее учение о хозяйственных договорах. Минск: «Наука и техника», 1967. С.52–53.

³ Быков А.Г. План и хозяйственный договор. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1975. С. 14.

⁴ Хозяйственный договор: Общие положения: учеб. пособие / отв. ред. Д.Н. Сафиуллин. Свердловск: СЮИ, 1986. С.3.

⁵ Пугинский Б.И., Сафиуллин Д.Н. Правовая экономика: Проблемы становления. М.: Юрид. лит., 1991. С.142-143.

⁶ Толстой Ю.К. О Концепции развития гражданского законодательства // Журнал рос. права. 2010. №1 (157). С.33.

⁷ Собрание законодательства Российской Федерации. 2014. № 26 (часть I). ст. 3378.

⁸ См.: Егорова Н.Е., Иванюк О.А. Правовая реальность и юридическое прогнозирование // Журнал российского права. 2009. № 12. С.153; Тихомиров Ю.А. Прогнозы и риски в правовой сфере // Журнал российского права. 2014. №3 (207).С.6.

А. И. Семешко, М. А. Поткина

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ИССЛЕДОВАНИЕ ВОЗМОЖНОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ ИНСТИТУТА АРБИТРАЖА (ТРЕТЕЙСКОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА) К РАССМОТРЕНИЮ СПОРОВ В СФЕРЕ ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО СПОРТА

Вступивший в силу ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ»¹, регламентирующий предъявляемые к третейским судам требования, с одной стороны, а также дебатированность законности и легитимности рассмотрения споров юрисдикционными органами спортивных организа-

ций и принимаемых ими решений, с другой стороны, обосновывают интерес к исследованию возможности применения института арбитража (третейского разбирательства) к рассмотрению споров в сфере профессионального спорта. Необходимость установления правового статуса органа по рассмотрению споров в сфере профессионального спорта связана с целью определения юридической силы решений указанных органов и последующего их эффективного исполнения.

Юрисдикционные органы спортивных организаций нередко сравнивают с постоянно действующими третейскими судами. Подобно тому как в соответствии с п. 1 т. 44 «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ» постоянно действующие арбитражные учреждения создаются при некоммерческих организациях так называемые «квазисудебные» органы спортивных организаций создаются и действуют при международных и общероссийских спортивных федерациях для регулярного разрешения определенных категорий споров.

Однако при наличии сходных черт в работе названных органов не представляется возможным рассматривать деятельность юрисдикционных органов спортивных организаций в качестве третейских судов по ряду оснований. Во-первых, как отмечают Ю.В. Зайцев и Д.И. Рогачев, согласно названному выше Федеральному закону по соглашению сторон на рассмотрение в третейском суде может передаваться любой спор, вытекающий из гражданских правоотношений. Однако «квазисудебные» органы не ограничиваются рассмотрением данной категории споров – в их компетенцию входит рассмотрение трудовых споров и споров, связанных со спортивными соревнованиями. Во-вторых, соответственно определяется и порядок передачи спора к рассмотрению в названные органы. Для передачи спора в арбитраж необходимо наличие арбитражного соглашения между сторонами договора. Рассмотрение спора «квазисудебными» органами спортивной организации основано на оговорке, содержащейся в регламентных нормах соответствующей спортивной организации, а также в регламентах спортивных соревнований, и не требует наличия специального соглашения об этом между сторонами спора. Подчеркивается и различный порядок создания рассматриваемых органов, а также порядок формирования их состава. Так, юрисдикционные органы спортивных организаций создаются по решению соответствующей спортивной федерации или лиги. Состав такого органа также определяется руководящим органом соответствующей спортивной организации, а стороны спора (в отличие от арбитража) не могут участвовать в процессе назначения лиц, разрешающих спор².

Досудебный характер рассмотрения споров в органах общероссийских спортивных федераций может вызвать вопросы о целесообразности определения правового статуса таких органов и их решений, ведь досудебные процедуры рассмотрения споров носят добровольный характер для сторон и инициируется, как правило, по их инициативе. Однако в сфере профессионального спорта это вызвано зачастую иными причинами, которые, на наш взгляд, ограничивают права профессиональных спортсменов на защиту своих трудовых прав.

Так, в п. 2 ст. 68 Устава ФИФА³ для субъектов спортивных правоотношений установлен запрет на обращение в суды общей юрисдикции для разрешения спора, если это специально не предусмотрено в правилах ФИФА. Таким образом, ФИФА предусматривает возможность разрешения спортивных споров (в том числе связанных с защитой трудовых прав профессиональных спортсменов) только в порядке обращения сначала в юрисдикционные органы национальных спортивных организаций, а затем – в соответствующие органы международных спортивных организаций либо в международный спортивный арбитраж (CAS). Не закрепив напрямую аналогичное положение, Устав РФС⁴ (как и все иные регламентные акты РФС) исходит из того, что все субъекты футбола обязаны соблюдать нормы и правила ФИФА, УЕФА, РФС, в том числе их устав и решения. Таким образом, пусть и опосредованно регламентными нормами РФС признается правило, установленное ФИФА.

Перспективным на первый взгляд представляется предложение придать рассматриваемым органам спортивных организаций статус арбитража с уникальной природой «спортивного арбитража» посредством внесения соответствующих изменений, регламентирующих статус общероссийских спортивных организаций, в ФЗ «О физической культуре и спорте в РФ»⁵. Однако признание таких органов арбитражным учреждением не представляется возможным в силу несоответствия их требованиям п. 8 ст. 44 ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ».

Следовательно, можно обозначить механизм рассмотрения споров органами спортивных организаций как особый порядок досудебного (внесудебного) урегулирования споров в сфере профессионального спорта, находящийся за рамками систем как государственных, так и третейских судов РФ. Такой подход отражает существующие в науке тенденции, согласно которым в качестве одного из важных направлений реформирования судебной системы в РФ большинство авторов называют развитие альтернативных форм разрешения споров⁶. Также немаловажно то, что мировая практика идет по пути учреждения спортивных судов при спортивных организациях, что отражает требования современной правовой реальности.

Так, признавая указанную природу искомого механизма, необходимо закрепить на законодательном уровне способность общероссийских спортивных федераций создавать и администрировать постоянно действующие органы по досудебному разрешению споров и исполнению их актов (решений). В частности, видится возможным изложить п. 13 ст. 16 ФЗ «О физической культуре и спорте в РФ» в следующей редакции: «создавать и администрировать постоянно действующие органы по досудебному (внесудебному) урегулированию споров в сфере профессионального спорта», а также добавить в текст названной статьи п. 14 в редакции ныне действующего п. 13. Это позволит регламентировать существующую процедуру рассмотрения споров в сфере профессионального спорта на уровне федерального законодательства.

¹ *Об арбитраже* (третейском разбирательстве) в Российской Федерации: Федер. закон от 29 дек. 2015 г. № 382-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 016, № 1 (ч. I). ст. 2.

² *Зайцев Ю., Рогачев Д.* Трудовые будни в мире спорта: особенности регулирования труда спортсменов и тренеров. М.: Статут, 2012. С. 145–146.

³ The FIFA Statutes // FIFA official site: http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/generic/02/58/14/48/2015fifastatutesen_neutral.pdf (послед. посещение 30.09.2016).

⁴ *Устав* Общероссийской общественной организации «Российский футбольный союз»: утвержден Учредительной конференцией 08 фев. 1992 г. (с изм и доп. от 04.03.2016) // Официальный сайт РФС: http://www.rfs.ru/rfs/documents/founding_docs/

⁵ *О физической культуре и спорте в Российской Федерации*: Федер. закон от 04.12.2007 № 329-ФЗ (ред. от 03.07.2016) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2007. № 50. ст. 6242.

⁶ См.: *Курочкин С. А.* Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 224; *Носырева Е.И.* Предпосылки развития альтернативных средств разрешения правовых конфликтов: опыт США // Развитие правовых форм разрешения конфликтов. Ч. 2. Саратов, 2000. С. 46; *Решетникова И.В., Ярков В.В.* Гражданское право и гражданский процесс в современной России. Екатеринбург–Москва: Норма, 1999. С. 47; *Фархутдинов Я. Ф.* Альтернативные формы разрешения споров в сфере гражданского и арбитражного судопроизводства // Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве / под ред. М. К. Треушников. М.: Городец, 2004. С. 226–227; *Шхата И.* Альтернативные формы разрешения споров // Российская юстиция. 1999. № 3. С. 43–44.

Т. В. Соловьева

*Саратовская государственная юридическая академия,
г. Саратов*

ДОБРОСОВЕСТНАЯ РЕАЛИЗАЦИЯ ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ПРАВ В ГРАЖДАНСКОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Эффективность судебной защиты можно определить по нескольким критериям, в частности, по сроку судопроизводства. Разумный срок гражданского судопроизводства предполагает рассмотрение и разрешение дела в сроки, установленные ГПК РФ. Однако зачастую сроки рассмотрения и разрешения дел не соблюдаются по определенным причинам, например, вследствие злоупотребления процессуальными правами субъектами гражданского судопроизводства. Любое злоупотребление процессуальными правами влечет нарушение прав и интересов иных заинтересованных субъектов, а также свидетельствует о несоблюдении принципов гражданского судопроизводства. При этом несоблюдение или нарушение принципов гражданского судопроизводства, как правило, не влечет применения каких-либо специфических мер ответственности, что связано с отсутствием четких дефиниций «добросовестное поведение», «добросовестность» в гражданском процессуальном законодательстве.

Категория добросовестности поведения субъекта исторически проистекает от критерия «добрые нравы», используемого во многих законодательных системах прошлого и настоящего. В свою очередь категория «добрые нравы» берет свое начало от римского «bona fides»¹.

Относительно толкования понятия «добросовестность» в современных словарях русского языка укажем, что в целом оно совпадает. Например, «добросовестный» означает честно выполняющий свои обязательства, обязанности²; «добросовестный» – честно, старательно выполняющий свои обязанности, обязательства; тщательный, усердный³.

Для того чтобы определить содержание понятия «добросовестное поведение» в гражданском судопроизводстве, необходимо рассмотреть существующие определения добросовестного поведения, сложившиеся в отдельных отраслях права.

В теории государства и права указывается, что совесть является высшим судом и высшим законом для личности, она считается полным и глубоким выражением нравственной сущности человека⁴. Иными словами, добросовестность есть внутреннее состояние человека, не позволяющее ему осуществлять определенные действия с целью причинения вреда другим лицам. Добросовестное поведение – это отражение, прежде всего, нравственной составляющей личности.

В гражданском праве, по мнению Е.А. Суханова, добросовестность как критерий оценки поведения субъекта, не содержит нравственной нагрузки, т.к. в гражданском праве добросовестный субъект – это такое лицо, которое не знает и не может (не должно) знать о факте, и для констатации знания о факте достаточно исследовать фактические обстоятельства, в которых он совершал юридически значимое действие, и не стоит заглядывать в его духовный мир⁵. Противоположной позиции придерживается И.А. Гребенкина, полагая, что добросовестность должна основываться на доброй совести субъектов гражданского оборота и означает недопущение обмана и честность в правоотношениях⁶, т.е. на первый план в добросовестности выводится именно моральная, нравственная составляющая.

В гражданском процессуальном праве по мнению А.В. Юдина, злоупотребление процессуальным правом (недобросовестное поведение) представляет собой особую разновидность гражданского процессуального правонарушения, целью которого выступает причинение вреда интересам правосудия и лиц, участвующих в деле⁷. Иными словами, под недобросовестным поведением следует понимать ненадлежащую реализацию процессуальных прав заинтересованными субъектами с целью причинения вреда правосудию и иным лицам. А.Н. Кузбагаров указывает, что фактически перед судами поставлена задача проявлять активность в вопросе усмотрения недобросовестности в поведении лиц, участвующих в деле при отправлении правосудия по гражданским делам⁸, т.е. рассматривать лишь фактическую сторону поведения участников.

Из приведенных выше позиций ученых можно сделать вывод о том, что все-таки добросовестное поведение есть отражение как нравственной, так и фактической составляющих поведения участников гражданского судопроизводства. При этом при оценке поведения заинтересованных субъектов на первый план должна выдвигаться именно фактическая составляющая.

Регулирование гражданских процессуальных правоотношений характеризуется наличием императивно-диспозитивного метода с преобладанием диспозитивного начала, а заинтересованные лица имеют большой объем процессуальных прав, что способствует неограниченной возможности недобросовестной реализации процессуальных прав. Например, диспозитивные права сторон закреплены в ст. 29, 35, 39, 68 и ряде других статей ГПК РФ.

Так, первичным проявлением диспозитивного начала выступает право заинтересованного лица обратиться в суд за защитой, т.е. только от его желания зависит возникновение гражданских процессуальных правоотношений. Уже на данном этапе существует возможность злоупотребить правом, например, заявить необоснованный иск. В зависимости от стадии гражданского судопроизводства набор диспозитивных прав может изменяться, увеличиваться или уменьшаться, но при этом они составляют большинство среди всех действий, которые субъекты осуществляют в процессе.

Кроме того, необходимо учитывать, что при реализации процессуальных прав субъект может и не предполагать, что он действует недобросовестно. Например, при заявлении ходатайств о вызове свидетелей заинтересованное лицо, будучи юридически неграмотным, вполне может полагать, что такой свидетель сообщит информацию относительно определенного факта, которая в целом не относится к существу рассматриваемого и разрешаемого дела.

Таким образом, добросовестность как честное выполнение, именно, обязанности представляет собой понятие, не отражающее все специфику гражданских процессуальных правоотношений. В связи с этим, применительно к гражданскому судопроизводству, добросовестное поведение субъекта можно определить как разумную реализацию процессуальных прав и честное выполнение обязанностей.

С учетом деления гражданского судопроизводства на стадии необходимо дифференцировать различные виды недобросовестного использования гражданских процессуальных прав и выполнения обязанностей. Поэтому предлагается выделять недобросовестное поведение на предварительном этапе, к которому относятся подача заявления и подготовка дела к судебному разбирательству, а также недобросовестное поведение на последующем этапе, т.е. в судебном разбирательстве.

На предварительном этапе судопроизводства стоит отметить подачу необоснованного заявления истцом и представление ответчиком необоснованных возражений на иск, заявление необосно-

ванного встречного иска, представление доказательств, не относящихся к предмету спора, использование процедуры примирения с целью затягивания процесса и пр.

На последующем этапе судопроизводства все недобросовестные действия сторон необходимо делить на: те, что направлены на нарушение организации судебного разбирательства, и те, что нарушают нормальное функционирование судебного заседания.

К недобросовестным действиям, направленным на нарушение организации судебного разбирательства, стоит отнести неявку в суд по неуважительным причинам, заявление необоснованных ходатайств о привлечении доказательств и вызове свидетелей и иные действия сторон, с целью преднамеренного затягивания судебного разбирательства. В качестве недобросовестных действий, направленных на нарушение функционирования судебного разбирательства стоит выделить те действия, которые закреплены в ст. 159 ГПК РФ.

В настоящее время гражданское судопроизводство России претерпевает значительные изменения с целью совершенствования законодательства и достижения единообразия судебной практики. В связи с подготовленным проектом единого Кодекса гражданского судопроизводства полагаем необходимым дополнить его содержание понятием «добросовестное поведение участников процесса» и определить критерии такого поведения. Именно законодательно закрепленная возможность суда оценить характер поведения субъектов гражданских процессуальных правоотношений как «добросовестное» или «недобросовестное» позволит впоследствии применить к недобросовестным лицам меры ответственности в целях недопущения нарушения сроков судопроизводства и обеспечения эффективности судебной защиты.

¹ Гражданское право: в 4 т. Т. 1: Общая часть (отв. ред. Е.А. Суханов). М.: Волтерс Клувер, 2008.

² См.: *Ожегов С.И.* Толковый словарь русского языка. URL: <http://www.ozhegov.org/index.shtml> (дата обращения: 18.03.2016); *Толковый словарь Д.Н. Ушакова.* URL: <http://dic.academic.ru/contents.nsf/ushakov/> (дата обращения: 18.03.2016).

³ См.: Словарь русского языка: в 4 т. / РАН, Ин-т лингвист. исслед. 4-е изд., стер. М.: Рус. яз.; Полиграфресурсы, 1999. Т. 1. А–Й. С. 410.

⁴ См.: Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М.: Юрист, 1997. С. 293 (автор главы — Н.И. Матузов).

⁵ См.: Гражданское право: в 4 т. Т. 1: Общая часть (отв. ред. Е.А. Суханов). М.: Волтерс Клувер, 2008. С.134.

⁶ *Гребенкина И. А.* Принцип добросовестности в российском гражданском праве // Бюллетень нотариальной практики. 2011. № 2. С. 14-18.

⁷ *Юдин А.В.* Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве // СПб.: изд-во СПбГУ. 2005. С. 340.

⁸ *Кузбагаров А.Н.* Осуществление правосудия по гражданским делам: научный и практический взгляд // Защита гражданских прав в условиях реформирования гражданского и гражданского процессуального законодательства. Сб. статей / под общ ред. А.Н. Кузбагарова, К.Г. Сварчевского. СПб: ИД «Петрополис», 2015. С.130-139.

А. В. Степанченко

*Уральский государственный юридический университет,
г. Екатеринбург*

КОМПЕНСАЦИОННАЯ ПРИРОДА ВАЛЮТНОЙ ОГОВОРКИ В ДОГОВОРАХ

Использование в денежном обязательстве так называемой валютной оговорки, т. е. выражение долга в иностранной, как правило, твердой конвертируемой валюте, является одним из распространенных и эффективных способов индексации, компенсации удешевления денег, поскольку обычно такая валюта дорожает.

В Российском законодательстве валютная оговорка нашла выражение в п. 2 ст. 317 ГК РФ, согласно которому допускается выражение денежного обязательства не только в рублях, но и в сумме, эквивалентной определенной сумме в иностранной валюте либо в условных денежных единицах. В этом случае подлежащая уплате в рублях сумма определяется по официальному курсу соответствующей валюты или условных денежных единиц на день платежа, если иной курс или иная дата его определения не установлены законом или соглашением сторон. Данная норма является диспозитив-

ной, и стороны договора могут установить иной курс, например по курсу доллара США не ниже 40 руб., на случай если курс соответствующей иностранной валюты будет падать.

Поскольку курс иностранной валюты по отношению к рублю может колебаться в сторону как увеличения, так и уменьшения, то с позиции защиты прав кредитора, полагаем более разумным и справедливым предоставить кредитору право выбирать, на какую дату определить валютный курс для целей исполнения обязательства: дату фактического платежа, дату исполнения, предусмотренную в договоре, дату вынесения решения, дату предъявления иска при условии, что стороны не согласовали такой срок в договоре.

Длительное время судебная практика исходила из того, что условие об оплате денежного обязательства в рублях в сумме, эквивалентной определенной сумме в иностранной валюте или в условных денежных единицах, может быть установлено законом или соглашением сторон в отношении не только договорных, но и внедоговорных обязательств (п. 2 Информационного письма ВАС РФ № 70)¹. На сумму денежного обязательства, выраженного в иностранной валюте, начисляются проценты на основании ст. 395 ГК РФ. Причем как законные, так и договорные проценты начисляются на сумму в иностранной валюте (п. 8, 9 Информационного письма ВАС РФ № 70).

Резкие колебания курса рубля основанием для освобождения должника от выплаты долга, выраженного в иностранной валюте по текущему курсу, не является. Валютная оговорка выполняет свою функцию компенсации инфляционных потерь и защищает интересы кредитора. Даже экономическая ситуация, возникшая в августе 1998 г., приведшая к резкому удорожанию твердой иностранной валюты, в связи с чем должники не могли исполнить свое обязательство – вернуть долг, оплатить товар и т.д. – не вызвала отступления от принципа номинализма, должники по таким обязательствам не были освобождены от обязанности возратить именно ту сумму, которую должны были уплатить по договору. На практике крайне редко встречаются случаи, когда суд отказывает в применении валютной оговорки, отступая от принципа номинализма, ссылаясь, как правило, на принцип добросовестного и разумного осуществления права и соблюдения баланса имущественных интересов сторон договора. В качестве примера, когда суд не применил условие с валютной оговоркой в связи с дефолтом 1998 г., можно привести постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа, вынесенное в 2003 г. по делу №Ф08-800/2003. Сославшись на положения ст. 10 ГК РФ, суд отказался взыскивать задолженность, рассчитанную по курсу иностранной валюты на день предъявления иска. Долг возник в результате неисполнения денежного обязательства, выраженного в долларах США, с условием о платеже в рублях по курсу на день платежа в срок до 1 августа 1998 г. Обосновывая свое решение о неприменении валютной оговорки, суд указал на несоответствие действий истца требованиям добросовестного и разумного осуществления права и на наличие обстоятельств, свидетельствующих о нарушении баланса имущественных интересов сторон договора. В период с начала просрочки должника до даты предъявления иска в результате банковского кризиса 1998 г. произошло значительное повышение курса доллара по отношению к рублю².

По другому делу суд, учитывая резкое колебание курса доллара США в 2014–2015 гг., удовлетворил требование истца об изменении условия договора и введении в текст договора положения о фиксировании курса доллара США по отношению к рублю при определении размера арендной платы (при величине такого курса меньше чем 30 руб. за доллар США он признается равным 30 руб., при его увеличении до 42 руб. и выше за доллар США он признается равным 42 руб.), фактически отменив действие ст. 317 ГК РФ. Разрешая указанный спор и отказывая в применении валютной оговорки, суд также сослался на положения ст. 10 ГК РФ и на необходимость соблюдения баланса имущественных интересов сторон, недопущения неосновательного обогащения арендодателя за счет арендатора³.

Отметим, что обращение в суд с иском было вызвано повышением курса доллара по отношению к рублю в связи с экономическим кризисом, вызванным введенными против Российской Федерации рядом стран экономических санкций, падением стоимости нефти и отказом Центрального банка РФ от политики валютного коридора и валютных интервенций и переходом к политике «плавающего курса».

Представляется, что ограничивать применение валютной оговорки со ссылкой на ст. 10 ГК РФ вряд ли корректно. Во-первых, цель включения в состав договора валютной оговорки – это защита кредитора от неблагоприятных последствий обесценивания рубля, а не желание причинить вред должнику. Во-вторых, включение валютной оговорки в договор зависит от воли сторон, которые могут формулировать его условия по своему усмотрению (ст. 421 ГК РФ). В-третьих, право сторон включить в договор положение об оплате исполненного в рублях в сумме, эквивалентной определенной сумме в иностранной валюте, не ограничено какими-либо условиями.

Полагаем также крайне затруднительным толковать резкое колебание курса рубля по отношению к твердой валюте, в которой выражено денежное обязательство как «существенное изменение» обстоятельств, предоставляющее право на изменение, расторжение договора (статья 451 ГК РФ). Существенное изменение обстоятельств – это оценочная категория и устанавливается судом при рассмотрении конкретного дела. При этом суд должен исходить из наличия условий, которые должны присутствовать в совокупности: 1. На дату заключения договора стороны не могли разумно предвидеть, что такое изменение обстоятельств произойдет. А.А. Иванов верно отмечает, что значительное обесценивание национальной валюты в истории России в XX и XXI вв. происходило регулярно⁴. При таких обстоятельствах стороны по договору с валютной оговоркой могут разумно предполагать значительный рост курса доллара или евро. 2. Изменение обстоятельств вызвано причинами, которые заинтересованная сторона не могла преодолеть после их возникновения при той степени заботливости и осмотрительности, какая от нее требовалась по характеру и условиям оборота. 3. Исполнение договора без изменения его условий настолько нарушило бы соответствующее договору соотношение имущественных интересов сторон и повлекло для заинтересованной стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишилась бы того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора. 4. Из обычаев или сути договора не следует, что риск изменения обстоятельств несет заинтересованная сторона.

Доказать наличие всех четырех условий для изменения договора в данном случае весьма затруднительно, условие о невозможности разумного предвидения такого изменения обстоятельств уже выпадает. Судебная практика также свидетельствует о том, что суды не применяли положения ст. 451 ГК РФ ни в период дефолта 1998 г., ни кризиса 2008 г., ни при резком изменении курса рубля в 2014–2015 гг., в связи с изменением политики Центрального банка РФ. Повторимся, что суды в редких случаях отступления от принципа номинализма взыскивали долг, выраженный в иностранной валюте, не по текущему курсу, а по курсу на определенную дату или фиксированному курсу, исходя из принципа добросовестного и разумного осуществления права и соблюдения баланса имущественных интересов сторон договора, положений статьи 10 ГК РФ, но не изменяли условие о валюте долга самого договора на основании ст. 451 ГК РФ.

Следует отметить, что резкое колебание курса валюты не будет являться и обстоятельством непреодолимой силы (форс-мажор) (п. 3 ст. 401 ГК РФ), поскольку изменение валютного курса, даже значительные, не носят характер чрезвычайных и непреодолимых.

Таким образом, одной из характеристик гражданского оборота в Российской Федерации являются инфляция, уменьшение покупательной способности национальной денежной единицы и рост цен. Участники оборота различными способами пытаются «преодолеть» девальвацию стоимости национальной валюты, и для этих целей действующее российское законодательство предусматривает определенные механизмы, к которым в том числе относится валютная оговорка. Учитывая стабильный рост на протяжении долгого времени – с конца 90-х гг. XX в. и по сегодняшний день – курса твердых валют в России, а также судебную практику, согласно которой суды не отступают от принципа номинализма (за редким исключением), валютная оговорка является одним из оптимальных способов компенсации кредитору «потерь» от обесценивания национальной валюты. Резкий рост курса иностранной валюты по отношению к рублю не является ни основанием для изменения условий договора в силу существенного изменения обстоятельств (ст. 451 ГК РФ), ни поводом для изменения ст. 10 ГК РФ, ни обстоятельством чрезвычайной и непреодолимой силы.

¹ *О применении арбитражными судами статей 140 и 317 Гражданского кодекса Российской Федерации*: информац. письмо Президиума ВАС РФ от 4 нояб. 2002 г. №70 // Вестник ВАС РФ. 2003. №1

² *Постановление* ФАС Северо-Кавказского округа от 24 мар. 2003 г. №Ф08-800/2003 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³ URL: <http://kad.arbitr.ru/Card/78272480-bd41-436b-b086-2ee1a40b5b46>. Впоследствии Решение Арбитражного суда г. Москвы от 01.02.2016 г. было отменено Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 29 марта 2016 года, в иске отказано. Стороны в суде кассационной инстанции заключили мировое соглашение, утверждено Постановлением Арбитражным судом Московского округа от 24.08.2016 г.

⁴ *Иванов А.А.* Правовые проблемы действия валютной оговорки в договорах. Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. №5. С. 78.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ДОГОВОРА СЧЕТА ЭСКРОУ И ДОГОВОРА УСЛОВНОГО ДЕПОНИРОВАНИЯ (ЭСКРОУ) В РОССИИ*

В Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации¹ отмечалось, что потребности гражданского оборота в разнообразных финансовых услугах требуют как расширения круга возможных банковских счетов, так и развития регламентации уже предусмотренных законодательством видов банковских счетов. В связи с этим Проект Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации, отдельные законодательные акты Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации»² (далее – Законопроект) предусматривал внесение существенных изменений в гл. 45 Гражданского кодекса Российской Федерации³.

В частности, предлагалось включить в ГК РФ новые виды банковских счетов, в том числе счет эскроу, которому должен был быть посвящен отдельный параграф в гл. 45 ГК РФ «Банковский счет». Также предполагалось дополнить часть вторую ГК РФ новой главой 47.1 «Условное депонирование (эскроу)».

Согласно ст. 926.1 ГК РФ в редакции законопроекта по договору условного депонирования (эскроу) депонент обязуется передать на депонирование эскроу-агенту имущество в целях исполнения обязательства депонента по его передаче другому лицу, в пользу которого осуществляется депонирование (бенефициару), а эскроу-агент обязуется обеспечить сохранность этого имущества и передать его бенефициару при возникновении указанных в договоре оснований. То есть данный договор регламентирует порядок исполнения обязательства депонента (должника) бенефициару (кредитору) через эскроу-агента. Проблема надлежащего исполнения обязательств является одной из центральных в обязательственном праве. В связи с этим условное депонирование приобретает особое значение, поскольку обладает обеспечительной функцией, стимулирует должника к надлежащему исполнению обязательств и гарантирует интересы кредитора.

На практике чаще всего встречаются двусторонние (взаимные) обязательства сторон, поэтому Законопроект предусматривал и взаимное эскроу. Так в п. 7 ст. 926.1 ГК РФ в редакции Законопроекта было закреплено, что у эскроу-агента может быть депонировано имущество, подлежащее передаче сторонами двустороннего договора друг другу.

Согласно ст. 860.13 ГК РФ в редакции Законопроекта по договору счета эскроу банк, выступающий эскроу-агентом по договору условного депонирования (ст. 926.1), открывает специальный счет эскроу для учета и блокирования денежных средств, полученных от депонента (владельца счета) и подлежащих перечислению бенефициару при возникновении оснований, предусмотренных договором условного депонирования.

Несмотря на то, что договор условного депонирования (эскроу) и договор счета эскроу являются самостоятельными договорами, они в то же время тесно взаимосвязаны между собой. Данный вывод следовал и из ст. 860.13 ГК РФ в редакции Законопроекта.

Согласно Законопроекту открытие счета эскроу предполагалось при заключении договора условного депонирования эскроу-агентом, по которому является банк. Основания для перечисления бенефициару денежных средств также должны быть предусмотрены в данном договоре. Открытие счета эскроу (заключение договора счета эскроу) было необходимо в случае, когда в качестве объектов, переданных на депонирование, выступают безналичные денежные средства или бездокументарные ценные бумаги.

Пункт 2 ст. 860.13 в редакции Законопроекта было предусмотрено, что обязательства по договору счета эскроу могут содержаться непосредственно в договоре условного депонирования, по которому эскроу-агентом является банк.

© Сыропятова Н. В., 2016

* Статья подготовлена при финансовой поддержке РГНФ, грант № 16-03-00741 «Система правовых механизмов стимулирования должника к надлежащему исполнению обязательств и гарантирования интересов кредитора в российском гражданском праве».

Таким образом, Законопроект предусматривал открытие счета эскроу лишь при заключении договора условного депонирования (эскроу), но для заключения последнего не требовалось обязательного открытия счета эскроу. В случае когда эскроу-агентом выступал не банк, возможно было депонирование не только денежных средств. То есть нормы о договоре счета эскроу были предназначены для регулирования отношений, возникающих из договора условного депонирования (эскроу), в котором эскроу-агентом выступал банк.

Законопроект, как известно, был разделен на отдельные положения, которые в настоящее время рассматриваются и принимаются в качестве самостоятельных федеральных законов. Однако часть норм до сих пор не введена в действие. Это касается и изменений, предполагаемых внесению в главы 42-46 ГК РФ, и новой главы 47.1 ГК РФ, посвященной условному депонированию (эскроу).

Данные положения объединены в проект Федерального закона «О внесении изменений в часть вторую ГК РФ и отдельные законодательные акты РФ» № 47538-6/10, который на сегодняшний день еще не введен в действие. В связи с этим договор условного депонирования (эскроу) отсутствует в ГК РФ. Однако договор счета эскроу был включен в ГК РФ в составе другого федерального закона. Это является не совсем логичным. Стоит также обратить внимание на то, что, например, в ст. 860.8 ГК РФ упоминается договор условного депонирования денежных средств, которого нет в ГК РФ.

В связи с тем, что нормы о договоре счета эскроу появились в ГК РФ раньше, чем договор эскроу, в России существенно, по сравнению с мировой практикой, ограничен круг лиц, имеющих право выступать эскроу-агентами. В зарубежных странах таковыми могут являться не только банки, но и иные субъекты. Согласно Законопроекту эскроу-агентами также могли быть нотариусы, профессиональные участники рынка ценных бумаг, страховые организации и иные лица. Согласно действующей редакции ГК РФ эскроу-агентами являются только банки. Возможно, на данном этапе это является обоснованным. Для России институт эскроу является новым, правовой статус эскроу-агентов регламентирован недостаточно, в связи с этим могут возникнуть проблемы, связанные с деятельностью эскроу-агентов, а также с их добросовестностью и надежностью. Законопроект не предусматривал четких требований к эскроу-агентам, в том числе не было предусмотрено лицензирование, которое существует во многих зарубежных странах.

Также стоит отметить, что в России на сегодняшний день объектом депонирования могут быть только денежные средства. За рубежом объектом являются вещи (включая наличные деньги, документарные ценные бумаги и документы), безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги. Все эти ограничения связаны с тем, что в ГК РФ договор счета эскроу появился раньше договора условного депонирования (эскроу). В результате получилось, что условное депонирование (в случае, когда эскроу-агентом является банк) было введено в гражданский оборот еще до включения в ГК РФ норм, его регулирующих.

Включение договора условного депонирования (эскроу) в ГК РФ и дальнейшее совершенствование норм, регулирующих договор счета эскроу, позволит эффективно использовать институт эскроу при исполнении обязательств. Данный институт будет способствовать обеспечению исполнения обязательств, стимулированию должника к их надлежащему исполнению и гарантированию интересов кредитора.

¹ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобр. решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009)//Вестник ВАС РФ. 2009. № 11.

² О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса РФ, а также в отдельные законодательные акты РФ: проект Федер. закона № 47538-6 (принят ГД в первом чтении Постановлением Государственной думы Федер. Собрания РФ от 27.04.2012 № 314-6 ГД «О проекте федерального закона № 47538-6 "О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса РФ, а также в отдельные законодательные акты РФ"»//Собр. законодательства Рос. Федерации. 2012. №19, ст.2314), 16.11.2012 разделен на отдельные положения, которые рассматриваются в качестве самостоятельных законопроектов (Постановление ГД ФС от 16.11.2012 № 1150-6 ГД «О порядке рассмотрения проекта ФЗ № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса РФ, а также в отдельные законодательные акты РФ»//Собр. законодательства Рос. Федерации. 2012. №48, ст.6596).

³ См.: Афанасьев А.Б., Сыропятова Н.В. Реформирование гражданского законодательства в сфере регулирования видов банковских счетов в условиях инновационной экономики//Вестник Пермского университета. Юридические науки.2013.Вып.4 (22).С.257-265.

ЮРИДИЧЕСКАЯ КОНСТРУКЦИЯ ЗАРАНЕЕ ОЦЕНЕННЫХ УБЫТКОВ В КОНТИНЕНТАЛЬНОМ ПРАВЕ*

Изначально заранее оцененные убытки возникли в англосаксонском договорном праве, не допускающем стимулирование должника посредством применения штрафных мер ответственности. В этой связи рассматриваемая юридическая конструкция содержательно представляет денежный эквивалент надлежащего исполнения обязательства, согласованный равноправными сторонами договора как таковой и поэтому лишенный штрафной составляющей.

Романо-германская же традиция права, напротив, допускает применение к должнику штрафных санкций, однако воспринимает это скорее как исключение из общего направления развития системы мер гражданско-правовой ответственности. Так, «устрашение» должников потенциальной возможностью взыскания штрафа за ненадлежащее исполнение обязательства считалось нормой для права XVIII в.¹ С тех пор минуло уже более трехсот лет, сменились политико-экономические и социальные условия жизни общества и, как следствие, подобный подход перестал отвечать современным принципам права. Поэтому законодатель постепенно, внедряя принцип компенсаторности гражданской ответственности, стал ограничивать сферы применения и произвол кредиторов в определении размеров штрафных санкций.

Изжитость карательной и приоритет более эффективной с экономической точки зрения компенсаторной функции гражданской ответственности нашла отражение, в частности, в полном отказе от некоторых правопорядков от допустимости применения штрафных мер к обязательственным правоотношениям (в первую очередь это касается стран англосаксонского права).

Прежде чем анализировать юридическую конструкцию заранее оцененных убытков по гражданскому праву стран континентальной Европы, рассмотрим законодательное понимание неустойки в отечественном праве. Гражданский кодекс РФ определяет такую конструкцию как родовое, а пени и штрафы – как видовые понятия, обуславливая тем самым ее карательную (штрафную) функцию². В доктрине также превалирует точка зрения, согласно которой неустойка прежде всего имеет природу штрафа³.

При этом во многих отечественных исследованиях, посвященных правовой природе неустойки, авторы склонны видеть предмет своего исследования в нормах о французских *dommages-interets*, немецких *pauschalierung von schadensersatzansprüchen*, итальянских *liquidazione convenzionale del danno* и даже англо-американских *liquidated damages*.

Подобный подход отечественного исследователя представляется нам спорным, поскольку законодательство и доктрина континентального гражданского права проводят четкую демаркационную линию между штрафными санкциями и договорными убытками. Примерами могут послужить положения французского и германского гражданского законодательства. Так, Кодекс Наполеона содержит нормы как о договорных штрафах (*la clause penale*), так и положения о *dommages-interets*, под которыми понимаются оцененные в самом договоре убытки⁴. При этом размер штрафа и договорных убытков как согласованной суммы может быть снижен ввиду его несоразмерности. Германское гражданское уложение также проводит различие между заранее оцененными убытками (*pauschalierung von schadensersatzansprüchen*) и штрафами (*vertragsstrafe*), признавая первые минимальной суммой возмещения⁵. При этом германский закон позволяет ограничивать размер лишь штрафа, но не заранее оцененных убытков, если последние не будут подменять собою штраф⁶.

Италия является, пожалуй, единственной страной, гражданское законодательство которой не содержит понятия штрафа или заранее оцененных убытков. При этом данное обстоятельство вовсе не означает отсутствия представлений о заранее оцененных убытках в итальянском гражданском праве⁷ – разнородные понятия *clausola penale* и *liquidazione convenzionale del danno* выработаны непосредственно цивилистической доктриной.

© Сятчихин А. В., 2016

* Статья подготовлена при финансовой поддержке РГНФ – грант № 16-03-00741 «Система правовых механизмов стимулирования должника к надлежащему исполнению обязательств и гарантирования интересов кредитора в российском гражданском праве».

Различия в характере и правовой природе согласованной суммы, подлежащей оплате при нарушении договора, могут быть проиллюстрированы делом, разрешенным Верховным судом Португалии в 2003 г.⁸ Стороны предусмотрели в договоре проката штраф, размер которого определялся пропорцией между риском нарушения договора и снижением рыночной цены арендуемого автомобиля. Иными словами, под штрафом стороны договора фактически согласовали условия о заранее оцененных убытках (порядок их определения). Таким образом, у суда отсутствовали основания для снижения их размера и последние были взысканы с должника в полном объеме. В этой связи стоит сослаться А.Г. Карапетовым, полагающим, что именно от намерений сторон при заключении договора зависит правовое регулирование и реализация его условий. В одном случае стороны стремятся принудить и стимулировать надлежащее исполнение, в другом – внести «стабильность и предсказуемость в вопрос о последствиях того или иного нарушения (договора. – А.С.)» путем составления калькуляции предвидимых убытков⁹.

В то же время в юридической литературе господствует точка зрения, согласно которой исследуемая юридическая конструкция имеет место лишь в странах общего права. Однако в законодательстве стран и романо-германской правовой семьи мы находим закрепление норм о заранее оцененных убытках, наряду с нормами о неустойке в том значении, которое им придает отечественная доктрина и догма гражданского права. Так, Закон ФРГ «Об общих условиях заключения сделок» 1976 г.¹⁰ в пп. 5-6 § 11 разграничивает нормы о заранее оцененных убытках (*pauschalierung von Schadensersatzansprüchen*) и неустойки (*vertragsstrafe*). Согласно п. 5 § 11 закона под заранее оцененными убытками немецкий законодатель понимает «округленную» сумму предвидимых убытков, способ возмещения потерь кредитора, связанный, в частности, с уменьшением меновой стоимости предмета договора. При этом размер договорных убытков не должен превышать размеров убытков, возникающих из «обычного хода вещей». Так, проф. Гюнтер Трейтел (Guenter Treitel) замечает, что при установлении несоразмерности заранее оцененных убытков с убытками предвидимыми суд, руководствуясь § 138, 242 Германского гражданского уложения, признает подобное условие договора недействительным – как противоречащее добрым нравам или принципу добросовестности¹¹.

Необходимо отметить, что в странах континентальной системы права, где штрафные условия договора признаются действительными, мы не находим единого подхода к исследуемой конструкции: она либо изначально закреплена в законе, либо воспринимается под влиянием процесса интернационализации частного права, либо вовсе неизвестна законодательству некоторых стран континентальной системы права. В этой связи стоит отметить характерную черту континентального права, отличную от права англосаксонского. В нем правовой материал юридической конструкции заранее оцененных убытков составляют положения закона, тогда как в странах общего права конструирование происходит на базе прецедентов.

Резюмируя изложенное, отметим, что изначально появившаяся в странах общего права юридическая конструкция заранее оцененных убытков в последующем начинает активно восприниматься правопорядками стран континентальной Европы. Во многом это объясняется наметившейся тенденцией к приоритету компенсационной, нежели штрафной модели гражданско-правовой ответственности. При этом в законодательстве, практике его применения и доктрине континентального права прослеживается четкое разграничение заранее оцененных убытков как восстановительной меры договорной ответственности, и неустойки в ее изначально штрафном понимании.

¹ Как отмечается в зарубежной литературе, первоначально законодательства многих европейских государств не проводили четкого различия между компенсационными и сверхкомпенсационными мерами ответственности (См.: *Monteiro A.P. Clause Penale / Penalty Clause / Vertragsstrafe // European Review Private Law, 2001 (Kluwer Law International)*). Цит. по: *J. Frank McKenna. Liquidated Damages and Penalty Clauses: A Civil Law versus Common Law Comparison // The Critical Path, 2008*).

² Гражданский кодекс РФ (часть первая) от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 23.05.2016 г.) // РФ, 1994. № 238-239.

³ Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. II: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., стереотип. М.: Статут, 2011. С. 90 (автор главы – В.С. Ем).

⁴ См.: *Годеме Е. Общая теория обязательств / пер. с франц. И.Б. Новицкого. М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. С. 394-395.*

⁵ См.: *Германское право: Гражданское уложение / пер. с нем. Ч. 1 / науч. ред. В.В. Залесский; пер. Н.Г. Елисеев, А.А. Лизунов, Н.Б. Шеленкова; введ.: В. Бергман, Е.А. Суханов. М.: МЦФЭРМ, 1996. С. 76.*

⁶ См.: *The Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*. URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (дата обращения: 01.10.2016 г.). Такие же нормы содержит гражданское законодательство Нидерландов и Швейцарии (См.: *Civil Code of the Netherlands*. URL: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm> (дата обращения: 01.10.2016 г.), *Code des Obligations Suisse*. URL: http://lexinter.net/LOTWVers4/code_des_obligations.htm (дата обращения: 01.10.2016 г.).

01.10.2016 г.). Законодательство Бельгии устанавливает дополнительное условие взыскания штрафной санкции – основная часть основного обязательства должна быть исполнена сторонами. Однако положений о заранее оцененных убытках Гражданский кодекс Бельгии не содержит (См.: Code Civil Belge URL: <http://just.fgov.be/> (дата обращения: 01.10.2016 г.).

⁷ Codice Civile Italiano. URL: <http://www.studiocataldi.it/codicecivile/> (дата обращения: 01.10.2016 г.). Идентичные нормы содержит и гражданский кодекс Португалии (The Portuguese Codigo Civil URL: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis (дата обращения: 01.10.2016 г.).

⁸ См.: Recent case law // European Review of Private Law, 2004. № 4. P. 552.

⁹ Каранетов А.Г. Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве. М.: Статут, 2005.

¹⁰ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. URL: <https://dejure.org/gesetze/AGBG> (дата обращения 01.10.2016 г.). С 01.01.2002 года в ходе реформы обязательственного права указанный закон инкорпорирован германским законодателем в Гражданское уложение. На сегодняшний день разграничение заранее оцененных убытков и неустойки можно встретить в частности в п. 5-6 §309 Германского гражданского уложения, дословно воспроизводящие положения §11 Закона «О справедливых условиях договора».

¹¹ См.: Treitel G.H. Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account. Oxford: Clarendon Press, 1988. P. 228. Цит. по: Каранетов А.Г. Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве. М.: Статут, 2005.

Э. М. Фролович

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ПОНЯТИЕ И ЗНАЧЕНИЕ СТАДИИ ВОЗБУЖДЕНИЯ ПРОИЗВОДСТВА В СУДЕ АПЕЛЛЯЦИОННОЙ ИНСТАНЦИИ

Арбитражный процессуальный кодекс РФ предусматривает право апелляционного обжалования в ст. 257.

Право апелляционного обжалования – это право на возбуждение апелляционного производства по проверке законности и обоснованности решения суда первой инстанции.

В арбитражном судопроизводстве как совокупности стадий, которые проходит дело в арбитражном процессе, присутствует обжалование производства в суде апелляционной инстанции (см. таблицу).

Движение дел в Семнадцатом арбитражном апелляционном суде в 2012–2015 гг.

Год	Поступило апелляционных жалоб	Возвращено апелляционных жалоб	Принято к производству
2012	21 130	1 992	19 250
2013	22 008	2 026	19 850
2014	23 489	2 391	20 898
2015	24 852	2 646	22 206

Отметим, что АПК РФ закрепляет не только само производство в суде апелляционной инстанции, но и право апелляционного обжалования.

В соответствии с ч. 1 ст. 188 АПК РФ определение арбитражного суда может быть обжаловано отдельно от обжалования судебного решения, которым заканчивается рассмотрение дела по существу, в случаях, если такое обжалование предусмотрено АПК РФ, а также если это определение препятствует дальнейшему движению дела.

Возражения относительно иных судебных определений, включая протокольные, могут быть заявлены при обжаловании судебного акта, которым заканчивается рассмотрение дела по существу (ч. 2 ст. 188 АПК РФ).

Указания на возможность обжалования судебных определений в тексте АПК РФ встречаются нередко (ч. 2 ст. 48, ч. 4 ст. 129, ч. ч. 8 и 9 ст. 141, ч. 2 ст. 149, ч. 2 ст. 151 и др.). Кроме того, действующий АПК предусматривает более 40 промежуточных определений, которые не могут быть обжалованы.

ваны отдельно от итогового судебного акта: например, определение о рассмотрении или об отказе в рассмотрении дела в закрытом судебном заседании (ч. 4 ст. 11 АПК), о замене судьи (ч. 2 ст. 18 АПК), об отводе или об отказе в удовлетворении ходатайства об отводе судьи (ч. 5 ст. 25 АПК), о привлечении или об отказе в привлечении другого ответчика (ч. 2 ст. 46 АПК), о замене или об отказе в замене ненадлежащего ответчика (ст. 47 АПК), о назначении экспертизы или об отклонении ходатайства о назначении экспертизы (ч. 4 ст. 82 АПК), о подготовке дела к судебному разбирательству (ч. 1 ст. 133 АПК), о назначении дела к судебному разбирательству (ч. 1 ст. 137 АПК), о принятии апелляционной жалобы и возбуждении апелляционного производства (ч. 2 ст. 261 АПК), о принятии кассационной жалобы и возбуждении кассационного производства (ч. 3 ст. 278 АПК) и др.

Одной из стадий апелляционного производства в арбитражном процессе является возбуждение дела. Во многом именно от нее зависит эффективность апелляционного производства в целом, ибо если дело не будет возбуждено в порядке и в срок, установленные законом, то немалый потенциал этого правоприменительного этапа для обращающегося в суд лица может быть потерян.

Таким образом, процессуальная деятельность арбитражного суда на этой стадии имеет особое значение. Только в результате ее эффективного применения возможно в кратчайшие сроки обеспечить реализацию целей арбитражного судопроизводства, закрепленных в ст. 2 АПК РФ.

Разумеется, у этой стадии есть и собственная процессуальная цель. Она, на наш взгляд, заключается в том, чтобы обеспечить доступность апелляционного обжалования решения (определения) суда первой инстанции всем лицам, которые имеют на это право. Ее реализация — важнейший критерий эффективности процессуальной деятельности суда на данной стадии. Ошибки же в этой деятельности по причинам, указанным выше, могут очень болезненно затронуть интересы лиц, обращающихся за судебной защитой.

Определяющим фактором для процессуальной формы апелляционного пересмотра являются, прежде всего, его задачи. По этому поводу в науке высказаны следующие основные позиции.

Ссылаясь на обобщенный опыт дореволюционных ученых, Е.С. Смагина говорит о двух задачах апелляционного производства, имеющих равное значение: повторное рассмотрение дела по сути и проверка законности и обоснованности постановлений суда. Ее мысль в дальнейшем повторяется Л.А. Тереховой, которая указывает на два начала апелляционного производства — рассмотрение дела по сути и пересмотр судебного акта, которые противоположны только на первый взгляд. Оба эти начала нужно рассматривать как главные качественные характеристики апелляционного производства. Также авторы одного из учебников считают, что производство в суде апелляционной инстанции — комплексное явление, поскольку объединяет две составляющих: это рассмотрение дела по сути, и вместе с тем, пересмотр судебного акта.

Отдельные ученые выстраивают определенное соотношение названных задач. Так, Е.В. Караваева считает задачей апелляционной инстанции повторное рассмотрение и разрешение по существу на основании имеющихся и дополнительно предоставленных доказательств с целью проверки обоснованности и законности судебных решений. Итак, проверка определяется автором целью, а повторное рассмотрение — задачей.

Другие ученые говорят, что основная задача апелляционной инстанции состоит в пересмотре дела по существу путем проверки законности и обоснованности судебного акта, а основной функцией является повторное рассмотрение дела для устранения судебной ошибки при ее наличии, совершенной судом первой инстанции.

Анализ изложенных в науке позиций убеждает в непоследовательности понимания задач апелляции в контексте функционально-институциональной структуры арбитражного процесса. По мнению автора, постановка перед апелляцией двух задач (проверка акта и пересмотр решения дела) противоречит принципам логики. Ведь задача пересмотра решения дела полностью обостряет ценность проблемы проверки судебного акта. Эти задачи явным образом неравноценны между собой, новое разрешение исходит из позиции игнорирования предыдущего решения. Проверка судебного акта приобретает характер субсидиарного, необязательного и ситуативного результата пересмотра решения дела. Поэтому считаем, что одновременное выделение этих двух задач безосновательно.

Представляется, что действительным заданием апелляционного пересмотра является проверка судебного акта первой инстанции. В пользу такого вывода свидетельствует тот факт, что апелляция существует не сама по себе, а только как вторая стадия, которая следует за предыдущей — рассмотрением дела по существу. Следовательно, апелляция невозможна без определенного законом предмета обжалования — судебного акта; причиной апелляции является неудовольствие актом суда первой инстанции; просьба лица, подавшего апелляционную жалобу, непосредственно касается судебного акта; основной вопрос, который решается апелляционным судом — это отмена, изменение или оставление

в силе обжалованного акта. То есть процессуальная форма апелляционного пересмотра зависима от судебного акта суда первой инстанции.

Взгляд на задачу апелляционного пересмотра с позиций функциональности судопроизводства актуализирует вопрос дублирования функций суда первой и апелляционной инстанции. Установка на то, что в апелляции состоится пересмотр решения дела, приводит к снижению процессуальной роли судов первой инстанции, поскольку у них не остается собственной компетенции. Это показатель недоверия к суду первой инстанции, снижения авторитета и обесценивания результатов его деятельности. Идея апелляции состоит в гарантии от произвола, некомпетентности и ошибки, а не в предоставлении лицам, участвующим в деле, «второго шанса» убедить суд в своей правоте. Уничтожение этой границы разбалансирует судебную систему, искривляет логику развития процессуальных отношений, превращает необходимые гарантии в инструменты злоупотребления.

Задачи апелляционного пересмотра выполняют весомую роль идеологически-ценностного ориентира формирования инстанционной системы судопроизводства. Последовательное отделение сугубо апелляционной деятельности, размежевание функций и распределение процессуальной ответственности между судами первой и апелляционной инстанции, четкая реализация специфики задач апелляционного пересмотра будет содействовать вынесению законных и обоснованных решений, стабильности судебной практики, равномерной нагрузке на суды, укреплению авторитета каждого судебного звена и всей судебной системы в целом. Исходя из изложенного, считаем, что задача апелляционного пересмотра должна определяться в контексте проверки обжалованных актов арбитражного суда первой инстанции.

Особое значение приобретает присущий апелляции способ проверки. В этом плане следует прислушаться к тем авторам, которые считают основной задачей апелляционного производства обеспечение законности и обоснованности судебных решений, защиту прав, свобод и интересов лиц, участвующих в деле, а также публичных интересов; усматривают целевое назначение апелляции в эффективной проверке судебных актов как с правовой, так и с фактической стороны. Указание на возможность апелляции проверить судебный акт как с позиции соответствия жизненным обстоятельствам, так и на соответствие правовым нормам существенным образом характеризует апелляционную форму пересмотра.

Итак, задачи апелляционного суда – это отмена, изменение или оставление в силе обжалованного акта. Иными словами, процессуальная форма апелляционного пересмотра зависима от судебного акта суда первой инстанции.

Процессуальным началом данной стадии следует считать дату поступления дела с апелляционными жалобой, представлением и поступившими возражениями относительно них в суд апелляционной инстанции.

Процессуальным окончанием данной стадии следует считать момент вынесения судом апелляционной инстанции определения о принятии апелляционной жалобы, представления к производству суда апелляционной инстанции.

Целью стадии возбуждения апелляционного производства является правильное и своевременное возбуждение апелляционного производства в суде второй инстанции. Правильное возбуждение апелляционного производства включает в себя необходимость решения следующих задач:

во-первых, это проверка соблюдения судом первой инстанции установленного законом процессуального порядка оформления дела в апелляционное производство суда второй инстанции с целью исключения неправомерного возбуждения апелляционного производства;

во-вторых, в случае выявления недостатков, допущенных судом первой инстанции при оформлении дела в апелляционное производство, или наличия информации о поступлении других апелляционных жалоб, представлений – это совершение процессуальных действий по надлежащему формированию предмета деятельности суда апелляционной инстанции путем возвращения дела сопроводительным письмом в суд первой инстанции в предварительную стадию апелляционного производства.

МОДЕЛИ КОРПОРАТИВНОГО УПРАВЛЕНИЯ В РОССИИ: ХАРАКТЕРИСТИКА И ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ

Объединение капиталов является прекрасным способом для того, чтобы реализовать свои идеи. Поэтому люди, прилагая совместные усилия, создают союзы различных видов. На сегодняшний день наиболее привлекательной организационно-правовой формой для крупного бизнеса является корпорация. Если обратиться к статистике, то лишь 1/10 доля от общего количества зарегистрированных фирм в мире выпадает на корпорации, однако это не умаляет их преимуществ¹. Корпорации обеспечивают около половины мирового ВВП². Ниша, которую занимают в российском ВВП корпоративные союзы, значительно выше, чем в других развитых странах³. Это связано с тем, что реалии отечественной жизни демонстрируют недостаточную развитость среднего и мелкого бизнеса.

Выбор корпоративной конструкции юридического лица имеет особую актуальность, поскольку, используя ее, участники получают возможность максимального удовлетворения своих экономических, политических и социальных интересов.

Основным образующим элементом эволюции корпоративных объединений на любом этапе исторического развития является заинтересованность каждого из членов такого объединения друг в друге. Такая заинтересованность проявляется как в совместном осуществлении трудовой деятельности, так и в совместном извлечении прибыли. В результате зародилось множество более сложных форм организаций, осуществляющих согласованную предпринимательскую деятельность. Это открыло путь для создания более интегрированных структур со свойственными им правовыми характеристиками.

Отношения между коммерческими корпоративными юридическими лицами, а также внутри них во многом обусловлены их организационно-правовыми формами. Именно изучение сущности корпораций позволяет находить эффективные пути совершенствования корпоративного законодательства, а также действенные способы защиты прав участников корпоративных объединений.

В целом, развитие крупного бизнеса тесно связано с развитием корпоративного управления. Появление корпораций вызвало необходимость разработки определенных подходов к конструированию механизмов осуществления корпоративного влияния. Особое влияние на моделирование корпоративного управления оказала практика акционерного корпоративного взаимодействия.

В конце XIX в. в английских законах были утверждены основополагающие нормы и правила, регулирующие корпоративное управление в том виде, который близок к его современному пониманию⁴. Поэтому родиной корпоративного управления можно считать Англию, хотя не все ученые с этим согласны. Так, некоторые авторы научных статей в качестве страны зарождения корпоративного управления называют Соединенные штаты Америки⁵. А в США лишь в конце 20-х гг. XX в. был принят пакет законов, который на законодательном уровне закрепил методы, используемые при корпоративном управлении. В дальнейшем эти методы получают название «Американская модель корпоративного управления»⁶. Параллельно корпоративное управление развивается и в других странах.

На рубеже XX и XXI вв. корпоративное управление набирает актуальность и увеличивает количество споров вокруг себя. Переход отечественной экономики в стадию быстрого роста в начале 2000-х гг. обусловил возникновение идеи по разработке документа, регулирующего корпоративное управление. В течение длительного времени велись дискуссии и лишь к апрелю 2014 г. Банк России опубликовал письмо от 10.04.2014 г. №06-52/2463 «О кодексе корпоративного управления»⁷. Во введении дается следующее определение корпоративного управления:

«Корпоративное управление – понятие, охватывающее систему взаимоотношений между исполнительными органами акционерного общества, его советом директоров, акционерами и другими заинтересованными сторонами. Корпоративное управление является инструментом для определения целей общества и средств достижения этих целей, а также обеспечения эффективного контроля за деятельностью общества со стороны акционеров и других заинтересованных лиц».

В качестве цели применения стандартов избрана защита интересов всех акционеров независимо от размера пакета акций, которым они владеют. Таким образом, даже долго разрабатываемый Кодекс корпоративного управления не дает четкой и понятной дефиниции рассматриваемого явления.

Как видно, современная трактовка понятия «Корпоративное управление» не обладает точностью. Вызвано это большим влиянием экономических факторов, поэтому важно уяснить его смысл. Оптимально было бы обозначить его как совокупность процессов, влияющих на внутренний процесс развития корпоративного объединения, находящегося под управлением или контролем ответственных лиц.

Прежде чем перейти к толкованию понятия «модель корпоративного управления», необходимо понять смысл термина «модель». Большая советская энциклопедия предлагает рассматривать модель как некий образец, служащий эталоном для массового воспроизведения⁸, т. е. модель можно рассматривать как некий идеальный образ.

Основываясь на указанном подходе, понятие «модель корпоративного управления» представляет собой законодательно закреплённый образец целенаправленного взаимодействия самоорганизованных элементов системы корпоративного управления⁹. При этом необходимо уметь ответить на ряд вопросов:

- На кого направленно воздействие?
- Какие требования существуют к объектам и субъектам управления?
- Кто и с кем взаимодействует?
- Каким образом эти процессы устроены?

В этом вопросе нельзя обойтись без государственного регулирования. Каждая корпорация должна помнить о том, что любой крупный субъект помимо баланса интересов должен также соблюдать требования законодательства. Подтверждением тому служит справедливое наблюдение Ю.А. Тихомирова о том, что корпоративная структура действует на началах самоорганизации и самостоятельности, а «опорой служит ее компетенция, построенная как организованное внутреннее управление, с одной стороны, как правовое опосредование публичных компетенций, с другой»¹⁰.

В свою очередь, О.А. Макарова предлагает закрепить вариативную модель корпоративного управления, которая предоставляет акционерам право выбора конкретного образца, но с учетом ограничений, установленных законом¹¹. Иными словами, в сфере общей диспозитивности корпоративных норм, в частности, норм, регулирующих корпоративное управление, должны быть некоторые основополагающие аспекты, урегулированные законодателем и возведенные в ранг императивных.

В настоящее время классическими моделями корпоративного управления признаются модели, разработанные в Англии, Германии, США и Японии. Это связано с тем, что практика применения методов этих стран показала наибольшую эффективность и качество управления в корпоративных объединениях¹². Сегодня эти модели служат отправной точкой при формировании другими государствами своих систем управления.

Практика управления в российских компаниях на сегодняшний день не вписывается ни в одну из классических моделей. Российское корпоративное управление представляет собой своеобразную смесь моделей, существующих в других странах.

Системы корпоративного управления, которые имеют свои отличительные черты, могут формироваться в зависимости от особенностей структуры собственности, характера механизмов финансового регулирования, отечественного акционерного законодательства.

Для России как понятие «корпорация», так и «корпоративное управление» являются новыми. Поэтому отечественному законодателю и представителям бизнес-сообществ только предстоит пройти весь путь развития этих институтов. Однако можно выделить ряд намеченных тенденций:

- повышение рейтинга отечественных корпораций в мировой экономике;
- укрупнение корпоративных объединений;
- оптимизация работы внутренних процессов развития;
- внедрение инновационных технологий корпоративного управления;
- возведение информационных технологий в ранг неотъемлемых инструментов деятельности успешных коммерческих корпораций.

Вполне очевидно, что возникновение такого правового явления, как корпоративное управление, стало исторической необходимостью, поскольку оно позволяет осуществлять контроль за деятельностью корпорации наиболее эффективно и качественно.

Выбор оптимальной модели корпоративного управления является актуальной проблемой не только для корпоративного права, но и для теории управления. Это связано с тем, что в итоге нега-

тивные моменты, связанные с юридической проработкой вопросов деятельности компании, находят свое реальное проявление в экономических показателях её финансово-хозяйственной деятельности¹³.

Создание наиболее эффективной и качественной системы корпоративного управления остается одной из приоритетных задач как на уровне отдельных государств, так и на межгосударственном уровне¹⁴. Российская Федерация активно работает в направлении развития данного явления. Примеряя на российскую действительность наиболее совершенные модели, разработанные другими странами, отечественный законодатель постепенно вырабатывает ту модель управления, которая смогла бы отвечать требованиям, которые продиктованы российским бизнес сообществом.

¹ *Рязанцева Л.С.* Роль корпораций в мировой экономике // Международный научный журнал «Инновационная наука». 2016. № 2. С. 87.

² *Емельянова О.В., Остащенко А.А.* Ресурсное обеспечение инновационно-устойчивого развития экономики России: монография. ИП, 2014. С. 284.

³ *Минакова И.В.* Особенности воспроизводства трудовых ресурсов в российских регионах // Экономические науки. 2010. № 62. С. 249-252.

⁴ *Силова Е.С.* Сравнительный анализ моделей корпоративного управления // Вестник Челябинского университета. 2011. № 32. С. 104.

⁵ *Бухвалов А.В.* Классика теории корпоративного управления // Вестник Санкт-Петербургского университета. 2004. № 32. С. 100.

⁶ *Перегудова С.А., Агафонова М.С.* Особенности американской модели управления // Современные наукоемкие технологии. 2014. № 7-2. С. 134.

⁷ Письмо Банка России от 10.04.2014 № 06-52/2463 «О Кодексе корпоративного управления» // Вестник Банка России. 2014. № 40 (ред. от 10.04.2014).

⁸ Большая советская энциклопедия. М., 1969–1978.

⁹ *Коваленко Е.И.* К вопросу о понятии «Модель корпоративного управления» // Гражданское право. 2015. № 4. С. 138.

¹⁰ *Тихомиров Ю.А.* Теория компетенции. М., 2001. С. 205.

¹¹ *Макарова О.А.* Правовое обеспечение корпоративного управления в акционерных обществах с участием государства: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб, 2014. С. 16–18.

¹² *Михайлов Д.М.* Эффективное корпоративное управление (на современном этапе РФ). М., 2010. С. 46.

¹³ *Мозилевский С.Д., Самойлов И.А.* Корпорации в России: правовой статус и основы деятельности: учебное пособие. М.: Дело, 2006. С. 155–172.

¹⁴ *Диденко П.А.* «Правовое регулирование отношений корпоративного управления в США, ЕС и России (на примере предпринимательских корпораций, компаний и акционерных обществ)» // Автореферат диссертации кандидата юридических наук, М., 2009. С. 4.

А. В. Чекмарева

*Саратовская государственная юридическая академия,
г. Саратов*

ТЕНДЕНЦИИ РЕФОРМИРОВАНИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА В СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ

Современная Россия переживает сложный процесс модернизации государственного устройства и общественного бытия. Каким станет в ближайшем будущем российское общество, зависит от целого ряда объективных и субъективных факторов, среди которых важное значение приобретает совершенствование всей правовой системы и как одной из наиболее динамично развивающихся частей этой системы – гражданского процесса. В современных условиях поиск новой модели гражданского процесса и новых идей развития законодательства является приоритетной задачей гражданской процессуальной политики. Именно это формирует будущность юридической науки и правоприменительной практики, а также правового самосознания граждан. Очевидно, что процесс совершенствования законодательной базы диктует новые условия развития правоприменительной практики. В стране происходит формирование новой идеологии гражданского процесса, суть которой состоит в максимальной защите прав граждан на основе законодательства, соединяющего российские традиции с зарубежным опытом¹.

Следует отметить, что в первом десятилетии XXI века цивилистический процесс подвергся реформированию во многих странах мира. Причиной этому послужили, прежде всего, внешние вызовы, обусловленные процессами интеграции и глобализации. Сближение процессуальных систем разных государств, выработка общих, наднациональных процессуальных правил и регламентов позволили даже сделать предположение о возможности создания единого нормативного акта в сфере гражданского судопроизводства. Тем не менее нельзя отрицать и существующие географические, исторические, культурные особенности каждого государства, которые определяют и национальное процессуальное законодательство, и правоприменительную практику. Одним из насущных вопросов является выработка эффективного механизма взаимодействия российской правовой системы и европейского конвенционного права, поскольку с ратификацией Конвенции о защите права человека и основных свобод в 1998 году российские граждане получили возможность обращаться в Европейский суд по правам человека. Ратификация повлекла следующее: во-первых, усложнилась процедура возбуждения надзорного производства, во-вторых, в число новых обстоятельств для пересмотра дела было включено установление Европейским судом по правам человека факта нарушения положений Конвенции, в-третьих, был принят Федеральный закон «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок»².

Таким образом, Россия не только пересматривала законодательство, но и заимствовала ряд форм и механизмов реализации гражданского судопроизводства. Среди них особую значимость приобрела идея использования примирительных процедур при урегулировании споров, прежде всего медиации. Она стала своеобразным политическим вектором в реформировании гражданского процесса. Принятие в 2010 г. закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»³ повлекло внесение в Гражданский процессуальный кодекс РФ ряда изменений, позволяющих пройти эту процедуру, в том числе и после того, как дело было возбуждено в суде. В некоторых судах стали открываться комнаты примирения, на первых порах медиаторы оказывали услуги для лиц, желающих примириться, бесплатно (пионером в этом направлении стала Свердловская область, где проводился первый в России эксперимент по внедрению процедуры медиации).

Почему же, в отличие от Запада, в России так тяжело приживается идея медиации? Зачастую мы привыкли ругать отечественное правосудие, но в то же время объективная реальность такова, что высокая стоимость и затяжной характер в большей степени свойственны европейскому судопроизводству. Отсюда и широкое развитие за рубежом альтернативных способов урегулирования споров. Так, например, средний срок рассмотрения дела в Италии составляет семь лет. В Австрии государственная пошлина при цене иска 10 000 евро в первой инстанции будет составлять 673 евро, а в случае обжалования судебного решения – 1036 евро. Таким образом, судебные сборы в Австрии составляют 110,9 % бюджета суда⁴.

Что же мы имеем в российском судопроизводстве? Общий срок рассмотрения и разрешения гражданского дела у мирового судьи составляет один месяц, в федеральном суде общей юрисдикции – два месяца. Государственная пошлина в России при такой же цене иска, как в Австрии, составит 10 400 руб., при подаче апелляционной жалобы – 150 руб.⁵ Российское гражданское судопроизводство имеет социальное предназначение, направленное на защиту прав субъектов гражданских правоотношений, и при формировании новой модели, не должно превращаться в государственную услугу, оказываемую за отдельную плату. В этой связи, возвращаясь к идее развития медиации в нашей стране, полагаем, что примирение сторон до судебного разбирательства должно стать более выгодным для них, чем вынесение судебного решения. Для этого необходим комплекс мер – стимулов и запретов, направленных на мотивирование субъектов к окончанию процесса на ранних этапах. Такой мерой мог бы стать, например, возврат 75 % госпошлины в случае отказа от иска, заключения мирового соглашения до судебного разбирательства.

Следующее направление модернизации гражданского процесса – это упрощение судопроизводства.

Нельзя не отметить слабые стороны введения упрощенных форм некоторых процедур. В частности, вряд ли можно назвать удачной законодательную новеллу 2013 года о необязательности составления мировым судьей мотивированного судебного решения, если отсутствует соответствующее заявление от лиц, участвующих в деле. Несмотря на то, что для суда это упрощение, для участников судебного процесса, такое положение ведет к усложнению действий. Упрощение судопроизводства не должно создавать дополнительные трудности сторонам в защите своих прав. Мотивировочная часть судебного решения имеет важное значение еще и потому, что именно в ней отражаются обстоятельства, установленные судом, на основании которых судьи пришли к тому или иному выводу.

Вступившее в законную силу судебное решение без мотивировочной части не обладает таким свойством, как преюдициальность, и, следовательно, установленные судом обстоятельства не освобождаются от доказывания и подлежат оспариванию при рассмотрении другого дела с участием тех же лиц. Таким образом, налицо не упрощение, а усложнение процесса.

Введение норм, упрощающих судопроизводство, происходит параллельно и в ГПК РФ, и в АПК РФ. Так, с 1 июня 2016 года в ГПК РФ появилась новая глава, посвященная упрощенному судопроизводству (в АПК упрощенное производство уже существовало), а АПК РФ дополнился главой «Приказное производство» (этот институт существовал и существует в ГПК). Таким образом, налицо унификация цивилистического процессуального законодательства, которая началась в 2014 году с объединением Верховного суда РФ и Высшего арбитражного суда РФ. В этом же году была утверждена и Концепция единого кодекса гражданского судопроизводства, нацеленная на повышение эффективности российского судопроизводства за счет унификации гражданского и арбитражного процессуального законодательства. Считаем, что следует поддержать унификацию процессуального законодательства, которая призвана в первую очередь устранить противоречия между двумя существующими отраслями процессуального права (гражданский и арбитражный процесс) и сохранить наиболее удачные положения ГПК РФ и АПК РФ, распространив их на все гражданское судопроизводство.

Однако наряду с этим несколько неожиданным оказалось принятие 8 марта 2015 г. Кодекса административного судопроизводства⁶, по которому дела, возникающие из публичных правоотношений, были изъяты из ГПК РФ, но оставлены в арбитражном судопроизводстве. Принятие КАС РФ породило также и споры в научной среде о том, к какой все же отрасли права в большей степени относится данный нормативный акт: административного права и процесса или гражданского процесса?

Принятый в спешном порядке Кодекс административного судопроизводства, представляющий своеобразный «клон» ГПК РФ, не избежал многочисленных поправок и изменений, несмотря на то, что существует он ровно год. Так, с 3 июля 2016 года действует уже девятая редакция кодекса административного судопроизводства. Для сравнения: спустя год после введения в действие ГПК РФ появилась только одна его новая редакция. Гражданский процессуальный кодекс является, с одной стороны, более стабильным, с другой – открытым для восприятия новых, соответствующих сегодняшнему времени тенденций развития процессуального законодательства.

Проект кодекса административного судопроизводства, к сожалению, не был предметом бурного обсуждения ученых-процессуалистов, в то время как заключение о проекте ГПК РФ готовилось французскими коллегами под руководством председателя Суда большого жюри г. Парижа⁷. Отрадно, что ныне на страницах ведущих юридических журналов, на международных конференциях идет широкое обсуждение Концепции единого ГПК. Полагаем, что такой грандиозный нормативный акт, как единый ГПК, конечно, не может и не должен приниматься в спешке, тем более что он, на наш взгляд, должен включить в себя не только гражданское и арбитражное судопроизводство, но и административный процесс.

Таким образом, основные направления формирования новой модели гражданского процесса видятся в:

- 1) унификации процессуального законодательства и создании в результате единого Гражданского процессуального кодекса РФ;
- 2) введении упрощенных процессуальных форм только при условии соблюдения процессуальных гарантий лиц, участвующих в деле;
- 3) использовании зарубежного опыта с обязательным учетом русских национальных, исторических и культурных традиций;
- 4) совершенствовании примирительных процедур посредством стимулирования к их использованию;
- 5) расширение внедрения в судопроизводство информационных технологий.

¹ См. подробнее: *Чекмарева А.В.* Подготовительные процедуры в гражданском процессе: монография. М.: Юрлитинформ, 2016.

² *О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок:* Федер. закон от 30 апр. 2010 г. № 68-ФЗ (ред. от 03.07.2016) // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³ *Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации):* Федер. закон от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ (ред. от 23.07.2013) // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ Коллер К. Австрийский национальный доклад // Гражданский процесс в межкультурном диалоге: евразийский контекст: Всемирная конференция Международной ассоциации процессуального права, 18–21 сентября 2012 г., Москва: сб. докл. под ред. д.ю.н. Д.Я. Малешина. М., Статут, 2012. С. 189–190.

⁵ Налоговый кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 5 авг. 2000 г. № 117-ФЗ (ред. от 03.07.2016) // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶ Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации от 8 мар. 2015 г. № 21-ФЗ (ред. от 03.07.2016) // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷ См.: Путь к закону (исходные документы, пояснительные записки, материалы конференций, варианты проектов ГПК, новый ГПК РФ) / под ред. М.К. Треушникова. М.: Городец, 2004 г.

Р. В. Чикулаев

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ВОПРОСЫ ПОНИМАНИЯ КАТЕГОРИИ ПРАВА ПО ЦЕННОЙ БУМАГЕ

История научного цивилистического познания ценной бумаги и чрезвычайного многообразия всех связанных с ней отношений при ближайшем рассмотрении сводится к нескольким крупным информационным блокам, каждый из которых представляет совокупность теоретических или юридико-практических вопросов, сконцентрированных вокруг нескольких основных предметов:

а) объяснение ценной бумаги как юридического феномена (вещь, информация, объект особого рода, договор, обязательство, право и т.п.);

б) динамические отношения, связанные с ценной бумагой (сделки, специальные виды т.н. «профессиональной» и иной инвестиционной, торговой и прочей деятельности, особые юридические факты, т.н. «операции с ценными бумагами» и др.);

в) права «по ценной бумаге», то есть любые вытекающие из нее, предоставляемые ею или вообще хоть как-то связанные с ней субъективные правомочия и корреспондирующие им обязанности;

г) прочие производные вопросы, к которым относятся разного рода т.н. «проблемы финансовых рынков», оборот прочих финансовых инструментов, публичные отношения регулирования и ответственности и им подобное, которое нельзя не выделить, так как оно не относится к первым трем группам.

Как видно, в числе основных вопросных блоков все же фигурируют «права по ценным бумагам», которые приобрели значение устойчивого речевого оборота, и едва ли не отдельного правового института. Но обладает ли это словосочетание устойчивым содержанием, понятийным объемом? Полагаем, что в поисках ответа на этот вопрос может быть сформирована обновленная научная концепция ценной бумаги, объясняющая суть бумаги и связанных с нею отношений как минимум в континентально-правовом системном аспекте. По содержанию и объему такая концепция может уместиться в рамках одной или, возможно, двух-трех докторских диссертационных работ. В пределах же настоящих тезисов обратим внимание на один важный аспект: в чем состоит существо «прав по ценным бумагам» и возможно ли говорить об однородности такого понятия.

Наиболее полно характеристику прав по ценным бумагам в их классическом смысле, то есть как бумажных документов, изобретенных человеческой мыслью для удобства оформления гражданских обязательств и, несколько позднее, для участия в торговых и промышленных предприятиях, дали еще классики XIX – начала XX вв. В исследованиях немецких, швейцарских, итальянских авторов, а также в трудах российских юристов (Г.Ф. Шершеневич, Н.О. Нерсесов, М.М. Агарков, С.М. Барац, А.И. Каминка, П.П. Цитович, В.М. Гордон и ряд других) права по ценным бумагам служили основой для построения нескольких особых теорий ценных бумаг, а также для выработки основных принципов регулирования отношений по поводу гражданского оборота ценных бумаг. В законодательстве понятие «права по ценным бумагам» приобрело терминологическое значение и стало применяться как единое, служащее характеристикой или определяющим признаком при конструировании правового режима той или иной бумаги, а также для юридической классификации. Недавний пример обновленной классификации – изменения в ГК РФ от 2013 г., когда *видом* ценной бумаги стало считаться не традиционное название бумаги (акция, облигация, вексель и пр.), а подразделение бумаг по

комплексному признаку правообладателя и способа правореализации на именные, ордерные, предъявительские.

Также к концу XX в. феномен «право по ценной бумаге» стал все чаще представляться в двух формах – как неразрывно связанные «право на бумагу» и «право из бумаги». По нашему мнению, такое представление является во многом искусственным и не всегда логически обоснованным: ведь вопрос о праве на бумагу есть стандартный гражданско-правовой вопрос принадлежности вещи, в то время как право, вытекающее из бумаги, является специфическим, присущим только ценной бумаге как особому юридическому предмету. То есть, говоря о правах по ценным бумагам, следует иметь в виду, что это права особые, специфичные и не присущие никакому иному объекту. Их характеристика, порядок и условия приобретения правообладателем (каковым не обязательно является титульный владелец бумаги) должны быть прямо закреплены в норме закона, недвусмысленно определяющей режим конкретной *разновидности* ценной бумаги под ее определяющим именем. Таким именем как раз и будет, к примеру, «Акция», «Облигация», «Вексель» и др., коль скоро в условиях новой редакции ГК РФ эти названия более нельзя именовать *видами*.

С легальных позиций, «право по ценной бумаге» почти всегда служило определяющим признаком и элементом понятия ценной бумаги. Так, в действующем ГК РФ легальная дефиниция ценной бумаги стала дуалистичной (что само по себе вряд ли верно): с одной стороны, это документ, удостоверяющий *обязательственные* и некие *иные права* (документарная бумага), с другой стороны – сами по себе *обязательственные и иные права* (бездокументарная бумага). В свою очередь, с момента вступления в силу ГК РФ (январь 1995 г.) и вплоть до июля 2013 г. ценной бумагой считался документ, удостоверяющий *имущественные права*. В связи с этим может быть поставлен вопрос, какое существенное событие имело место на указанном временном рубеже, чтобы стать основой для столь радикального изменения в понимании существа прав по ценной бумаге. Понятия как права имущественного, так и права обязательственного не закреплены легально. В позитивном смысле им корреспондируют, скорее, вещные права (раздел II ГК РФ) и положения о гражданских обязательствах (разделы III, IV ГК РФ). Интересно, что Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик от 1991 г. также определяли ценную бумагу как документ, удостоверяющий *имущественное право* (в единственном числе). Наконец, ФЗ «О рынке ценных бумаг», который также можно признать имеющим системное значение для установления правового режима ценной бумаги, определяет понятие эмиссионной ценной бумаги, соотносящееся с общим понятием ценной бумаги как часть и целое, как любую ценную бумагу (ст. 142 ГК РФ), закрепляющую совокупность *имущественных и неимущественных прав*. При этом конъюнктивный союз «и» требует, в строгом значении, понимать любую эмиссионную бумагу как закрепляющую одновременно и имущественные, и неимущественные права. Поскольку же согласно ст. 142 ГК РФ ценная бумага удостоверяет *обязательственные и иные права*, то, во-первых, наблюдается некоторое формально-логическое противоречие (один и тот же предмет определяется через разные виды прав), а во-вторых, возникает непростой вопрос доктринального свойства, следует ли понимать права по ценным бумагам способными одновременно принимать форму обязательственных, имущественных и неимущественных. В ином случае следует согласиться с довольно спорным допущением о том, что имущественные и неимущественные права можно и нужно объединять в неопределенную категорию неких *иных* гражданских прав, с логической постановкой вопроса о том, какие же еще права неожиданно могут попасть в категорию «иные».

Одной из ключевых трудностей современной системы норм о ценных бумагах представляется урегулирование правового режима каждой определенной ценной бумаги (разновидности бумаги). Отсутствует единая формальная модель конструирования ценной бумаги по российскому законодательству в целом. Отдельные разновидности бумаг определяются либо отраслевым законом (например, ФЗ «О рынке ценных бумаг»), либо специальным законом (например, ФЗ «Об ипотечных ценных бумагах»), либо фиксируются в нормативном акте, регулирующем совершенно иные группы отношений (например, КТМ РФ). Какое же место занимает категория «прав по ценным бумагам» в их легальной дефиниции? Постараемся выделить все разновидности российских ценных бумаг и сформулировать наиболее близко к тексту закона удостоверяемые каждой бумагой права. Всего, по нашему мнению, следует выделять двадцать одну разновидность российских ценных бумаг, их порядковая нумерация дается в круглых в скобках.

Акция (1): *закрепляет права* акционера на дивиденды, на участие в управлении акционерным обществом и часть имущества после его ликвидации.

Облигация (2): *закрепляет право* владельца на получение её номинальной стоимости, иного имущественного эквивалента, процента, возможны *иные имущественные права*.

Опцион эмитента (3): *закрепляет право* владельца на покупку акций эмитента опциона.

Российская депозитарная расписка (4): *удостоверяет право собственности* на иностранные ценные бумаги.

Вексель (5): *удостоверяет обязательство (!)* векселедателя или иного плательщика выплатить денежные суммы (со значительной долей условности принимаем в качестве определения норму ст. 815 ГК РФ, учитывая, что легальная дефиниция векселя в специальных законах о векселе отсутствует).

Сберегательный (6) и депозитный (7) сертификат: *удостоверяют сумму* вклада и *права* вкладчика на получение вклада и процентов.

Ипотечный сертификат участия (8): *удостоверяет долю* владельца *в праве* общей собственности на ипотечное покрытие, *право требовать* надлежащего управления покрытием, *право на получение* денежных средств, *иные* права.

Инвестиционный пай (9): *удостоверяет долю* владельца *в праве* (общей) собственности на имущество, составляющее паевой инвестиционный фонд, *право требовать* надлежащего доверительного управления фондом, *право на получение* денежной компенсации, *иные* права.

Закладная (10): *удостоверяет право на получение исполнения* по денежным обязательствам, обеспеченным ипотекой и *право залога* на имущество, обремененное ипотекой.

Жилищный сертификат (11): *закрепляет право* владельца *на получение* жилых помещений.

Чек (12): *содержит распоряжение* чекодателя банку произвести платеж денежной суммы чекодержателю.

Государственные и муниципальные ценные бумаги (13): *удостоверяют право* владельца *на получение* денежных средств, иного имущества, процентов или *иных имущественных* прав.

Двойное складское свидетельство (14), в том числе складское свидетельство (15) и варрант (16), а также простое складское свидетельство (17), сберегательная книжка на предъявителя (18), облигация с ипотечным покрытием (19), коносамент (20), внешние ценные бумаги (21): в отношении этих ценных бумаг легальная дефиниция и (или) указание на удостоверяемые ими права в законе *отсутствуют*.

Проведенный нормативный контент-анализ указывает на отсутствие единой юридико-логической модальности как в части дефиниции ценной бумаги, так и в части предоставляемых ею прав. По различным бумагам права либо закрепляются, либо удостоверяются, либо указание на права вообще отсутствует. Само содержание прав представляет собой чрезвычайно широкий набор правомочий (получить имущество или деньги, потребовать исполнения, ожидать предоставления каких-либо возможностей, совершить сделку и т.п.), которые крайне сложно объединить в какие-либо классификационные категории (имущественные, неимущественные, обязательственные и т.п.). Часто закон оперирует неопределенным понятием «иные» права.

Изложенное позволяет сделать выводы о том, что назрела потребность в радикальном изменении подходов к нормативному определению ценной бумаги как таковой, в том числе не исключая выработку и применение единой дефинитивной модальности для всех разновидностей бумаг, отказ от попытки описания «прав по ценной бумаге» с постепенной трансформацией понимания ценной бумаги как носителя прав в облигаторное (обязательственное) представление (на что сейчас указывает, в частности, дефиниция векселя в ГК РФ).

О. Р. Чудинов

*Пермский национальный исследовательский политехнический университет,
г. Пермь*

НОВЕЛЛЫ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И ОПЫТ КИТАЯ

22 сентября 2015 г. Государственная дума приняла в третьем чтении Федеральный закон № 275-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» так называемый «Четвертый антимонопольный пакет». Целью принятых изменений, исходя из распоряжения Правительства Российской Федерации от 28 декабря 2012 г. №2579-р, является «совершенствование антимонопольного регулирования и раз-

вите конкуренции». Новеллы коснулись всех сфер антимонопольного регулирования: доминирование, запрещенные соглашения, экономическая концентрация и недобросовестная конкуренция.

Нас интересует именно последний институт антимонопольного права, а именно, правовой запрет на недобросовестную конкуренцию. Член экспертного совета ФАС России по применению антимонопольного законодательства в части недобросовестной конкуренции С.А. Парашук, характеризуя проект изменений, выделил следующие тенденции, сложившиеся в российском законодательстве в отношении правовой конструкции «недобросовестная конкуренция»:

– развитие и совершенствование норм о недобросовестной конкуренции в России происходит в рамках единого Закона о защите конкуренции, а не путем принятия специального законодательного акта;

– запрещение недобросовестной конкуренции осуществляется в рамках правовой конструкции общего запрета данного правонарушения, а также примерного перечня специальных запретов отдельных актов недобросовестной конкуренции¹.

Обратимся непосредственно к новеллам, которые появились в законе. Закрепленные в старом законе формы недобросовестной конкуренции не могли учесть многих имеющихся в предпринимательской практике случаев. Иной раз действия предпринимателя не выглядели как недобросовестная конкуренция, но, по сути, являлись таковым. И наоборот, недобросовестной конкуренцией иногда признавались действия, которые не были направлены на получение конкурентных преимуществ и, следовательно, не могли являться актом недобросовестной конкуренции. Причина таких расхождений – неоднозначная судебная и административная практики, основанные на неточности или краткости нормы закона.

Теперь на смену ст. 14, единственной статье закона, конкретизирующей запрет недобросовестной конкуренции, пришла целая глава, содержащая описание действий, которые могут быть квалифицированы как акты недобросовестной конкуренции. Среди этих действий названы:

– дискредитация (ст. 14.1), т. е. распространение ложных, неточных или искаженных сведений, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту и (или) нанести ущерб его деловой репутации;

– введение в заблуждение потребителя (статья 14.2);

– некорректное сравнение хозяйствующего субъекта и (или) его товара с другим хозяйствующим субъектом-конкурентом и (или) его товаром (ст. 14.3);

– приобретение и использование исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации товаров, работ или услуг в целях недобросовестной конкуренции (статья 14.4.)

– незаконное использование результатов интеллектуальной деятельности хозяйствующим субъектом при продаже, обмене или ином введении в оборот товара, за исключением средств индивидуализации, принадлежащих хозяйствующему субъекту-конкуренту (ст. 14.5.);

– действия (бездействия), способные вызвать смешение с деятельностью хозяйствующего субъекта-конкурента либо с товарами или услугами, вводимыми хозяйствующим субъектом-конкурентом в гражданский оборот на территории Российской Федерации (ст. 14.6);

– незаконное получение, использование, разглашение информации, составляющей коммерческую или иную охраняемую законом тайну (ст. 14.7);

– иные формы недобросовестной конкуренции (ст. 14.8).

Следует отметить, что Россия не единственная страна, вставшая на путь рыночных преобразований и столкнувшаяся с таким явлением рыночной экономики, как недобросовестная конкуренция. Так в Китайской Народной Республике еще в 1993 г. был принят отдельный нормативно правовой акт, закон КНР «О борьбе с недобросовестной конкуренцией». В китайском написании «1993年9月2日, 中华人民共和国反不正当竞争法», в английском «Law of September 2, 1993, of the People's Republic of China Against Unfair Competition».

В структуре закона пять глав:

Глава 1. Общие положения.

Глава 2. Недобросовестная конкуренция.

Глава 3. Контроль и проверка.

Глава 4. Юридическая ответственность.

Глава 5. Дополнительные положения.

Закон определяет перечень действий, составляющих недобросовестную конкуренцию, полномочия государственных органов по борьбе с недобросовестной конкуренцией, а также юридическую ответственность участников предпринимательской деятельности.

В соответствии с законом недобросовестной конкуренцией является: 1) использование зарегистрированных товарных знаков других лиц; 2) использование аналогичных или сходных наименований, упаковки, оформления с известными товарами для введения в заблуждение потребителей; 3) использование фирменных наименований предприятий для введения в заблуждение потребителей; 4) подделка знаков сертификации или других знаков качества товаров или использование знаков качества других лиц; 5) использование монопольного положения; 6) злоупотребление полномочиями органами государственной власти в целях ограничения свободной конкуренции; 7) коммерческий подкуп; 8) ложная реклама; 9) нарушение коммерческой тайны; 10) демпинг; 11) навязывание необоснованных условий при реализации товаров, в том числе реализация товаров с принудительным ассортиментом; 12) нарушение правил реализации товаров с розыгрышем лотереи; 13) причинение вреда деловой репутации; 14) вступление в сговор участников тендера в целях завышения или занижения стоимости или вступление в сговор участников и организаторов тендера в целях исключения конкуренции со стороны других участников.

Как видим, китайские «товарищи» намного раньше и намного серьезней отнеслись к вопросам борьбы с недобросовестной конкуренцией. Нельзя сказать, что российские юристы не понимали серьезность и необходимость борьбы с этим негативным явлением. Достаточно напомнить, что еще разработчики Конституции РФ, включив в состав ст. 34 конституционный запрет на «экономическую деятельность, направленную на монополизацию и недобросовестную конкуренцию», доказали это. Но в отличие от Китая российский законодатель долгое время применял только паллиативные меры в виде поправок к ст. 10 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», а затем к ст. 14 Федерального закона «О защите конкуренции».

Стоит надеяться, что систематизация норм, определяющих формы недобросовестной конкуренции, и конкретизация норм, посвященных каждой из них, позволит выстроить по новому правоприменение и создать базу для дальнейшего реформирования и совершенствования законодательства в области защиты от недобросовестной конкуренции. А возможно, и создания отдельного федерального закона «О защите от недобросовестной конкуренции», о необходимости разработки и принятия которого автор уже не однократно говорил в своих работах².

¹ *Паращук С.А.* Понятие и виды недобросовестной конкуренции в проекте изменений законодательства о защите конкуренции // Юрист. 2015. № 1. С. 15–22.

² *Чудинов О.Р.* Недобросовестная конкуренция и вопросы совершенствования гражданского законодательства РФ // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2009. Вып.2. С.134–142.

Чудинов О.Р. Конституция Российской Федерации о запрете деятельности направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию // 20 лет Конституции России: актуальные проблемы развития правового государства: сб. науч. тр. Иркутск: Изд-во БГУЭП, 2014. С.248–253.

А. И. Щукин
*Московский государственный
юридический университет им. О. Е. Кутафина (МГЮА),
г. Москва*

О ПОРЯДКЕ ИСПОЛНЕНИЯ НА ТЕРРИТОРИИ РФ СУДЕБНЫХ АКТОВ В ОТНОШЕНИИ ИНОСТРАННОГО ГОСУДАРСТВА И ЕГО ИМУЩЕСТВА

В современной экономической ситуации государства все чаще становятся участниками гражданско-правовых отношений, осложненных иностранным элементом, и порой являются стороной судебных споров, вытекающих из таких правоотношений. Это, в свою очередь, предопределяет актуальность вопроса правового положения иностранного государства при рассмотрении гражданских дел и исполнении судебного акта. Безусловно, судопроизводство по делам с участием иностранного

государства, порядок исполнения судебных актов в отношении этого государства и его имущества имеют определенную специфику, которая обусловлена в первую очередь действием принципа юрисдикционного иммунитета. Принцип иммунитета иностранного государства в общем виде означает, что ни одно государство не может осуществлять свою власть в отношении другого государства. Этот принцип, будучи общепризнанным принципом международного права, нашел свое отражение и в последних изменениях российского законодательства.

Так, в силу ч. 2 ст. 1 ФЗ от 03.11.2015 № 297-ФЗ «О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства и имущества иностранного государства в Российской Федерации» (далее – Закон об иммунитете государства) иностранное государство пользуется иммунитетом в отношении себя и своего имущества от гражданской юрисдикции РФ, за исключением случаев, предусмотренных данным Законом. При этом под юрисдикционными иммунитетами иностранного государства и его имущества понимаются судебный иммунитет, иммунитет в отношении мер по обеспечению иска и иммунитет в отношении исполнения решения суда. Последний вид иммунитета означает обязанность суда РФ или федерального органа исполнительной власти, выполняющего функции по исполнению судебных актов, актов других органов и должностных лиц, воздержаться от обращения взыскания на имущество иностранного государства, принятия в отношении иностранного государства и его имущества иных мер в целях принудительного исполнения решения суда.

Стоит отметить, что в случае предъявления имущественных требований к государству в его собственных судах они рассматриваются на общих основаниях и вопрос об иммунитете здесь не стоит. Поэтому представляется не вполне верной ссылка российских судов в обоснование отказа в приведении в исполнение на территории РФ решения суда Республики Казахстан о взыскании материального ущерба с Генерального консульства РФ в городе Алматы в пользу иностранного предпринимателя на отсутствие отказа консульства от иммунитета в отношении исполнения решения иностранного суда¹. О таком отказе следовало бы говорить, если, например, решение казахского суда было бы предъявлено к исполнению в Казахстане или в третьем государстве, на территории которого находится имущество РФ. В данном случае более правильным было бы говорить о нанесении ущерба суверенитету РФ (о нарушении публичного порядка РФ), об отсутствии у суда Республики Казахстан компетенции рассматривать спор в отношении российского консульства в силу наличия у последнего судебного иммунитета как оснований для отказа в принудительном исполнении решения иностранного суда на российской территории.

Исполнение судебного постановления, вынесенного в отношении иностранного государства, его имущества, находящегося на территории РФ, по результатам рассмотрения соответствующих иска или ходатайства о признании и исполнении судебного решения другого иностранного государства, осуществляется в соответствии с законодательством РФ об исполнительном производстве (ст. 256.12 АПК РФ, 417.12 ГПК РФ)². Конечно, на территории РФ исполнительный лист может быть выдан в отношении как решения государственного иностранного суда, так и решения иностранного арбитража (третейского суда). И здесь необходимо отметить, что если иностранное государство заключило третейское (арбитражное) соглашение о разрешении с его участием споров, то оно признается в силу ч. 2 ст. 6 Закона об иммунитете государства отказавшимся от судебного иммунитета в отношении споров, касающихся арбитражного (третейского) соглашения. При этом важно, что нельзя принимать принудительные меры во исполнение решения третейского (арбитражного) суда, принятого в отношении иностранного государства, если оно прямо не отказалось от иммунитета от исполнительных действий. Это следует, в частности, из ч. 6 упомянутой статьи, где сказано: отказ иностранного государства от судебного иммунитета в отношении конкретного спора не рассматривается в качестве отказа данного иностранного государства от иммунитета в отношении мер по обеспечению иска и иммунитета в отношении исполнения решения суда. Очевидно, что принудительные меры против иностранного государства составляют более тяжкое посягательство на его суверенитет и суверенное равенство, чем осуществление судебной юрисдикции в отсутствие согласия на то государства, выраженного в признанных им изъятиях из судебного иммунитета. Как указывает М.М. Богуславский, принудительные меры в еще большей степени, чем привлечение к суду, нарушают принцип суверенитета³.

По общему правилу исполнительный лист выдается взыскателю, однако исполнительный лист, выданный в отношении иностранного государства, направляется российским судом вместе с копией соответствующего судебного акта для исполнения главному судебному приставу РФ, о чем в установленном законом порядке извещается иностранное государство. В свою очередь главный судебный пристав РФ направляет указанные документы в течение трех дней со дня их получения для исполне-

ния в структурное подразделение Федеральной службы судебных приставов, а если исполнительный документ подлежит немедленному исполнению, – в день их получения.

Как следует из ч. 12 ст. 30 ФЗ от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» (далее – Закон об исполнительном производстве), должнику в случаях возбуждения исполнительного производства предоставляется срок для добровольного исполнения исполнительного документа. Вместе с тем по исполнительному документу, выданному в отношении иностранного государства, судебный пристав-исполнитель не устанавливает такой срок (п. 8 ч. 14 ст. 30 Закона об исполнительном производстве).

Содержащиеся в исполнительном листе требования должны быть исполнены судебным приставом-исполнителем в двухмесячный срок, который подлежит исчислению согласно ч. 6.1 ст. 36 Закона об исполнительном производстве со дня уведомления иностранного государства о возбуждении в отношении его исполнительного производства, но не со дня возбуждения исполнительного производства, как предусмотрено общим правилом ч. 1 приведенной статьи. Исходя из того что в Законе об исполнительном производстве не содержатся нормы, которые бы отражали специфику направления иностранному государству извещений о совершении исполнительных действий, судебному приставу-исполнителю, на наш взгляд, в этом случае следует ориентироваться на нормы АПК РФ (ст. 256.6) или ГПК РФ (ст. 417.6).

Не позднее дня, следующего за днем возбуждения исполнительного производства, судебный пристав-исполнитель направляет в Министерство иностранных дел России запрос о наличии у должника – иностранного государства иммунитета от исполнения решения суда и имущества, на которое не может быть обращено взыскание по исполнительному документу (ч. 2 ст. 104.2 Закона об исполнительном производстве). В целом позиция российского государства по вопросу об иммунитете иностранного государства от принудительных мер в отношении его собственности выражена в ст. 14–16 Закона об иммунитете государства. К примеру, ст. 15 названного Закона закрепляет общий принцип иммунитета иностранного государства в отношении исполнения решения суда, предусматривая в то же время изъятия из этого принципа. Это касается случаев, когда иностранное государство, во-первых, явно выразило согласие на принятие соответствующих мер одним из способов, предусмотренных ч. 1 ст. 5 упомянутого Закона (в частности, явно выразило согласие на осуществление юрисдикции в силу международного договора)⁴; во-вторых, зарезервировало или иным образом обозначило имущество на случай удовлетворения требования, являющегося предметом спора; в-третьих, когда установлено, что имущество иностранного государства используется и (или) предназначено для использования данным иностранным государством в целях, не связанных с осуществлением суверенных властных полномочий.

Что касается перечня имущества должника – иностранного государства, предназначенного для использования или используемого им от своего имени в деятельности, связанной с осуществлением суверенных властных полномочий, в отношении которого не могут быть применены исполнительные действия, то он содержится в ст. 16 Закона об иммунитете государства. Например, в этот перечень входит имущество (в том числе денежные средства, находящиеся на банковском счете), используемое или предназначенное для выполнения функций дипломатических представительств иностранного государства или его консульских учреждений; имущество, являющееся частью экспозиций выставок, представляющее научный, культурный или исторический интерес и не выставленное на продажу либо не предназначенное для продажи; имущество центрального банка или иного органа надзора иностранного государства, в функции которого входит банковский надзор. Установление наличия у имущества иностранного государства иммунитета от исполнения решения суда в процессе исполнительного производства не требуется, если данный вопрос разрешен в судебном акте, на основании которого выдан исполнительный лист.

В случае наличия иммунитета от исполнения решения суда исполнительное производство в отношении иностранного государства и его имущества оканчивается.

В заключение хотелось бы сказать, что принцип иммунитета от исполнительных действий все не означает, что, согласившись на иностранную юрисдикцию, государство тем самым не будет по своей воле исполнять вынесенный судебный акт. Напротив, согласие на добровольное исполнение решения суда презюмируется.

⁴ Постановление ФАС Московского округа от 12.08.2013 по делу № А40-156687/12-52-1474 // Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

² Об этом же, в принципе, говорится в ст. 10 ФЗ от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве». Согласно ч. 1 ст. 104.1 этого же Закона судебные акты в отношении иностранного государства и его имущества, находящегося на территории РФ, исполняются по правилам, установленным данным Законом, с учетом особенностей, предусмотренных главой 12.1 «Порядок исполнения судебных актов в отношении иностранного государства и его имущества».

³ *Богуславский М. М.* Практика применения принципа иммунитета государства и проблема законодательного регулирования // *Международное частное право: современная практика.* сб. ст. под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Светланова. М., 2000. С. 222.

⁴ Например, в ст. 4 Соглашения о Торговом представительстве Чехословацкой Социалистической Республики в Союзе ССР 1973 г. сказано, что торговое представительство договаривающихся государств будет пользоваться всеми принадлежащими суверенному государству иммунитетами, относящимися также и к внешней торговле, со следующими лишь изъятиями, на которые стороны изъявляют свое согласие: принудительное исполнение вошедших в законную силу окончательных судебных решений, вынесенных против торгового представительства договаривающихся стран по внешнеторговым сделкам, заключенным или гарантированным торговым представительством на территории государства пребывания, может иметь место, но лишь в отношении товаров и долговых требований торгового представительства // *Собрание постановлений Правительства Союза ССР. Отдел второй.* 1973. № 23, ст. 134.

V. МЕДИАЦИЯ

А. С. Архипкина

Юридический институт Иркутского государственного университета,
г. Иркутск

РАЗВИТИЕ МЕДИАЦИИ В СУБЪЕКТАХ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ (ОПЫТ ИРКУТСКОЙ ОБЛАСТИ)

Вступивший в силу 1 января 2011 г. Федеральный закон «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» пополнил правовую базу, что послужило импульсом к развитию нового способа урегулирования правовых споров – процедуры медиации.

Оценивая состояние медиативной практики в Российской Федерации, многие эксперты сходятся в том, что в настоящее время медиация в России развита весьма слабо¹. Иркутская область в данном случае не является исключением. По-прежнему редки случаи обращения к процедуре медиации после передачи спора на рассмотрение суда, имеет место низкая осведомленность населения о преимуществах данного способа защиты личных прав. Вместе с тем необходимо отметить, что оптимизация данного института наиболее успешна при реализации социально значимых проектов отдельными организациями. Так, в начале 2010 года Иркутским межрегиональным центром образовательных и медиационных технологий (далее – АНО «Иркутский центр медиации») стала разрабатываться концепция социальной медиации. *Социальная медиация* – это проведение бесплатных для сторон, субсидируемых за счет государственного бюджета и иных источников процедур медиации для несовершеннолетних и семей, находящихся в социально опасном положении или трудной жизненной ситуации, с целью профилактики сиротства, безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних². С 2010 года на территории Иркутской области Иркутским центром медиации совместно с ИМФП «Ювента», «Первой Иркутской службой медиации», НП «Байкальская лига медиаторов» был реализован ряд социально значимых проектов, направленных на развитие практики применения процедур медиации, а также на внедрение школьной, семейной и восстановительной медиации. Первым таким проектом стал блок мероприятий в рамках реализации Областной целевой программы профилактики социального сиротства, безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних «Точка опоры» на 2012–2013 годы³.

С 2011 года сотрудниками АНО «Иркутский центр медиации» проводятся процедуры медиации на базе Ангарской воспитательной колонии. С 2013 года началась работа медиаторов в Ангарском городском суде, где активно внедряются ювенальные технологии.

В 2013–2014 гг. были реализованы два проекта – победители конкурса государственной поддержки ННО, реализующих социально значимые проекты и участвующих в развитии институтов гражданского общества: проект «Каждому равные возможности в защите своих прав: кабинет медиатора» и проект «Путь к согласию». Проекты позволили продолжить дальнейшее внедрение процедур медиации, создание служб школьной медиации, обучить специалистов, работающих с населением, медиативным технологиям, осуществить подготовку медиаторов не только в Иркутской области, но и в Республике Бурятия и Забайкальском крае.

В 2015 году данная работа осуществлялась в рамках проектов: «Тоже мама! Создание условий для женщин-матерей, находящихся в местах лишения свободы, по реализации права на контакты с детьми» (проект предусматривает проведение процедур семейной медиации для указанной категории субъектов); «Ресурсный центр восстановительного правосудия. Создание комплексной системы защиты и обеспечения прав и интересов детей и дружественного к ребенку правосудия на территории Иркутской области»; «Мир в семье!» (проект направлен на работу с замещающими семьями, в том числе на проведение процедур семейной медиации).

Реализация данных проектов способствовала развитию так называемой внесудебной медиации (т.е. медиации, используемой без намерения обращения в судебные органы), которая в настоящее время активно применяется в Иркутской области, и в этом отношении наш регион является одним из первопроходцев, где отработан сам механизм взаимодействия государственных, муниципальных структур с организациями, обеспечивающими проведение процедур медиации на безвозмездной для сторон основе по отдельным категориям конфликтов. Кроме того, проведение данных мероприятий

способствовало узнаванию и росту доверия собственно к процедуре медиации как со стороны государственных органов (в том числе судов), так и населения.

Социальные проекты, разработанные медиаторами региона позволили апробировать положения отдельных федеральных документов, предусматривающих использование медиации в работе с несовершеннолетними и семьями, находящимися в социально опасном положении или трудной жизненной ситуации⁴. Проводимые в рамках проекта мониторинги и исследования позволили сформулировать следующие выводы:

Основными формами медиации, имеющими место при работе с несовершеннолетними и семьями, находящимися в социально опасном положении или трудной жизненной ситуации, являются: восстановительная, школьная, семейная.

В целях повышения эффективности работы и создания условий для конструктивного взаимодействия специалистов системы профилактики несовершеннолетних и их родителей, находящихся в трудной жизненной ситуации или социально опасном положении, необходимо обучение специалистов любых государственных и муниципальных структур эффективной коммуникации с детьми и навыкам медиативных технологий.

Профилактическая работа с семьями должна строиться на основе постоянного применения медиативных технологий, что требует не только системного обучения сотрудников, но и проведения поддерживающих тренингов для уже прошедших обучение, поскольку специфика семейных конфликтов демонстрирует, что большинство из них носят затяжной характер, обусловленный в том числе и личностными особенностями их участников.

Выстраивать оценку проблем и потенциала семьи и несовершеннолетних в учреждениях необходимо преимущественно путем бесед с использованием медиативных технологий, а также привлекая внешних специалистов для наблюдения.

Необходимо обучать штатных профессиональных медиаторов, что особенно актуально для социальных учреждений отдаленных территорий, которые, обслуживая всю территорию, должны создавать условия для поддержания благополучия семьи и детей, в том числе используя процедуру медиации.

Необходимо организовать службы школьной медиации в социальных и образовательных учреждениях для детей с целью создания условий по разрешению конфликтов непосредственно в учреждении на первых стадиях их эскалации, а также предупреждения конфликтных ситуаций, воспитания толерантного отношения детей друг к другу и к преподавательскому коллективу.

При создании служб школьной медиации должно учитывать специфику муниципального образования, в котором организуются подобные структуры. В небольших муниципальных образованиях целесообразнее внедрять Службы не в каждом социальном или образовательном учреждении, а единую организованную структуру, например при муниципальной администрации (при управлении образованием).

Внедрение служб школьной медиации при отсутствии обученного и квалифицированного кадрового состава может привести к дискредитации не только данных служб, но и самого медиативного подхода.

В целях профилактики семейных конфликтов, оказания помощи родителям в воспитании детей, создания конструктивного внутрисемейного взаимодействия, благоприятных условий для развития детей необходимо предоставить родителям услуги проведения медиации, а также образовательных услуг по формированию родительской компетентности, обучения их медиативным технологиям.

Важно расширять практику внедрения процедур семейной медиации, поскольку это позволит не только разрешать внутрисемейные конфликты, но и двигаться в направлении гармонизации общества в целом.

Необходимо внедрение эффективного механизма взаимодействия сотрудников различных государственных и муниципальных структур, занимающихся помощью семье и детям, со службами медиации, со службами примирения и организациями, в компетенции которых вопросы обеспечения проведения процедур медиации в целях постмедиационного сопровождения семьи и детей.

Применение медиативных технологий специалистами повысит качество их работы с каждой конкретной семьей, будет способствовать выработке персональных рекомендаций и мобилизации внутренних ресурсов семьи для решения возникающих проблем⁵.

Практически все реализованные проекты предполагали не только оказание гражданам услуг по проведению процедуры медиации, но и обучение медиативным технологиям специалистов и сотрудников органов государственной и муниципальной власти, в рамках которого слушатели знакомятся с процедурой медиации, оценивают возможности ее применения в своей деятельности.

Все вышеперечисленное свидетельствует о том, что институт медиации, только начиная развиваться, уже доказывает свою эффективность в сфере защиты прав человека, а для его успешного становления необходимы не только наличие федеральных программ, поддержка региональных властей, но и инициатива медиаторов, работающих на местах.

Важным шагом к развитию практики медиации в регионе является то, что в настоящее время в Иркутской области сформированы реестры профессиональных медиаторов, с которыми можно ознакомиться на сайтах организаций, обеспечивающих проведение процедуры медиации, Уполномоченного по правам человека в Иркутской области, Уполномоченного по правам ребенка в Иркутской области, судов. Сегодня насчитывается более ста профессиональных медиаторов, которые осуществляют проведение процедуры медиации в различных городах Иркутской области (в том числе в отдаленных северных районах).

Положительным моментом является наличие в регионе различных учебных центров (как государственных, так и частных), осуществляющих подготовку профессиональных медиаторов.

Вместе с тем необходимо отметить ряд проблем, возникающих на пути становления института медиации в регионе.

Во-первых, большая часть населения не осведомлена о возможности защиты своих прав посредством применения процедуры медиации.

Во-вторых, отсутствует понимание важности и эффективности процедуры медиации у правоприменителя. В развитие ключевой идеи внедрения медиации в нашей стране – снижение нагрузки на судебную систему – были внесены соответствующие изменения в Гражданский процессуальный кодекс и Арбитражно-процессуальный кодекс, возлагающие на судей обязанность принимать меры по заключению сторонами мирового соглашения, в том числе посредством применения процедуры медиации, разъяснять сторонам их право обратиться к процедуре медиации на любой стадии судебного разбирательства и последствиях таких действий. Количество медиативных соглашений, заключенных по спорам, переданным на рассмотрение суда, сегодня минимально, что обусловлено следующими факторами:

1. Эффективность предложения процедуры медиации зависит от степени понимания сущности медиации и ее значения тем лицом, который инициирует процедуру медиации. Информирование обратившихся в суд о возможности урегулирования конфликта посредством применения процедуры медиации и ее эффективности возможно еще на стадии принятия искового заявления специалистом. Далее, уже на стадии рассмотрения дела в суде, предложить сторонам обратиться к медиатору может судья. Но и в одном, и в другом случае, не имея представления о том, что такое медиация в ее практическом, а не только законодательно закреплённом значении, невозможно сторонам объяснить сущность, значение и эффективность медиации. Поэтому необходимо обучать и судейский корпус, и специалистов суда основам медиации.

2. По ходатайству обеих сторон суд может отложить разбирательство по делу на срок, не превышающий шестидесяти дней, в случае принятия ими решения о проведении процедуры медиации. Высказываются опасения, что обращение сторон к процедуре медиации, в случае незаключения ими медиативного соглашения, может привести к нарушению установленных законодательством процессуальных сроков рассмотрения дела. Однако, как показывает практика, для проведения процедуры медиации достаточно двух-трех встреч по несколько часов. Кроме того, для предотвращения злоупотреблений в виде затягивания судебного процесса со стороны недобросовестных участников медиатор может прекратить процедуру медиации.

3. Возникают вопросы и относительно результатов медиации. У судей вызывают сомнения содержание медиативных соглашений и возможность их дальнейшего использования как мирового соглашения. В качестве основного критерия утверждения мирового соглашения выступает проверка его условий на соответствие закону и соблюдение прав и интересов третьих лиц. Думается, что профессиональные медиаторы должны быть способны выполнять указанную функцию. Кроме того, результатом медиативного соглашения может также стать отказ истца от исковых требований.

4. Отсутствие алгоритма взаимодействия судебной системы и медиаторов. В настоящее время вырабатывается механизм по направлению на бесплатные процедуры медиации несовершеннолетних и семей, находящихся в социально опасном положении или трудной жизненной ситуации, если в конфликт вовлечены дети. Кроме того, видится необходимым принятие локальных актов, способствующих реализации права сторон на обращение к процедуре медиации.

5. Отсутствие принципа «профессионализма» в законодательстве, регулирующем порядок проведения процедуры медиации. Содержание в законодательстве нормы о возможности оказания

данной услуги на непрофессиональной основе ведет к злоупотреблению своими правами представителями сторон, которые проводят иные виды переговоров, при этом именуя их медиацией.

Как уже отмечалось, для решения названных проблем в регионе достаточно активно ведется обучение судей, специалистов судов. Проводится просветительская работа с населением. Для повышения уровня доверия к институту медиации в регионе создана ассоциация (некоммерческое партнерство) «Байкальская лига медиаторов», объединяющая медиаторов, осуществляющих деятельность на профессиональной основе.

Первоочередные задачи, решение которых, на наш взгляд, необходимо для более успешного внедрения медиации как эффективного способа защиты: 1) популяризация медиации, с объяснением ее сущности, целей, задач; 2) формирование профессионального сообщества медиаторов, способного обеспечивать оказание услуги на высоком уровне, вырабатывать и следить за выполнением стандартов профессиональной деятельности, а также за соблюдением этических норм в медиации; 3) обучение медиационным технологиям судей, юристов, адвокатов, нотариусов, работников социальных служб; 4) исключение из положений Федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» норм о возможности осуществления деятельности медиатора на непрофессиональной основе.

¹ В частности, об этом свидетельствует Справка о практике применения судами Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193 –ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» за 2015 год: утв. Президиумом Верхов. Суда Рос. Федерации 22 июня 2016 г.

² См. *Архипкина А.С., Кровушкина А.А., Садовникова М.Н.* Альтернативные способы разрешения споров: современные механизмы защиты прав граждан: учеб-метод. пособие. Иркутск, 2014. 207 с.

³ *Об утверждении долгосрочной целевой программы Иркутской области «Точка опоры» по профилактике социального сиротства, безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних в Иркутской области на 2011-2013 гг.:* постановление Правительства Иркутской области от 19 нояб. 2010 г. № 294 пп.

⁴ Например, подобные положения содержатся в Национальной стратегии действий в интересах детей на 2012-2017 гг., утв. указом Президента РФ от 1 июня 2012 г. № 761, а также в Письме Минобрнауки России от 18 нояб. 2013 г. № ВК-844/07 «О направлении методических рекомендаций по организации служб школьной медиации».

⁵ Подробнее о выводах и предложениях, сделанных в ходе реализации проекта, см.: «*Медиативный подход в работе с несовершеннолетними и семьями, находящимися в социально опасном положении или трудной жизненной ситуации*»: метод. пособие для практ. работников / А. С. Архипкина, У. Н. Белозерцева. Иркутск, 2013. 178 с.

М. Н. Боронина

*Пермский городской нотариальный округ,
г. Пермь*

ВОЗМОЖНОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ МЕДИАЦИИ В НОТАРИАЛЬНОЙ ПРАКТИКЕ

За последние несколько лет полномочия нотариусов значительно расширились. После введения обязательной нотариальной формы сделок с долями в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью участие нотариуса стало обязательным в ряде других корпоративных процедур¹. Спустя много лет возвращена обязательная нотариальная форма целого ряда сделок с недвижимым имуществом. Внесены изменения в ст. 38 Семейного кодекса РФ² в части обязательного нотариального удостоверения соглашения о разделе общего имущества супругов.

Полагаю, что данные законодательные инициативы связаны и с тем фактом, что нотариат оправдал себя на «ниже бесспорной юрисдикции». Как отмечают в своих работах С.К. Загайнова и В.В. Ярков, «примирение сторон на ранних стадиях процесса и тем более до его начала влечет снижение количества дел, рассматриваемых судами, как следствие, обеспечивает повышение качества отправляемого правосудия. ... В силу своей гибкости и диспозитивности, альтернативные способы урегулирования споров позволяют выработать оптимальное решение возникшей проблемы, способствуют укреплению партнерских отношений, формированию культуры мирного конструктивного самостоятельного разрешения конфликтных ситуаций участниками гражданского оборота»³.

В условиях экономического кризиса и политической напряженности особенно востребованны-

ми становятся навыки юриста по ранней диагностике спора, позволяющей предотвратить его эскалацию и помочь сторонам найти способ и решение спора, оптимальные с точки зрения соблюдения их интересов и потребностей, сберечь время и деньги, а также сохранить или восстановить отношения⁴.

В нашей культуре в отличие от культуры европейских государств не принято в случае возникновения каких-либо психологических проблем обращаться к психологам или психотерапевтам⁵. В лучшем случае люди обращаются к вере, идут в церковь. В результате при общей низкой правовой культуре, а также при наличии «клубка» неразрешённых психологических проблем к нотариусу обращаются граждане в тот момент, когда уже находятся в какой-либо стадии конфликта. Для поиска наиболее безболезненного для всех сторон выхода из конфликтной ситуации нотариус, как и медиатор, обязан действовать беспристрастно и независимо от обеих сторон. Знание и использование основ психологии и конфликтологии, а также медиативных техник и процедур (в частности, техники коммуникации, анализа конфликта, ведения переговоров) помогает нотариусу при совершении нотариальных действий, в том числе в области наследственных и семейно-правовых отношений.

Содействовать примирению сторон нотариус может не только путем обращения к примирительной процедуре (медиации⁶). Зачастую достаточно проведения со сторонами нотариального производства консультаций (как по отдельности с каждой стороной, так и совместно).

На сегодняшний день законодательно не урегулировано участие нотариуса в медиативных процедурах⁷. Однако отсутствие законодательного регулирования не является препятствием качественной помощи гражданам, обращающимся к нотариусу. Технология медиации требует, чтобы медиатор меньше говорил сам, а больше задавал вопросы. Именно умение вовремя задать правильный вопрос, вовремя приостановить спор и помочь сторонам конструктивно выдвигать и обсуждать предложения по урегулированию конфликта предполагает наличие у посредника гибкости мышления. Доброжелательность к людям и в то же время настойчивость и терпение в достижении целей, работоспособность помогают управлять процессом⁸. Применение указанных техник не требует какой-либо законодательной регламентации, зачастую достаточно только прохождения нотариусом специального обучения (подробнее о применении техник в нотариальной практике см.: С.К. Загайнова, Н.Н. Тарасов, В.В. Ярков⁹).

В настоящее время граждане могут включить медиативную оговорку в любой заключаемый ими договор или обратиться к нотариусу за заключением какого-либо соглашения уже по итогам проведенной медиатором примирительной процедуры (например, за удостоверением соглашения об уплате алиментов, которое будет иметь силу исполнительного листа в соответствии с СК РФ¹⁰).

Эксперты полагают, что с внесением 29 декабря 2015 г.¹¹ изменений в главу XVI Основ законодательства о нотариате¹², возможно увеличение количества случаев совершения исполнительной надписи нотариусами и принудительного исполнения нотариально удостоверенных сделок, устанавливающих денежные обязательства или обязательства по передаче имущества. Если такие соглашения будут достигнуты сторонами в рамках медиативных процедур и удостоверены нотариусом, то в случае уклонения недобросовестной стороны от надлежащего исполнения их возможность принудительного исполнения по исполнительной надписи нотариуса может явиться гарантией защиты прав добросовестного участника медиации. Это в полной мере согласуется с рекомендациями предусматривать такую возможность в законодательных актах, которые были даны как разработчиками Типового закона ЮНСИТРАЛ «О международной коммерческой согласительной процедуре»¹³, так и Комитетом министров Совета Европы (например, ст. 6 Директивы 2008/52/ЕС)¹⁴.

¹ *Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)* от 30 нояб. 1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 03.07.2016) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.08.2016) // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² *Семейный кодекс Российской Федерации* от 29 дек. 1995 г. № 223-ФЗ (ред. от 30.12.2015) // Доступ из справ.-правовой системой «КонсультантПлюс».

³ *Комментарий к Федеральному закону «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (постатейный)* (отв. ред. С.К. Загайнова, В.В. Ярков) М.: Инфотропик Медиа, 2012. // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ *Гайдаенко Шер Н. И.* Заметки о роли юристов в распространении практики медиации. // Медиация: теория, практика, перспективы развития. М.: ФГБУ «ФИМ», 2015. 215 с.

⁵ URL: <http://fom.ru/Obraz-zhizni/11885>. Результаты опроса «Ходят ли россияне к психотерапевтам?», Источник данных: «ФОМнибус» – опрос граждан РФ от 18 лет и старше. 23 ноября 2014. 43 субъекта РФ, 100 населенных пунктов, 1500 респондентов. Интервью по месту жительства. Статпогрешность не превышает 3,6%. По заказу ООО «инФОМ».

⁶ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»: Федер. закон от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2010. № 31, ст. 4162.

⁷ «Основы законодательства Российской Федерации о нотариате»: (утв. ВС РФ 11.02.1993 № 4462-1) (ред. от 03.07.2016) // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸ *Аллахвердова О. В.* Конфликты, медиация, психология. // Медиация: теория, практика, перспективы развития: сб. матер. Первой всерос. науч.-практ. конф. (23–24 апреля 2015 г., Москва) / отв. ред. О. П. Вечерина. М.: ФГБУ «ФИМ», 2015. 215 с.

⁹ Медиация в практике нотариуса / отв. ред. С.К. Загайнова, Н.Н. Тарасов, В.В. Ярков. М.: Инфотропик Медиа, 2012; *Ярков В.В.* Нотариат и медиация: постановка вопроса // Третейский суд. СПб., 2005. № 5.

¹⁰ Семейный кодекс Российской Федерации от 29 дек. 1995 г. № 223-ФЗ (ред. от 30.12.2015) // Доступ из справ.-правовой системой «КонсультантПлюс».

¹¹ О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации: Федер. закон от 29 дек. 2015 г. № 391-ФЗ (ред. от 03.07.2016) // Доступ из справ.-правовой системой «КонсультантПлюс».

¹² Медиация в практике нотариуса / отв. ред. С.К. Загайнова, Н.Н. Тарасов, В.В. Ярков. М.: Инфотропик Медиа, 2012; *Ярков В.В.* Нотариат и медиация: постановка вопроса // Третейский суд. СПб., 2005. № 5.

¹³ Типовой закон Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о международной коммерческой согласительной процедуре (Вместе с «Руководством по принятию и применению...») (Нью-Йорк, 2002). URL: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts.html (дата обращения: 01.09.2016 г.).

¹⁴ Recommendation N Rec (2001) 9 of the Committee of Ministers to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties; Recommendation N R (99) 19 of the Committee of Ministers to member States concerning mediation in penal matters of 15.09.1999; Recommendation N R (98) 1 of the Committee of Ministers to member states on family mediation of 21.01.1998; Recommendation N R (2002) 10 of the Committee of Ministers to member States concerning mediation in civil matters of 18.09.2002. URL: http://www.coe.int/t/cm/documentIndex_en.asp.

О. В. Голубева

*Ильинский нотариальный округ Пермского края,
п. Ильинский*

МЕДИАЦИЯ В НОТАРИАЛЬНОЙ ПРАКТИКЕ

Медиация в нотариальной практике. Лозунг? Самонадеянное утверждение? В двух словах изложено направление движения реформы гражданского законодательства. Некоторое время назад юристы говорили только об одной сфере, куда целенаправленно государство внедряло нотариуса для «снятия напряженности», – бизнес и предпринимательство. Очевидно, удачный опыт привел к обозначенным изменениям в жизни уже физических лиц, простых граждан¹.

Придание обязательной нотариальной формы отдельным видам договоров, с одной стороны, вызвало большое количество негативных высказываний, с другой стороны, пришло понимание, что таким образом государство «подставило плечо» социально незащищенным или слабо защищенным участникам гражданских правоотношений².

Прямого указания, оговорок, что принятые меры являются частью колоссальной работы по внедрению медиативных технологий в нашу жизнь, нет. Но есть императивное требование участия квалифицированного специалиста, независимого, беспристрастного, при совершении сделки с недвижимым имуществом, принадлежащим несовершеннолетним, ограниченно дееспособным, недееспособным, сделки с недвижимым имуществом, находящимся в доверительном управлении, сделки по отчуждению доли в праве собственности на недвижимое имущество, соглашения о разделе совместно нажитого имущества супругами³. Все вышеназванное позволяет сделать вывод, что налицо интегрированная модель медиации, развивающаяся самым активным образом.

Более того, согласно п. 5 ст. 61 ГПК, обстоятельства, подтвержденные нотариусом при совершении нотариального действия, не требуют доказывания, если подлинность нотариально оформленного документа не опровергнута в порядке, установленном ст. 186 ГПК, или не установлено существенное нарушение порядка совершения нотариального действия⁴. Таким образом, законодательное признание особой доказательственной силы нотариальных документов предоставляет дополнительные преимущества участникам гражданских отношений (пусть и принудительно), так как гарантирует их правовую безопасность и снимает перспективу спора в отношении содержания нотариального документа. Поскольку порядок совершения нотариального действия относится к технике и процедуре

совершения нотариального действия⁵ и не касается воли сторон, их договоренностей, изложенных в документе.

Уже частично решен вопрос о логическом завершении процедуры медиации, об исполнении достигнутого соглашения, выраженного в едином документе (договоре), удостоверенном нотариусом. Федеральным законом от 29.12.2015 г. № 391-ФЗ внесены изменения в ст. 94.1 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате, дающие возможность совершить исполнительную надпись об обращении взыскания на заложенное имущество по нотариальным договорам⁶. Залогодержателю предоставлено право обойтись без судебного разбирательства, цель – решение вопроса без суда, – достигнута.

Кроме того, инструментарий нотариуса в сфере медиации пополнился возможностью осуществления расчетов между сторонами по сделкам, при использовании депозитного счета нотариуса⁷. Федеральный закон от 08.03.2015 г. № 42-ФЗ внес существенные изменения в часть 1 ГК РФ в общие положения об обязательствах⁸, что, в свою очередь, позиционирует нотариуса как гаранта расчетов при сделке. Теперь независимый арбитр не только помогает слабой стороне закрепить свое положение гарантиями в документе, но и контролирует процесс исполнения обязательства сторонами⁹. И снова мы видим логическое завершение начатой процедуры медиации.

На сегодняшний день смело можно сказать, что медиация в России есть, пусть она вытекает косвенно из работы интегрированных медиаторов, а не частных¹⁰. Идет активный процесс расширения сфер деятельности, используемых инструментов. Отрадно, что повысился интерес к нотариальным документам в случаях, когда стороны совсем не обязаны им придавать квалифицированную форму, полагая, что удастся таким образом избежать недомолвок, споров¹¹.

Таким образом, мы уже не стоим на пороге реформ гражданского законодательства, а идем по его коридорам, и видим, как мы меняемся сами, изменяем стиль своей работы, ведь мы сами – часть реформы.

¹ *Алешина Т.Е.* Некоторые вопросы медиации в практике российского нотариата как субъекта реализации охранительной функции права [Электронный ресурс]. URL: <http://zakoniros.ru/?p=21470> (дата обращения 31.08.2016 г.).

² *Калашиникова С.И.* Медиация в сфере гражданской юрисдикции. М.: Инфотропик Медиа, 2011. 304 с.

³ *Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации):* Федер. закон № 193-ФЗ от 27.07.2010 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ *Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации* от 14 нояб. 2002 г. № 138-ФЗ (ред. от 03.07.2016 г.) // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵ *О нотариате* и нотариальной деятельности в Российской Федерации: проект Федер. закона, разработанный Министерством юстиции Российской Федерации и Федеральной нотариальной палатой.

⁶ *О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации:* Федер. закон от 29 дек. 2015 г. № 391-ФЗ // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷ *Основы законодательства Российской Федерации о нотариате*, утв. ВС РФ 11.02.1993 г. № 4462-1 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸ *Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)* от 30.11.1994 г. 51-ФЗ (ред. от 03.07.2016 г.) // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁹ *О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации:* Федер. закон от 08.03.2015 г. № 42-ФЗ // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁰ *Куприяшкин И.В., Сметанко П.П.* Основные тенденции и проблемы развития медиации в России // Теория и практика общественного развития. Международный научный журнал. 2015. № 23. с. 120-122.

¹¹ *Лаврухина А.* Изменения в законодательстве о медиации [Электронный ресурс]. URL: <http://lexandbusiness.ru/view-article.php?id=7925> (дата общения: 31.08.2016).

СЕМЕЙНАЯ МЕДИАЦИЯ В СИТУАЦИИ РАЗВОДА: ПОСТБРАЧНАЯ КОММУНИКАТИВНАЯ МОДЕЛЬ

Семейная медиация, согласно определению Л. Паркинсон*, – это процесс, в котором участвуют семьи при переходе от одной структуры семьи к другой: он нацелен на содействие общению и совместному принятию решений, а также на восстановление взаимоотношений в ходе переговоров¹.

Изменение структуры семьи связано с взрослением или рождением детей, смертью или болезнью супруга, разводом и др. Данные перемены сопровождаются разногласиями и конфликтами, требующими урегулирования и согласования интересов и позиций сторон. Традиционно наиболее конфликтной трансформацией семьи является ее распад – развод. В ситуации развода стороны адаптируются к изменяющимся условиям семейной жизни, которые могут затрагивать психологическую, финансовую сферу, сферу родительских и общественных отношений и др. Коммуникативная модель взаимодействия супругов, сформированная в ходе совместной жизни, ввиду изменения их ролей перестает функционировать, при этом реалии требуют от сторон согласования различных частных вопросов. Таким образом, супруги или бывшие супруги вынуждены выстраивать новую коммуникативную модель взаимодействия.

Постбрачная коммуникация бывает основана на прямом и опосредованном взаимодействии. В первом случае стороны выстраивают коммуникацию в процессе непосредственного взаимодействия друг с другом, во втором – через представителей (адвокатов). Взаимодействие через представителей становится выбором сторон, когда развод сопровождается высокой психологической напряженностью и эмоциональностью сторон. Супруги индивидуально переживают ситуацию развода, зачатую связывая ее с потерей близкого человека, смысла и цели жизни². Каждый из участников начинает по-новому ощущать свою значимость и принадлежность. Для восстановления связи с семьей и более широких социальных отношений требуется время³. Супруги делегируют функции по согласованию бракоразводных вопросов своим представителям (адвокатам), дистанцируются от супруга или бывшего супруга, т.е. переносят на третьих лиц (представителей) ответственность за процесс и результаты данной коммуникации. С одной стороны, данный вид постбрачной коммуникации позволяет сторонам самостоятельно определить время для вступления в прямую коммуникацию и начала формирования новой коммуникативной модели взаимодействия, исходя из индивидуальной психологической готовности каждого. С другой стороны, это решение может быть не принято стороной или принято с большим временным разрывом, что приводит к последующей эскалации конфликта. Конфликтогенные риски характерны и для прямого взаимодействия супругов в случае, когда их взаимоотношения нарушены. Напротив, если взаимоотношения сторон конструктивны, данный вид взаимодействия способствует становлению новой модели коммуникации.

В этой связи семейная медиация обладает компенсаторными ресурсами в области слабых сторон приведенных выше видов постбрачной коммуникации.

Семейная медиация может предложить сторонам следующее (по Л. Паркинсон):

- возможность проанализировать грядущие крупные изменения и подготовиться к ним до того, как они произойдут, спланировать продолжение некоторых отношений (например, выполнение родительских обязанностей) и подготовиться к изменениям в остальных сферах;
- помощь в процессе перехода от старых отношений к новым при поддержании договоренностей, управлении кризисом;
- помощь после перехода к новым отношениям в пересмотре достигнутых договоренностей и в их последующем изменении в соответствии с потребностями членов семьи⁴.

В организационном и методическом плане семейная медиация предусматривает возможность проведения индивидуальных встреч, челночной медиации (на первом этапе), выхода в кокус в ходе медиации, а также применение медиатором техник, обеспечивающих возможность конструктивного

взаимодействия сторон. Ключевым достоинством семейной медиации является наличие прямой коммуникации сторон, индивидуальной ответственности участников за принятые решения и содержание достигнутых договоренностей. В процессе медиации стороны получают коммуникативный опыт в области ориентации на будущее, а не на прошлое и на общие цели и задачи в ходе организации коммуникации; практику в области активного слушания собеседника, формулирования «Я-высказываний» и уточняющих вопросов, позволяющих подтвердить или опровергнуть предположения у собеседника и др.

Коммуникативный опыт конструктивного взаимодействия, полученный в ходе участия сторон в семейной медиации создает основу для формирования новой коммуникативной модели их последующих взаимоотношений, основанной на согласовании интересов и позиций сторон в условиях партнерства.

¹ Паркинсон Лиза Семейная медиация. М.: Межрегион. центр управленческого и политического консультирования, 2010. 400 с.

² Там же.

³ Hancock E. The dimensions of meaning and belonging in the process of divorce. / American journal of orthopsychiatry. 1980. Vol.50 (1). P. 18-27.

⁴ Паркинсон Лиза Семейная медиация. М.: Межрегион. центр управленческого и политического консультирования, 2010. 400 с.

Д. Е. Михель

*Кубанский государственный университет,
г. Краснодар*

К ВОПРОСУ О ПРАВОВОЙ ПРИРОДЕ МЕДИАЦИИ

В России существуют как государственные, так и не государственные способы защиты прав и законных интересов. Государственная защита прав и свобод человека и гражданина представляет собой направленную на соблюдение, обеспечение и охрану прав и свобод деятельность государственных органов и организаций всех уровней и ветвей власти, а также органов местного самоуправления.

Негосударственные способы защиты позволяют индивиду самостоятельно определять пути как реализации, так и защиты своих прав. К негосударственным способам защиты традиционно относят способы альтернативного разрешения споров (далее – АРС), при этом термин «альтернативный» указывает на их параллельное существование с государственными способами как судебной, так и внесудебной защиты прав. Правозащитная система РФ предоставляет индивиду возможность самоопределения, в том числе и относительно способов защиты нарушенного права. Участие индивида в процессе урегулирования конфликта не только в качестве стороны, но и в качестве субъекта, ответственного и за организацию, и за проведение такой процедуры, и даже за принятое решение или соглашение в ходе нее, отличает способы альтернативного разрешения споров от государственной защиты прав.

Однако для эффективного применения негосударственных процедур при разрешении правовых споров, конечно, не достаточно провозглашения лишь такой возможности, пусть даже в основном законе государства. Для активного использования таких способов необходимо принятие специальных нормативных правовых актов, определяющих порядок организации и проведения и правовые последствия таких процедур. Кроме того, важно создание при участии государства определенных условий для функционирования таких способов.

К альтернативным формам защиты нарушенных прав относят медиацию, переговоры и третейское разбирательство. В настоящей статье мы рассмотрим первую из указанных форм.

В переводе с латинского термин «медиация» означает «посредничество»¹. При этом под медиацией понимается метод разрешения конфликтов, разработанный в 60–70-х гг. XX в. в США. Рассматриваемый термин сегодня активно употребляется в немецком, французском и других языках Европы. В русском слово «посредничество» имеет более широкое значение, чем слово «медиация», и обозначает любую посредническую деятельность. Поэтому использование в России термина «медиация» позволяет отделить посредничество в конфликтах от других областей, где необходим посредник.

В современной юридической литературе представлено большое количество дефиниций понятия «медиация», но условно их можно объединить в два основных подхода².

Основой определения в первом случае является деятельность посредника (медиатора) по урегулированию спора. Представители данного подхода понимают под медиацией «содействие посредничающего внешнего третьего, медиатора в выработке совместно всеми участниками конфликта, готовыми принять на себя ответственность, специфичного для данного конкретного случая или проблемы варианта урегулирования или решения существующего конфликта, стабильного в будущем и выгодного для сторон»³.

При втором подходе акцент делается на участии в процессе самих спорящих сторон. Согласно данному подходу, «медиация – это переговоры с участием третьей, нейтральной стороны, которая является заинтересованной только лишь в том, чтобы стороны разрешили свой спор максимально выгодно для обеих сторон»⁴.

Судья-медиатор из Голландии М. Пель подчеркивает, что «медиация – это процесс примирения, в ходе которого независимая и нейтральная третья сторона, медиатор, помогает участникам конфликта в течение короткого времени и с учетом взаимных интересов совместными усилиями прийти к приемлемому для обеих сторон решению конфликта, которое считается желательным или, по меньшей мере, приемлемым для каждого из них»⁵.

Таким образом, наилучшим образом раскрывает понятие медиации второй подход, потому что в нем учитывается ведущая роль сторон в процессе разрешения конфликта, так как именно участники спора инициируют процедуру посредничества, принимают или не принимают решение, к которому пришли в результате переговоров, подписывают или нет достигнутое соглашение. Стороны сами ведут переговоры в поисках своего собственного решения, посредник никаких решений не выносит, он лишь участвует в переговорах, создавая позитивную атмосферу и задавая правильные вопросы, чтобы обеспечить сторонам наилучшие условия для нахождения решения относительно решения их спора.

Важными признаками медиации являются:

- наличие независимой, нейтральной стороны, выполняющей функции посредника, медиатора;
- присутствие всех сторон, участвующих в конфликте;
- неформальный, внесудебный уровень;
- добровольность участия сторон в процедуре медиации и их самоопределение в отношении разрешения конфликта.

Природа медиации обусловлена двумя особенностями. Первая заключается в том, что этот механизм направлен, прежде всего, на восстановление разрушенных связей: через изучение лежащих в основе конфликта чувств, эмоций, желаний медиатор стремится помочь клиентам восстановить психологический контакт, способность общаться и решать проблемы в ходе переговоров.

Другой особенностью рассматриваемой процедуры является используемый в ходе нее метод ведения переговоров – Гарвардский метод⁶. Этот метод предусматривает ведение переговоров не на основе позиций, а на основе интересов. Любой конфликт – это противостояние позиций, но за каждой позицией стоят один или несколько интересов, удовлетворение которых часто и является решением конфликта. Истинные интересы, на базе которых формируются позиции сторон, являются компонентами медиации. Задача медиатора – выявить истинные интересы участников спора и на их основании помочь решить конфликт. Для наглядности обратимся к следующему примеру: два ребенка не могут поделить один апельсин. Позицией каждого из них является желание им обладать. Но после разговора с детьми выясняется, что один хочет сделать из апельсина сок, а второму нужна только апельсиновая кожура. Таким образом, интересы, стоящие за их позициями, позволяли удовлетворить желание каждого ребенка.

Приведенный пример показывает, что выявление истинных интересов дает возможность прийти к взаимовыгодному для сторон решению. Однако в конфликтной ситуации стороны, как правило, не готовы к диалогу, а настаивают на своих позициях, при этом интересы зачастую совпадают (спору о родительских правах). Поэтому деятельность медиатора и направлена на восстановление общения между сторонами для выяснения их интересов.

Таким образом, две описанные выше характерные особенности процедуры медиации взаимосвязаны между собой.

Они отличают медиацию от урегулирования конфликта в ходе судебного разбирательства. Здесь судья сам руководит процессом и, если стороны не могут прийти к консенсусу, выносит решение сам. При этом, основное внимание он обращает на юридическую сторону спора и доводы сторон. Время для переговоров весьма ограничено.

Следовательно, медиация эффективна по той причине, что медиатор является независимым, нейтральным лицом, которое помогает сторонам прийти к соглашению, но само никак не участвует в конфликте и не имеет никакой собственной заинтересованности в результатах его урегулирования. Общими задачами медиатора являются: ведение беседы, ответы на возникающие вопросы, организация самой процедуры, помощь в составлении соглашения.

Обязательно наличие у медиатора профессиональных навыков разрешения конфликтов, юридического образования и специальных знаний в той области, в которой разрешен спор, зависит от характера спора. В американской литературе преобладает мнение, что медиатор может и не быть специалистом в той области, где он разрешает спор, так как он не берет на себя решение самой проблемы, а лишь обеспечивает коммуникацию между конфликтующими сторонами⁷.

В сложных правовых спорах медиатору без соответствующей юридической подготовки будет трудно понять интересы сторон и привести их к соглашению, в разрешении семейных конфликтов часто необходимы навыки психолога. Кроме того, некоторые сложные споры, если в них участвуют более двух сторон, могут требовать присутствия не одного, а нескольких специалистов. Довольно успешны процессы с двумя медиаторами, представляющими разные профессиональные группы, также преимущество имеет разнополая команда медиаторов, особенно если в конфликте участвуют мужчины и женщины⁸. Поэтому стороны сами выбирают медиаторов для разрешения конкретного спора, учитывая их специализацию и необходимые знания.

В ряде стран существуют организации, занимающиеся подготовкой, обучением и учетом медиаторов. В таких организациях имеются списки специалистов, занимающихся медиацией на профессиональной основе.

Медиация как альтернативный способ внесудебного разрешения споров применяется сторонами на добровольных началах и по обоюдному желанию, то есть при возникновении конфликта стороны решают проблемы не в суде, а обращаются к медиатору. Такая процедура имеет частный, свободный характер и называется поэтому свободной медиацией. Однако, несмотря на внесудебный характер, медиация начинает в последнее время широко использоваться и в рамках судебного разбирательства. Медиативные способы разрешения споров способствуют внедрению культуры примирения при наличии правового конфликта, решению спора не только через суд, но и через систему примирительных процедур – для того, чтобы у спорящих сторон появлялась потребность сначала попробовать примириться и только в случае неудачи обращаться в суд.

Наряду с судебной медиацией, с участием не принимающего решения по делу судьи, существует и «медиация близкая к суду». Эта такая форма медиации, при которой медиация проводится во время, но за рамками судебного разбирательства. Если судья придет к выводу, что для данного конкретного спора подходит медиация, то сторонам может быть порекомендована эта процедура.

Применение медиации целесообразно при наличии следующих оснований:

- путем непосредственных переговоров конфликт не разрешим или может быть разрешен неудовлетворительно;
- разрешение конфликта находится в тупике;
- спорящие стороны заинтересованы в сохранении хороших отношений друг с другом в будущем;
- все участники стремятся к согласованному решению конфликта;
- при проведении процедуры присутствуют все стороны конфликта;
- стороны имеют достаточно времени, чтобы разработать согласованное решение конфликта.

Медиация может использоваться при разрешении любых конфликтов между двумя или несколькими сторонами. Медиация актуальна в равной степени для всех сфер жизни человека. Широкое распространение рассматриваемый механизм нашел в разрешении супружеских конфликтов, в том числе в вопросах, связанных с разводами, в трудовых спорах и в конфликтах в предпринимательской сфере. Однако процедура медиации может быть применена к любым спорам, если их решение не урегулировано императивными нормами или если законом для их решения не предписано исключительно судебное разбирательство. Там, где закон устанавливает, что спор нужно решать только через суд, конфликт не может быть разрешен с помощью договоренности между сторонами. Так, действительность сделки или брака может быть установлена только судом.

Таким образом, можно отметить, что медиация – это путь к новой культуре общения между людьми. Именно благодаря медиации у участников конфликта появляется возможность быть услышанными и понять истинные потребности и интересы друг друга. И только в этом случае стороны могут прийти к консенсусу при существующем различии интересов.

¹ Современный словарь иностранных слов: ок. 20000 слов. М., 1992. С. 367.

- ² Ракина Л., Львова О. Медиация (Посредничество). М., 2008. С. 23.
- ³ Хесль Г. Посредничество в разрешении конфликтов. Теория и технология. СПб., 2004. С. 11.
- ⁴ Александрова О.В. Школа посредничества (медиации) // Третейский суд. 2006. № 2. С. 19–22.
- ⁵ Пель М. Приглашение к медиации. М., 2009. С. 165.
- ⁶ Пель М. Большое испытание // Медиация и право. 2008. № 8. С. 46.
- ⁷ Аллахвердова О.В. Школа посредничества (медиации) // Третейский Суд. 2006. № 6. С. 432.
- ⁸ Бессемер Х. Медиация. Посредничество в конфликтах/ пер. с нем. Н.В. Маловой. Калуга, 2004. С. 18.

К. С. Нессонов

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ПРИМЕНЕНИЯ ПРОЦЕДУРЫ МЕДИАЦИИ В РАЗРЕШЕНИИ КОЛЛЕКТИВНЫХ ТРУДОВЫХ СПОРОВ

Современный мир полон противоречий и разногласий. Ежедневно юридические или физические лица при отстаивании своих интересов сталкиваются с различными проблемами, препятствиями, эмоциональными барьерами, что и способствует повышению напряженности и последующему столкновению сторон. Поэтому одной из важнейших функций общественных институтов является функция разрешения социальных конфликтов. Часто возникшие разногласия стороны самостоятельно разрешить не могут. Они начинают использовать различные методы и приемы, в том числе и альтернативные способы разрешения споров (АРС).

АРС – целая система приемов, средств, методов, от сугубо конфиденциальных, в которых принимают участие только стороны (переговоры), до имеющих черты публичного разбирательства, заканчивающегося вынесением обязательного для сторон решения (суд общей юрисдикции, арбитраж, третейский суд). Вместе с тем АРС должны служить целям правосудия, обеспечению процессуальных гарантий защиты прав и интересов сторон и повышению эффективности разрешения сложных правовых ситуаций в суде¹. Как видим, при помощи вышеуказанных методов стороны могут сами управлять конфликтом посредством переговоров, что позволяет разрешить противоречия. Важнейшим достижением в развитии методов альтернативного разрешения споров является появление такого метода, как медиация.

Исторически слово «медиация» происходит от латинского «medium», что означает «посередине». Однако медиация в современном понимании появилась только во второй половине двадцатого столетия. Термин используется для обозначения различных форм посредничества, позволяющего урегулировать конфликты в самых разных сферах человеческой деятельности: в политике и международных отношениях, в спорте и семье, в экономике и в области жилищного права, в социальной сфере и т. д. Медиация имеет ряд преимуществ: направленность на созидательное решение или компромисс при урегулировании спора, возможность экономии времени и финансов, а также сохранение благоприятного эмоционального фона, добровольность, конфиденциальность, возможность самостоятельного управления конфликтом. Мы можем отметить, что сегодня медиация постепенно приобретает черты института разрешения конфликтов, распространяясь на все сферы общественных отношений.

В Российской Федерации шесть лет назад был ряд нормативно-правовых актов, касающихся рассматриваемого правового института: принят Федеральный закон от 27 июля 2010 г. «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)», постановление Правительства Российской Федерации от 03.12.2010 «О программе подготовки медиаторов», документы, регламентирующие механизмы формирования и функционирования института медиации. На значимость внедрения в российскую правовую систему данного института обращено внимание в Послании Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации от 22 декабря 2011 г.

Председатель Конституционного суда РФ В.Д. Зорькин отметил, что «медиация, освобождая суды от части нагрузки, в определенной мере усилит оперативность и эффективность рассмотрения и разрешения дел, по которым сторонам не удается прийти к согласию»².

Говоря о развитии медиации, С.К. Загайнова указывает: «Проведенный мониторинг показал, что по состоянию на IV квартал 2014 г. более чем в 60 субъектах Российской Федерации были созданы организации, осуществляющие деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации»³.

В 2015г. путем проведения медиации спор был урегулирован в 1115 делах (0,007 % от числа рассмотренных), из которых в 916 делах на основе медиативного соглашения было утверждено мировое соглашение. В 2014 г. спор с помощью медиации был урегулирован в 1329 делах (0,01 % от числа рассмотренных)⁴.

Судами принимаются меры, направленные на повышение востребованности примирительных процедур. К числу таких мер относятся: распространение информации о примирительных процедурах и результатах их применения, проведение конференций, круглых столов и других научно-практических мероприятий по вопросам примирения сторон и т. д.

Считаем, что законодательное закрепление данного института позволило создать правовые условия для его функционирования и постоянного развития. Все это дает возможность обеспечить применение указанного института не только в отдельных регионах, но и по всей стране, помочь специалистам совершенствовать методологию медиации.

Но приходится констатировать, что на данный момент законодательство о медиации находится в начальной стадии, освещает в основном общетеоретические вопросы. Из-за этого отсутствует четкое понимание необходимости полного включения медиации в судебную систему и применения ее как эффективного альтернативного способа разрешения конфликтов. Поэтому, например, часто возникают сложности с использованием медиации в разрешении трудовых споров. Данной проблеме посвящен труд С.И. Калашниковой «Медиация в сфере гражданской юрисдикции», а также работы О.С. Смирновой, Н.В. Новиковой.

Конфликт и спор в трудовых отношениях крайне распространенное явление. Как правило, интересы работника и работодателя или организации часто не совпадают в ситуациях различного характера, которые находятся в плоскости трудовых отношений. Поэтому можно разделить конфликты на трудовые и индивидуальные. С точки зрения ТК РФ, трудовой спор возникает только после того, как он передается на рассмотрение в определенный орган, например в комиссию по трудовым спорам или в суд. Исходя из указанной формулировки, мы считаем, что данное положение ограничивает возможность применения медиации к трудовым спорам, которые, возможно, необходимо называть «трудовыми конфликтами».

Приведем некоторые данные: число и виды трудовых споров в которых спор был урегулирован путем проведения медиации в 2015 году, следующие: «о восстановлении на работе (15), в том числе в связи с увольнением по инициативе работодателя (статьи 71, 81 Трудового кодекса Российской Федерации) (8); об оплате труда (24), в том числе о взыскании невыплаченной заработной платы, других выплат (и компенсации за задержку их выплаты) (21); о возмещении ущерба, причиненного при исполнении трудовых обязанностей (6), в том числе по искам работодателей (4); другие, возникающие из трудовых правоотношений (14)»⁵.

Согласимся с мнением, что в законодательстве существует узкий подход относительно применения медиации в трудовых спорах. ТК РФ регулирует как трудовые отношения (отношения по заключению, изменению, расторжению трудового договора), так и отношения, непосредственно связанные с трудовыми (например, материальная ответственность). Буквальное толкование не дает основания для применения медиации в спорах, возникающих из отношений, связанных с трудовыми, хотя на практике такие категории споров распространены и потенциал медиации в них достаточно высок. Поэтому формулировка ч. 2 ст. 1 закона о медиации должна учитывать и эту особенность⁶.

Одна из проблем решения трудовых споров – это применение медиации в разрешении коллективных трудовых споров (КТС), ибо по ФЗ-193 медиация в коллективных спорах запрещена. А в ст. 403 ТК обращение к трудовому посреднику – одна из стадий разрешения коллективного трудового спора. Постановление Минтруда РФ от 14 августа 2002 г. № 58 «Об утверждении Рекомендаций об организации работы по рассмотрению коллективного трудового спора с участием посредника» также закрепляет понятие трудового посредника. Выбирается он из списков лиц, предлагаемых к привлечению в качестве посредников как сторонами, так и по рекомендации Службы по урегулированию КТС. Общая продолжительность участия посредника в разрешении КТС не может составлять более трех месяцев в году. Рассмотрение КТС с участием посредника осуществляется в срок до семи рабочих дней со дня приглашения посредника.

Как видим, медиатор не имеет каких-либо ограничений по вышеуказанным пунктам, поэтому высока его востребованность у субъектов данных трудовых споров. Поэтому мы считаем, что имеется законодательное несовершенство. С чем это может быть связано? Казалось бы, именно в трудовом

праве примирительные процедуры получили наиболее детальную законодательную регламентацию по сравнению с вопросами их примирения в других отраслях права. Возможно, медиация была бы более выгодна для работодателя в решении коллективных споров, чем участие его в примирительной комиссии, т. к. работодатель вряд ли станет уклоняться от данной процедуры, в отличие от участия в работе примирительной комиссии для него медиация не является законодательно закрепленным правилом, а выступает как эффективный метод разрешения противоречий.

Однако наша точка зрения заключается в том, что не нужно внедрять медиацию в КТС. Для постоянного и успешного разрешения КТС нужно учитывать, что на первое место часто выходит специфика трудовых отношений: все сотрудники, так или иначе вовлеченные в конфликт, состоят в трудовых отношениях с работодателем, т.е. их карьера зависит от того, как будет преподнесено их участие в конфликте. Следовательно, в ряде случаев у них, мягко говоря, желания участвовать в медиации не наблюдается. Это может затягивать процедуру, осложнять поиск решений, затруднять простое обсуждение проблемы между сотрудниками. Следовательно, очень сложно поддержать авторитет медиации как успешного способа решения конфликтов.

Здесь также важна и ментальная причина. Наш гражданин по большей части надеется на суд как на орган государственной власти. Действия медиатора воспринимаются как попытка вмешательства в спор в качестве скрытого сторонника противоположной стороны конфликта. Поэтому участники спора могут проявлять агрессию в качестве формы защиты. В таких условиях крайне затруднительно проводить медиацию, что также способствует росту авторитета данного метода.

¹ Литвинов А.В. Введение в медиацию. URL: http://samlib.ru/l/litwinow_aleksandr_walentinowich/med1.shtml (дата обращения: 29.09.2016 г.).

² Первая Российско-Французская конференция по медиации 30.09.2010». URL: www.gosbook.ru/system/.../Mediaciya_-_ot_sostyazatelnosti_k_sotrudnichestvu.pdf. (Дата обращения 29.09.2016).

³ Загайнова С.К. Основные проблемы развития практики медиации в юридической деятельности и пути их решения. URL: <https://komitetgi.ru/analytics/2694/#.VrCKVAEnVeE.facebook>. (дата обращения: 29.09.2016 г.).

⁴ Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации) за 2015 г.: справка о практике применения судами Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 22.06.2016).

⁵ Там же.

⁶ Загайнова С.К. Основные проблемы развития практики медиации в юридической деятельности и пути их решения. URL: <https://komitetgi.ru/analytics/2694/#.VrCKVAEnVeE.facebook>. (дата обращения: 29.09.2016 г.).

С. И. Реутов

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ЗНАНИЯ О ПРАВЕ В МЕДИАЦИИ

За последние 20 лет наше общество стало конфликтным и его нужно выводить из этого состояния. Согласно данным Верховного Суда РФ, в 2015 г. судами общей юрисдикции по первой инстанции было рассмотрено с вынесением решения (судебного приказа) 15 819 942 гражданских дел и дел, возникающих из публичных правоотношений. Советник Президента РФ по правовым вопросам В.Ф. Яковлев считает, что примирительные процедуры необходимо использовать для того, чтобы помочь людям и разгрузить суды¹. 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)»². Целью принятия данного закона является создание правовых условий для применения в Российской Федерации альтернативной процедуры урегулирования споров с участием в качестве посредника независимого лица – медиатора (процедуры медиации).

В соответствии со ст. 1 ч. 2, 3 ФЗ № 193-ФЗ данная процедура может применяться при участии медиаторов к спорам, возникающим из гражданских правоотношений, в том числе в связи с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, к спорам, возникающим из трудовых правоотношений и семейных правоотношений, а также в иных случаях, предусмотренных

федеральными законами. ФЗ № 193-ФЗ не содержит конкретного перечня споров, к которым можно применить процедуру медиации. Медиация позволяет урегулировать самые разнообразные конфликты: гражданские и коммерческие споры; споры между членами сообществ и соседями, жилищные конфликты; проблемы, возникающие при разводе и другие семейные разногласия; конфликты в сфере физической культуры и спорта; конфликты в сфере строительства, споры в банковской и страховой сфере; споры, связанные с авторским правом и интеллектуальной собственностью; конфликты в сфере строительства, здравоохранения, образования, трудовых взаимоотношений; межкультурные конфликты и т.п.³ Это подтверждается и практикой. Так, в Справке Верховного Суда РФ «О практике применения судами Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» за 2015 год», утвержденной Президиумом Верховного Суда РФ 22 июня 2016 г., указывается, что в 2015 г. в судах общей юрисдикции стороны урегулировали свои споры в рамках процедуры медиации по делам, возникающим из земельных правоотношений; жилищным, трудовым, семейным спорам, спорам о взыскании страхового возмещения, о защите прав потребителей, спорам в связи с нарушением правил движения и аварий на транспорте, спорам, связанным с наследованием имущества, гражданско-правовыми сделками с недвижимым имуществом и т.д.⁴

Кроме того, на практике медиация стала чаще применяться по делам частного обвинения в уголовном судопроизводстве. Ст. 137 Кодекса административного судопроизводства РФ предусматривает возможность окончания административного дела путем заключения соглашения о примирении. Разъяснения относительно процессуальных особенностей применения примирительных процедур в арбитражном процессе по экономическим спорам, возникающим по делам об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) органов государственной власти, по делам о взыскании обязательных платежей и санкций, по налоговым спорам изложены в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 50 от 18 июля 2014 г. «О примирении сторон в арбитражном процессе».

В связи с этим ученые справедливо отмечают, что на законодательном уровне нет надобности устанавливать закрытый перечень категорий дел, по которым возможно проведение процедуры медиации. В Китае, например, с помощью медиации весьма успешно разрешаются трудовые споры. 31 января 2013 г. Верховный народный суд КНР вынес постановление, согласно которому все трудовые споры должны сначала направляться в Арбитражную комиссию по трудовым спорам, прежде чем стороны смогут обратиться в суд. В этой стране в 2013 г. открылся медиативный центр по разрешению споров, связанных с интернет-пиратством и нарушениями интеллектуальной собственности⁵. В Индии успешно развивается медиация в сфере информационных технологий и доменных имен.

Считаем справедливым предложение С.К. Загайновой ч. 3 ст. 1 ФЗ № 193-ФЗ изложить в следующей редакции: «Процедура медиации может применяться после возникновения споров, рассматриваемых в порядке гражданского судопроизводства и судопроизводства в арбитражных судах, а также при разрешении конфликтов в порядке уголовного, административного судопроизводства и судопроизводства по делам об административных правонарушениях, а также при исполнении судебных актов»⁶.

Российский закон не определяет, какую профессию должен иметь медиатор. На этот счет в литературе есть различные мнения. Некоторые авторы считают, что медиатор должен иметь профессиональное юридическое образование, поскольку профессиональный медиатор должен обладать определенными навыками и профессиональными знаниями не только в сфере материального, но и процессуального права⁷. В Польше и Аргентине медиатором может быть только лицо, имеющее юридическое образование. В США многие медиаторы являются юристами. Другие авторы утверждают, что эффективным медиатором может стать только хороший психолог. Как показывает практика, в некоторых странах именно психологи становились медиаторами.

Юридические знания крайне важны для любого профессионального медиатора. Вместе с тем совсем не обязательно, чтобы медиатор непременно был юристом. При разрешении острых семейных конфликтов, на наш взгляд, важно, чтобы медиатор имел опыт в области семейной терапии или обладал психологическим образованием⁸.

Учитывая, что примирительные процедуры (медиация) более успешно могут применяться в судах общей юрисдикции и арбитражных судах при разрешении споров, рассматриваемых в порядке гражданского судопроизводства и судопроизводства в арбитражных судах, а также при разрешении конфликтов в порядке уголовного, административного судопроизводства и судопроизводства по делам об административных правонарушениях, а также при исполнении судебных актов, можно смело утверждать, что при рассмотрении большого круга споров право играет большую роль. Следует

учесть, что право предоставляет сторонам необходимый инструментарий для выработки итогового соглашения по результатам медиации. Кроме того, медиатор, имея соответствующие юридические познания, при определенных обстоятельствах может проинформировать стороны о возможном сод­ержании судебного решения, которое могло бы быть вынесено в суде вместо процедуры медиации.

Важно и то, что в законодательстве медиация введена как правовой институт по урегулированию правовых споров с помощью профессиональных медиаторов. Полагаем, в таких случаях желательно, чтобы медиатор имел юридическое образование либо хотя бы представление о соответствующих правовых нормах. Для развития института медиации крайне важно заручиться поддержкой юридического сообщества и его заинтересованностью. Юристы, нотариусы, адвокаты, осуществляя деятельность медиатора, могут обеспечить необходимый уровень доверия со стороны участников примирительных процедур. Кроме того, выступая в этой роли, они являются экспертами в сфере права, а потому гарантируется требований закона при выполнении этих процедур⁹.

К сожалению, как отмечают представители Верховного Суда РФ, медиация как институт внесудебного или внесудебного урегулирования конфликта не нашла еще широкого применения. В 2015 г. судами общей юрисдикции первой инстанции по гражданских делам и делам, возникающим из публичных правоотношений, путём проведения медиации спор был урегулирован в 1 115 делах (это 0,007% рассмотренных), из которых в 916 делах на основе медиативного соглашения было утверждено мировое соглашение. Это меньше, чем в 2014 г., когда спор с помощью медиации был урегулирован в 1329 делах (0,01% рассмотренных)¹⁰. Такого вывода придерживаются и эксперты Федерального института медиации, проводившие анализ и обобщение практики применения альтернативных способов разрешения споров в различных сферах деятельности, которые отметили, что медиация в России пока находится на начальной стадии развития¹¹.

Для того чтобы процедура медиации нашла широкое применение в практике, следует решить немало сложных задач. Фактическое отсутствие профессиональных посредников является серьезным препятствием для дальнейшего развития института медиации и для достижения одной из основных целей принятия Закона о медиации – разгрузки судов. Поэтому формирование корпуса профессиональных медиаторов становится, по существу, одной из главных задач. Представляется, что значительная часть этого корпуса должна состоять из профессиональных юристов. Профессиональное юридическое сообщество нашей страны представляет собой огромную армию высококвалифицированных юристов, как то: адвокаты, нотариусы, корпоративные, частнопрактикующие юристы, но, к сожалению многие из них весьма настороженно относятся к этому правовому институту. В.Ф. Яковлев полагает: для того чтобы работать в качестве медиатора, недостаточно навыков, знаний судьи, адвоката, нотариуса. У каждой из этих профессий есть некоторые предпосылки для медиативной деятельности, но не все, поэтому требуется специальная дополнительная подготовка¹².

Нотариус в большей степени, чем представители других юридических профессий, подготовлен быть медиатором. Для активного вовлечения корпуса нотариусов в применение примирительных процедур в своей деятельности готовится соответствующая правовая база. Подготовлен проект Федерального закона «О нотариате и нотариальной деятельности в Российской Федерации», где в разделе VI есть специальная глава, посвященная регламентированию деятельности нотариуса при урегулировании спора в рамках примирительной процедуры (медиации)¹³. Следует согласиться с мнением С.К. Загайновой о том, что наряду с полномочиями по совершению нотариальных действий, проведению медиации нотариусы могут проводить примирительные процедуры и в рамках самого нотариального процесса¹⁴. По результатам примирительной процедуры нотариус может удостоверить соглашение об урегулировании спора по правилам удостоверения соответствующих видов сделок, оно будет являться обязательным для исполнения сторонами. В ряде случаев нотариальный акт имеет исполнительную силу¹⁵. Важно и то, что ученые Уральской государственной юридической академии разработали весьма интересный пакет предложений по совершенствованию действующего законодательства, регулирующего вопросы применения медиации в юридической практике¹⁶. Кроме того, ими разработана специальная программа обучения медиации «Медиация в нотариальной деятельности». Уже сегодня нотариусы многих регионов прошли курсы повышения квалификации¹⁷.

В качестве медиатора может выступать адвокат. В соответствии с п.2 ст. 7 Кодекса профессиональной этики адвоката предупреждение судебных споров является важной составляющей оказываемой адвокатом юридической помощи. При желании адвокат может оказать помощь сторонам в заключении мирового соглашения.

В настоящее время регулярное обучение медиаторов осуществляется в основном несколькими специализированными центрами в Москве, Санкт-Петербурге и Екатеринбурге. Ученые Уральской государственной юридической академии организовали и провели учебу с судьями, помощниками су-

дей в Свердловской, Ивановской, Липецкой области, Республике Татарстан, Пермском крае. В этих регионах заметно увеличилось число споров, которые завершаются принятием медиативного или мирного соглашения. На наш взгляд, явно недостаточно, если и в будущем подготовка медиаторов будет проводиться только в указанных центрах.

Мы считаем, что юридическая подготовка является базовым условием эффективной работы медиатора, поскольку без нее просто невозможно разобраться в предмете и сути спора. Кроме того, профессиональный медиатор должен иметь навыки в области посредничества, уметь юридически взаимодействовать с судами общей юрисдикции, арбитражными судами, нотариусами, т.е. работать в рамках процессуального законодательства. Одним из способов подготовки таких медиаторов, пожалуй, наиболее простым и экономичным, является специализированная подготовка профессиональных юристов¹⁸.

В России создано Федеральное государственное бюджетное учреждение «Федеральный институт медиации» (ФИМ). Одной из первоочередных задач является подготовка профессиональных кадров для служб школьной медиации и сети служб медиации для формирования системы восстановительного правосудия с целью реализации задач, сформулированных в Национальной стратегии действий в интересах детей на 2012–2017 гг. В 2014–2016 гг. институт провел бесплатное обучение группы международных семейных медиаторов, методистов для работы с органами опеки и попечительства, группы по подготовке кадрового состава медиаторов для развития сети служб медиации в образовательных учреждениях¹⁹.

Целесообразно организовать учебу в рамках повышения квалификации для дипломированных специалистов различных направлений деятельности, от юристов до менеджеров, на базе юридических факультетов, институтов, приглашая для проведения занятий высококлассных специалистов, имеющих сертификаты медиаторов и опыт практической деятельности в этой области. Представляется, что следует предусмотреть минимальное количество часов по праву на курсах обучения по государственной программе подготовки медиаторов и курсах повышения квалификации.

В.Ф. Яковлев считает, что важной задачей является интеграция медиации и иных способов АРС в систему обучения юридических кадров, а тем, кто готовится стать юристом, нужно начинать знакомство с медиацией еще со студенческой семьи²⁰. В настоящее время юридическое образование не может считаться современным без соответствующих курсов по альтернативным способам разрешения споров, поэтому в учебные планы студентов юридических факультетов целесообразно включить курсы по медиации и третейскому разбирательству²¹. В Московском городском социально-педагогическом университете есть кафедра медиации в социальной сфере, которая совместно с Центром медиации и права осуществляет подготовку специалистов по одноименной магистерской программе.

Важные задачи по программе профессиональной переподготовки определены 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». Концепция нацеливает на подготовку специалистов-медиаторов из студентов близких специальностей. На наш взгляд, специалистов-медиаторов следует готовить, прежде всего, из числа студентов-юристов, а также студентов специальности «Социальная работа», «Конфликтология», которые есть на юридическом факультете Пермского государственного национального исследовательского университета. Во время учебы в университете они получают хорошие знания не только по юридическим дисциплинам и социальной работе, но и по психологии, конфликтологии, педагогике, примирительным процедурам (медиации). Именно таких специалистов готовят в Пермском университете на юридическом факультете²². Специалисты по социальной работе могут выступать в качестве профессиональных медиаторов. В Австрии, например, существует институт медиаторов-социальных работников.

Было бы неплохо завести традицию подведения итогов (по всей стране и в регионах) о количестве подготовленных специалистов, о выпускниках вузов, прошедших курсы повышения квалификации, об общем количестве профессиональных и непрофессиональных медиаторов. Так, в США в 2009 г. только посреднические фирмы приняли на работу почти 20 000 медиаторов-юристов. В Китае уже в 1986 г. было 950 000 посреднических комитетов и 6 000 000 посредников, которые за один год урегулировали 7 300 000 споров.

Следует согласиться с мнением ученых о том, что достичь успехов в развитии медиации в нашей стране, расширить круг потенциальных субъектов, оказывающих помощь в проведении процедуры медиации, можно за счет реализации идеи включения помощи по урегулированию правовых споров в рамках медиации в состав юридической помощи. Важно, что в таких странах, как Англия,

Германия, Франция, не формирование профессии медиатора, а включение медиации в состав юридической помощи позволило достичь серьезных успехов в развитии медиации²³. Спрашивается, отстранятся ли от своей работы нотариус или адвокат и будут ли они работать только в качестве медиатора на профессиональной основе, если они пройдут специальную подготовку? Вряд ли это случится. Скорее всего, и нотариус, и адвокат функции медиатора будут осуществлять в рамках оказания юридической помощи²⁴.

¹ Яковлев В.Ф. Нам нужно обрести культуру диалога // Медиация и право. 2012. № 2 (24).

² Собрание законодательства Рос. Федерации. 2010, № 31. ст. 4162.

³ Реутов С.И. Становление и перспективы развития семейной медиации в Российской Федерации // Социальная безопасность и защита человека в условиях новой общественной реальности: сб. матер. междунар. науч.-практ. конф. (г. Пермь, 2 ноября 2011 г.) Перм. гос. нац. иссл. ун-т. Пермь, 2011, С. 320.

⁴ URL: <http://ppt.ru/newstext.phtml?id=8192549> (дата обращения: 27.07.2016 г.).

⁵ Медиация и право. 2013. № 1 (27).

⁶ Загайнова С.К. Основные проблемы развития практики медиации в юридической деятельности и пути их решения. Доклад на научно-практической конференции «Проблемы и перспективы развития института медиации в России». 29 января 2016 г. URL: <http://www.iuaj.net/node/1966> (дата обращения: 12.07.2016).

⁷ Голубцов В.Г. Клуб юристов. 2010. № 4(70).

⁸ Реутов С.И. Правовой статус медиатора // Социальная безопасность и защита человека в условиях новой общественной реальности: сб. материалов междунар. науч.-практ. конф. (г. Пермь, 22 ноября 2012 г.) под общ. ред. З.П. Замараевой, М.И. Григорьевой; Перм. гос. нац. иссл. ун-т. Пермь, 2012. С. 179.

⁹ Реутов С.И., Филатова П.С. Особенности применения медиации в практике зарубежных стран. Возможность взаимодействия институтов медиации и нотариата. // Медиация в современной правовой практике: возможности и перспективы: материалы круглого стола в рамках VI Пермского конгресса ученых-юристов (г. Пермь, 26-17 окт. 2015 г.) / под общ. ред. С.И. Реутова, Л.А. Соболевой; Перм. гос. нац. иссл. ун-т. Пермь, 2015. с. 104-105.

¹⁰ Справка Верховного Суда РФ от 22 июня 2016 г. URL: <http://ppt.ru/newstext.phtml?id=8192549> (дата обращения: 27.07.2016 г.).

¹¹ ФИМ подводит итоги минувшего года // Медиация и право. Посредничество и примирение. 2014. № 1 (31). С. 10–16).

¹² Яковлев В.Ф. URL:<http://www.consultant.ru> (дата обращения 02.06.2016).

¹³ URL:<http://www.rg.ru/2011/11/18/notariat-site-doce.html> (дата обращения 11.04.2015).

¹⁴ Загайнова С.К. Указ. соч.

¹⁵ Реутов С.И., Пьянкова Н.Н., Филатова П.С. Готовность нотариусов Пермского края выполнять в своей деятельности примирительные процедуры // 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. 63.

¹⁶ Загайнова С.К. Указ. соч.

¹⁷ Загайнова С.К., Тарасов Н.Н. Медиация в нотариальной деятельности: модели и особенности реализации. // Нотариальный вестник. 2011. № 12. С. 40.

¹⁸ 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. 54–56.

¹⁹ Медиация и право. 2015. № 3 (37).

²⁰ Яковлев В.Ф. Медиация и право. 2012. № 2 (21).

²¹ Аболонин В.О. Судебная медиация: теория, практика, перспективы. М., Инфотропик Медиа. 2014. С. 352.

²² Реутов С.И. Становление и перспективы развития семейной медиации в Российской Федерации, с. 318-328.

²³ Загайнова С.К. Указ. соч.

²⁴ Реутов С.И., Закалина И.С. Некоторые особенности применения примирительных процедур (медиации) в работе нотариуса // Социальная безопасность и защита человека в условиях новой общественной реальности: сб. материалов междунар. науч.-практ. конф. (г. Пермь, 2 ноября 2011 г.) под общ. ред. З.П. Замараевой, М.И. Григорьевой; Перм. гос. нац. иссл. ун-т. Пермь, 2011. С. 318.

МЕДИАЦИЯ В ПЕРМСКОМ КРАЕ. НЕКОТОРЫЕ ИТОГИ СОЦИАЛЬНОГО ЭКСПЕРИМЕНТА 2002-2015 ГГ.

Медиации в Пермском крае положили начало восстановительные технологии. В 2000 г. руководители общественного центра «Судебно-правовая реформа» Р.Р. Максудов и М.Г. Флямер провели информационный ознакомительный семинар для представителей субъектов системы профилактики правонарушений несовершеннолетних. В то время было непривычно слышать об альтернативных способах урегулирования споров, а также о восстановительных программах между правонарушителем и «жертвой». Семинар был интересен, но не вызвал энтузиазма у чиновников, отторжения также не было. Вероятно, в то время не было политической воли, чтобы начать инновационную практику в регионе.

Такая воля возникла в 2003 г., когда заместитель губернатора Т.И. Марголина познакомившись с деятельностью общественного центра «Судебно-правовая реформа», инициировала начало экспериментальной работы. На первом общественном форуме 2003 г. в г. Перми состоялись первые гражданские переговоры по данной тематике и был заключен четырехсторонний меморандум о намерениях между Общественным центром «Судебно-правовая реформа», администрацией (в то время ещё) Пермской области, администрацией г. Перми и администрацией Индустриального района г. Перми и определены две пилотные площадки – в городе Лысьва и Индустриальном районе г. Перми.

Реализация восстановительных технологий осуществлялась при координации муниципальных комиссий по делам несовершеннолетних и защите их прав (КДН и ЗП). Тогда был разработан первый механизм межведомственного взаимодействия всех структур, специализирующихся на работе с несовершеннолетними, суд был встроен в общую систему профилактики правонарушений несовершеннолетних. Тогда же в Прикамье появились первые 4 школьные службы примирения. Итоги проекта были обнадеживающими: дети, прошедшие через восстановительные программы, практически не совершали повторных правонарушений, в школах появилась новая технология, способствующая сплочению и снижению агрессивности подростков, школы получили новую практику вовлечения подростков в общественно полезную внеучебную деятельность (лагерь актива «Воздушный змей» и др.).

В 2005 г., с приходом к управлению регионом команды, внедряющей проектные методы управления, был создан проект «Внедрение восстановительных технологий в систему профилактики преступности несовершеннолетних». Руководителем и разработчиком проекта стала и.о. председателя краевого комитета по защите прав детей Л.А. Соболева. Именно тогда была предложена пятиуровневая система и поэтапное распространение восстановительных практик на все 50 муниципальных образований Пермского края. За счет краевой целевой программы «Семья и дети Прикамья на 2006–2010 гг.» проводилось обучение ведущим восстановительным программам, оснащение муниципальных служб примирения. С 2007 г. управление проектом осуществлялось министерством социального развития Пермского края, зам. начальника отдела профилактики детского и семейного неблагополучия О.Е. Рыскаль.

За 12 лет создана система применения восстановительных технологий, которая осуществляется на пяти уровнях.

На *первом уровне* обеспечивается ранняя профилактика противоправного поведения подростков, которая осуществляется в образовательных учреждениях, где созданы школьные службы примирения (ШСП). Учащиеся, под руководством взрослых, решая возникающие конфликты, учатся выходить из проблемных ситуаций сами и помогают своим сверстникам. На 2015 год ШСП созданы и функционируют в 534 образовательных учреждениях. По разрешению конфликтов в образовательных учреждениях в ШСП работали 1970 учащихся. Всего было охвачено мероприятиями, связанными с применением восстановительного подхода, более 2 тысяч несовершеннолетних края.

На *втором уровне* в территориях Пермского края обеспечивается работа муниципальных служб примирения (МСП). Практически в каждой территории Пермского края (47) за счет использования имеющегося муниципального ресурса в системе образования, молодежной политики, созданы и функционируют муниципальные службы примирения, в состав которых входят ведущие вос-

становительных программ. МСП работают совместно с КДН и ЗП по материалам, которые поступают в комиссию.

Третий уровень – это взаимодействие с судом. В данном взаимосвязанном процессе помощник судьи на основании анализа материалов уголовного дела отбирает дела, где ситуация соответствует критериям отбора случаев для реализации восстановительных программ (далее – ВП). Направляет в КДН и ЗП заявку на проведение ВП, характеризующие материалы о несовершеннолетнем обвиняемом и других участниках процесса с установлением срока представления в суд обратной информации (не позднее 3 дней до судебного заседания).

КДН и ЗП направляет заявку на проведение ВП и полученные от помощника судьи материалы в МСП.

В течение 1-30 дней ведущий ВП реализует восстановительную программу: проводит предварительные встречи с каждой из сторон ситуации (с их законными представителями), проводит совместную (возможно совместную встречу) с согласия сторон, при необходимости заключает примирительный договор по результатам встречи сторон.

Не позднее, чем за 3 дня до заседания суда руководитель МСП направляет в КДН и ЗП отчет о результатах реализованной восстановительной программы, договор по результатам примирительной встречи. КДН и ЗП данные документы и программу ИПР направляет помощнику судьи.

Результаты восстановительных и реабилитационных программ для судьи носят рекомендательный характер.

Реализация работы на данном уровне стала возможна благодаря активной работе Пермского краевого суда. По инициативе председателя суда В.Н. Вельянинова была разработана краевая программа «Правосудие и дети» (Пермская модель ювенальной юстиции) на 2009–2010 гг. В результате удалось обучить восстановительным технологиям 100 судей и 100 помощников судей всех судов Прикамья и распространить эксперимент на все суды региона.

Четвертый уровень – снижение подростковой преступности среди осужденных несовершеннолетних.

Реабилитационная работа проводится в тесном контакте муниципальных КДН и ЗП, социальных служб с администрациями закрытых учреждений на протяжении всего срока нахождения подростков в закрытом учреждении. Данный этап оказался самым трудным и пока не реализованным.

Пятый уровень – обеспечение адресной своевременной помощи осужденным подросткам после их освобождения из учреждений закрытого типа, воспитательных колоний, с целью недопущения повторного совершения преступлений или правонарушений несовершеннолетними. Постановлением КДН и ЗП утвержден Порядок взаимодействия на территории Пермского края КДН и ЗП, подразделений внутренних дел по делам несовершеннолетних, органов занятости населения, учреждений закрытого типа, учреждений социального обслуживания семьи и детей с осужденными.

Итогом комплексной работы по внедрению восстановительных технологий в деятельность субъектов системы профилактики и суда стало снижение числа уголовных дел, рассмотренных судами Пермского края. За 2014 г. было рассмотрено 1294 уголовных дел и материалов в отношении 1453 несовершеннолетних, что меньше на 19%, чем в 2013 г.

С применением восстановительных технологий было рассмотрено 504 уголовных дела и материала в отношении 584 подростков, что составило 46 % от всех уголовных дел и материалов (в 2013 г. – 39%). Число повторных преступлений, совершенных ранее судимыми подростками, охваченными восстановительными технологиями, снизилось на 6 %. Так, в 2014 г. их число составило 37 против 48 в 2013 г. Как позитивный момент следует отметить, что в 2014 г. не стало судов, которые вообще не применяли восстановительные технологии и элементы дружественного детям правосудия.

В 2012 г., проанализировав статистические данные о лишении родительских прав, ограничении родительских прав и восстановлении в родительских правах, судьи краевого суда обратили внимание на то, что в год судами края рассматривалось значительное количество дел о лишении родительских прав. При этом удовлетворимость таких исков составляла 90-95%. Практически за год в Пермском крае 1 500 родителей лишались родительских прав. Возраст родителей – в основном 30–40 лет. В каждом 3–4 деле ответчики либо не являлись в суд, либо занимали безразличную позицию. Однако были и дела, где ответчики, которых лишали родительских прав, в своих объяснениях ссылались на социальные проблемы, трудную жизненную ситуацию.

Обратило на себя внимание и то, что зачастую дети при их опросе указывали, что не хотели бы, чтобы их мама или папа были лишены родительских прав.

Основанием для лишения родительских прав по делам данной категории было в основном наличие отрицательных характеристик на родителей и поверхностно составленный органом опеки и попечительства акт обследования жилищных условий.

В сентябре 2012 г. на заседании президиума Пермского краевого суда было принято постановление по внедрению технологий восстановительного подхода, дружественного к ребенку правосудия в гражданское судопроизводство.

С 2013 г. в Пермском крае начал работу пилотный проект, в котором принимали участие 11 районных (городских) судов Пермского края.

30 мая 2013 года между Пермским краевым судом и Правительством Пермского края заключено соглашение о сотрудничестве, принята новая редакция соглашения от 2008 г. Работа Пермского краевого суда и районных/городских судов Пермского края в сфере дружественного детям правосудия и взаимодействие с социальными службами региона осуществляется в рамках данного Соглашения.

С октября 2014 г. к данной работе подключились все суды региона.

В судах приказами председателей введена специализация, определены судьи, рассматривающие гражданские дела, в которых затронуты интересы несовершеннолетних, и помощники судей, понимающие необходимость и суть восстановительных технологий, непосредственно осуществляющие работу по взаимодействию всех структур.

Возникла необходимость в уже существующий механизм межведомственного взаимодействия органов и учреждений системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних по выявлению, учету и организации индивидуально-профилактической работы с несовершеннолетними и семьями с детьми, находящимися в социально-опасном положении, внедрить работу и по гражданским спорам, связанным с воспитанием детей.

Пермским краевым судом разработана схема межведомственного взаимодействия при рассмотрении гражданских дел, в которых затронуты интересы несовершеннолетних.

Взаимодействие суда и органов и учреждений системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних начинается с момента поступления искового заявления в суд.

На первом этапе – этапе подготовки к рассмотрению дела, в котором затрагиваются права и интересы несовершеннолетних, – выясняется суть конфликта, возможности его безболезненного разрешения, как для родителей, так и детей, нахождения компромиссов, способа сохранения дружественных отношений в семье, сохранения ребенку его родной (кровной) семьи.

Второй этап – рассмотрение дела в суде. Судебный процесс ориентирован на защиту прав и интересов в первую очередь ребенка, восстановление внутрисемейных отношений, сохранение семьи. При рассмотрении исков о лишении родительских прав суды должны четко придерживаться той позиции, что это крайняя мера и её применение возможно лишь тогда, когда все профилактические меры, направленные на сохранение семьи, не дают положительного результата и нахождение ребенка в его родной семье создает угрозу его жизни и здоровью.

Внимание судей обращено на то, что, помимо общих сведений о ребенке и его семье, необходимо устанавливать личностные особенности ребенка, особенности взаимоотношений в семье, детском учреждении, насколько условия воспитания соответствуют интересам ребенка, каково отношение родителей к ребенку, правильно ли они понимают родительские обязанности. В круг юридически значимых обстоятельств должна быть включена проведенная органами и учреждениями системы профилактики реабилитационная работа с семьей.

И третий этап – это постсудебный контроль, который представляет собой отслеживание информации о судьбе детей, в отношении которых родители были лишены либо ограничены в родительских правах, об изменении образа жизни родителей.

Таким образом, суды кроме правоприменительной функции фактически стали выполнять и коррекционную, социальную функцию ориентируя родителей на выполнение родительских обязанностей перед детьми.

В целях сокращения сроков рассмотрения гражданских дел данной категории определен перечень документов, которые представляются в суд к исковому заявлению.

Определены основные функции помощника судьи. При подготовке дела к судебному разбирательству помощник собирает необходимые документы, организует предварительные встречи сторон по делу, проводит примирительные процедуры, предлагает сторонам пройти тестирование у специалиста-психолога, взаимодействует с органами системы профилактики. Помощник судьи проводит встречи с родителями и после вынесения решения судом об их ограничении в родительских правах поддерживает связь с органами опеки и попечительства администрации муниципального района, фиксирует документально изменения в поведении гражданина, ограниченного в родительских пра-

вах, его отношение к родительским обязанностям. Если данному лицу требуется психологическая помощь, то помощник судьи организует соответствующую работу с психологом.

Пермским краевым судом ведется ежеквартальный мониторинг рассмотрения гражданских дел, в которых затронуты интересы несовершеннолетних. Анализ работы свидетельствует о том, что применение восстановительных технологий дружественного к детям правосудия при рассмотрении гражданских дел способствует укреплению внутрисемейных отношений, что подтверждается сокращением общего количества исков о лишении, ограничении родительских прав, об определении порядка общения с ребенком, определении места жительства ребёнка.

Сравнивая данные статистики за 12 месяцев 2012, 2013 и 2014 г. можно сделать вывод о снижении числа исков о лишении родительских прав и числа вынесенных судом решений об удовлетворении данных исковых требований.

Необходимо отметить, что в 2014–2015 годах значительно увеличилось (на 42,7%) количество рассмотренных дел об ограничении в родительских правах в сравнении с количеством дел за аналогичный период 2013 г.

В сравнении с 2012 и 2013 г. в 2014 г. увеличилось количество исков об отмене ограничения в родительских правах, вместе с тем число данных исков по-прежнему незначительно, что говорит о необходимости продолжения работы с семьей после вынесения судебного акта об ограничении в родительских правах.

Из представленных судами сведений следует, что аналогичная ситуация сложилась и с исками о восстановлении в родительских правах. При разрешении споров об определении порядка общения с ребенком, определении места жительства ребенка выявилась острая необходимость в оказании профессиональной психологической помощи сторонам с целью более объективного рассмотрения таких споров.

При разрешении споров об определении порядка общения с ребенком, об определении места жительства ребенка судом разъясняется сторонам право на обращение к медиаторам для разрешения конфликта мирным путем.

В результате совместных действий, особенно судов – участников проекта, достигнуты положительные результаты совместной деятельности суда, службы судебных приставов, органов опеки и попечительства, органов управления образованием в работе с семьей.

Таким образом, полагаем, что применение восстановительной медиации при рассмотрении уголовных и гражданских дел, затрагивающих интересы несовершеннолетних за 12 лет своеобразного социального эксперимента, дает положительные результаты, способствует снижению негативных явлений в детской и подростковой среде, профилактике детского и семейного неблагополучия.

Подведем итоги:

1. Внедрен восстановительный подход в систему ранней профилактики преступности, создана система школьных служб примирения (ШСП).
2. Создана система муниципальных служб примирения (МСП), отработаны механизмы взаимодействия с судами, полицией, следствием при совершении несовершеннолетним правонарушений.
3. Признана значимость медиации и восстановительных технологий руководством социальной защиты населения, судебной системы, КДН, образования региона.
4. В системе школьных служб примирения появилось общественное движение школьников, летний профильный лагерь «Страна мира».
5. Положено начало развитию классической медиации в судебной системе Пермского края.

НЕОБХОДИМОСТЬ ПРИМЕНЕНИЯ ПРИМИРИТЕЛЬНЫХ ПРОЦЕДУР (МЕДИАЦИИ) ПРИ РАЗРЕШЕНИИ СПОРОВ, ЗАТРАГИВАЮЩИХ ИНТЕРЕСЫ ДЕТЕЙ, КАК ЗАЩИТА ИХ ПРАВ (ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ)

В основном законе нашего государства закреплено: «Материнство и детство, семья находятся под защитой государства» (ст. 38 Конституции РФ). О степени развития общества судят по тому, как в государстве поставлен вопрос о защите прав детей. Так, Президент РФ 1 июня 2012 г. подписал указ № 761 «О Национальной стратегии действий в интересах детей на 2012–2017 гг.». Данная стратегия ценна тем, что определяет основные направления и задачи государственной политики в интересах детей и ключевые механизмы ее реализации, которые базируются на общепризнанных принципах и нормах международного права.

В настоящее время российский институт семьи вступил в период, характеризующийся большим количеством разводов, ростом числа внебрачных детей, неполных семей, брошенных детей. В Концепции государственной семейной политики РФ на период до 2025 г. отмечается, что за последнее время произошли изменения, затронувшие современную семью. Обыденными явлениями стали взаимоотчуждение супругов и рост числа разводов, сожительство без регистрации брака и рост рождений детей вне брака¹. Далеко не все дети воспитываются в полных семьях.

При этом статистика свидетельствует, что рост количества разводов в России наблюдается из года в год. Кроме того, уменьшается количество зарегистрированных браков. Так, по данным Федеральной службы государственной статистики Российской Федерации в 2015 г. в России было зарегистрировано 1 млн. 161 тыс. 068 браков (что меньше по сравнению с 2014 г. — 1 млн. 225 тыс. 985) и 611 646 тыс. разводов². Статистика показывает, что аналогичное положение дел наблюдается и в Пермском крае. Всего за 2015 г. в отделах ЗАГС Пермского края зарегистрировано 21 657 случаев заключения брака (что также меньше, чем за 2014 год – 23 141 случаев), однако о расторжении брака за 2015 г. было зарегистрировано 10 667 актовых записей³. Таким образом, практически каждый второй зарегистрированный брак распадается. Кроме того, наблюдается значительное уменьшение количества регистрируемых гражданами браков.

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 высок⁴.

В Концепции государственной семейной политики РФ на период до 2025 г. из наиболее острых для российских семей с детьми отмечена *проблема внутрисемейных конфликтов, связанных с осуществлением родительских прав, в том числе о месте жительства ребенка, выплате алиментов на содержание ребенка, порядке участия отдельно проживающего родителя в воспитании ребенка*. То есть наиболее острыми считаются проблемы, затрагивающие интересы и права детей. От разрешения так или иначе зависит судьба ребенка.

Семейные споры и конфликты ставят семью в уязвимое положение. Они приводят к нарушению отношений в семье, часто приводящему к распаду семьи⁵. По мнению специалистов, психическому здоровью ребенка несоизмеримый вред обычно наносится в предразводной и послеразводной 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 самооценка⁶.

В процессе развода супруги должны прийти к соглашению по данным вопросам. На сегодня в Российской Федерации основным способом защиты прав и интересов несовершеннолетних детей при разрешении семейных споров остается суд.

Семейные споры занимают особое место среди частноправовых конфликтов, разрешаемых судами. Это обусловлено тем, что семейные правоотношения включают не только имущественную составляющую (совместная собственность супругов, содержание детей и т.п.), но и личные неимуще-

ственные отношения (отношения между супругами, родителями и детьми, другими родственниками). Причем вторая группа отношений наиболее трудно поддается правовому воздействию, так как в основе межличностных конфликтов в семье лежат сложные психологические процессы и судебный спор может быть только стадией этого конфликта⁷.

Во второй половине двадцатого столетия решение вопроса о том, как облегчить мучительный процесс расставания и разъезда родителей и при этом дать детям возможность в случае развода сохранить контакты с обоими родителями, 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 по всем вопросам, связанным с расставанием, разводом, детьми, а также по финансовым и имущественным вопросам⁸.

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)». Считается, что именно в случае проведения процедур медиации при разрешении семейных споров вероятность заключения медиативного соглашения высока.

Семейная медиация является одним из наиболее распространенных видов медиации за рубежом. При этом в зарубежном опыте применения процедуры медиации при разрешении семейных споров можно увидеть двойкий подход, зависящий от правовой системы.

Мировая практика дает нам множество примеров законодательного закрепления медиации. Соответствующие акты приняты в США, Австрии, Германии. Так, в странах англо-американской системы права применение медиации в отдельных случаях является обязательным перед обращением в суд по семейным спорам. В большинстве штатов США действуют законы, предусматривающие обязательное проведение семейной медиации по делам, связанным с опекой и воспитанием детей после развода родителей. Как правило, службы семейной медиации образуются при судах⁹.

В странах Европейского союза, как и в России, примирительная процедура не является обязательной при обращении в суд¹⁰. Причем в урегулировании семейно-правовых споров могут участвовать как медиаторы, занимающиеся частной практикой, так и «государственные медиаторы» (государственные служащие государственных органов, департаментов).

В Германии, например, таким «государственным медиатором» может выступать судья в таком виде медиации, как медиация в ходе юридической консультации, установленной Федеральным законом «О развитии медиации и других методах внесудебного разрешения споров» в 2012 г.¹¹. Такая медиация представляет собой особую процедуру, в рамках которой судья, рассматривающий дело, не может выносить решения, поскольку временно получает права и обязанности внесудебного медиатора и использует методы медиации с целью разрешения дела без вынесения судебного решения.

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

В *Финляндии* регулирование семейной медиации закреплено на законодательном уровне. В основу правового регулирования семейной медиации положены статьи Закона о браке 1987 г. (глава «Семейная медиация») и Закон о социальном обеспечении 1982 г. (ст. 17). Основной формой является внесудебная семейная медиация, услуги по которой предоставляют в первую очередь социальные органы коммун (социально-семейная медиация). Семейная медиация осуществляется в рамках семейной консультации, социальной помощи и услуг. Услуги предоставляют также другие органы и организации, а также лица, занимающиеся семейными проблемами и защитой прав детей (семейные центры церковных приходов и частные терапевты, а также органы правовой помощи). Собственная внесудебная медиационная процедура у Союза адвокатов¹².

Австрия является одной из немногих стран, где профессия «медиатор» внесена в номенклатуру профессий. В Австрии большое распространение получила практика проведения семейной медиации двумя медиаторами (междисциплинарная совместная медиация), когда один из медиаторов является специалистом в области психологии, а второй – в области юриспруденции. Более того, Австрия – единственная страна, в которой был принят в 2004 году федеральный закон о медиации, который регулирует подготовку медиаторов и определенные нормативы подготовки.

В *Австралии* система разрешения семейных споров, установленная Законом о семье 1975 г. (по спорам о воспитании детей после развода родителей), включает обязательное обращение к медиаторам, аккредитованным в соответствии с Системой практикующих специалистов в области разреше-

ния семейных споров¹³. Создана сеть центров семейных отношений (Family Relationship Centers), финансируемых за счет федерального бюджета страны.

В Чехии действуют два закона о медиации. Один из них регулирует медиацию в гражданских и семейных спорах. В Чехии медиаторы всегда работают вдвоем. В г. Брно создан специальный центр, который занимается разрешением конфликтов в межнациональных семьях. Причем в таких случаях медиация является обязательной.

Таким образом, несмотря на наибольшую популярность именно судебной защиты вопросов семьи и детства, законодательством многих стран предусмотрены специальные нормы о семейной медиации. Данное обстоятельство свидетельствует о серьезном внимании правительств стран не только к самой процедуре медиации, но в целом к семейной политике.

В нашей стране прошло уже более пяти лет с момента вступления в силу Федерального закона от 27.07.2010 № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)». Однако эксперты Федерального института медиации считают, что медиация находится еще на начальной стадии развития. К такому выводу приходят и представители Верховного Суда РФ. В 2015 г. судами общей юрисдикции по первой инстанции было рассмотрено с вынесением решения (судебного приказа) 15 819 942 гражданских дел и дел, возникающих из публичных правоотношений. Путём проведения медиации спор был урегулирован в 1 115 делах (0,007% от числа рассмотренных), из которых в 916 делах на основе медиативного соглашения было утверждено мировое соглашение. В 2014 г. спор с помощью медиации был урегулирован в 1329 делах (0,01% от числа рассмотренных).

Что касается семейных споров, то в 2015 г. с помощью медиации были урегулированы следующие семейные споры: о расторжении брака супругов, имеющих детей (44 дела); споры, связанные с воспитанием детей (78); дела по спорам о разделе совместно нажитого имущества между супругами (86); другие, возникающие из семейных отношений (32)¹⁴.

Однако определенные меры для развития семейной медиации и медиации в целом всё же принимаются. 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.

Кроме того, в 2016 году «Центр медиации и права» совместно с Московским государственным психолого-педагогическим университетом набирает студентов на обучение по магистерской программе «Медиация в социальной сфере» (факультет юридической психологии МГППУ). Программа нацелена на подготовку высококвалифицированных профессиональных медиаторов, способных разрешать конфликты в семье, школе (между представителями администрации, учителями, учащимися и родителями), в системе высшего образования, в судебной практике (в частности, в работе судебных приставов), в сфере защиты прав потребителей и иных гражданских прав; в работе с трудными детьми и подростками, а также с несовершеннолетними правонарушителями; в сфере опеки и попечительства.

Временной рабочей группой по совершенствованию семейного законодательства Российской Федерации, созданной при Координационном совете при Президенте Российской Федерации по реализации Национальной стратегии действий в интересах детей на 2012–2017 гг. были подготовлены Проект Концепции совершенствования семейного законодательства Российской Федерации и Предложения по совершенствованию семейного законодательства и 7 июля 2014 г. принято «Экспертное заключение по проекту...».

Среди предложений авторов Концепции, в частности, предлагалось дополнить Семейный кодекс (СК) «нормами, регламентирующими особенности применения медиации при разрешении споров, связанных с воспитанием детей». При этом процедура медиации должна стать обязательной досудебной (ст. 8 Концепции). Нормы СК должны регулировать «основания, особенности и порядок применения института медиации, порядок назначения посредника, заключение медиативного соглашения, требования, предъявляемые к медиатору, и т.д.» (п. 6 Предложений). Кроме того, пункт 13 Предложений содержит положение о наделении суда полномочиями направлять супругов для прохождения процедуры медиации в ходе рассмотрения дела. Стоит заметить, что авторы указывают именно на обязательную досудебную медиацию, а не на принудительный характер ее проведения.

Следует согласиться с мнением ученых о том, что достичь успехов в развитии медиации в нашей стране, расширить круг потенциальных субъектов, оказывающих помощь в проведении процедуры медиации, можно за счет реализации идеи включения помощи по урегулированию правовых

споров в рамках медиации в состав юридической помощи. Важно учесть, что в таких странах, как Англия, Германия, Франция, не формирование профессии медиатора, а включение медиации в состав юридической помощи позволило достичь серьезных успехов в развитии медиации¹⁵.

Считаем, что государственные структуры должны не только законодательно, но и в финансовом плане способствовать наиболее эффективному внедрению медиации в сферу брачно-семейных отношений¹⁶.

Таким образом, для многих стран семейная медиация – понятие далеко не новое, а вполне устоявшаяся практика. В этой связи отмечается внимание глав государств к семейной политике, а следовательно, приоритет выполнения государственной задачи сохранения и укрепления семьи. В настоящее время это важный показатель развитости общества.

¹ Концепция государственной семейной политики в Российской Федерации на период до 2025 г. (утв. Распоряжением Правительства РФ от 25.08.2014 г. № 1618-р). Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

² Федеральная служба государственной статистики. URL: <http://www.gks.ru> (дата обращения: 19.08.2016).

³ Комитет ЗАГС Пермского края. URL: <http://zagspermkrai.ru> (дата обращения: 19.08.2016).

⁴ Реутов С.И. Становление и перспективы развития семейной медиации в Российской Федерации // Социальная безопасность и защита человека в условиях новой общественной реальности: сб. материалов междунар. науч.-практ. конф. (г. Пермь, Перм. гос. нац. иссл. ун-т, 2 нояб. 2011 г.) / Перм. гос. нац. иссл. ун-т. Пермь, 2011.

⁵ Закалина И.С., Реутов С.И., Спиридонова Е.И. Медиация как способ защиты семьи и детства по законодательству зарубежных государств // Медиация в современной правовой практике: возможности и перспективы: Матер. кругл. ст. в рамках VI Пермского конгресса ученых-юристов (г. Пермь, 16–17 октября 2015 г.). Пермь, 2015.

⁶ Бирюков П.Н., Пронин А.В. Об институте медиации в Германии // Российский судья. 2015. № 2. С. 12–14.

⁷ Баринов А.В., Кирьянова Е.С. Применение примирительного процесса (медиации) при разрешении семейных споров // Юридический мир. 2016. № 1. С. 50–54.

⁸ Паркинсон Л. Семейная медиация. М.: Межрегион. центр управленческого и полит. консультирования. 2010. 400 с.

⁹ Трофимец И.А. Медиация и расторжение брака // Российский судья. 2014. № 10. С. 17–19.

¹⁰ Соловьев А.А., Филиппов Ю.М. Об актуальных проблемах и некоторых перспективах использования альтернативной процедуры урегулирования споров с участием посредника (процедуры медиации): российский и европейский опыт // Российский судья. 2015. № 1. С. 16–19.

¹¹ Бирюков П.Н., Пронин А.В. Об институте медиации в Германии // Российский судья. 2015. № 2. С. 12–14.

¹² Орлов В.Г. Медиация в семейных конфликтах в Финляндии // Арбитражный и гражданский процесс, 2016. № 1. С. 47–53.

¹³ Трофимец И.А. Медиация и расторжение брака // Российский судья. 2014. № 10. С. 17–19.

¹⁴ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» за 2015 г.: справка о практике применения судами Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 22 июня 2016 г.). URL: <http://ppt.ru/newstext.phtml?id=8192549> (дата обращения: 27.07.2016 г.).

¹⁵ Загайнова С.К. Основные проблемы развития практики медиации в юридической деятельности и пути их решения. Доклад на науч.-практ. конференции «Проблемы и перспективы развития института медиации в России». 29 января 2016 г. URL: <http://www.iuaj.net/node/1966> (дата обращения: 12.07.2016).

¹⁶ Закалина И.С., Реутов С.И., Спиридонова Е.И. Медиация как способ защиты семьи и детства по законодательству зарубежных государств // Медиация в современной правовой практике: возможности и перспективы: матер. кругл. ст. в рамках VI Пермского конгресса ученых-юристов (г. Пермь, 16–17 октября 2015 г.). Пермь, 2015.

А. Л. Хавкина

*Центр психолого-педагогической и медико-социальной
помощи детям и подросткам,
г. Пермь*

ТЕХНОЛОГИИ МЕДИАЦИИ КАК ИНСТРУМЕНТ УРЕГУЛИРОВАНИЯ КОНФЛИКТОВ В СОЦИАЛЬНОЙ СФЕРЕ

Под социальной сферой понимается совокупность отраслей, предприятий и организаций, непосредственным образом связанных и определяющих образ и уровень жизни людей, их благосостояние и потребление. Традиционно к социальной сфере относят сферу услуг: образование, здравоохране-

ние, социальное обеспечение, культуру, физическую культуру, общественное питание, коммунальное обслуживание, пассажирский транспорт, связь и пр.

Практически во всех вышеперечисленных сферах помимо качества услуг и их содержания значительную роль играют выстроенные межличностные взаимоотношения между производителями и потребителями услуг, заказчиками услуг, организациями, призванными их контролировать и пр. Нарушение коммуникации на любом этапе производства или получения услуги приводят к возникновению конфликтов.

Конфликт – столкновение, обнаружение несоответствия и/или разнонаправленности во взглядах, представлениях о будущем, ценностях и пр., которые чаще всего выражаются в конфликтных интеракциях, – обмене противодействиями, сопровождающимися попытки преобразовать реальность.

Конфликты в социальной сфере являются частым и распространенным явлением. Насколько бы не было стабильным положение в государстве, экономике, всегда будут организации, группы людей, кому не будет хватать ресурсов в полной мере (материальных, человеческих, административных), внимания, участия, всегда кто-то будет чувствовать несправедливость по отношению к себе (несмотря на законность предпринятых действий).

Одной из распространенных и поддерживаемых технологий разрешения конфликтов в Пермском крае является *медиация* (от лат. *mediare* – посредничать) – форма разрешения конфликтов, споров с помощью третьей нейтральной беспристрастной стороны – медиатора (посредника).

Процесс медиации представляет собой ряд последовательных встреч медиатора с участниками конфликтной ситуации: индивидуальные встречи с каждой стороной и совместные. В ходе индивидуальных встреч медиатор проясняет видение проблемы каждым участником, его интересы, потребности, намерения. На совместной встрече участники обговаривают произошедшую ситуацию и принимают решение, устраивающее все стороны. По итогам медиации участники заключают устное или письменное соглашение.

К преимуществам медиации относят следующие:

- медиация помогает сэкономить время, деньги и эмоциональные силы участников спора;
- медиация ориентирована не на конфликт (выяснение, кто прав, а кто виноват) или на выигрыш, а на конструктивный поиск решений;
- в плане временных затрат медиация может быть легко подстроена под потребности участников и может учитывать эмоциональные и личные аспекты спора;
- сфера частных интересов участников полностью защищена, поскольку процесс медиации конфиденциален;
- при разрешении спора с помощью медиации достигнутые договоренности, как правило, более долговечны и отвечают реальному положению вещей. По статистике: за столом переговоров с помощью посредника-медиатора сторонам удается договориться в 85% случаев, а достигнутое соглашение добровольно выполняется сторонами в 79% случаев.

Отличительная особенность работы медиатора от других специалистов, участвующих в разрешении конфликтов, – соблюдение *ряда принципов*: добровольность, конфиденциальность, нейтральность медиатора, ответственность сторон за принятие решения, сотрудничество (а не состязательность) и равноправие сторон.

Важным моментом является и особая позиция медиатора в ходе работы: он не является судьей, адвокатом или советчиком. Медиатор не становится ни на чью сторону, являясь нейтральной фигурой. В его задачи входят:

- организация процесса медиации (организация встреч со сторонами, соблюдение определенных правил);
- помощь в анализе конфликтной ситуации;
- помощь конфликтующим сторонам в понимании своих интересов и интересов другого человека;
- снятие эмоционального напряжения;
- обсуждение способов взаимодействия участников конфликта;
- помощь сторонам в нахождении взаимовыгодных вариантов разрешения конфликта.

Процедуру медиации рекомендуется использовать в случаях:

- наличия конфликта, который признается обеими его сторонами;
- люди согласны участвовать в процедуре медиации;
- участники конфликта предпочитают сохранить конфиденциальность;
- люди хотят сохранить нормальные отношения друг с другом;

– на ситуацию оказывают сильное влияние личные отношения и эмоциональная сторона конфликта;

– стороны по каким-либо причинам не желают, чтобы их спор рассматривал суд (сроки рассмотрения дела чрезмерно велики, затраты на разбирательство могут свести на нет победу в процессе, результат разбирательства непредсказуем).

Сферы применения медиации очень широки: семейные отношения, воспитательно-образовательная сфера, система социального обеспечения и здравоохранения, корпоративные и межкорпоративные споры, экономическая сфера, интеллектуальное, публичное право, система страхования, финансовая и банковская сфера, индустрия туризма и отдыха, недвижимость, строительство, проектирование, инженерия, промышленность, уголовные дела частного обвинения.

Медиация в социальной сфере Пермского края

Наиболее давно и успешно в Пермском крае развивается *восстановительная медиация в работе с несовершеннолетними правонарушителями*.

Начиная с 2002 г. в рамках реализации региональных проектов (2002–2006 гг. – областной пилотный проект «Разработка стандарта и системы профилактики преступности несовершеннолетних», 2007–2010 гг. – краевой проект «Внедрение восстановительных технологий в систему профилактики правонарушений несовершеннолетних в Пермском крае») проводятся процедуры восстановительной медиации между несовершеннолетними правонарушителями и потерпевшими от их действий с целью профилактики повторной преступности.

К настоящему моменту в Пермском крае создана сеть служб примирения: школьных и муниципальных (в нашем регионе традиционно с 2002 г. использовался термин «Служба примирения», который появился задолго до появления термина «Служба медиации», который стали использовать в Российской Федерации с вступлением в силу ФЗ-193).

Получая информацию о конфликтных и криминальных ситуациях из личных обращений, обращений работников образовательных организаций, комиссий по делам несовершеннолетних и защите их прав, судов, социальных служб, органов полиции, следствия и дознания, службы опеки, ГУФСИН МВД, специалисты служб примирения проводят процедуры медиации по случаям нанесения телесных повреждений, жестокого обращения с детьми, безнадзорности, суицидов, бродяжничества, краж, вымогательств, систематических пропусков уроков, конфликтных отношений в семье, со сверстниками, педагогами и пр.

Помимо взрослых медиаторов конфликты также разрешают и школьники – юные медиаторы, работающие в школьных службах примирения.

На начало 2016 г. в Пермском крае действует более 520 школьных служб примирения (медиации) и 50 муниципальных служб примирения, которые ежегодно проводят более 3000 процедур восстановительной медиации.

Данные процедуры являются бесплатными для участников конфликтов, так как специалисты служб примирения являются работниками бюджетных учреждений: школ, психологических центров, социальных служб и пр.

Применение медиации в учреждениях социального обслуживания населения

Другая сфера применения процедур медиации – стационарные учреждения социального обслуживания населения, где люди находятся круглосуточно и проживают постоянно. В таких учреждениях нередко возникают конфликты между сотрудниками и клиентами, из этих учреждений часто поступают жалобы в разные инстанции.

Для решения подобных проблем поступили следующим образом:

– целые коллективы сотрудников учреждений социального обслуживания населения были обучены навыкам предотвращения и урегулирования конфликтов;

– в учреждениях создали службы медиации, в которые клиенты и сами специалисты этих учреждений могли обращаться в случаях возникновения конфликтов.

Данные меры позволили снизить количество жалоб и конфликтных ситуаций в подобных учреждениях, способствовали развитию комфортной и доброжелательной атмосферы.

Применение процедур медиации в разрешении конфликтов в жилищно-коммунальной сфере

В рамках краевых и российских проектов были отработаны механизмы создания и деятельности служб посредничества в жилищно-коммунальной сфере.

Службы посредничества занимались разрешением конфликтных ситуаций между соседями, жильцами и органами управления многоквартирными домами, ТСЖ и его жителями, управляющими кампаниями и собственниками.

Достаточное число конфликтов в данной сфере в основе своей имели структурные факторы (относительно стабильные обстоятельства, которые трудно или даже невозможно изменить, например, законодательные акты), и работа медиатора помогала участникам конфликта перестать видеть друг в друге врагов, принять объективно существующую ситуацию и вместе разрабатывать совместные шаги по ее изменению. В работе с информационными конфликтами участники при помощи медиатора договаривались о поиске необходимой информации, интерпретации полученной информации и пр.

Применение процедур медиации при разрешении трудовых конфликтов

Службы посредничества и сообщества медиаторов, созданные после прохождения обучения в рамках международного проекта «Расширение сферы прозрачности и активности на местном уровне», реализуемого при поддержке Уполномоченного по правам человека в Пермском крае в 2010–2011 г., действуют в некоторых территориях края и сейчас.

Местные сообщества медиаторов, действующие при центрах правовой и гражданской активности, каждый год проводят в среднем по 8–10 процедур медиации, за проведением которых к ним могут обращаться как сами граждане, так и по заявке от администрации территории. Конфликты, которые разрешают медиаторы, различны по тематике: вопросы жилищно-коммунальных отношений, соседские конфликты, трудовые и земельные конфликты.

Так, некоторые конфликты, в разрешении которых принимали участие медиаторы, позволяли договориться работникам и работодателям о продолжении трудовой деятельности, благодаря чему организации не теряли сотрудников, а сотрудникам не приходилось искать новую работу, что в небольших поселениях представляло трудности для обеих сторон.

Применение процедур медиации в разрешении конфликтов в сфере здравоохранения

Конфликты в сфере здравоохранения, как правило, связаны с жалобами пациентов на отношение медицинского персонала к ним.

Снижение конфликтности в данной сфере достигается за счет обучения членов администрации и медицинских работников навыкам предотвращения и урегулирования конфликтов, подготовки медиаторов и третейских судей из числа медицинских работников (в рамках деятельности национальной медицинской палаты), проведения конфликтологической диагностики учреждений, деятельности этического-правовой комиссии при Профессиональном медицинском сообществе Пермского края.

С. С. Шуренкова
ООО «Юр-медиа»,
г. Москва

О ВОЗМОЖНОСТЯХ МЕДИАЦИИ В ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Правовые нормы и институты, регулирующие общественные отношения, изменяются и усложняются под воздействием процессов глобализирующегося современного общества. С приходом новых форм и способов взаимодействия членов общества, формируются и новые методы реализации прав членов такого общества и способы их защиты. Наиболее подверженной процессам глобализации и всеобщей интеграции является сфера экономики и вытекающие из нее формы жизнедеятельности общества. Инновационные формы посредством так называемых «пилотных проектов», внедряются, как правило, в сферу предпринимательской деятельности, а затем, уже оправдав свою состоятельность, могут быть использованы и в иных областях. С учетом не востребованности российским гражданским обществом медиации как одного из способов альтернативного разрешения споров, несмотря на принятие Федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» от 27 июля 2010г. № 194-ФЗ¹, рассмотрим возможности медиации в сфере предпринимательской деятельности, с целью распространения медиации, как альтернативного судебному разбирательству способа разрешения споров и конфликтов.

Отношения в сфере предпринимательской деятельности имеют сложно-структурированные организационно-правовые формы. В зависимости от вида и направленности деятельности конкретной организации отличаются и способы реализации бизнес-проектов, планов, целевых программ. При этом эффективность и ликвидность предприятия определяется с учетом различных параметров, среди которых не последнее место отводится показателям наличия или отсутствия корпоративных конфликтов и споров, а также наличия судебных разбирательств по различным гражданско-правовым вопросам.

В крупных корпорациях компетентность топ-менеджеров, отвечающих за вопросы внутренней организации, определяется с учетом их способностей не довести конфликтные ситуации и экономические споры до судебного разбирательства, а самостоятельно, используя примирительные процедуры, основанные на добровольности и равенстве сторон, разрешить, а в идеальном случае, не допустить возможные конфликты как внутри, так и за пределами корпорации.

Формированию таких способностей и достижению конечного результата – минимизация корпоративных конфликтов – может способствовать медиация как процесс примирения, в ходе которого независимая и нейтральная третья сторона, медиатор, помогает участникам конфликта в течение короткого времени и с учетом взаимных интересов совместными усилиями прийти к приемлемому для обеих сторон решению конфликта, которое считается желательным или, по меньшей мере, приемлемым для каждого из них². На сегодняшний день отсутствуют преграды для использования медиации, как части корпоративного механизма и одного из способов предотвращения и разрешения корпоративных конфликтов.

Учитывая такие признаки медиации, как присутствие независимого, нейтрального медиатора, выполняющего функции посредника, присутствие всех сторон, участвующих в конфликте, неформальный, внесудебный уровень, добровольность участия в процедуре медиации и самоопределение в отношении разрешения конфликта, можно заключить, что медиация вполне соответствует общепризнанным принципам корпоративного управления и вписывается в содержание внутренних кодексов и правил корпоративного поведения.

В основе процедуры медиации лежат две особенности. Первая особенность заключается в том, что медиация направлена в первую очередь на восстановление разрушенных связей: через изучение лежащих в основе конфликта чувств, эмоций, желаний, медиатор, стремится помочь клиентам восстановить психологический контакт, способность общаться и решать проблемы в ходе переговоров. Другой особенностью медиации является используемый в ходе медиации метод ведения переговоров – Гарвардский метод³. Этот метод предусматривает ведение переговоров не на основе позиций, а на основе интересов. Любой конфликт – это противостояние позиций, но за каждой позицией стоит один или несколько интересов, которые часто и являются решением конфликта. Истинные интересы сторон, на основе которых формируются позиции, являются компонентами медиации. Задача медиатора – выявить истинные интересы участников спора и на их основании помочь решить конфликт⁴.

Согласно Европейскому кодексу поведения медиаторов: «главными являются не правовые претензии, связанные с прошлым, а будущие интересы партнеров по конфликту и возможность сохранения нормальных отношений перспективе»⁵.

Таким образом, медиация, предоставляя членам корпорации средства для предотвращения и урегулирования корпоративных конфликтов, представляет собой эффективный способ минимизации конфликтных ситуаций и, как следствие, оптимизации предпринимательской деятельности в целом.

Однако медиация представляет собой не только действенный способ урегулирования конфликтов внутри корпорации. С ее помощью возможно также избежать длительных и не сулящих успеха судебных разбирательств с партнерами и контрагентами по бизнесу, результатом которых являются зачастую разрыв деловых отношений, утрата доверия и репутации.

Сегодня большинство зарубежных и отчасти отечественных исследователей согласны с тем, что процедура разрешения конфликта может быть как государственной (судебной), так и негосударственной (альтернативной). В первом случае дела заканчиваются решением суда, который представляет государство. При вынесении решения он руководствуется правовыми нормами, обязательными для обеих сторон. Во втором – конфликт разрешается с помощью альтернативных процедур, структур разнообразных по содержанию и форме, которые основаны на принципе компромисса⁶. Однако судебная защита зачастую не соответствует активно развивающимся общественным процессам. Об этом свидетельствует, например, неготовность российской судебной системы качественно и своевременно разрешать экономические споры, количество которых резко возросло с переходом к рыночным отношениям. Кроме того, активно развивающиеся международные отношения в сфере торговли и предпринимательства требуют правового регулирования и особенно действенных институтов правовой

защиты. Ведь, в случае возникновения экономического спора между представителями разных государств, практически невозможно, с помощью государственной системы судебной защиты разрешить спор и добиться реального результата. На эту длительную процедуру уйдет не один год судебных тяжб и разбирательств и еще столько же времени понадобится на исполнение судебного решения⁷.

Конфликты в диспозитивной сфере гражданско-правовых отношений зачастую не требуют обязательного судебного регулирования. Участники таких конфликтов пытаются найти иные способы урегулирования разногласий, когда конфликт разрешается по воле и согласию противоборствующих сторон.

Общество в современных демократических, правовых государствах способно во многих случаях разрешать конфликты в своей среде, не прибегая к государственному судебному процессу (т. е. без властного принуждения), используя для этого институты саморегулирования гражданского общества, среди которых важное место отводится медиации – способу альтернативного разрешения споров, который создает предпосылки для поступательного общественного и государственного развития. При этом потребность использования на практике медиации обусловлена не только необходимостью формирования и развития институтов гражданского общества, но и тем, что она гарантирует реализацию конституционного права на выбор наиболее адекватного законного варианта разрешения спора или урегулирования конфликта исходя из конкретной ситуации⁸.

Используя медиативный подход еще на стадии переговоров с потенциальными деловыми партнерами, можно избежать многих сложностей в определении стратегии взаимодействия и реализации задуманного проекта в будущем. Опытный медиатор никогда не будет навязывать свою точку зрения сторонам и даже давать советы и рекомендации. Определяя интересы каждой из сторон, их ожидания и конечные цели совместной работы в ходе проведения процедуры медиации или посредством применения медиативного подхода в ходе переговоров, он делает очевидным для сторон, каким образом они будут выстраивать свою работу реализовывать бизнес-план. Если же к процедуре медиации стороны обратились уже в случае возникновения конфликта, медиатор восстановит готовность и способность сторон вести согласованный диалог и поможет им выработать приемлемое для них решение.

Таким образом, учитывая частноправовой характер процедуры медиации, представляется очевидным ее потенциал в организации и реализации предпринимательской деятельности. Используя способы, основанные на равенстве, свободе воли, беспристрастности посредника и независимости от строгих норм публичного права, участники предпринимательской деятельности, независимо от отрасли, объемов и видов деятельности имеют реальные возможности самостоятельно определять формы взаимодействия, функционирования и защиты своего бизнеса. Медиация – это не только действенный способ защиты нарушенного права, но и средство, обеспечивающее долгосрочное и продуктивное развитие и функционирование торгово-экономических связей.

¹ Принят Государственной Думой РФ от 7 июля 2010 г. // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2010. № 31. ст. 4162.

² Пель М. Приглашение к медиации. М. 2009. С. 165.

³ Пель М. Большое испытание // Медиация и право. 2008. № 8. С. 46.

⁴ Михель Д.Е. Медиация, как способ повышения правовой культуры // Правовая культура. Саратов. 2011. №2. С. 203-206.

⁵ Европейский кодекс поведения для медиаторов [Электронный ресурс] // Центр медиации и права. URL: http://mediacia.com/files/Documents/Code_of_Conduct.pdf.

⁶ Михель Д.Е. Соотношение альтернативного разрешения споров и государственного правосудия // Научные труды SWorld. 2012. Т. 18. С. 3-8.

⁷ Там же.

⁸ Севастьянов Г.В. Хрестоматия альтернативного разрешения споров: Учебно-методические материалы и практические рекомендации. СПб. 2009. С. 92.

VI. ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

К. С. Балицкий

*Уральский государственный юридический университет,
г. Екатеринбург*

ВЛИЯНИЕ НАУЧНЫХ ИДЕЙ Л. Ю. БУГРОВА НА ФОРМИРОВАНИЕ ИНСТИТУТА ТРУДОВОГО ДОГОВОРА

Не все нормативные правовые акты в сфере труда можно в равной степени признать эффективным регулятором общественных отношений. Зачастую новые нормы трудового права только усложняют и без того непростой механизм правового регулирования трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений. Представляется, что в качестве одной из причин этой негативной тенденции можно обозначить то обстоятельство, что законодатель зачастую не учитывает наработки, которые существуют в доктрине трудового права. Вместе с тем целый ряд идей, которые в разное время выдвигались учеными-трудовиками, был воспринят законодателем.

Именно такие нормативные конструкции, подкрепленные доктринальными идеями, в наибольшей степени отвечают потребностям участников трудовых отношений, государства и общества. Сказанное в полной мере относится к центральному институту трудового права – институту трудового договора.

Одним из ученых, которые внесли существенный вклад в научное осмысление аспектов трудового договора, является Л.Ю. Бугров. В силу значительного объема научного наследия Л.Ю. Бугрова, думается, рассмотреть все случаи, когда законодатель прямо или косвенно заимствовал его концепции, можно только в рамках отдельного исследования. Поэтому данная статья представляет собой попытку в самом общем виде обозначить примеры, когда идеи Л.Ю. Бугрова, как часть доктрины трудового права, приобрели статус нормативных предписаний.

Л.Ю. Бугров одним из первых предложил закрепить в Конституции и законе о труде нашей страны принцип гарантированности свободы труда именно в качестве общеправового принципа¹. Некоторое время спустя данный принцип сначала был отражен в Конституции РФ, принятой всенародным голосованием 12 декабря 1993 г.², в результате чего приобрел статус именно общеправового принципа, а затем – в Трудовом кодексе РФ от 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ (далее – ТК РФ)³.

Л.Ю. Бугров одним из первых в отечественной науке трудового права выделил конструкцию приостановления трудового договора как один из этапов его динамики⁴, которая нашла отражение в ТК РФ применительно к временному переводу спортсмена к другому работодателю на срок до одного года (ст. 348.4 ТК РФ).

В 1979 г. Л.Ю. Бугров высказал мнение о том, что необходимость замещения отсутствующего работника должна рассматриваться как самостоятельное основание для его перевода на другую должность, но при этом отметил, что такое временное замещение должно быть вызвано существенными производственными причинами, которые могут вызвать причинение или возникновение угрозы причинения вреда предприятию⁵. В настоящее время ТК РФ в ч. 1 ст. 72.2 ТК РФ предусматривает возможность временного перевода работника на другую работу у этого же работодателя на период до выхода временно отсутствующего работника.

На протяжении долгого периода в науке трудового права неоднократно предлагалось выделить трудовое процессуальное право в качестве самостоятельной отрасли российского права⁶. Более того, в 2002 г. Комитет по труду и социальной политике Государственной думы РФ даже разрабатывал Трудовой процессуальный кодекс РФ⁷, на необходимость принятия которого указывали многие исследователи⁸. Л.Ю. Бугров высказывался против принятия Трудового процессуального кодекса, мотивируя это, в частности, важностью сохранения в существующем виде предмета трудового права⁹.

Во всех кодифицированных актах о труде нашей страны (Кодексы законов о труде РСФСР от 10.12.1918 г.¹⁰, 09.11.1922 г.¹¹, 09.12.1971 г.¹², ТК РФ), а также в Основах законодательства Союза ССР и союзных республик о труде 1970 г.¹³ для определения понятия «трудовой договор» законодатель использовал один родовый термин – «соглашение» и формулировал его дефиницию посредством указания на род и видовые отличия. Однако Л.Ю. Бугров выступил с критикой такого подхода: по его мнению, «договор» сам по себе является родовым понятием¹⁴. Кроме того, Л.Ю. Бугров предложил

свою дефиницию понятия «трудовой договор» – это договор между реализующим свое право на труд физическим лицом и работодателем, в котором данные стороны фиксируют согласованные в процессе переговоров права по поводу труда и корреспондирующие им обязанности (в том числе право физического лица на получение от работодателя определенной работы и на определенную оплату труда, а также право работодателя на управление отношениями по поводу труда и на требование выполнения работы другой стороной лично) и который, имея большую долю публичности, в основном заключается, изменяется, приостанавливается и прекращается строго по правилам, установленным государством, выступающим при этом фактическим участником каждого такого договора¹⁵.

Безусловно, эта дефиниция носит четко выраженный доктринальный характер и вряд ли может быть в таком виде перенесена со страниц научной литературы в текст закона. Вместе с тем она содержит важнейшее предложение о том, что по трудовому договору работодатель приобретает право на управление отношениями по поводу труда, а не работник принимает на себя обязанность соблюдать правила внутреннего трудового распорядка. Шаг на пути проникновения данной идеи Л.Ю. Бугрова в основной закон о труде нашей страны уже был сделан законодателем, когда в соответствии с Федеральным законом от 5 мая 2014 г. № 116-ФЗ¹⁶, который вступил в силу с 1 января 2016 г., дефиниция понятия «трудовой договор» была дополнена таким признаком, как осуществление работником трудовой функции в интересах, под управлением и контролем работодателя.

Представляется, что в современных условиях, когда работник зачастую является высококвалифицированным специалистом, более корректно говорить именно о системе управления работодателем трудовыми отношениями (что в ряде случаев доступно и для работника, в частности, когда работодатель обязан подчиниться требованию работника об установлении неполного рабочего времени), чем о подчинении установленным правилам.

Однако необходимо отметить, что ряд идей Л.Ю. Бугрова еще предстоит воспринять законодателю. Так, нередко Верховный суд РФ в своих актах, в первую очередь в постановлениях Пленума, фактически закрепляет новое правило поведения, которое отсутствует в законодательстве. Отношение к данной тенденции в науке трудового права неоднозначное, однако Л.Ю. Бугров отмечал, что высшие судебные инстанции устанавливают новые правовые конструкции, поэтому выступают источником российского трудового права¹⁷.

Безусловно, ст. 5 ТК РФ в числе источников трудового права не называет судебную практику, тогда как быть с правовой позицией Верховного Суда РФ, который зачастую идет далеко вперед законодателя? Одним из ярких примеров проявления этой тенденции является определение Верховного суда РФ от 20 июня 2016 г. по делу № 18-КГ16-45¹⁸, в котором суд признал за женщиной право в одностороннем порядке аннулировать соглашение о расторжении трудового договора при условии, что в момент подписания данного соглашения она не знала о наличии у нее состояния беременности, что идет в разрез с позицией Верховного суда РФ, указанной в п. 20 Постановления Пленума «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» от 17 марта 2004 г. № 2¹⁹.

Это только небольшая часть примеров, когда доктринальные идеи Л.Ю. Бугрова воспринимались законодателем в качестве вектора развития правовых норм, что подчеркивает масштаб его научного наследия.

¹ Бугров Л.Ю. Проблемы свободы труда в советском трудовом праве: автореф. дисс. ... д.ю.н. М., 1992. С. 17.

² Рос. газета. № 237. 1993. 25 дек.

³ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 1 (ч. 1). ст. 3.

⁴ Бугров Л.Ю. Приостановление трудового договора // Рос. юрид. журнал. 2009. № 1. С. 113; Бугров Л.Ю. Трудовой договор в России и за рубежом. Пермь, 2013. С. 412.

⁵ Бугров Л.Ю. Изменение содержания трудового договора при переводе для замещения отсутствующего работника // Роль договора в регулировании общественных отношений: межвузовский сборник научных трудов / под ред. Э.И. Матвеевой. Пермь, 1979. С. 60–61.

⁶ См. например: *Трудовое* процедурно-процессуальное право под ред. В.Н. Скобелкина. Воронеж, 2002; Гурина Ю.О. Проблемы трудового процессуального права как самостоятельной отрасли российского права: дисс. ... канд. юрид. наук. Барнаул, 2006.

⁷ Лушиников А.М., Лушиникова М.В. Курс трудового права. М., 2009. Т. 1. С. 680.

⁸ См. например: Костян И.А. Индивидуальные трудовые споры и гарантии их разрешения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. С. 8.

⁹ Бугров Л.Ю. Спорные вопросы реализации российскими судами Трудового кодекса Российской Федерации // Проблемы защиты трудовых прав граждан: материалы научно-практической конференции / под ред. А.С. Леонова. М., 2004. С. 63.

¹⁰ Собрание узаконений РСФСР. 1918. № 87–88. ст. 905.

¹¹ Собрание узаконений РСФСР. 1922. № 70. ст. 903.

¹² Ведомости ВС РСФСР. 1971. № 50. ст. 1007.

¹³ Ведомости ВС СССР. 1970. № 29. ст. 265.

¹⁴ Бугров Л.Ю. Соотношение трудового договора с гражданско-правовыми договорами о труде в России и за рубежом // Рос. ежегод. труд. права. 2010. № 6. С. 23.

¹⁵ Бугров Л.Ю. Понятие трудового договора в России и за ее рубежом: прошлое и настоящее // Правовые вопросы регулирования интересов сторон трудового договора (сб. ст.). Ижевск, 2009. С. 6.

¹⁶ Собрание законодательства РФ. 12.05.2014. № 19. ст. 2321.

¹⁷ Бугров Л.Ю. Трудовой договор в России и за рубежом. Пермь, 2013. С. 617.

¹⁸ Справ.-правовая система «Консультант плюс».

¹⁹ Рос. газета. № 72. 2004. 8 апр.

А. Л. Благодир

*Волго-Вятский институт (филиал)
Университета им. О. Е. Кутафина (МГЮА),
г. Киров*

ЗАЩИТНАЯ ФУНКЦИЯ И ЕЕ РОЛЬ В ПРАВЕ СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

В правовой науке, в зависимости от сферы общественных отношений, подпадающих под правовое регулирование, предложено классифицировать функции права на общеправовые, межотраслевые, отраслевые, правовых институтов и норм права.

Проблемам воздействия правовых функций на внутреннее строение трудового права и права социального обеспечения в 2014 г. была посвящена Международная научно-практическая конференция, организованная Университетом имени О.Е. Кутафина (МГЮА)¹. В рамках научных дискуссий рассматривалось влияние общеправовых функций на законодательство и нормы отдельных отраслевых институтов. Однако межотраслевым функциям (защитной, демографической, производственной), их значению при структурировании социально-обеспечительного законодательства и норм отрасли права социального обеспечения не было уделено достаточного внимания, что и побудило автора обратиться к исследованию защитной функции и ее роли при структурировании отраслевых институтов.

История вопроса. Защитная функция в период становления социально-обеспечительного законодательства (20-е гг. XX в.) проявлялась крайне слабо и, по сути, не оказывала воздействия на формирование законодательства в этой сфере. Это было связано с тем, что нормативные акты организационного и процедурного характера² входили в состав административного и гражданского процессуального законодательства.

Так, в административных актах закреплялась возможность привлечения к административной ответственности нанимателей в случае уклонения их от регистрации в страховой кассе и непредставления в органы социального страхования сведений об уплаченных страховых взносах³; а также бесспорного взыскания задолженности по социальному страхованию с правопреемников в случае ликвидации организаций⁴. Споры о назначении пенсий и пособий в порядке социального страхования не были подведомственны судебным органам⁵, поэтому в отдельных актах административного законодательства закреплялся порядок рассмотрения жалоб на отказ в назначении пенсии или неправильное установление размера пособия по временной нетрудоспособности в вышестоящем профсоюзе⁶.

В рамках гражданского судопроизводства рассматривались иски о возмещении вреда от утраты застрахованными трудоспособности и регрессные иски страховых касс к предприятиям, на которых произошло трудовое увечье⁷, поскольку регулирование этих отношений было закреплено в гражданском законодательстве. Судам также были подведомственны дела об установлении юридических фактов о наличии у гражданина трудового стажа, который подтверждался свидетельскими показаниями. Однако после 1925 г. установление юридических фактов было передано в ведение органов социального страхования⁸.

Советское государство с начала 20-х гг. до середины 50-х г. XX в. не ставило перед собой задачи выделить социально-обеспечительное законодательство из массива законодательства, закрепляющего регулирование общественных отношений признанными в тот период отраслями права (административным, трудовым, колхозным, финансовым, гражданским процессуальным правом и др.). К середине 50-х гг. усложнение общественных отношений объективно потребовало от юридической науки расширения круга ранее признанных отраслей права и развития соответствующего законодательства. Пока объем социально-обеспечительных норм был невелик и распространялись они на наименьшую часть советских граждан, оснований для выделения этих норм в предмет самостоятельной отрасли права не было. Однако после XX съезда партии КПСС и принятия Закона о государственных пенсиях 1956 г., Закона о пенсиях и пособиях членам колхозов 1964 г., значительного расширения выплат и услуг из фондов общественного потребления, общественные отношения по социальному обеспечению стали заметной группой реальных общественных отношений. Их количественный рост привел к качественным сдвигам⁹. Результатом теоретического обобщения этого процесса в правовой науке явилось признание в 60-е гг. XX в. права социального обеспечения в качестве самостоятельной отрасли права¹⁰ и обоснование структурного упорядочивания правовых норм в отраслевые институты.

Не отрицая факта регулирования отношений по рассмотрению споров, вытекающих из социально-обеспечительных отношений, нормами различных отраслей права, В. С. Андреев считал, что данные отношения следует включить в предмет права социального обеспечения и определить их место в отраслевой структуре¹¹, поскольку они выражены не только в процессуальной форме, но и являются предпосылкой для реализации прав и обязанностей. Исходя из этого В. С. Андреев¹² в «институт защиты» включил нормы, направленные на регулирование отношений, где стороной, разрешающей спор, выступал орган, наделенный специальными правами, хотя основные его полномочия лежали вне функций рассмотрения споров по социальному обеспечению. Данная идея была поддержана и другими учеными (Р.И. Иванова, В.А. Тарасова)¹³. Признавая возможность возникновения споров на любой стадии реализации гражданами своего права на определенный вид социального обеспечения, выделялись два вида таких споров. Первые были обусловлены нарушением процессуальной формы, предусмотренной нормами права при реализации прав и обязанностей. Вторые возникали при рассмотрении спора о праве на определенный вид социального обеспечения, о размере и т. д.

Ученые в период становления права социального обеспечения в качестве самостоятельной отрасли советского права, рассматривая «институт защиты» одним из структурных элементов отрасли, не ставили перед собой задачи по выявлению роли защитной функции при формировании отраслевых институтов.

Современный взгляд на проблему. С начала 90-х гг. XX в., при переходе Российской Федерации к построению рыночной экономики, кардинально изменилось содержание правовых функций. Под их влиянием законодатель подверг ревизии все советские нормативные акты и принял новые законы, ставшие основой для дальнейшего развития отраслевого законодательства. Конституция РФ 1993 г. гарантировала не только права и свободы, но и обязанности, в том числе со стороны государства по обеспечению способов защиты прав и свобод граждан. Это право на административно-правовые способы защиты (ст. 33); право на судебную защиту (ст. 46); право на получение квалифицированной юридической помощи, в том числе бесплатной (ст. 48); доступ к правосудию (ст. 52); возможность компенсации причиненного ущерба (ст. 53). Таким образом, значительно усилилось воздействие защитной функции на нормы многих отраслей российского права. Положения ст. 46 Конституции РФ о том, что решения и действия (или бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц могут быть обжалованы в суде, послужили основой для включения в социально-обеспечительное законодательство статей, закрепляющих нормы¹⁴ о праве гражданина при возникновении спора, возникающего из социально-обеспечительных правоотношений, непосредственно обращаться в суд. Такой порядок существенно снизил количество обращений граждан в вышестоящий орган с жалобами или спорами на действия соответствующего органа (должностного лица).

Классификация споров о реализации права гражданина на социальное обеспечение, предложенная учеными в период становления отрасли права социального обеспечения, прошла испытание временем и продолжает оставаться актуальной. Защитная функция непосредственно влияет на развитие процедурно-процессуальных отношений. Это проявляется в нормативном закреплении процедуры реализации права граждан на социальное обеспечение; в возможности гражданина, полагающего, что его право на социальное обеспечение нарушено, «обратиться за разрешением спора в административном порядке, а в последующем в суд, или же сразу прибегнуть к средствам судебной защиты»¹⁵.

В праве социального обеспечения присутствуют правовые нормы, регламентирующие отношения между гражданином и органом, рассматривающим жалобы на действия:

- органов и конкретных лиц, правомочных устанавливать факты, имеющие юридическое значение для социального обеспечения¹⁶;
- органов, обязанных содействовать в реализации прав граждан на определенный вид социального обеспечения¹⁷;
- органов, назначающих и выплачивающих виды социального обеспечения¹⁸.

Основное воздействие защитной функции выражено в праввосстановительном (компенсационном) и правоустанавливающем характере (разрешение жалоб и споров), поскольку оно направлено на обеспечение реализации прав участников социально-обеспечительных отношений и принуждение их к выполнению своих обязанностей.

Праввосстановительный (компенсационный) характер защитной функции проявляется в случаях нарушения сторонами социально-обеспечительных отношений своих обязанностей. Так, гражданин может злоупотреблять своим правом на обеспечение: предоставлять ложные сведения; скрывать обстоятельства, от которых зависит размер получаемых им выплат. В свою очередь со стороны органов, предоставляющих обеспечение, встречаются случаи незаконного отказа выплаты обеспечения, снижения его размера либо отказа в предоставлении социальных услуг. Такие случаи, как правило, влекут восстановление нарушенного права.

Правоустанавливающий характер защитной функции ярко выражен в особенностях отношений по разрешению жалоб и споров. Общеизвестно, что право социального обеспечения не закрепляет какой-либо особой процедуры рассмотрения споров. В связи с этим при рассмотрении спора компетентными органами возникают административные отношения, а при его разрешении судом – гражданско-процессуальные. О.В. Ерофеева¹⁹ справедливо отмечает, что сегодня «ведомственная защита» прав граждан в сфере социального обеспечения зачастую неэффективна, поскольку приводит к резкому росту обращений граждан в судебные органы уже после отказа по их жалобам в вышестоящие органы.

Исследуя конституционные гарантии способов защиты социальных прав граждан, С.С. Маслов²⁰ приходит к выводу о необходимости формирования единого правового механизма их защиты. Основу такого механизма могут составить не только нормы о юридической ответственности различных отраслей права (уголовного, административного, гражданского, трудового права и права социального обеспечения), но и специальные нормы о юридической ответственности государственных органов, допускающих нарушения прав граждан в сфере социального обеспечения. Наличие в праве социального обеспечения норм о юридической ответственности позволит не только наиболее эффективно защищать нарушенное право, но и привлекать виновную сторону к имущественной ответственности.

Все сказанное выше позволяет констатировать, что на современном этапе развития отрасли права социального обеспечения не создано объективных предпосылок для формирования особого единого способа защиты нарушенных социально-обеспечительных прав, отличного от того, который установлен Конституцией РФ. А это значит, что защитная функция, оказывая свое воздействие на развитие общественных отношений, не влияет на формирование в структуре отрасли самостоятельного «института защиты». Тем не менее ученые единодушны²¹, что все нормы о правовых способах защиты, используемых гражданами при реализации своего права на социальное обеспечение, следует рассматривать не в рамках отдельного отраслевого правового института, а в качестве сформировавшейся научной концепции права социального обеспечения, необходимой для дальнейших теоретических исследований и использования в учебных целях.

¹ См. об этом: *Функции трудового права и права социального обеспечения в условиях рыночной экономики: материалы X международной научно-практической конференции / сост. М. И. Акатнова, М. Э. Дзарасов. М.: Проспект, 2014. 640 с.*

² *О порядке восстановления пропущенного срока обращения за пенсией: постановление СССР при НКТ РСФСР 28 февраля 1929 г. // Известия НКТ СССР. 1929. № 22-23; О порядке удержания с лиц, получающих пенсии сумм, переплаченных органами соцстраха: циркуляр НКЮ РСФСР № 86 и НКТ РСФСР № 139 от 7 июня 1929 г. // ЕСЮ. 1929. № 24 и др.*

³ *Об административной ответственности нанимателей за нарушение узаконений и распоряжений о труде: постановление НКТ РСФСР 25 июля 1929 г. № 161 // Известия НКТ СССР. 1929. № 32-33.*

⁴ *О взыскании в бесспорном порядке с правопреемников взносов на социальное страхование, накопившихся за время до перехода предприятия к правопреемникам: разъяснение НКЮ РСФСР 26 января 1928 г. № 43. п. 226 //*

Кац Р., Сорокин Н. Социальное страхование: сб. законодательных и директивных материалов. 2-е изд., доп. и перераб. М.: Профиздат. 1936. С. 431–432.

⁵ *О неподсудности* суду споров, касающихся вопросов назначения пенсий и пособий по соцстраху: разъяснение Пленума Верховного суда РСФСР 17 января 1927 г. // Судебная практика. 1927. № 2.

⁶ Пункты 76, 77 Положения о пособиях по временной нетрудоспособности, с изм. и доп., внесенными ВЦСПС 5 ноября 1933 г. См.: Кац Р., Сорокин Н. Социальное страхование. сб. законодательных и директивных материалов. 2-е изд., доп. и перераб. М.: Профиздат. 1936. С. 58.

⁷ *О применении* ст. 413-414 ГК при разрешении споров по искам о возмещении вреда от утраты застрахованными трудоспособности: циркуляр Верховного хсуда РСФСР 18 июня 1924. № 18 // Сб. разъяснений Верховного суда РСФСР, 1935 и др.

⁸ Астрахан Е.И. Развитие законодательства о пенсиях рабочим и служащим. М., 1971. С. 68.

⁹ См. об этом: Андреев В.С. Научные труды. Т. 2. М.: Изд. центр Ун-та им. О. Е. Кутафина (МГЮА), 2013. С. 454–455.

¹⁰ Иванов С.А., Лившиц Р.З., Орловский Ю.П. Советское трудовое право: вопросы теории. М.: Наука. 1978. С. 139-140.

¹¹ Андреев В.С. Указ. соч. С. 482.

¹² Андреев В.С. Социальное обеспечение в СССР (правовые вопросы). М., 1971. С. 19.

¹³ Иванова Р.И., Тарасова В.А. Предмет и метод советского права социального обеспечения. М.: Изд-во МГУ, 1983. С. 112–113.

¹⁴ См. об этом: норма ст. 4.3 Федерального закона «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством» от 29.12.2006 № 255-ФЗ (ред. от 09.03.2016); норма п. 7 ст. 5 Федерального закона «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей» от 29.12.2006 № 256-ФЗ (ред. от 30.12.2015); норма ст. 9 Федерального закона «О государственной социальной помощи» от 17.07.1999 № 178-ФЗ (ред. от 29.12.2015) и др.

¹⁵ Ерофеева О.В. Защита прав граждан на пенсионное обеспечение: монография. М.: Проспект, 2013. С. 75.

¹⁶ См.: нормы в п. 31–33 постановления Правительства РФ «Об утверждении Правил установления степени утраты профессиональной трудоспособности в результате несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний» от 16.10.2000 № 789 (ред. от 25.03.2013) // Собр. Законодательства Рос. Федерации. 2000. № 43, ст.4247.

¹⁷ См.: нормы ст. 9 Федерального закона «О государственной социальной помощи» от 17.07.1999 № 178-ФЗ (ред. от 29.12.2015) // Собр. Законодательства Рос. Федерации. 1999. № 29, ст. 3699.

¹⁸ См.: норма ст. 65 Закона РФ «О пенсионном обеспечении лиц, проходивших военную службу, службу в органах внутренних дел, Государственной противопожарной службе, органах по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, учреждениях и органах уголовно-исполнительной системы, и их семей» от 12.02.1993 № 4468-1 (ред. от 14.01.2016) // Ведомости СНД РФ и ВС РФ, № 9, 04.03.1993. ст.328.

¹⁹ Ерофеева О.В. Указ. соч. С. 74–75.

²⁰ Маслов С.С. Понятие и виды юридической ответственности субъектов правоотношений по социальному обеспечению: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 24, 171–172.

²¹ Ерофеева О. В. Защита прав граждан на пенсионное обеспечение: автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 19–20; Маслов С.С. Понятие и виды юридической ответственности субъектов правоотношений по социальному обеспечению: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 8, 34 и др.

Д. В. Булавина

РАНХиГС при Президенте РФ, Уральский институт управления,

г. Екатеринбург

ИНСТИТУТ ДИСТАНЦИОННЫХ РАБОТНИКОВ В УСЛОВИЯХ ПОСТИНДУСТРИАЛЬНОГО ОБЩЕСТВА

Сегодня человечество находится на достаточно сложном этапе смены двух форм общества – перехода от индустриального (производящего) общества к постиндустриальному, в условиях которого основой развития являются новые технологии и информация, а также увеличение роли человеческого фактора. Происходит изменение в области трудовых ресурсов, приоритетным становится высококвалифицированный умственный труд. В связи с этим появляется необходимость больших вложений в обучение, образование, повышение квалификации и профессиональной переподготовки.

В России интерес к проблемам инноваций возник в связи со сменой приоритетов в управлении страной. В послании Президента Российской Федерации Федеральному Собранию в 2016 г.¹ достаточно большое внимание было уделено именно модернизации экономики и внедрению новых технологий. Данная тенденция, безусловно, отразилась и в трудовом законодательстве как правовой базе, регулирующей основную ресурс любой экономики – человека и его труд, качество и эффективность которого непосредственно влияют на экономический рост.

Важно отметить, что основной задачей трудового законодательства провозглашено создание необходимых правовых условий, при которых можно достичь максимального уровня согласованности сторон трудовых отношений и интересов государства, что свидетельствует о непосредственном изменении трудового законодательства под влиянием экономики (ст. 1 ТК РФ).

В 2008 г. была утверждена Концепция долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 г.², где особое внимание было уделено вопросам совершенствования трудового законодательства, в частности, решению вопросов повышения эффективности рынка труда и создания особых, гибких форм занятости населения, предусматривающих возможность работника выполнять свои трудовые функции вне конкретного рабочего места и регулировать свое расписание самостоятельно, адаптируя его соответствующим образом. Такой подход к повышению эффективности работы сотрудников требует пересмотра таких понятий, как рабочее место и рабочее время.

В дальнейшем Президентом РФ были даны поручения³, которые определили основные направления законодательного регулирования соответствующей сферы по изменению формата трудовых отношений.

В 2013 г. вступил в силу Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 60-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», согласно которому в ТК РФ была введена глава 49.1 «Особенности регулирования труда дистанционных работников»⁴.

Следует отметить, что впервые термин «дистанционный труд» был предложен американцем Джеком Найллом в 1970-х гг. для обозначения дистанционной работы по договору⁵. В то время под данным видом работы подразумевалась деятельность, при которой трудовая функция выполнялась исключительно с помощью средств коммуникации, а именно телефона. Позднее данное понятие расширилось и на сегодняшний день для дистанционного работника средства коммуникации по большей степени являются средством связи с работодателем, чем способом выполнения работы.

Указанные изменения позволили работодателям кардинально поменять схему взаимодействия с работником, его трудоустройство, выполнение им своих трудовых обязанностей, вопросы увольнения и т.д. Выгода работодателя заключалась, во-первых, в снятии с них обязанности и ответственности по предоставлению соответствующего нормативам рабочего места и, как следствие, в экономии на содержании данного рабочего места (аренда помещения, коммунальные услуги, приобретение мебели, техники даже при условии выплаты компенсации за использование работником собственного оборудования и т.д.), во-вторых, в возможности оперативной работы посредством сети Интернет (не только обмен документами в процессе работы, но и заключение трудового договора с использованием усиленных квалифицированных электронных подписей, а также достаточно тесное взаимодействие благодаря современным визуальным возможностям компьютерных технологий).

У работников же появилась возможность самостоятельно регулировать свое рабочее время, что удобно, например, для лиц, занимающихся воспитанием детей дома, или представителей творческих профессий. Помимо этого возможна экономия заработанных средств из-за отсутствия необходимости тратить деньги на проезд до работы.

Однако, несмотря на перспективы внедрения и использования института дистанционных работников, сохраняется большое количество вопросов, требующих решения.

Во-первых, возникает сложность при заполнении табеля рабочего времени. На дистанционных работников, как и на всех лиц, которые заключили трудовой договор, распространяется норма о 40-часовой рабочей неделе. Каким же образом работодатель должен контролировать отработанное время при условии нахождения работника не в помещении работодателя, каким образом фиксировать переработку или невыполнение нормы рабочего времени. Ссылаться в подобных ситуациях лишь на слова работника, как кажется, не является разумным. В связи с этим, некоторые работодатели предполагают предусмотреть в Правилах внутреннего трудового распорядка положение об обязанности дистанционного работника находиться в режиме онлайн в течение рабочего дня организации, хотя при этом теряется одна из главных особенностей дистанционной работы – возможность осуществлять трудовую функцию в удобное для работника время⁶.

Во-вторых, представляется сомнительным отсутствие перечня оснований для расторжения трудового договора с дистанционными работниками. Согласно статье 312.5 ТК РФ трудовой договор с дистанционным работником прекращается по основаниям, предусмотренным трудовым договором, что фактически дает работодателю включить в договор любое основание. По мнению профессора Ю.П. Орловского, «в число таких оснований могут быть, в частности, включены: нарушение сроков выполнения работы, невыполнение или ненадлежащее выполнение трудового задания, несоблюдение сроков и порядка обмена электронными документами»⁷. Представляется, что подобные основания прекращения трудового договора напоминают гражданско-правовой договор подряда. С учетом того факта, что трудовые отношения в большей степени подвержены контролю со стороны государства, чем гражданско-правовые связи, и, все-таки работник в трудовых отношениях является слабой стороной, предоставление столь широких полномочий работодателю видится необоснованным (за исключением некоторых работодателей, например религиозных организаций). Возможно, лучшим вариантом было бы в указанной норме ТК РФ перечислить хотя бы ориентировочно основания для расторжения трудового договора с дистанционным работником, чтобы стороны правоотношения могли понимать, в каком направлении следует двигаться, фиксируя перечень оснований для расторжения трудового договора при оформлении правоотношений.

В-третьих, для работодателей сложной представляется ситуация получения травм дистанционным работником, так как определить, в какое время они были получены, достаточно трудно.

Возникают и другие вопросы, например, о возможности участия дистанционных работников в коллективных переговорах. Как верно отметила К.В. Нуштайкина⁸, право работников на участие в управлении организацией непосредственно или через представительные органы, закрепленное в статье 52 ТК РФ, относится и к дистанционным работникам. Однако на законодательном уровне не предусмотрен порядок участия таких работников в социальном партнерстве. По всей видимости, законодателю необходимо разработать нормы, которые бы регламентировали порядок организации и деятельности общего собрания (конференции) работников, позволяющий лицам, находящимся на дистанционной работе, принимать участие в жизни организации и защищать свои права, тем более что современные технологии позволяют проводить подобные конференции⁹.

В заключение хотелось бы сказать, что внесение в Трудовой кодекс Российской Федерации главы 49.1 «Особенности регулирования труда дистанционных работников» представляется достаточно перспективным в плане повышения эффективности работы рынка труда и развития инновационной экономики, хотя содержание главы требует совершенствования.

¹ *Послание* Президента РФ Федеральному Собранию от 03.12.2015 // Рос. газета. 2015. № 275. 4 дек.

² *Распоряжение* Правительства РФ от 17 ноября 2008 г. N 1662-р // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2008. № 47, ст. 5489.

³ См. поручения Президента Российской Федерации от 14 марта 2011 г. № Пр-634. URL: <http://www.kremlin.ru/acts/assignments/orders/10607> (дата обращения: 29.06.2016 г.).

⁴ *О внесении* изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации: Федер. закон от 5 апр. 2013 г. № 60-ФЗ // Рос. газета. 2013. 10 апр.

⁵ См.: *Трудовое и гражданское право в регулировании дистанционной работы* // <http://hr-portal.ru/article/trudovoe-i-grazhdanskoe-pravo-v-regulirovanii-distancionnoy-raboty> (дата обращения 29.06.2016 года).

⁶ См.: *Особенности* правового регулирования труда отдельных категорий работников: учеб. пособие / под ред. Ю.П. Орловского. М.: КОНТРАКТ, 2014. С. 200.

⁷ Там же. С. 201.

⁸ См.: *Нуштайкина К.В.* Реализация права работников на социальное партнерство в условиях дистанционного труда // *Вестник Пермского Университета. Юридические науки.* 2013. № 3. С. 152–156.

⁹ *Васильева Ю.В., Шуралева С.В.* Содержание трудового договора о дистанционной работе: теоретические аспекты // *Вестник Пермского университета. Юридические науки.* 2015. № 2. С. 88–97.

Ю. В. Васильева

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

С. В. Шуралева

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ДИСТАНЦИОННОМ ТРУДЕ (АНАЛИЗ РАЗЪЯСНЕНИЙ ФЕДЕРАЛЬНЫХ ОРГАНОВ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ)*

1. Правовое регулирование дистанционной работы как одной из форм нетипичной занятости требует нестандартных решений. Одно из них заключается в расширении договорной свободы. Как убедительно доказывает С.Ю. Головина, в главе 49.1 «Особенности регулирования труда дистанционных работников» в Трудовом кодексе Российской Федерации (далее – ТК РФ) «превалирует частноправовой подход к установлению прав и обязанностей сторон»¹. Однако данный подход, по видимому, не решает автоматически всех проблем. Дистанционная работа – новый для нашей правовой системы феномен. Общественные отношения в этой сфере только начинают «настраиваться». Поэтому не удивительно, что в условиях законодательной «недосказанности» при возникновении сложных практических ситуаций правоприменители ищут «точки опоры», которыми становятся судебные решения, правовая доктрина, а также позиции компетентных федеральных органов исполнительной власти. Применительно к сфере трудовых отношений это, прежде всего, Министерство труда и социальной защиты Российской Федерации (далее – Минтруд), а также Федеральная служба по труду и занятости (далее – Роструд). Косвенно отдельные трудовые вопросы дистанционной работы в контексте исчисления и уплаты налогов затрагиваются в документах по линии Министерства финансов Российской Федерации (далее – Минфин) и Федеральной налоговой службы России.

2. По нашему мнению, письма федеральных органов исполнительной власти (далее – ФОИВ), содержащие разъяснения законодательства, можно отнести к актам официального неаутентичного толкования, поскольку разъяснение, а также работа по информированию и консультированию, осуществляется рассматриваемыми органами исполнительной власти в рамках их компетенции². Очевидно, что правовыми позициями ФОИВ в целях формирования единообразной практики руководствуются в своей деятельности нижестоящие или подведомственные органы государственной власти. Вместе с тем, из законодательства и иных нормативных правовых актов не вытекает обязательность указанных разъяснений для неопределенного круга лиц. Роль подобных разъяснений ФОИВ видится, прежде всего, в том, чтобы помочь гражданам и организациям уяснить содержание правовых норм и сформировать собственную правовую позицию. Разъяснения Минтруда представляют особый интерес потому, что данный орган оказывает непосредственное влияние на формирование трудового законодательства и подзаконных нормативных актов в сфере труда, в том числе, в сфере дистанционной работы.

3. В качестве примеров рассмотрим письмо Минтруда от 07.08.2015 № 17-3/В-410 о заключении трудового договора о дистанционной работе с иностранными работниками, а также письмо Роструда от 07.10.2013 № ПГ/8960-6-1 «Об определении рабочего места».

В письме Минтруда со ссылками на ст. 13, 312.3 ТК РФ обосновывается тезис о том, что обеспечение работодателем безопасных условий труда для дистанционных работников, трудящихся за пределами Российской Федерации, не представляется возможным, следовательно, ТК РФ не предусматривает возможность заключения трудового договора о дистанционной работе с иностранным гражданином, осуществляющим трудовую деятельность за пределами России. Полагаем, сотрудничество с такими иностранными гражданами следует осуществлять в рамках гражданско-правового договора.

Данная точка зрения представляется не бесспорной. Из письма следует, что основной аргумент – невозможность для работодателя обеспечить безопасные условия и охрану труда дистанционных работников в другой стране. При этом не принимается во внимание, что обязанности работодателя по обеспечению безопасных условий и охраны труда дистанционных работников в принципе ограниче-

© Васильева Ю. В., Шуралева С. В., 2016

* Статья подготовлена при поддержке РГНФ, проект № 14-03-00318.

ны (абз. 17 ч. 2 ст. 212, абз. 20 ч. 2 ст. 212, ст. 312.3, абз. 21 ч. 2 ст. 212 ТК РФ). Следуя предложенной логике, российские работодатели не должны заключать трудовые договоры о дистанционной работе и с гражданами РФ, проживающими за рубежом. Ведь российскому работодателю точно так же сложно обеспечить им безопасные условия труда на территории другого государства.

Однако в этой ситуации, по мнению должностных лиц Минтруда, для российских граждан вне зависимости от их местонахождения никаких ограничений не предусмотрено и россиянина, проживающего за границей, трудоустроить дистанционно можно. Привлечение иностранцев к работе, в соответствии с позицией Минтруда, осуществляется только при пересечении ими границы и получении разрешительных документов на работу, поэтому дистанционный порядок оформления трудовых отношений с иностранцем, находящимся в другом государстве, не предусмотрен³.

На наш взгляд, поскольку главы 49.1, 50.1 ТК РФ не содержат норм, ограничивающих привлечение к дистанционному труду иностранцев и лиц без гражданства, такое толкование закона является ограничительным и значительно снижает преимущества дистанционной работы.

Во втором из указанных документов – письме Роструда «Об определении рабочего места» со ссылкой на ч. 1 ст. 57 ТК РФ говорится о том, что договор о дистанционной работе должен содержать сведения о месте работы, в котором дистанционный работник непосредственно исполняет обязанности, возложенные на него трудовым договором.

Думается, одной из важных особенностей трудового договора о дистанционной работе является выполнение работником работы вне места нахождения работодателя. Фактически место применения труда дистанционного работника может оказаться любым, включая работу на дому. Так, в письме Минфина от 01.08.2013 № 03-03-06/30978, указано: из определения дистанционной работы в ст. 312.1 ТК РФ следует, что для работника местом постоянной работы является место его нахождения.

Полагаем, что условие о месте работы для трудового договора о дистанционной работе утрачивает свое конститутивное значение в связи с невозможностью (и отсутствием особой надобности) для работодателя контролировать фактическое место осуществления дистанционной работы, а также с учетом взаимодействия дистанционного работника и его работодателя через информационно-коммуникационную сеть Интернет⁴. Вместе с тем, место работы должно быть обозначено в трудовом договоре с дистанционным работником в ряде случаев, например:

- если работник фактически осуществляет трудовую деятельность в территориях с установленными районными коэффициентами, в частности, в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностях (для получения льгот, гарантий и компенсаций в соответствии с трудовым законодательством, а также в целях установления размера пособий по социальному страхованию с учетом районных коэффициентов);
- если выполнение трудовой функции дистанционного работника будет связано с необходимостью командирования (в том числе, к месту нахождения организации-работодателя)⁵;
- в целях сохранения права на пособие по уходу за ребенком до 1,5 лет в трудовом договоре о дистанционной работе необходимо конкретизировать место выполнения трудовой функции (на дому) и согласовать режим рабочего времени и времени отдыха работника.

¹ Головина С.Ю. Усиление частноправовых начал в трудовом праве России // Актуальные проблемы частного права: сборник статей к юбилею Павла Владимировича Крашенинникова: Москва - Екатеринбург, 21 июня 2014 г. / В.В. Витрянский, С.Ю. Головина, Б.М. Гонгалло и др.; отв. ред. Б.М. Гонгалло, В.С. Ем. М.: Статут, 2014. [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 23.08.2015).

² См. Смирнов А.В., Манукян А.Г. Толкование норм права. М.: Проспект, 2008. С. 19-20.

³ Голова И. Вне зоны офиса / Рос. газета [электронный ресурс]. URL:<http://www.rg.ru/2013/04/30/maslova.html> (дата обращения: 22.03.2016).

⁴ Васильева Ю.В., Шуралева С.В. Содержание трудового договора о дистанционной работе: теоретические аспекты // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2015. № 2. С. 91.

⁵ В соответствии с письмом Минфина от 01.08.2013 № 03-03-06/30978 в случае направления работодателем своего работника, выполняющего работу дистанционно, в командировку вне места его постоянной работы, указанного в трудовом договоре, к суммам возмещения командировочных расходов применяются нормы п. 3. ст. 217 НК РФ.

АЛЬТЕРНАТИВНЫЙ ПОДХОД К ПОНЯТИЮ ПЕРЕРЫВОВ В ТРУДОВОМ ПРАВЕ

Трудовым кодексом Российской Федерации¹ (далее – ТК РФ) закрепляются права и обязанности работников и работодателей. Исходя из его норм работник имеет право не только на предоставление работы по обусловленной трудовой функции в условиях, отвечающих требованиям безопасности и гигиены, но и на перерывы в работе.

ТК РФ под перерывами понимает только время отдыха в течение рабочего дня (смены): перерыв для отдыха и питания, специальный перерыв для обогрева и отдыха, перерыв для кормления ребенка. Такой подход сложился исторически и длительное время законодателем не пересматривался.

Перерыв для отдыха и питания, специальный перерыв для обогрева и отдыха включены в институт времени отдыха и предоставляются для восстановления работоспособности работника. Перерыв для кормления ребенка относится к особенностям регулирования труда особой категории работников – лиц с семейными обязанностями – и по своей правовой природе в связи со сказанным имеет социальный характер.

Понятие «перерыв» можно истолковать как прекращение какого-либо действия или же промежутков времени, на который прекращается действие, течение, развитие чего-либо². Следовательно, под перерывом в трудовом праве можно понимать промежуток времени, в течение которого трудовая деятельность работника приостанавливается.

В этот период работник свободен от выполнения своей трудовой функции, хотя может быть не полностью освобожден от выполнения иных (нефункциональных) трудовых обязанностей. Однако в таком значении термина под понятие «перерыв» или «перерыв в работе» подпадает значительное число конструкций трудового законодательства: ежедневный (междусменный) отдых, все виды отпусков, привлечение работника к исполнению государственных и общественных обязанностей и т.д. Получается, что значение понятия «перерыв» шире, чем то значение, которое законодатель обозначает термином «перерыв».

По мнению автора, все перерывы, предоставляемые работнику в трудовых отношениях (в их широком понимании), можно назвать перерывами в работе и разделить их, соответственно, на три группы: трудовые, социальные и экономические.

Трудовые перерывы связаны с временем отдыха. Это перерывы в течение рабочего дня, ежедневный (междусменный) отдых, выходные дни и отпуска. Такие перерывы объединены одной общей целью – восстановить способность работника трудиться и позволить ему сохранить высокую производительность труда. В противном случае отсутствие трудовых перерывов приведет к снижению концентрации внимания и работоспособности, и, как следствие, – к возможным несчастным случаям и различным заболеваниям. Поэтому у работодателя существует обязанность – не привлекать в трудовые перерывы работника к выполнению его трудовой функции, а у работника возникает соответствующая корреспондирующая обязанность эту самую трудовую функцию не выполнять.

Логично предположить, что на весь период времени таких перерывов в работе должны распространяться нормы о дисциплине труда, так как если работник использовал перерыв не для отдыха, не по его целевому назначению, то восстановления рабочих сил у него не произойдет, вследствие чего либо упадет его работоспособность, либо увеличится концентрация внимания и проявятся признаки стресса от перенапряжения, либо работник будет восполнять утрату своей работоспособности за счет рабочего времени. Поэтому в трудовые перерывы работник обязан отдыхать, за исключением того времени, которое законодатель нормировал для заключения дополнительных трудовых договоров (это конструкции сверхурочной работы или совместительства, в структуре времени которых также имеются самостоятельные нормы трудовых перерывов).

Социальные перерывы связаны со статусом работника как человека и гражданина (с большим акцентом на первый). Они не зависят от физической усталости работника и не имеют прямого отношения к поддержанию работоспособности работника. В группу социальных перерывов включаются: перерыв для кормления ребенка до полутора лет, период временной нетрудоспособности работника,

привлечение работника к исполнению государственных и общественных обязанностей, специальные отпуска, а также нерабочие праздничные дни.

Использование социальных перерывов, в отличие от трудовых, зависит от желания работника, хотя работодатель и обязан предоставлять такие перерывы вне зависимости от своего желания. В них в полной мере проявляется конструкция социальной льготы. Например, по заявлению женщины перерывы для кормления ребенка присоединяются к перерыву для отдыха и питания либо в суммированном виде переносятся как на начало, так и на конец рабочего дня (рабочей смены) с соответствующим его сокращением (ст. 258 ТК РФ).

Социальные перерывы предназначены для реализации социальных прав работника и тяготеют больше к конституционному праву, нежели к трудовому. Именно в связи с этим обстоятельством работодатель оплачивать данный вид перерывов в работе, как правило, не обязан. Те исключения из общего правила, которые имеют место в нормах трудового законодательства (например, перерывы для кормления ребенка), автор расценивает как законодательный дефект, имеющий под собой историческое объяснение.

Третья группа перерывов ни с социальным статусом работника, ни с восстановлением его работоспособности не связана. Это так называемые экономические (технологически обусловленные) перерывы.

Отстранение от работы, приостановление работы работником в рамках самозащиты своих прав, простой, забастовка, временный перевод спортсмена к другому работодателю и временное направление работников к другим физическим или юридическим лицам по договору о предоставлении труда работникам (персоналу) связаны исключительно с хозяйственной (экономической) ситуацией конкретного работодателя.

Интерес в третьей группе перерывов вызывает то, что их связывают с приостановлением трудового договора и, соответственно, трудовых правоотношений. О конструкции приостановления трудового договора в связи с легальным ее закреплением стало возможным аргументированно говорить после принятия Федерального закона от 28.02.2008 № 13-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации»³, которым в ТК РФ была введена гл. 54.1 «Особенности регулирования труда спортсменов и тренеров». Так, согласно ст. 348.4 ТК РФ на период временного перевода спортсмена к другому работодателю, в случаях когда работодатель не имеет возможности обеспечить участие спортсмена в спортивных соревнованиях, действие первоначально заключенного договора приостанавливается на срок, не превышающий одного года.

Однако ст. 348.4 ТК РФ определяет приостановление трудовых отношений слишком широко. Если признать верным такое определение, то получится, что при отстранении от работы работник не будет связан никакими обязательствами и может в том числе распространять информацию, составляющую коммерческую тайну работодателя, не боясь быть привлеченным к ответственности. Профессор Л.Ю. Бугров, занимаясь этой проблематикой, верно отмечал, что «юридическая природа трудового договора, а тем более трудовых отношений, такова, что их полное (абсолютное) приостановление невозможно. Определенные права и обязанности сторон, прямо предусмотренные трудовым договором или вытекающие из факта его заключения, всегда будут действующими, если нет прекращения трудового договора»⁴.

Главными «составляющими» трудовых отношений являются право работника на получение работы по способности и обязанность ее выполнять, а также встречная обязанность работодателя предоставить такую работу и право требовать ее надлежащего исполнения: без них трудовые правоотношения как таковые не смогли бы появиться вообще. По своей сути это отношения рамочного типа. Для остальных же составляющих трудовых правоотношений – по вопросам оплаты труда, предоставления отпуска, привлечения к дисциплинарной ответственности, возмещения вреда – необходимы дополнительные юридические факты, обеспечивающие динамику данных институтов и нормативных конструкций. В связи с этим приостановление трудового договора можно определить как временное приостановление обязанности работодателя обеспечивать работника работой (как входящей в трудовую функцию работника, так и любой другой) ввиду причин, указанных в законодательстве, – по своей инициативе, или по инициативе работника, или по инициативе третьих лиц. При этом у работодателя сохраняется обязанность перед работником – вернуть его рабочее место при устранении условий, послуживших основанием для приостановления трудового договора, иначе имеет место не приостановление, а расторжение трудового договора.

Если сопоставить предложенные определения перерывов в трудовом праве и приостановления трудового договора, то можно сделать радикальный вывод, что первые всегда приводят ко второму. Но данный вывод, видимо, потребует переосмысления сложившейся к настоящему времени теории

трудового правоотношения и поэтому вряд ли будет воспринят бесспорно. В связи с этим к приостановлению трудового договора автор предлагает отнести только две группы перерывов: экономические и социальные, так как они могут быть продолжительными во времени, а в отдельных случаях – ненормированными по причине избранного законодателем подхода.

Предложенная классификация перерывов в работе позволит также глубже уяснить различия в правовой природе указанных нормативных моделей и усовершенствовать по необходимости соответствующие нормы трудового законодательства.

¹ Трудовой кодекс РФ от 30.12.2001 г. № 197-ФЗ // Собр. Законодательства Рос. Федерации. 2002. № 1 (Ч.1), ст. 3 (в ред. ФЗ от 13.07.2015 г. № 242-ФЗ; Собр. законодательства Рос. Федерации. 2015. № 29 (Часть 1), ст. 4368).

² Большой академический словарь русского языка. Т.16. Перевалец–Пламя. М., СПб.: Наука, 2011. С. 319.

³ О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации: Федер. закон от 28 фев. 2008 г. № 13-ФЗ // СЗ РФ. 2008. № 9. ст. 812.

⁴ Бугров Л.Ю. Приостановление трудового договора // Рос. юрид. журн. 2009. № 1. С. 121.

Н. И. Гонцов

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

РЕГИОНАЛЬНОЕ СОГЛАШЕНИЕ О МИНИМАЛЬНОЙ ЗАРАБОТНОЙ ПЛАТЕ В СУБЪЕКТЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: АНАЛИЗ НЕКОТОРЫХ ВОПРОСОВ

В соответствии с трудовым законодательством Российской Федерации минимальная заработная плата находится в зависимости от величины прожиточного минимума трудоспособного населения и не может быть ниже этого показателя. Прожиточный минимум устанавливается на федеральном, а также на региональном уровне в каждом субъекте РФ. В пределах Российской Федерации в целом минимальная заработная плата регулируется федеральным законом и не может быть ниже величины указанного прожиточного минимума (ст. 133 ТК РФ). Но, как известно, федеральный МРОТ пока не соответствует данному критерию и порядок повышения минимальной заработной платы до прожиточного минимума регламентируется ст. 421 ТК РФ.

Субъекты РФ имеют право определять минимальную заработную плату на своей территории, также увязывая ее с величиной прожиточного минимума трудоспособного населения данного субъекта. Это вправе делать трехсторонние комиссии по регулированию социально-трудовых отношений соответствующего субъекта РФ, заключая региональные соглашения о минимальной заработной плате (ст. 133¹ ТК РФ). В большинстве субъектов такие акты приняты. Основной вопрос – размер данной выплаты решается в них по-разному. Во многих соглашениях указывается твердая денежная сумма минимальной заработной платы либо используются формулировки «в размере прожиточного минимума» или «не ниже прожиточного минимума для трудоспособного населения». В данной работе остановлюсь на анализе «Соглашения о минимальной заработной плате в Пермском крае на 2014–2016 гг. от 27 декабря 2013 г. № СЭД-01-108-169» и проекте соответствующего Соглашения на 2017–2019 гг.

В Соглашении на 2014-2016 годы в п.1 минимальная заработная плата определена в размере «...не ниже величины прожиточного минимума трудоспособного населения Пермского края». При подготовке Соглашения на 2017–2019 гг. поступило предложение установить указанную выплату «...на уровне величины прожиточного минимума...». Это положение иногда звучит следующим образом: «в размере прожиточного минимума». Сочетание «прожиточный минимум» как общий критерий определения минимальной заработной платы включается во все формулировки, но их содержание может раскрываться по-разному. При буквальном толковании формулы «на уровне либо в размере прожиточного минимума» можно сделать вывод, что устанавливать минимальную заработную плату выше прожиточного минимума нельзя (конечно, нельзя и ниже). Иначе говоря, получается им-

перативное правило, которое ограничивает возможности конкретного работодателя определять данную зарплату в более высоком порядке (если, конечно, у него есть для этого финансовые средства и желание). И, безусловно, такая норма не отвечает интересам работников. Поэтому приоритет в данном случае необходимо отдать формулировкам такого рода: «минимальная заработная плата устанавливается не ниже величины прожиточного минимума» либо «минимальная заработная плата устанавливается на уровне величины прожиточного минимума либо в более высоких размерах». Из этих положений следует, что прожиточный минимум в субъекте федерации – это минимальный и обязательный уровень заработной платы, но он может быть и выше. Можно использовать и формулировку «минимальная заработная плата устанавливается в размере прожиточного минимума», дополнив ее пунктом примерно следующего содержания: «указанный размер минимальной заработной платы не ограничивает право конкретного работодателя определить ее в более высоких пределах».

Далее необходимо остановиться на вопросе о том, какова юридическая природа региональных соглашений о минимальной заработной плате, являются ли они разновидностью социально-партнерских отношений, либо это что-то иное.

Есть мнение, что соглашение о минимальной заработной плате в субъекте федерации не относится к соглашениям партнерского типа, входящим в разряд «иных соглашений», предусмотренных ч.10 ст. 48 ТК РФ. Если согласиться с этой позицией, то возникают вопросы о том, как квалифицировать этот акт, кто вправе его принимать, какие он порождает юридические последствия и т.п. Ответы в данном случае дать сложно или невозможно.

При анализе соглашений о минимальной заработной плате следует подчеркнуть, что ст. 45 ТК РФ дает исчерпывающий перечень видов социально-партнерских соглашений, относя к ним и «иные соглашения».

Под иными соглашениями закон (ст. 45 ТК РФ) понимает соглашения, которые могут заключаться сторонами на любом уровне социального партнерства по отдельным направлениям регулирования социально-трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений. В этом понятии определены стороны, уровни и содержание иных соглашений. По всем этим признакам соглашение о минимальной заработной плате необходимо отнести к иным соглашениям, т.к. оно заключается: уполномоченными представителями исполнительной власти, профсоюзов и работодателей субъекта РФ (это стороны социально-партнерских отношений); на уровне субъекта РФ (это один из уровней партнерства); по вопросам минимальной заработной платы, что относится к социально-трудовым отношениям. Поэтому региональные соглашения о минимальной заработной плате – это разновидность иных соглашений, относящихся к социально-партнерским отношениям в целом (ст. 45 ТК РФ).

Еще одна проблема, требующая обсуждения, – это вопросы о присоединении к соглашению, а также о возможности временного приостановления его действия.

Порядок присоединения к соглашению работодателей, не участвовавших в его подписании, достаточно подробно регламентирован в ст. 133¹ ТК РФ, которая часто воспроизводится в этих актах.

Закон устанавливает еще одну важную процедуру, связанную с социально-партнерскими соглашениями в целом, – это возможность временного приостановления действия отдельных положений того или иного соглашения в отношении конкретного работодателя вследствие причин экономического, технологического и организационного характера. Подобное решение принимают стороны соглашения. Это правило закреплено в ч. 7 ст. 48 ТК РФ и введено законом от 24 ноября 2014 г. № 358-ФЗ.

Данная норма распространяется на соглашения, предусмотренные ст. 45 ТК РФ; из этого иногда делается вывод о том, что она действует и в отношении региональных соглашений о минимальной заработной плате, в связи с чем при разработке проекта Соглашения в Пермском крае на 2017–2019 гг. было предложено включить в него это правило.

Указанное мнение следует считать ошибочным по следующим основаниям. Как отмечено, правило о приостановлении действия соглашений устанавливает общую норму (ч.7 ст. 48 ТК РФ). По поводу соглашений о минимальной заработной плате сделаны исключения и установлены особые правила, закрепленные в ст. 133¹ ТК РФ, которая не содержит положений о приостановлении действия указанного соглашения. Это специальные правила, касающиеся конкретного соглашения. То есть в данном случае наблюдается коллизия между общими и специальными нормами и согласно юридической логике приоритет отдается специальным нормам, следовательно, соглашения о минимальной заработной плате не могут приостанавливаться и подобные положения нельзя в них фиксировать. Если это допустить, то будет нарушено одно из фундаментальных требований трудового права, запрещающее включать в договорные акты условия, ограничивающие или снижающие уровень гарантий работников по сравнению с трудовым законодательством, – ст. 9 ТК РФ.

В связи с этим необходимо отметить и то, что ст. 133¹ ТК РФ по вопросам действия соглашений о минимальной заработной плате в субъекте РФ во многом воспроизводит соответствующие положения ст. 48 ТК РФ. Упомянутый закон от 24 ноября 2014 г. № 358-ФЗ, установивший правило о приостановлении соглашений, не коснулся ст. 133¹ ТК РФ, что является лишним подтверждением того, что данная процедура не распространяется на соглашения о минимальной заработной плате в субъекте РФ.

И еще одно уточнение. В ст. 48 ТК РФ речь идет о приостановлении действия *отдельных положений соглашений* (подчеркнуто мною – Н. Г.). Если предположить, что это правило применимо и к соглашениям о минимальной заработной плате, то данная процедура коснется прежде всего размера зарплаты. И если это будет сделано, то прекратит функционировать соглашение в целом, а не его отдельные положения.

Таковы некоторые соображения по поводу региональных соглашений о минимальной заработной плате. Они носят дискуссионный характер и требуют дальнейшего обсуждения.

М. А. Драчук

*Омский государственный университет им. Ф. М. Достоевского,
г. Омск*

ТРУДОВЫЕ И ГРАЖДАНСКИЕ ДОГОВОРЫ В СФЕРЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ЛИЧНОГО ТРУДА: СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ

Юридическая наука уделяет довольно много внимания теоретическому обоснованию разграничения форм труда, особенно в части выделения значимых признаков трудового и гражданско-правового договоров. Однако следует отметить, что учеными в основном анализируются не причины дифференциации договорных моделей в сфере занятости, а следствие этого – их формально-юридическая регламентация.

Так, учеными указывается на различное по своим принципам правовое регулирование трудовых и прочих отношений, на трудовую деятельность работников как на процесс, а не средство получения результата, на подчинение работников правилам внутреннего трудового распорядка (хотя шире – это в целом подчинение управленческой власти работодателя), на выбор работником деятельности, максимально застрахованной государством от социальных рисков. Выделяются такие признаки трудовых отношений, как их стабильность и устойчивость, невозможность привлечения работником других лиц к выполнению порученной ему работы, акцент на процессе, а не результате труда, иждивение работодателя, в том числе обеспечение им условий труда работника (требований охраны труда, санитарии и т. п.), зачисление работника в штат по определенной должности, профессии (тогда как в гражданских отношениях специальность, профессия, квалификация исполнителя особого значения не имеют), предоставление работником работодателю особого договорного предмета – личного времени и т. д.

Следует подчеркнуть, что перечисленные признаки – это не особенности трудового договора, а следствие применения к данной нормативной конструкции относящейся к нему специфики формы труда. Исходя из всего вышесказанного, отметим, что наихудший способ определения статуса лица как наемного работника – это попытка формального разграничения содержания нормативных моделей трудового и гражданского права, поскольку особенности формы труда в них лишь отражаются, а по своей договорной сути трудовой договор может и должен быть воспринят как особый вид служебной корпоративной сделки в широком значении последнего понятия (от слова «сделать»).

Отдельные ученые, в том числе основываясь на зарубежной юридической практике, отмечают, что трудовой договор – это не урегулированная, но допускаемая частным правом разновидность договора простого товарищества (договора о совместной деятельности) с элементами аренды и возмездного оказания услуг и модифицированной до степени сущностных особенностей публично-частной природой.

Следует не забывать и о том, что свойство быть носителем способности к труду присуще и субъектам, которых для целей вовлечения в служебную или предпринимательскую деятельность гражданское законодательство относит к недееспособным и неразумным. Труд подобного лица, если

он имеет место, может быть охарактеризован только как несамостоятельный и по презумпции трудового договора (ч. 4 ст. 11, ч. 3 ст. 19.1 ТК РФ) должен порождать у лица статус наемного работника.

Суды, дополнительно к анализу свободы в выборе формы найма, из объективных критериев отграничения трудового договора от договоров гражданско-правового характера чаще всего используют включение лица в основную экономическую (уставную) деятельность работодателя и совпадение функций штатных работников и лица по договору ГПХ.

По ряду дел в Омской области для разграничения трудовых договоров с договорами ГПХ использовались такие критерии, как наличие статуса предпринимателя в период заключения спорного договора, наличие юридического и иного высшего гуманитарного образования. Хотя есть и исключения из этого правила.

По мнению автора, для квалификации отношений как собственно трудовых (с учетом ч. 4 ст. 11 ТК РФ и ст. 19.1 ТК РФ) имеет принципиальное значение такое свойство труда, как его неотделимость от человека: на личный труд физических лиц, предполагающий использование их деловых качеств, распространяется презумпция трудового договора. В продолжение этой мысли и с учетом правовой позиции Конституционного суда Российской Федерации, о которой речь пойдет далее, следует подробно исследовать и верно оценивать субъективное отношение нанимающегося лица к целям, условиям и результатам своей деятельности.

Так, в гражданских сделках лицо желает извлечения ничем не ограниченной по размеру имущественной выгоды, а потому такой человек готов нести правовые, экономические, политические и прочие риски, вступать в соглашения о совместной деятельности, менять сферу приложения своих способностей, то есть принимать самостоятельные управленческие решения. В трудовых отношениях несамостоятельного труда гражданин осознанно желает минимизировать риски имущественных потерь и переложить на кого-либо ответственность за принятие управленческих решений по вопросам организации совместной деятельности, из чего логически вытекает готовность отдать часть стоимости своего труда за профессиональное управление этим трудом. Поэтому у несамостоятельного работника есть верхний предел имущественной выгоды от своей деятельности – не юридический, но объективный.

Также к числу безусловных ограничений, не позволяющих в отдельных случаях заключать на усмотрение сторон гражданский либо трудовой договор, относятся виды деятельности, для допуска в которые требуется специальное разрешение и / или лицензия – они должны быть либо у работодателя как организатора труда, либо у исполнителя по договору гражданско-правового характера. Именно в силу сказанного в Российской Федерации в настоящее время активно разрабатываются, принимаются и предлагаются к использованию профессиональные стандарты для отдельных категорий работников в целях исключения неквалифицированного труда в особо значимых видах экономической деятельности.

Законно носитель свойств экономически ценной деятельности вне специальной организационно-правовой формы на российском рынке труда может совершать только разовые действия, не влекущие постоянной занятости. Как следствие, оценку различий в формах труда и последствиях ее выбора может дать только человек, имеющий определенные личностные характеристики.

Гражданское законодательство называет такого человека разумным, дееспособным, обладающим автономией воли без какого-либо ее порока, интересами и самостоятельностью. Именно с этих позиций обращает внимание на право физического лица свободно осуществить выбор формы приложения своей способности к труду Конституционный суд Российской Федерации¹.

При этом возможность выбора формы труда у гражданина, чей труд в принципе может быть самостоятельным, должна иметься не только как осознанная, но и как допускаемая законодательством, что в современном понимании ст. 19.1 ТК РФ практически исключает любой гражданско-правовой договор о труде систематического характера.

В силу того, что систематичность является признаком предпринимательской деятельности, заменить договором ГПХ постоянно требующуюся в деятельности организации или предпринимателя функцию можно именно по соглашению с субъектом гражданского права (другой организацией, предпринимателем или приравненными к ним лицами). Также имеет значение вид условий труда – они должны быть нормальными, так как опасные условия работы при самоорганизации труда требуют от нанимателя доказательств его добросовестности в том, что нанимающееся лицо имело подтвержденные навыки охраны своего труда и осознавало риски данного вида деятельности.

В указанных выше пределах гражданско-правовой договор о труде может иметь место, если он касается разового поручения и в нем очевидно проявляется понимание целей его заключения и выгоды от именно такого его содержания, ведь «применительно к договору свобода означает возможность сделать добровольное и осознанное волеизъявление, адекватно отражающее внутреннюю волю субъ-

екта, обусловленную его потребностями, мотивами»². Например, если гражданин осознанно отказывается от гарантий ТК РФ в пользу договора гражданско-правового характера, он должен точно решить для себя, почему ему не нужно предусмотренное для работников социальное страхование. Также, по мнению автора, в перспективе в сфере профессиональных стандартов действие ГПХ будет исключено.

Следует заметить, что при осознанном уклонении от оформления трудового договора и выборе гражданско-правовой модели найма со стороны самого работника суд не всегда должен стоять на защите его права, поскольку этим правом лицо очевидно злоупотребило, проявив нехарактерную для работника самостоятельность в получении какой-то личной выгоды от оформления нетипичного договора. Не исключено, что работник предполагает дальнейшее оспаривание такого договора с присуждением всех причитающихся прав и гарантий после получения сиюминутного необходимого нанимающемуся на работу результата. Разумность, вменяемость и активность – это признаки субъекта одновременно как трудового, так и гражданского права, свободно выбирающего между формами труда место и условия приложения своих деловых качеств.

Имеет значение и тот факт, что у предпринимателя для начала гражданских отношений обязательного наличия какой-либо квалификации, равно как и имущественной самостоятельности, законодатель не предусмотрел, так же как и для работника, узрев рыночную ценность в самом наличии у лица его способности к труду и соответствующих экономическим законам рынка деловых качеств. Следовательно, признак субъективной самостоятельности лица в XXI веке уже гораздо более значим, чем признак наличия или отсутствия на стадии заключения договора своего капитала, предприятия или технологии.

¹ *Определение Конституционного Суда РФ от 19.05.2009 № 597-О-О // Экономика и жизнь. 2009. № 38.*

² *Кратенко М.В. Злоупотребление свободой договора: частноправовые и публично-правовые аспекты: монография. М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 5–6.*

Л. В. Зайцева

*Институт государства и права Тюменского государственного университета,
г. Тюмень*

ОТГРАНИЧЕНИЕ ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА В ОТНОШЕНИЯХ, УРЕГУЛИРОВАННЫХ ТРУДОВЫМ ПРАВОМ, ОТ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА

Представительство в трудовых отношениях тесно связано с гражданско-правовым представительством. В настоящее время ст. 182 Гражданского кодекса РФ определяет представительство как сделку, совершенную одним лицом (представителем) от имени другого лица (представляемого) в силу полномочия, основанного на доверенности, указании закона либо акте уполномоченного на то государственного органа или органа местного самоуправления, которая непосредственно создает, изменяет и прекращает гражданские права и обязанности представляемого. Такое определение представляется узким и несовершенным. Тем не менее одни ученые рассматривают представительство как способ совершения сделок, прежде всего договоров¹. Другие, изучая в рамках научной доктрины гражданского права представительство как многоаспектную категорию, определяют его через «действие», когда представителем в пределах его полномочий совершаются сделки и иные юридические действия от имени другого лица². Третьи рассматривают представительство как правоотношение, в силу которого сделки и другие правомерные юридические действия, совершенные одним лицом от имени другого лица, непосредственно создают, изменяют или прекращают для представляемого гражданские права и обязанности³. При этом праву представителя совершить определенные юридические действия от имени и в интересах представляемого соответствует обязанность представляемого признать правовые последствия таких действий представителя⁴. Но предложение о расширении гражданского представительства не находит отражения в действующем гражданском законодательстве⁵.

Вместе с тем уже достаточно давно представители науки гражданского права отмечали многозначную природу представительства в различных отраслях права. При этом представительство, обладая

общими признаками (оказание юридического содействия представителем представляемому, осуществление действий в интересах последнего), имеет различное содержание в разных отраслях права⁶.

Основная критика противников признания наличия представительства в трудовом праве сводится к следующим доводам.

Во-первых, личный характер трудовых отношений не допускает замены субъектов как трудовых, так и связанных с ними правоотношений⁷. Однако замена субъектов в гражданско-правовых отношениях при совершении сделки представителем не означает, что аналогичная правовая конструкция должна применяться и в трудовом праве. Еще Б.К. Бегичев отмечал, что в отношениях, регулируемых трудовым правом, есть ряд субъективных прав, реализация которых не требует личного участия⁸. Кроме того, здесь можно заметить, что закон не содержит четкого определения сторон таких правоотношений, как отношения по управлению и организации труда и нек. др. Без этих отношений, как указывает М.С. Каминская, существование трудовых невозможно, поскольку работодатель и его представители обязаны организовать процесс труда, создавать соответствующие законодательству условия для выполнения работником трудовой функции, управлять трудовой деятельностью. Эти отношения необходимы для выполнения работником трудовой функции в интересах работодателя и под руководством его полномочных представителей⁹. Делегирование полномочий работодателя от первого руководителя к другим работникам, осуществляющим организационно-распорядительные полномочия, не это ли один из вариантов существования отношений по организации и управлению трудом, регулируемых трудовым правом?

Во-вторых, при анализе действующего трудового законодательства обнаруживается, что правила передачи полномочий представителям в материальных, процедурных или процессуальных отношениях уже регулируются нормами других отраслей права. Например, передача полномочия по реализации права на получение заработной платы работника – нормами гражданского права, представительства сторон трудового спора в суде – нормами гражданского процессуального права¹⁰. С этим не вполне можно согласиться. Если порядок выдачи доверенности регулируется Гражданским кодексом РФ, это не означает, что представительство как правовая категория не свойственна, например, гражданскому процессу. Взаимные права и обязанности представителя и представляемого в отношениях социального партнерства регулируются трудовым законодательством. А порядок выдачи доверенности при этом вполне может определяться нормами гражданского права. Здесь можно говорить о том, что материальные и сопутствующие им процедурные отношения регулируются различными отраслями права. И в этом, на наш взгляд, нет никакого противоречия или проблемы.

Установление универсальных правил составления и удостоверения доверенности гражданским законодательством не означает, что и институт гражданского права «представительство» носит универсальный характер. В трудовых и корпоративных отношениях права и обязанности, полномочия работодателя могут передаваться и иным образом, например, с помощью локальных нормативных и иных правовых актов работодателя, как содержащих нормы трудового права, так и организационно-распорядительного (индивидуального) характера (приказов).

В-третьих, по мнению В.М. Лебедева, Е.Р. Воронковой, В.Г. Мельниковой «в организации, кроме трудового правоотношения, нет иных правоотношений с третьими лицами, поскольку все эти «лица» являются работниками. Стало быть, говорить о представительстве внутри организации между работодателем и работниками некорректно»¹¹. Это утверждение требовало бы пояснений. «Внутри организации» помимо трудового отношения существуют отношения социального партнерства, участия работников и их представителей в установлении условий труда, по профессиональной подготовке, переподготовке и т.п. Часть этих отношений предопределяют наличие более двух субъектов. Это отношения по социальному партнерству, когда представители сторон законом наделяются самостоятельными полномочиями, правами и обязанностями, а также реализуют права и исполняют обязанности представляемых. Это отношения по разрешению коллективных трудовых споров с аналогичным положением представителей спорящих сторон. И если в трудовом отношении нет третьего лица и при осуществлении полномочий работодателя представителем не происходит замены субъекта правоотношения, то это вовсе не означает, что отношений работодатель – его представитель не существует вовсе. Конечно, с точки зрения цивилистики это не представительство. Но еще раз заметим, что представительство как институт гражданского права не носит универсального характера. Как и трудовой договор, не является сделкой, регулируемой нормами гражданского права. С тем же успехом можно было бы критиковать правовую конструкцию законодательной дефиниции «коллективный договор», потому что этот правовой акт называется договором, при этом не отвечает признакам сделки, установленным гражданским законодательством.

Критикам идей о представительстве в трудовом праве следовало бы обратить внимание на то, что хотя в трудовом законодательстве и отсутствует сформированный институт представительства, но нормы трудового права активно используют категорию «представительство» и «представитель» как в отдельных случаях применительно к индивидуально-трудовым, так и коллективно-трудовым отношениям. При этом нельзя сказать, чтобы эти категории употреблялись в каком-либо неправовом, общепринятом смысле. Толковый словарь русского языка С.И. Ожегова определяет представителя как лицо, которое действует по чьему-нибудь поручению, выражает чьи-нибудь интересы, взгляды¹². Но в трудовом праве представителю не всегда требуется получить определенное поручение или даже согласие представляемого (представительство по закону). А выражение чьих-либо взглядов является скорее побудительным мотивом представителей в отношениях, регулируемых трудовым правом, а не содержанием правоотношений с их участием. Если же говорить о представительстве коллективных взглядов при защите коллективных интересов в социально-партнерских отношениях, то здесь выражаемые и защищаемые представителями работников и работодателей взгляды, идеи, а главное – интересы, не всегда являются простой совокупностью индивидуальных взглядов и интересов всех представляемых лиц в отдельности. Здесь высказывается консолидированное мнение и защищается обобщенный интерес, который может не всегда совпадать с частными интересами отдельного члена профсоюза или объединения работодателей.

Ученые, исследующие представительство в трудовом праве, предлагают свои дефиниции этого понятия, отличающиеся от гражданско-правовой доктрины. Такой подход следует признать правильным, поскольку применение различными отраслями права одних и тех же категорий отнюдь не означает их идентичности. Особенности предмета и метода трудового права как самостоятельной отрасли права, – достаточное основание для признания за представительством в трудовом праве особого содержания. Как отмечает В.В.Тимохин, невозможно применение «по отношению к организации-работодателю, ее должностным лицам и наемным работникам гражданско-правовой конструкции представительства»¹³.

Т.А. Избиенова предлагает рассматривать представительство в трудовом праве в объективном и субъективном смысле. «Представительство в объективном смысле выступает как закрепленная трудовым законодательством возможность работников и работодателей действовать через других лиц – представителей. Представительство как субъективная категория может иметь место, когда этими субъектами соблюдены законодательные нормы, и они вступают в конкретные правоотношения по представительству, то есть реализуют статутную возможность»¹⁴. Она же определяет представительство как правомерные действия уполномоченных в установленном порядке субъектов – представителей работников и представителей работодателя (работодателей), совершаемые в целях защиты прав и выражения законных интересов сторон трудовых отношений, интересов государства, оптимального согласования их социально значимых интересов¹⁵.

А.А. Чеха, исследовав представительство в системе социального партнерства, определил его как «правоотношение, при котором представители работников и работодателей оказывают содействие сторонам социального партнерства (работникам и работодателям) в реализации их прав, обязанностей и коллективных интересов во взаимоотношениях друг с другом»¹⁶.

Ряд ученых пытались определить представительство в трудовом праве через описание его признаков. С некоторыми признаками, выделяемыми Е.В. Исаенко¹⁷ и Т.А. Избиеновой¹⁸, можно согласиться, сформулировав их следующим образом:

- 1) представитель выступает от имени представляемого с целью создать, изменить или прекратить права и обязанности последнего в отношениях, регулируемых трудовым правом. Таким образом, представитель оказывает юридическое содействие представляемому;
- 2) представитель действует в интересах представляемого;
- 3) возможность, содержание и пределы представительства определяются полномочием – субъективным правом представителя;
- 4) правомерные действия представителя имеют правовой результат для представляемого.

На наш взгляд, представительство в трудовом праве носит самостоятельный характер, поскольку обладает следующими признаками, определяющими его отличие от представительства, существующего в общественных отношениях, урегулированных другими отраслями права:

1. Представительство в трудовом праве неразрывно связано с трудовым и непосредственно связанными с ним правоотношениями, производно от них. Содержание представительства опосредовано трудовым и непосредственно связанными с ним правоотношениями, детерминировано их правовой природой.

2. Цель представительства в трудовом праве – содействие стороне трудового и непосредственно связанного с ним правоотношения в осуществлении прав, исполнении обязанностей, защите прав и законных интересов.

3. В индивидуальных отношениях, урегулированных трудовым правом, представительство работодателя осуществляется в условиях власти-подчинения. Представитель работодателя, являясь одновременно наемным работником, находится в организационном и дисциплинарном подчинении представляемого. Исполнение им обязанностей представителя обеспечивается широким спектром возможных мер принуждения, начиная с дисциплинарной, материальной, имущественной и заканчивая административной и уголовной ответственностью.

4. В коллективных отношениях, урегулированных трудовым правом, представитель представляет и защищает некий обобщенный коллективный интерес. Такое представительство имеет в значительной мере публично-правовую природу в том смысле ее широкого понимания, когда представитель наделяется полномочиями по принятию решений, создающих юридические последствия для неопределенного круга лиц.

¹ Андреев В.К. Представительство. Доверенность // Нотариус. 2013. № 3. С. 20–25.

² Например: Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. М.: Госюриздат, 1963. С.184; Рясенцев В.А. Представительство в советском гражданском праве: дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 1948. С. 129–130.

³ Например, Иоффе О.С. Советское гражданское право: курс лекций. Общая часть. Право собственности. Общее учение об обязательствах. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1958. С. 156; Советское гражданское право: учебник для юрид. ин-тов и фак. Т. 1 / отв. ред. О.С. Иоффе, Ю.К. Толстой, Б.Б. Черепахин. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1971. С. 196.; Невзгодина Е.Л. Представительство по советскому гражданскому праву. Томск: Изд-во ТГУ, 1980. С. 14.

⁴ Кузьмишин А.А. Основания возникновения представительства и полномочия в гражданском праве // Журнал рос. права. 2000. № 8. С. 103.

⁵ Андреев В.К. Представительство. Доверенность // Нотариус. 2013. № 3. С. 20 - 25.

⁶ Невзгодина Е.Л. Представительство по советскому гражданскому праву. Томск: Изд-во ТГУ, 1980. С. 7–12.

⁷ Лебедев В.М., Воронкова Е.Р., Мельникова В.Г. Современное трудовое право (опыт трудового компаративизма). Книга первая / под ред. В.М. Лебедева. М.: Статут, 2007. С.216-217.

⁸ Бегичев Б.К. Трудовая правоспособность советских граждан. М., 1972. С. 72–73.

⁹ Каминская М.С. О некоторых проблемах, возникающих при регулировании трудовых отношений // Трудовое право. 1998. № 3. С. 70-74.

¹⁰ Бегичев Б.К. Трудовая правоспособность советских граждан. М., 1972. С. 72 – 73; Гинцбург Л.Я. Социалистическое трудовое правоотношение. М., 1977. С. 200.

¹¹ Лебедев В.М., Воронкова Е.Р., Мельникова В.Г. Указ. соч. С. 213.

¹² Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка: 800 000 слов и фразеологических выражений; 4 изд. дополн. М.: ООО «А ТЕМП», 2006. С.581.

¹³ Тимохин В.В. Правосубъектность работодателя: дисс. ... канд. юрид. наук. Томск, 2003. С.11.

¹⁴ Избиенова Т.А. Представительство в трудовом праве: вопросы теории, законодательства и практики: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С.7.

¹⁵ Там же. С.8.

¹⁶ Чеха В.В. Теоретические аспекты представительства в системе социального партнерства: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Томск, 2005. С. 13.

¹⁷ Исаенко Е.В. Представительство в трудовом праве // Правовые проблемы укрепления российской государственности. Томск, 1999. С. 253–255.

¹⁸ Избиенова Т.А. Указ. соч. С. 8.

З. П. Замираева

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ СОВРЕМЕННОЙ СИСТЕМЫ СОЦИАЛЬНОЙ ЗАЩИТЫ НАСЕЛЕНИЯ

Современный процесс реформирования и модернизации российского общества предполагает решение сложных политических, социально-экономических и правовых задач, среди которых особое место занимает создание стройной системы нормативных правовых актов, обеспечивающих полноту законодательного регулирования в сфере социальной защиты населения. Это обусловлено необходимостью воплощения в жизнь основных принципов социального государства, закрепленных в п. 1 ст. 7

Конституции Российской Федерации, связанных с созданием условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека.

Российское законодательство в сфере социальной защиты населения представляет собой обширную нормативную базу, которая согласно конституционным положениям включает правовые нормы, направленные на регулирование мер по охране труда и здоровья людей, гарантирование минимума оплаты труда, обеспечение государственной поддержки семьи, материнства, отцовства и детства, инвалидов и пожилых граждан, развитие системы социальных служб, установление государственных пенсий, пособий и иных гарантий социальной защиты. Законодательство имеет комплексный характер, включает правовые нормы трудового, медицинского, административного, финансового права, а также права социального обеспечения, других отраслей права и законодательства.

Современный этап развития правового регулирования общественных отношений по социальной защите населения характеризуется интенсивным развитием не только федерального, но и регионального законодательства. Однако эффективность этого регулирования остаётся низкой, о чем свидетельствует социальное неблагополучие среди наименее защищенных групп населения (детей, многодетных семей, инвалидов, одиноких пожилых людей и др.), неравный социально-правовой статус граждан, проживающих на территории разных субъектов Российской Федерации и др.

Практика показывает, что увеличение количества нормативных правовых актов в сфере социальной защиты населения оказывает незначительное влияние на сложившуюся ситуацию. Более того, приводит к еще большей несогласованности, конкуренции норм законов и иных нормативных правовых актов, их противоречию. Поэтому цель статьи – проведение анализа состояния социальной защиты населения с позиции правового регулирования является актуальной.

Между тем в отечественной науке анализу данной проблемы внимание стало уделяться лишь в последние годы и рассматривается она в контексте разных отраслей научного знания – права, социологии, экономики, политологии, и др. Из последних работ можно выделить публикации государственно-правового направления. Это, в частности, работы Г.В. Атаманчука, С.А. Авакьяна, Н.И. Глазуновой, В.Н. Иванова, А.И. Ионовой, Г.В. Мальцева, О.О. Миронова, В.А. Прокошина, И.Н. Рожко, С.В. Соловьевой и др.

Приходится констатировать, что разработка проблем правового обеспечения социальной защиты населения находится в начальной стадии, часто анализ имеет фрагментарный характер, рассматриваются в основном общетеоретические вопросы, а прикладных исследований явно недостаточно.

В то же время следует отметить, что действующие в сфере социальной защиты населения законы в период с 90-х гг. XX столетия, а на их основе и другие нормативные правовые акты, в правовой научной литературе условно разделены на две группы.

Первая группа представлена федеральными законами о социальной защите, принятыми специально для регулирования действующих в этой сфере отношений, включающими: системообразующие законы о социальной защите населения и законы, принятые в их развитие; комплексные законы о социальной защите населения, определяющие отдельные категории граждан, подлежащих социальной защите, и определенные виды социальных гарантий в отношении них.

Вторую группу составляют законы регионального значения, содержащие отдельные главы, разделы или нормы о социальной защите населения, являющиеся дополнительными к нормам федерального уровня.

Данный подход позволяет выделить структурную основу систематизации законодательства в сфере социальной защиты населения.

Совокупность норм, определяющих деятельность в социальной защите, впервые в РФ были представлены в постановлении Совета Министров РСФСР «О первоочередных мерах по созданию государственной системы социальной помощи семье» (1991 г.), указе Президента Российской Федерации «О первоочередных мерах по реализации Всемирной декларации об обеспечении выживания, защиты и развития детей в 90-е годы» (1992 г.). Дальнейшее развитие эти идеи получили в документах Минсоцзащиты России: в «Концепции государственной семейной политики Российской Федерации» (1993 г.), в «Концепции развития социального обслуживания населения в Российской Федерации» (1993 г.) и ряде других законодательных актов.

В последующем стратегия реформирования сферы социальной защиты, отразившая позиции целого ряда политических деятелей, общественных организаций и формирований, нашла свое выражение в Конституции Российской Федерации и иных законах.

Основы для развития социального законодательства были заложены в Конституции РФ 1993 г.

Данный документ продекларировал переход от принципов всеобщего социального обеспечения к европейской системе социальной защиты, определив ее как государственную сферу, включающую в

себя органы власти различных уровней, обеспечивающих государственную поддержку различных категорий людей, а также предприятий и учреждений.

К середине 90-х гг. были заложены основы законодательного регулирования социально-экономического положения отдельных объектов социальной защиты (пенсионеров, беженцев, инвалидов, пожилых граждан, вынужденных переселенцев и др.). В первую очередь, эти законодательные акты устанавливали основы нормативно-правового регулирования в области социального обслуживания населения, а также государственной системы социальных гарантий.

Законы, принятые в 1995–1996 гг., развивают и конкретизируют положения Конституции РФ и являются шагом вперед в развитии социального законодательства в России. В них даны необходимые определения (так, лица, нуждающиеся в том или ином виде социальной защиты, более не объекты, а субъекты правоотношений, возникающих в данной сфере); установлены права и обязанности субъектов правоотношений в сфере социальной защиты, в том числе и государства в лице государственных органов и должностных лиц, а также органов местного самоуправления; предпринята попытка определить правовое положение социальных работников; предусматривается деятельность негосударственных служб социальной защиты.

Особое значение в этом контексте имеет Федеральный закон «Об основах социального обслуживания в Российской Федерации» (1995). В данном законе дается определение социального обслуживания, вводятся основные понятия, такие как «социальные службы», «клиент социальной службы», «социальные услуги», «трудная жизненная ситуация». Эти понятия были чрезвычайно важны для развития и применения всего социального законодательства. Разрабатывается структура социальных служб, которая включает не только государственные, но и негосударственные учреждения. В законе раскрывается содержание права граждан на социальное обслуживание, которое включает широкий спектр услуг, а именно: оказание материальной помощи, социальное обслуживание на дому, социальное обслуживание в стационарных учреждениях, предоставление временного приюта, организация дневного пребывания в учреждениях социального обслуживания, консультативная помощь, реабилитационные услуги; определены основания для оказания бесплатного социального обслуживания (государственными социальными службами), полномочия федеральных органов государственной власти и органов государственной власти субъектов РФ в сфере социального обслуживания.

Значительным событием в формировании социального законодательства стала разработка и реализация национальной программы социальных реформ в Российской Федерации на 1996–2000 гг. Ее принятие внесло кардинальные изменения в существующую систему социальной защиты. Программа предусматривала совершенствование государственных социальных гарантий, поддержку благосостояния семей с детьми, развитие новых социальных технологий, формирование сети специальных учреждений социального обслуживания, увеличение объема и расширение перечня оказываемых социальных услуг. Одновременно с этим формировались новые элементы социальной инфраструктуры, учреждений социального обслуживания граждан. При этом реорганизация концептуальных основ социальной защиты проводилась с учетом приоритета предоставления каждому конкретному человеку установленных государством социальных норм и гарантий его жизнеобеспечения.

Для реализации программы была создана необходимая нормативная база. Приняты федеральные законы «О прожиточном минимуме в Российской Федерации» и «О государственной социальной помощи». Эти законы стали основой для правоприменения прожиточного минимума при реализации мер социальной защиты населения, что обусловило вступление в силу целого ряда норм, реализация которых непосредственно связана с осуществлением социальной защиты населения.

В соответствии с Федеральным законом «О прожиточном минимуме в Российской Федерации» этот минимум представляет собой стоимостную оценку потребительской корзины, включающей минимальные наборы продуктов питания, непродовольственных товаров и услуг, необходимых для сохранения здоровья человека и обеспечения его жизнедеятельности, а также обязательные платежи и сборы¹.

Названный федеральный закон устанавливает правовую основу для определения прожиточного минимума в Российской Федерации и его учета при установлении гражданам Российской Федерации государственных гарантий получения минимальных денежных доходов и при осуществлении других мер социальной защиты граждан России.

Выделяют три ряда минимума: физиологический, уровень доходов которого предназначен только для физического выживания человека; второй минимум – уровень доходов которого обеспечивает выживание человека в обществе как социального существа; третий минимум – уровень доходов которого необходим для того, чтобы полноценно жить. Однако минимальная гарантия – важная составляющая в системе социальной защиты населения.

Актуальными данные законы стали и для субъектов РФ, поскольку почти каждый регион страны относительно обособленно разрабатывал социальные стандарты, систему важнейших социальных индикаторов жизнедеятельности населения, используя при этом разные методики определения качества жизни, минимального прожиточного бюджета и т. п.

В ряде регионов РФ в этот период были разработаны свои законы о прожиточном минимуме (Республика Коми, Ивановская область, Кабардино-Балкарская Республика, Республика Татарстан). В рамках данных законов сформулированы методики расчета социальных нормативов для выявления контингента малообеспеченных граждан, такие как БПМ (бюджет прожиточного минимума) и СДД (совокупный денежный доход) семьи.

К сожалению, в условиях социальной дезадаптации общества и сужения возможностей самообеспечения активных социальных субъектов в региональном законодательстве значительную долю составили нормы, направленные на социальную защиту несамодостаточных слоев населения (пенсионеры, инвалиды, семьи с детьми). Нормативные документы были построены по единому образцу, они фиксировали право жителей регионов на получение разовой или постоянной помощи в случае, если совокупный душевой доход семьи ниже установленного на территории прожиточного минимума. Отмечалось, что получателями помощи являются лица, ставшие малообеспеченными по не зависящим от них обстоятельствам. В ряде законов ограничен круг получателей помощи.

Есть и иные недостатки у современного социального законодательства. Так, М.И. Левина отмечает, что существующее законодательство порождает иждивенческие настроения. Например, трудная жизненная ситуация определяется следующим образом: «Ситуация, объективно нарушающая деятельность гражданина (инвалидность, неспособность к самообслуживанию в связи с преклонным возрастом, болезнью, сиротство, безнадзорность, малообеспеченность, безработица, отсутствие определенного места жительства, конфликты и жестокое обращение в семье, одиночество и тому подобное), которую он не может преодолеть самостоятельно» (ст. 3, п. 4 Закона «Об основах социального обслуживания населения в Российской Федерации»). Отдавая должное разработчикам закона, определившим столь сложное понятие, данная формулировка, тем не менее, как отмечает М.И. Левина, вызывает некоторые сомнения в первую очередь у самих социальных работников. Пользуясь ею, очень трудно провести грань между ситуацией, с которой человек действительно не может, не способен справиться самостоятельно в силу тех или иных причин, и ситуацией, когда он не хочет, но при определенных усилиях может справиться самостоятельно².

Ю.В. Васильева в своем исследовании обращает внимание на то, что понятие трудной жизненной ситуации является оценочным и серьезно затрудняет правоприменительную практику, поскольку требует конкретизации данной нормы с учетом обстоятельств дела. Это может повлечь злоупотребления со стороны органов социального развития, т.к. в условиях дефицита финансовых ресурсов нет гарантий того, что эта оценка не окажется субъективной³.

С данными выводами следует согласиться, поскольку они находят свое подтверждение в сфере применения указанных норм, а также согласуются заключениями иных авторов. Так, Л.М. Прокофьева отмечает, что в регионах сложились разные представления о «трудной жизненной ситуации» и о мерах социальной помощи, что, безусловно, сказывается на результатах деятельности. В качестве примера приводится материал по Владимирской области и другим регионам. В законе Владимирской области «О социальной поддержке граждан и социальном обслуживании отдельных категорий граждан» под трудной жизненной ситуацией понимается ситуация, объективно нарушающая жизнедеятельность гражданина (инвалидность, неспособность к самообслуживанию, болезнь, сиротство, безнадзорность, малообеспеченность, безработица, отсутствие определенного места жительства, конфликты и жестокое обращение в семье, одиночество и т.п.), которую он не может преодолеть самостоятельно⁴.

Для малоимущих семей и одиноко проживающих граждан, оказавшихся в трудной жизненной ситуации, данный закон уточняет: «Трудной жизненной ситуацией ... признаются случаи получения материального ущерба от пожара или стихийного бедствия, необходимости неотложной оплаты медицинских услуг и иные подобные случаи».

В постановлении правительства Рязанской области формулируется: «...трудная жизненная ситуация трактуется как «чрезвычайные обстоятельства», данное толкование совпадает с понятием экстремальная ситуация, которое даётся в законодательных актах других субъектов Федерации.

Или ещё примеры. В постановлении коллегии Орловской области указывается, что «пожар жилого помещения» относится к экстремальной ситуации⁵. А в постановлении администрации Тамбовской области уточняется, что лица, попавшие в трудные, экстремальные жизненные ситуации, – это погорельцы; беженцы; безработные; бездомные. Также выделены продолжительная болезнь; трудности материально-бытового характера в неполных или многодетных семьях; стихийное или экологиче-

ское бедствие и другие ситуации, из которых люди не могут выйти самостоятельно, используя все имеющиеся в их распоряжении возможности и средства. В этом постановлении не проводится разграничения между трудной жизненной ситуацией и экстремальной ситуацией. Согласно данному документу, единовременная материальная помощь предоставляется на основе акта материально-бытовых условий заявителя, составленного учреждением социальной защиты населения, и справок о составе семьи и доходах членов семьи. Прямого указания на то, что она назначается малоимущим гражданам, в документе нет⁶.

Контент-анализ нормативно-правовых актов (законов, постановлений исполнительной и законодательной власти) субъектов Российской Федерации по оказанию государственной социальной помощи населению за счёт средств региональных бюджетов, осуществленный авторским коллективом под руководством Л.М. Прокофьевой, позволяет сделать вывод, что в настоящее время сложились различные нормативные толкования к оказанию государственной социальной защиты и к оценке нуждаемости населения в социальной поддержке:

- *категориальный* – на основе анализа данных статистики определяются категории малоимущих граждан и семей, и только они получают право на государственную социальную помощь без обязательного предоставления информации о доходах семьи;

- *адресный* – право на государственную социальную помощь имеют только малоимущие семьи и малоимущие одиноко проживающие граждане со среднедушевым доходом ниже прожиточного минимума, установленного в субъекте Федерации;

- *адресно-категориальный* – среди малоимущих семей и малоимущих одиноко проживающих граждан со среднедушевым доходом ниже прожиточного минимума, установленного в субъекте Федерации, выделяются отдельные категории семей и граждан, которые имеют исключительное или первоочередное право на получение государственной социальной помощи.

Важно отметить, что данные подходы используют почти одинаковое число регионов – в 40 регионах право на государственную социальную помощь предоставляется всем малоимущим семьям и одиноко проживающим гражданам и в 39 – отдельным категориям малоимущих семей и малоимущих одиноко проживающих граждан⁷.

Подобная ситуация приводит к необходимости разработки нового механизма государственного правового регулирования в социальной защите, который позволил бы обеспечить баланс между федеральным и региональным законодательством. При этом необходимо активнее задействовать оба уровня социальной защиты населения (федеральный, региональный), определить по каждой задаче, полномочия, механизмы реализации, источники финансирования.

Развивая и конкретизируя положения Конституции в области социальной защиты, социальное законодательство пока не смогло полноценно решить этот вопрос.

В сложившейся правовой ситуации не исключены «конфликты», когда старые нормы могут вступать в противоречие с новым законодательством. Возникает реальная необходимость уточнения правового поля и границ компетенции в условиях разграничения полномочий в области социальной защиты.

Это обуславливает необходимость разработки соответствующих нормативов и стандартов, предусматривает уточнение существующих законов, программ, других нормативных актов и прогнозов развития системной и индивидуализированной социальной защиты населения и внесения изменений в них⁸.

Таким образом, следует отметить, что, несмотря на очевидные достоинства нового социального законодательства, оно пока еще не отвечает современным требованиям развитого общества. Только что принятые законы во многом имеют декларативный отсылочный характер к тем нормативным актам, которые еще не приняты и, как следствие, не имеют прямого действия. В конечном итоге, такая практика снижает уровень социальной защищенности граждан и подчеркивает, насколько актуальна проблема регулирования законодательства в сфере социальной защиты.

¹ О внесении изменений в Федеральный закон «О прожиточном минимуме в Российской Федерации»: федер. закон от 03. 12. 2012 № 233-ФЗ // Рос. газета. 2012. 7 дек.

² Левина М.И. Социальное законодательство: проблемы принятия и применения. М., 2012.

³ Васильева Ю.В. Кодификация российского законодательства о социальном обеспечении: теоретические и практические проблемы. Перм. гос. ун-т. Пермь, 2009. С.353-354

⁴ Разработка рекомендаций по внедрению системы социальных контрактов при оказании адресной социальной помощи малоимущим гражданам: аналит. отчет по выполнению Госконтракта на выполнение НИОКР 2009 г. /Л.М. Прокофьева, И.И. Корчагина, Л.А. Мигранова и др. М., 2009. С.32.

⁵ Там же. С. 33.

⁶ Там же. С. 27.

⁷ Там же. С. 27.

⁸ *Замараева З.П.* Нормативно-правовые особенности современной системы социальной помощи населению // Научный журнал. Вестник Пермского университета «Юридические науки» №2 (16) 2012. С. 184-190

Ю. В. Иванчина

*РАНХиГС при Президенте РФ, Уральский институт управления,
г. Екатеринбург*

ГЛОБАЛИЗАЦИЯ И ФУНКЦИИ ТРУДОВОГО ПРАВА

С момента обособления трудового права прошел без малого век, за это время произошли глобальные изменения в обществе, его политической, экономической системе, а также в других сферах жизнедеятельности. Кроме того, в последние десятилетия усилились процессы глобализации. Указанные факторы, а также другие, к примеру, активное развитие норм международного права, оказали существенное влияние на процесс эволюции функций трудового права.

Глобализационные процессы, происходящие в современном мире, привлекают все больше внимания специалистов из разных сфер. Это обусловлено тем, что данные процессы начинают приобретать всеобъемлющий и неотвратимый характер. Более того, они связаны с вопросами, имеющими значение не только для отдельных стран, но и для всего мирового сообщества. К проблемам глобального масштаба можно отнести процессы, протекающие в природе – процесс глобального потепления и истощение природных ресурсов, в обществе – межэтническое противостояние и религиозная нетерпимость. Кроме того, к их числу можно отнести нестабильность мировой экономики, увеличение числа лиц, находящихся за чертой бедности, рост безработицы, иммиграцию и др.

Глобализация является неизбежным результатом развития общества и экономики. Многие из перечисленных проблем усугубились в связи с переходом в информационное (постиндустриальное) общество с инновационной экономикой, что связано со стремительным развитием информационно-коммуникационных технологий, когда информация и знания становятся ее основой.

Следует подчеркнуть, что общие проблемы человечества и цивилизации были по-настоящему осознаны только во второй половине XX в., когда резко возросла вызвавшая глобализацию взаимозависимость стран и народов, а неразрешенность проблем проявилась особенно явно и разрушительно. Более того, осознание некоторых проблем пришло лишь тогда, когда человечество накопило немалый объем знаний, сделавших эти проблемы зримыми¹.

Полагаю, что глобализация в широком понимании - это один из факторов, оказывающих существенное влияние на эволюцию (модификацию) функций трудового права. Однако следует отметить, что не все глобализационные процессы имеют такое значение. К наиболее значимым с этой точки зрения можно отнести демографическую глобализацию, глобальные миграционные процессы, как следствие, рост числа безработных и лиц, оказавшихся за чертой бедности.

Важнейшим итогом демографической глобализации является резкое увеличение численности населения. Так, например, в 1900 г. на Земле проживали 1 млрд 650 млн жителей, в 2000 г. – 6 млрд 100 млн чел., в 2006 г. – 6 млрд 400 млн чел. В настоящее время на нашей планете живет более 7 млрд чел. При этом на формирование первого миллиарда населения Земли ушло несколько десятков тысяч лет, а чтобы население планеты увеличилось с 1 млрд до 2 млрд, – 124 года, третий миллиард появился всего за 34 года. Значительно меньше времени потребовалось пятому и шестому миллиардам – всего 12 и 13 лет. Таким образом, за время нашей эры человечество увеличилось более чем в 20 раз². Если еще столетие назад, когда преобладал ручной труд, обеспечить всех работой было возможно, то после вступления общества в информационную эпоху решение вопроса занятости трудоспособного населения выходит на первый план.

Для постиндустриального (информационного) общества с инновационной экономикой доминирующей чертой развития становится информационная составляющая, общество как единая система перестает нуждаться в столь значительном количестве рабочей силы, поскольку главной характери-

стикой становится не численность рабочей силы, а ее качество, т.е. то, что сейчас называется человеческим капиталом³.

Данная проблема тесно связана с другой, и лежит в ее основе – глобализация миграционных процессов. В современных условиях процессы миграции выступают неотъемлемой частью экономических процессов. В эпоху глобальной экономики параллельно с движением капитала и товаров развивается движение рабочей силы. Иногда это является необходимым условием современного развития, но чаще всего – влечет негативные последствия. Как правило, миграционные потоки исходят из стран и регионов со слаборазвитой экономикой в страны с более благоприятными экономическими условиями. Как верно отмечено Т.И. Трофимовой, самые мощные потоки мигрантов – из стран с низким уровнем жизни, в которых государство оказывается неспособным удовлетворять даже ключевые потребности своих граждан⁴.

Это приводит к дисбалансу спроса и предложения на рынке труда в сторону увеличения предложений рабочей силы. Чаще всего речь идет о неквалифицированном или малоквалифицированном труде, который в условиях информатизации в принципе мало востребован, и где граждане конкретного государства отказываются работать. Увеличение миграционных потоков приводит к увеличению уровня безработицы, но и, в определенной степени, к росту других негативных явлений. Например, по мнению Б.Ш. Саидамирова, отмечаются проблемы экономического характера: безработица, нищета, голод и т. д. Кроме того, речь идет не только о нищенских доходах, а также о полном отсутствии возможности получения социальной помощи⁵. Более того, последствием подобного дисбаланса на рынке труда является использование труда мигрантов в теневой экономике, снижение уровня заработной платы и уровня жизни в целом.

Поскольку проблемы, связанные с демографическими и миграционными процессами, непосредственно отражаются на рынке труда, они неизбежно влияют на функции трудового права, в том числе на процессы их реализации.

В связи с этим считаю целесообразным при наличии одинаковых глобальных проблем, стоящих перед разными странами, пересмотреть подходы к их решению, например, проблемы дестабилизации на рынке труда отдельных стран. В частности, полагаю, что возможно своего рода объединение стран, в которых наиболее активно проявляются миграционные процессы, с целью решения данной проблемы, возможно, путем формирования единого рынка труда.

¹ Понарина Н.Н. Глобализация: общий вектор мирового развития XXI в. // Теория и практика общественного развития. 2011. № 4. С. 25–28.

² Трофимова Т.И. Влияние демографических процессов на глобализацию // Сборник статей: Факторы роста Российской экономики / отв. ред. В.П. Горев. Иркутск, 2013. С. 58.

³ Трофимова Т.И. Указ. соч. С. 59.

⁴ Там же. С. 61–62.

⁵ Саидамиров Б.Ш. Факторы, влияющие на глобализацию процессов трудовой миграции населения Республики Таджикистан // Евразийская интеграция: экономика, право, политика. 2013. №13. С. 196.

Е. А. Истомина

*РАНХиГС при Президенте РФ, Уральский институт управления,
г. Екатеринбург*

СФЕРА ДЕЙСТВИЯ ПРАВА СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ И ПРОФИЛАКТИКА СОЦИАЛЬНЫХ РИСКОВ

Сфера действия отрасли права – вопрос, актуальный для юридической науки всегда, поскольку право развивается вместе с государством и обществом. Сфера действия отражает объем и пределы правового регулирования определенных общественных отношений, уточняя, какие правила применимы к тем или иным жизненным ситуациям, поведению субъектов. Так, Г.С. Скачкова под сферой действия трудового права предложила понимать область действия трудового законодательства в системе российского законодательства в целом, пределы распространения норм трудового права по кругу регулируемых им общественных отношений, т.е. по его предмету, в границах, определенных законодателем для данной группы правовых норм¹.

Поскольку вопрос о сфере действия права социального обеспечения до сих пор комплексно не исследовался отраслевой наукой, необходимо определить точку отсчета, позволяющую провести необходимые разграничения. Это можно сделать, отталкиваясь от категории социального риска как основания социально-обеспечительных обязательств государства. Социальный риск – невозможность самостоятельного удовлетворения жизненно важных потребностей лица вследствие наступления закрепленных в законе обстоятельств (болезнь, старость, инвалидность, рождение детей и т.д.) – воспринятый индивидом и заявленный уполномоченному субъекту, позволяет выявить отношения, которые подпадают под действие права социального обеспечения, момент их возникновения, особенности течения и прекращения. Социальный риск лежит в основе выделения предмета названной отрасли права. Ученые единодушны, выделяя в качестве предмета отрасли отношения материального и процедурно-процессуального характера, складывающиеся по поводу реализации гражданами своих прав на различные виды социального обеспечения². Причем ядро предмета отрасли – материальные отношения – направлены собственно на компенсацию социального риска, а иные отношения носят вспомогательный характер, но имеют единую с ними целевую направленность. Таким образом, в первую очередь, предмет права социального обеспечения демонстрирует сферу его действия. За пределами обстоятельств, вызывающих социальные риски (их причинами и факторами), названная отрасль не осуществляет правового регулирования.

Следует также отметить, что если в трудовом праве в связи с развитием нетипичных форм занятости, существует настоятельная необходимость определения круга отношений, подпадающих под его действие, то сфера действия права социального обеспечения с точки зрения перечня социальных рисков и круга отношений достаточно стабильна. Установление границ отрасли необходимо в том числе для того, чтобы определить точки соприкосновения с другими отраслями права. Отмечу, что и Г.С. Скачкова указывает, что расширение сферы действия трудового права в настоящее время осуществляется не только путем охвата новых категорий работников, но и взаимодействия с иными отраслями права – гражданским и административным – как в сторону восприятия трудовым правом норм иного характера, так и его воздействием и влиянием на названные отрасли³. Определение сферы действия права социального обеспечения, его взаимодействия с иными отраслями права с позиций системы управления социальными рисками имеет значение, в первую очередь, в аспекте предупреждения, или профилактики названных рисков.

Профилактика социальных рисков предполагает правовое воздействие на деятельность не только граждан (стимулирование здорового образа жизни, отказа от курения, осуществление трудовой или иной деятельности, приносящей доход и позволяющей удовлетворять свои потребности самостоятельно), но и иных субъектов. Законодательство в этой сфере носит межотраслевой характер и включает в себя нормы как права социального обеспечения, так и трудового, семейного права, и даже отдельные положения финансового законодательства, выступающие в тесной взаимосвязи. Именно здесь проводится граница, когда заканчивает действовать одна отрасль права и вступает в действие другая.

К примеру, государство уделяет большое внимание охране окружающей среды. Признавая ее самостоятельную ценность, законодатель развивает экологическое законодательство на основе принципиального положения о том, что государственная политика в этой сфере направлена на сохранение благоприятной окружающей среды, биологического разнообразия и природных ресурсов в целях удовлетворения потребностей нынешнего и будущих поколений, обеспечения экологической безопасности⁴. Законодательно закреплены и требования к обеспечению радиационной безопасности населения в целях охраны его здоровья, под которой законодатель понимает состояние защищенности настоящего и будущего поколений людей от вредного для их здоровья воздействия ионизирующего излучения⁵. Очевидно, что здоровое экологическое окружение способствует снижению числа социальных рисков, возникающих вследствие антропогенного влияния на природу, загрязнения воздуха, водоемов, радиационных и техногенных катастроф.

Финансовое законодательство также позволяет осуществлять профилактику социальных рисков, в том числе – вызванных производственным травматизмом и профессиональными заболеваниями. Трудовой кодекс РФ⁶, закрепляя определение понятия охраны труда как системы различного рода мероприятий (организационных, технических, лечебных, профилактических, реабилитационных, др.), цель которой – сохранение жизни и здоровья работников в процессе трудовой деятельности, относит к обязанностям работодателя в этой области обучение работников безопасным методам и приемам выполнения работ и проведение проверок знания требований охраны труда, а к обязанностям работников – соблюдение требований охраны труда; прохождение названного обучения и проверки знаний. Работники должны в установленных законом случаях проходить предварительные и периодиче-

ские медицинские осмотры, что также способствует сохранению их здоровья. Основные же стимулы для работодателя к улучшению условий труда работников лежат в финансовом поле. Механизмы обязательного социального страхования от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний в нашей стране выстроены таким образом, чтобы позволить реализовать одну из основных задач этого вида социального страхования – развитие экономической заинтересованности субъектов страхования в снижении профессионального риска. Так, работодателям могут устанавливаться скидки к тарифам страховых взносов за безусловное соблюдение требований безопасности и гигиены труда, отсутствие на производстве несчастных случаев со смертельным исходом, за проведение обязательных предварительных и периодических медицинских осмотров работников и специальной оценки условий труда. В случае несоблюдения требований охраны труда, при высоком уровне производственного травматизма работодателю устанавливается надбавка к названному взносу⁷. Правовые последствия установления в рамках специальной оценки условий труда⁸ особых условий на рабочем месте (вредных, опасных) заключаются в необходимости предоставления не только гарантий и компенсаций в соответствии с трудовым законодательством (сокращенное рабочее время, дополнительные ежегодные оплачиваемые отпуска, надбавки к заработной плате), но и в уплате дополнительных страховых взносов в Пенсионный фонд РФ на финансирование досрочных страховых пенсий по старости. Однако, если работодатель обеспечивает работников, занятых на рабочих местах с вредными условиями труда, эффективными сертифицированными средствами индивидуальной защиты, класс (подкласс) условий труда может быть снижен комиссией на основании экспертного заключения на одну степень. Таким образом, проявляя заботу о сохранении здоровья и трудоспособности работников, работодатель сможет снизить расходы на обязательное социальное страхование.

Обобщая сказанное, можно сделать вывод: определение сферы действия права социального обеспечения позволяет установить общественные отношения, целевое назначение которых – компенсация социальных рисков средствами права социального обеспечения, а также выделить области взаимодействия различных отраслей права, посредством которых осуществляется деятельность по профилактике социальных рисков в рамках системы управления ими.

¹ Скачкова Г.С. Расширение сферы действия трудового права и дифференциации его норм: автореф. дис... докт. юрид. наук. М., 2003. С.37–38.

² Захаров М.Л., Тучкова Э.Г. Право социального обеспечения России: учебник. М.: БЕК, 2001. С.68; Право социального обеспечения: учебник для академического бакалавриата / под ред. В.Ш. Шайхатдинова. М.: Юрайт, 2014. С.47-48.

³ Скачкова Г.С. Указ. соч. С.38.

⁴ Об охране окружающей среды: Федер. закон от 10 янв. 2002 г. № 7-ФЗ (ред. от 29 дек.2015 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 2, ст.133; 2016. № 1 (ч.1), ст. 24.

⁵ О радиационной безопасности населения: Федер. закон от 9 янв. 1996 г. № 3-ФЗ (ред. от 19 июля 2011 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 3. Ст. 141; 2011. № 30 (ч.1). Ст. 4596.

⁶ Трудовой кодекс Российской Федерации: Федер. закон от 30 дек. 2001 г. № 197-ФЗ (ред. от 30 декабря 2015 г.) // Собрание законодательства Рос. Федерации. 2002. № 1 (ч. 1). ст. 3; 2016. № 1 (ч.1). ст. 54.

⁷ Об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний: Федер. закон от 24 июля 1998 г. № 125-ФЗ (ред. от 29 дек. 2015 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации.1998. № 31, ст. 3803; 2016. № 1 (ч. 1), ст. 14.

⁸ О специальной оценке условий труда: Федер. закон от 28 дек. 2013 г. № 426-ФЗ (с из. и доп.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. № 52 (ч. 1), ст. 6991.

ПЕРМСКАЯ ШКОЛА ТРУДОВОГО ПРАВА: ВЗГЛЯД НА ТРУДОВОЙ ДОГОВОР

В период современного информационного многообразия и постоянного обновления взглядов и идей решение возникающих научных проблем часто не под силу одному ученому и требует объединения нескольких умов, коллективной работы. В подобных условиях возрастают роль и значение научных школ, выполняющих функции по продуцированию и распространению новых знаний, а также обладающих способностью к самовоспроизводству¹.

Применительно к научной школе трудового права выделяют ряд ее сформировавшихся региональных ответвлений – московская, петербургская (ленинградская), ярославская, свердловская (екатеринбургская), сибирская (омская и томская), пермская, казанская².

Подлинным основателем Пермской школы трудового права считается Леонид Юрьевич Бугров, работы которого отличались широтой научных тем и многогранностью рассматриваемых вопросов. В его трудах нашли отражение проблемы свободы труда и свободы трудового договора³, до сих пор вызывающие интерес у ученых-трудовиков; внимание автора было уделено столь важным для практики переводам на другую работу⁴; одной из основных для ученого стала тема творчества⁵. В последние годы жизни предметом пристального внимания ученого стал трудовой договор и его исторический, гносеологический, филологический, гуманитарный, сравнительно-правовой аспекты, его юридическая сущность и экономическое и социальное значение⁶. Особый резонанс вызвала позиция Л.Ю. Бугрова об отнесении трудового договора к числу источников трудового права, и именно этому вопросу, ввиду его «новаторского» характера, мы уделим дальнейшее внимание.

Отметим, что ученый нашел как единомышленников, так и противников. Например, точку зрения Л.Ю. Бугрова поддерживает М.А. Драчук, которая делает вывод о *нормативной природе трудового договора и возможном его отнесении к источникам трудового права*⁷. Не соглашались с ученым А.М. Лушников и М.В. Лушникова, указывая, что трудовой договор является по своей природе актом реализации права⁸.

Взгляд Л.Ю. Бугрова на трудовой договор «спроецировал» в науку трудового права общетеоретическую проблему о возможности признания за индивидуальными договорами роли источников права. Авторы, исследующие эту проблему, отмечают ее дискуссионность и приводят доводы, которые подтвердили бы их позицию относительно необходимости включения индивидуальных договоров в систему источников российского права. Например, Т.В. Кашанина, оспаривая «упреки» в адрес договора как источника права, делает вывод, что разница между так называемыми нормативными и индивидуальными договорами не носит существенного характера и не позволяет поставить между ними непреодолимый барьер, и правилам поведения, заключенным в договорах, также свойственна нормативность⁹. Регулятивная функция индивидуального договора осуществляется посредством содержащихся в нем индивидуальных норм, которые формулируются самими участниками индивидуального правоотношения и направлены на регулирование именно данного отношения¹⁰.

Л.Ю. Бугров внес весомый вклад в развитие данной дискуссии, и его позиция в этом вопросе и сегодня является наиболее обоснованной и логически последовательной¹¹. Ученый указывал, что, если бы трудовой договор являлся исключительно актом реализации права, он был бы полностью исчерпан при его прекращении, однако этого не происходит, так как и после прекращения трудового договора стороны могут обратиться в суд с иском, вытекающим из его содержания, но не связанным с его оспариванием. Это означает, что, невзирая на прекращение трудового договора, остаются существовать регулятивные нормы, позволяющие решить данный спор. А обоснование отдельных выводов в правоприменительных актах ссылкой на фрагменты содержания трудовых договоров служит еще одним аргументом восприятия трудового договора как формы, в которой изложена норма трудового права¹².

Безусловно, в условиях увеличивающейся значимости индивидуально-договорного регулирования трудовых отношений¹³ изменяется и роль трудового договора. Для большего количества работников и работодателей он становится не просто актом, посредством которого они реализуют свои

права, но и актом, устанавливающим «оригинальные» условия труда, ссылка на которые при возникновении трудового спора порой просто неизбежна. Тем более не обойтись без ссылки на содержание трудового договора в случаях, когда приоритет в регулировании трудовых отношений с отдельными категориями работников отдан индивидуально-договорному уровню (например, с надомниками, дистанционными работниками и др.). Подобная «обязательность» условий трудового договора для органа, рассматривающего трудовой спор, не может не служить обоснованием их нормативного характера.

Еще одним подтверждением нормативности трудового договора может служить и сделанный Л.Ю. Бугровым на основе анализа ст. 9 ТК РФ вывод о том, что «российский законодатель юридическую природу коллективных договоров и трудовых договоров находит в главном – в функции регулирования – единой»¹⁴. И, действительно, если посмотреть на формулировку многих норм ТК РФ, то, перечисляя «источники» закрепления тех или иных условий труда, законодатель вслед за коллективными договорами, соглашениями и локальными нормативными актами может указать и на трудовые договоры (например, ст. 147, 152, 153, 178 и др. ТК РФ). В этой связи закономерно встает вопрос, почему в тех случаях, когда предусмотренное нормами ТК РФ условие включается в текст коллективного договора или локального нормативного акта, оно становится нормой права, а если в текст трудового договора – актом реализации права, ведь в обоих случаях условие будет носить «устанавливающий» характер?

Представляется, что ответ и на указанный вопрос и на другие вопросы, связанные с местом трудового договора в системе источников трудового права, еще ждет своего разрешения. Возможно, он будет дан в ключе общих изменений подходов к пониманию «права» и появлению большего количества общетеоретических аргументаций нормативности индивидуальных договоров. На данный же момент стоит еще раз подчеркнуть «новаторский» взгляд Л.Ю. Бугрова на трудовой договор, который, несомненно, стал и будет оставаться основой для всех последующих исследований данного вопроса.

¹ Устюжанина Е.В., Евсюков С.Г., Петров А.Г., Казанкин Р.В., Дмитриева М.Б. Научная школа как структурная единица научной деятельности. URL: [http://www.cemi.rssi.ru/publication/e-publishing/evsyukov/%D0%BD%D1%83%D1%87%D0%BD%D0%B0%D1%8F%20%D1%88%D0%BA%D0%BE%D0%BB%D0%B0%D0%BF%D1%80%D0%B5%D0%BF%D1%80%D0%B8%D0%BD%D1%82%20\(1\).pdf](http://www.cemi.rssi.ru/publication/e-publishing/evsyukov/%D0%BD%D1%83%D1%87%D0%BD%D0%B0%D1%8F%20%D1%88%D0%BA%D0%BE%D0%BB%D0%B0%D0%BF%D1%80%D0%B5%D0%BF%D1%80%D0%B8%D0%BD%D1%82%20(1).pdf). (дата обращения: 01.09.2016 г.).

² Лушников А.М., Бугров Л.Ю. и пермская школа трудового права // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2013. № 3 (21). С. 122.

³ Бугров Л.Ю. Свобода труда и свобода трудового договора в СССР (юридический аспект). Красноярск, 1984. 128 с.

⁴ Бугров Л.Ю. Советское законодательство о переводах на другую работу: некоторые вопросы развития. Красноярск, 1980. 156 с.

⁵ Бугров Л.Ю., Варламова Ю.В., Гонцов Н.И., Худякова С.С. Творчество и трудовое право. Пермь, 1995. 131 с.

⁶ Головина С.Ю. Трудовой договор как юридическая конструкция // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2013. № 3 (21). С. 65.

⁷ Драчук М.А. Еще раз к дискуссии о трудовом договоре как источнике права (памяти Л.Ю. Бугрова) // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2013. № 3 (21). С. 84-88.

⁸ Лушников А.М., Лушникова М.В. Курс трудового права: в 2 т. М., 2009. Т. 1. С. 574.

⁹ Кашанина Т.В. Частное право: учебник. Система ГАРАНТ, 2013 г. URL: <http://www.studfiles.ru/preview/5269503/page:110/>

¹⁰ Бухалов А.В. Договор как источник частного права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2011. С. 8.

¹¹ Леиух Д.Р. К вопросу о трудовом договоре в системе источников трудового права // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2013. № 3 (21). С. 121.

¹² Бугров Л.Ю. К дискуссии о трудовом договоре как источнике права // Трудовое право в России и за рубежом. 2011. № 2. С. 53–58.

¹³ Кириллова Л.С. Роль индивидуально-договорного регулирования в обеспечении достойного труда // Российская национальная правовая система: современное состояние, тенденции и перспективы развития. Материалы международной научно-практической конференции / отв. ред. О.А. Кузнецова. 2015. С. 229–230.

¹⁴ Бугров Л.Ю. К дискуссии о трудовом договоре как источнике права. С. 53–58.

К ВОПРОСУ ОБ ОБЯЗАТЕЛЬНОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ ПРОФЕССИОНАЛЬНЫХ СТАНДАРТОВ

Среди социальных и экономических прав, провозглашенных и закрепленных в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах, трудовым правам отводится значительное место. Согласно статье 7 данного документа, в число основных трудовых прав включено в том числе, право каждого на справедливые и благоприятные условия труда, включая, в частности, одинаковую для всех возможность продвижения в работе на соответствующие более высокие ступени исключительно на основании трудового стажа и квалификации.

Понятие «квалификация» было введено в Трудовой кодекс Российской Федерации Федеральным законом от 3 декабря 2012 г. № 236-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации и статью 1 Федерального закона "О техническом регулировании"». В частности, под квалификацией работника часть первая статьи 195.1 Трудового кодекса Российской Федерации понимает уровень знаний, умений, профессиональных навыков и опыта работы работника.

С 1 июля 2016 года в Российской Федерации вступила в действие новая статья 195.3 Трудового кодекса Российской Федерации, предусматривающая обязательность применения профессиональных стандартов в части установления требований к квалификации работников в определенных случаях. Рассмотрим эти случаи более подробно.

1. Обязанность применения профессионального стандарта установлена Трудовым кодексом Российской Федерации. Так, согласно абзацу 2 части второй статьи 57 Трудового кодекса Российской Федерации РФ, если законодательство связывает с выполнением работ по конкретной должности (профессии или специальности) предоставление компенсаций и льгот либо наличие ограничений, то в таком случае в части наименования должности (профессии или специальности) и квалификационных требований к ней работодатели обязаны руководствоваться квалификационными справочниками или профессиональными стандартами. Получается, что до 1 июля 2016 г. работодатель сам решал, будет он подчиняться требованиям справочников или же профессиональных стандартов (если по трудовой функции приняты оба документа). С 1 июля 2016 г. в части требований к квалификации работников работодатель должен будет руководствоваться исключительно профессиональными стандартами.

2. Требования к квалификации работника установлены другими федеральными законами.

Например, требования к квалификации главных бухгалтеров установлены в части 4 статьи 7 Федерального закона от 6 декабря 2011 г. № 402-ФЗ «О бухгалтерском учете» в случае их трудоустройства в открытое акционерное общество (за исключением кредитных организаций), страховую организацию и негосударственный пенсионный фонд и некоторые другие организации. Также работодатель обязан применять профессиональные стандарты в отношении педагогических работников в соответствии со статьей 46 Федерального закона от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации».

3. Требования к квалификации работника установлены иными нормативными правовыми актами Российской Федерации. Полагаем, что данное положение требует уточнения законодателя в части перечня видов этих нормативных правовых актов.

Согласно пункту 16 Правил разработки, утверждения и применения профессиональных стандартов, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 22 января 2013 г. № 23 утверждение профессионального стандарта осуществляется Министерством труда и социальной защиты Российской Федерации на основании экспертного заключения Национального совета с рекомендациями о его одобрении. В этой связи возникает вопрос: можно ли отнести к тем «иным нормативным правовым актам Российской Федерации», о которых идет речь в части первой статьи 195.3 Трудового кодекса Российской Федерации утвержденные Минтрудом и опубликованные профессиональный стандарты? На наш взгляд, профессиональные стандарты не являются «иными нормативными правовыми актами Российской Федерации», о которых идет речь в вышеназванной норме, так как он опровергается нормой части второй статьи 195.3 Трудового кодекса Российской Федерации,

согласно которой характеристики квалификации, которые содержатся в профессиональных стандартах и обязательность применения которых не установлена в соответствии с частью первой настоящей статьи, применяются работодателями в качестве основы для определения требований к квалификации работников с учетом особенностей выполняемых работниками трудовых функций, обусловленных применяемыми технологиями и принятой организацией производства и труда.

Существует мнение, что к нормативным правовым актам Российской Федерации, которыми могут быть установлены требования к квалификации, необходимой работнику для выполнения определенной трудовой функции относятся законы субъектов Российской Федерации. Это значит, что требования к одной и той же квалификации будут различаться в зависимости от субъекта Российской Федерации. Мы не согласны с этой точкой зрения и полагаем, что законодатель, вводя профессиональные стандарты, стремился к единообразию требований к квалификации работника, так как, согласно пункту 6 Правил разработки, утверждения и применения профессиональных стандартов, разработка проектов профессиональных стандартов осуществляется в соответствии с утверждаемыми Министерством труда и социальной защиты Российской Федерации методическими рекомендациями по разработке профессионального стандарта, макетом профессионального стандарта и уровнями квалификаций.

Также полагаем, что к нормативным правовым актам Российской Федерации, которыми могут быть установлены требования к квалификации, необходимой работнику для выполнения определенной трудовой функции, не относятся Единый тарифно-квалификационный справочник работ и профессий рабочих и Единый квалификационный справочник должностей руководителей, специалистов и служащих.

В настоящее время применяются Квалификационный справочник должностей руководителей, специалистов и других служащих (утвержден Постановлением Минтруда России от 21 августа 1998 г. № 37) и Единые тарифно-квалификационные справочники работ и профессий рабочих по отраслям. Согласно пункту 2 Постановления Минтруда России от 21 августа 1998 г. № 37 и преамбуле Квалификационного справочника, его положения рекомендованы для применения на предприятиях, в учреждениях и организациях различных отраслей экономики независимо от форм собственности и организационно-правовых форм в целях обеспечения правильного подбора, расстановки и использования кадров. Таким образом, Квалификационный справочник носит рекомендательный характер и не является обязательным для применения. Характеристика Квалификационного справочника как рекомендательного документа была дана Минтрудом и при рассмотрении Верховным судом РФ дела о признании частично недействующим раздела II Квалификационного справочника должностей руководителей, специалистов и других служащих.

4. Работодатель принял на себя добровольное обязательство применять профессиональный стандарт, закрепив данную обязанность в коллективном договоре или локальном нормативном акте. Судебная практика уже подтверждает справедливость данного утверждения.

Полагаем, что в случае добровольного применения профессионального стандарта, а не квалификационного справочника конкретным работодателем возникает ситуация предъявления различных требований к конкретной должности, в частности к уровню образования, опыту работы, необходимым знаниям и умениям, что может повлечь за собой разные требования к содержанию понятия «деловые качества работника».

Таким образом, обязанность применения профессиональных стандартов в части установления требований к квалификации, необходимой работнику для выполнения определенной трудовой функции может быть установлена Трудовым кодексом Российской Федерации, федеральными законами, нормативными правовыми актами Российской Федерации, конкретным работодателем. На наш взгляд, требует уточнения законодателя перечень нормативных правовых актов Российской Федерации, которыми может быть установлена обязанность применения работодателями профессиональных стандартов в целях установления гарантий трудовых прав и защиты прав работников.

НЕКОТОРЫЕ ОСОБЕННОСТИ ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА ПРАВ И ИНТЕРЕСОВ МАЛОЛЕТНИХ РАБОТНИКОВ В СФЕРЕ ТРУДОВОГО ПРАВА РОССИИ

Стоит отметить, что институт представительства является характерным не только для отрасли гражданского права, но и для отраслей семейного, конституционного и трудового права. Первоначально он зародился, конечно, в сфере гражданского права. До сих пор среди ученых-цивилистов ведутся дискуссии по поводу того, что же следует считать представительством. Так, ученый-правовед Д.Б. Коротков под представительством предлагает понимать регулируемое гражданским правом организационно-информационное отношение, в рамках которого происходит реализация представителем полученного от представляемого полномочия на совершение от имени представляемого в отношении третьих лиц юридических и тесно связанных с ними фактических действий, влекущих возникновение, изменение или прекращение прав и обязанностей представляемого¹.

Представительство трудовом праве некоторые ученые рассматривают как правомерные действия уполномоченных в установленном порядке субъектов – представителей работников и представителей работодателя, совершаемые в целях защиты прав и выражения законных интересов сторон трудовых отношений, интересов государства, оптимального согласования их социально значимых интересов².

На основании ч. 4 ст. 63 ТК РФ, в организациях кинематографии, театрах, театральных и концертных организациях, цирках допускается с согласия одного из родителей (опекуна) и разрешения органа опеки и попечительства заключение трудового договора с лицами, не достигшими возраста четырнадцати лет, для участия в создании и (или) исполнении (экспонировании) произведений без ущерба здоровью и нравственному развитию.

В соответствии со ст. 63 ТК РФ, по общему правилу трудовая правосубъектность в полном объеме у работников возникает с 16 лет, что же касается малолетних лиц, то с ними трудовой договор может быть заключен лишь с согласия одного из родителей (опекуна), а также с разрешения органа опеки и попечительства. Причем трудовой договор за малолетнего работника подписывает его представитель (родитель или опекун). Указанные особенности заключения трудового договора с данной категорией работников свидетельствуют о том, что правосубъектность этих лиц ограничена законодателем. Говорить об ее отсутствии не стоит, т. к. все вышеназванные ограничения применяются в основном на стадии заключения трудового договора, в дальнейшем же малолетний гражданин является вполне полноценным работником со всеми правами и обязанностями, предусмотренными ТК РФ. Рассматриваемое ограничение трудовой правосубъектности имеет своей главной целью защиту прав и законных интересов малолетних работников, которые в силу возраста и психического развития не могут адекватно оценивать вредность и опасность той или иной трудовой функции, не способны определять, каким должно быть вознаграждение за их труд. Безусловно, следует сказать еще и о том, что малолетний работник не в состоянии самостоятельно защищать свои права. Данная обязанность возлагается на его законных представителей, как на основании ГК РФ, так и на основании ст. 64 СК РФ.

Кроме того, следует отметить, что согласно п. 1 ст. 1073 ГК РФ, за вред, причиненный малолетним, отвечают его родители (усыновители) или опекуны, если не докажут, что вред возник не по их вине. Следовательно, малолетние работники не могут отвечать за вред, причиненный своему работодателю, эта обязанность законодателем возложена на их родителей (опекунов). В силу данной правовой нормы, малолетние работники не являются деликтоспособными.

Далее, я считаю, необходимо отметить, что родитель (опекун), давая согласие на трудовую деятельность малолетнего, способствует реализации таким работником не только права на труд, но и права на образование. Вполне логичным было бы, по нашему мнению, наделить родителя (опекуна) в случае, если трудовая деятельность малолетнего является препятствием для получения им образования, инициировать прекращение трудовых отношений. Кроме того, основанием расторжения трудового договора по инициативе представителей малолетнего работника могли бы являться и иные обстоятельства: возникновение угрозы жизни и здоровью малолетнего работника; нарушение работодателем трудовых прав малолетнего работника. Отсутствие названных обстоятельств числе оснований

для прекращения трудового договора по инициативе родителя (опекуна), мы считаем, является существенным недостатком гл. 42 ТК РФ.

Таким образом, характерны следующие особенности для института представительства малолетних работников:

- 1) представитель малолетнего работника своими действиями порождает трудовое правоотношение в интересах представляемого;
- 2) представитель определяет существенные условия трудового договора, в частности содержание трудовой функции, место работы, а также другие права и обязанности малолетнего работника, вытекающие из содержания трудового договора;
- 3) родитель или опекун малолетнего работника, представляя его интересы в рамках возникшего трудового правоотношения, становится субъектом материальной или организационной ответственности за невыполнение или ненадлежащее выполнение малолетним своих трудовых обязанностей;
- 4) представитель малолетнего своими действиями может порождать и отношения, тесно связанные с трудовыми, например, отношения по защите трудовых прав и свобод малолетнего.

¹ Коротков Д.Б. Представительство как гражданское правоотношение: дис. ... канд. юрид. наук. Пермь, 2012. С. 29.

² Избиенова Т.А. Представительство в трудовом праве: вопросы теории, законодательства и практики : дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2013. С. 18.

В. В. Коробченко

*Санкт-Петербургский государственный университет,
г. Санкт-Петербург*

В. А. Сафонов

*Санкт-Петербургский государственный университет,
г. Санкт-Петербург*

ОСОБЕННОСТИ УПРАВЛЕНИЯ ТРУДОМ ПРИ НАПРАВЛЕНИИ РАБОТНИКОВ К ДРУГИМ ХОЗЯЙСТВУЮЩИМ СУБЪЕКТАМ ПО ДОГОВОРУ О ПРЕДОСТАВЛЕНИИ ТРУДА РАБОТНИКОВ (ПЕРСОНАЛА)

В свете развития нетипичных форм занятости в российской практике трудовых отношений возникло такое явление, как предоставление труда работников (персонала) другим хозяйствующим субъектам, что обусловило необходимость создания правовой основы для осуществления соответствующей деятельности. На сегодняшний день уже приняты нормы, касающиеся статуса частных агентств занятости и порядка их аккредитации, а также устанавливающие особенности регулирования труда работников, направленных временно к иным физическим или юридическим лицам по договору о предоставлении труда работников (персонала). Однако процесс формирования правового регулирования возникающих в данной сфере отношений продолжается.

При направлении работников к другим хозяйствующим субъектам (принимающей стороне) отношения между такими работниками и направившими их частными агентствами занятости, хотя и носят трудо-правовой характер, но вместе с тем обладают определенной спецификой, в том числе в части, касающейся организации и управления процессом труда этих работников. Выявление соответствующих особенностей управления трудом представляется возможным сквозь призму сформировавшихся в науке трудового права подходов к управлению трудом, выполняемых в рамках «классических» трудовых отношений.

Как отмечается в литературе, наемный труд, будучи трудом самостоятельным, осуществляемым одним лицом (работником) в сфере хозяйственной деятельности, в интересах и под руководством другого лица (работодателя), предопределяет наличие у последнего права организовывать и упорядочивать трудовую деятельность, т. е. наделение его как субъекта управления трудом рядом правомочий нормативного (право издания обязательных к исполнению нормативных актов, регулирующих взаимоотношения участников трудового процесса), диспозитивного (право давать обязательные указания работникам) и дисциплинарного (право применять меры дисциплинарного взыска-

ния за неисполнение или ненадлежащее исполнение работниками возложенных на них трудовых обязанностей) характера¹.

В случае направления работника для работы у принимающей стороны по договору о предоставлении труда работников (персонала) трудовые отношения между этим работником и частным агентством занятости не прекращаются, а трудовые отношения между работником и принимающей стороной не возникают (ч. 4 ст. 341² ТК РФ). Более того, смысл заключения трудового договора между работником и частным агентством занятости как раз и состоит в направлении работника к другому физическому или юридическому лицу для выполнения определенной трудовым договором трудовой функции в интересах, под управлением и контролем этого лица, не являющегося работодателем по данному трудовому договору.

Вместе с тем частное агентство занятости в отличие от иных работодателей не занимается организацией производственной деятельности и управлением трудом на своей территории путем образования собственных рабочих мест, в его функции входит лишь организация внешнего направления трудового процесса в интересах, под управлением и контролем иных субъектов, выступающих в качестве принимающей стороны. Иными словами, частное агентство занятости выступает только в качестве формального работодателя для направляемых им к другим хозяйствующим субъектам работников, в то время как фактическим работодателем для них становится физическое либо юридическое лицо, являющееся принимающей стороной².

Отсюда следует, что при направлении работников частным агентством занятости к другим физическим или юридическим лицам по договору о предоставлении труда работников (персонала) происходит разделение функций, связанных с управлением трудом, что, в свою очередь, обуславливает и распределение управленческих правомочий и обязанностей работодателя между частным агентством занятости и принимающей стороной. Юридическим основанием для передачи принимающей стороне отдельных правомочий работодателя и возложения на нее некоторых «работодательских» обязанностей выступает договор о предоставлении труда работников (персонала), заключаемый частным агентством занятости с соответствующим хозяйствующим субъектом.

Поскольку в рассматриваемом случае выполнение работниками определенных их трудовыми договорами трудовых функций осуществляется в сфере хозяйственной деятельности принимающей стороны, именно она и осуществляет организацию и оперативное управление производственной деятельностью, включая текущий контроль за своевременностью и качеством исполнения работниками, направленными частным агентством занятости, возложенных на них трудовых обязанностей. Исходя из этого, в обязанности принимающей стороны может быть вменено обеспечение работников оборудованием, инструментами, технической документацией и иными средствами, необходимыми для выполнения работы, создание работникам безопасных условий труда, а также обеспечение бытовых нужд, связанных с исполнением ими трудовых обязанностей (ч. 8 ст. 341² ТК РФ).

При этом принимающая сторона вправе осуществлять в отношении направленных к ней работников правомочия диспозитивного (распорядительного) характера – иное ставило бы под сомнение возможность эффективного управления производственным процессом в сфере хозяйственной деятельности соответствующего субъекта. Между тем совершение принимающей стороной распорядительных действий, влекущих за собой отклонение от нормальных условий труда и, как следствие, возникновение у таких работников права на дополнительные гарантии и компенсации за счет работодателя – частного агентства занятости (например, привлечение работников к работе за пределами установленной для них продолжительности рабочего времени, в ночное время, в выходные и нерабочие праздничные дни и т. п.) возможно лишь при условии, что это предусмотрено: а) договором о предоставлении труда работников (персонала), заключенным частным агентством занятости с принимающей стороной б) дополнительным соглашением к трудовому договору между частным агентством занятости и работником о направлении на работу к конкретному физическому либо юридическому лицу.

Что касается правомочий нормативного характера, то, по нашему мнению, в данном случае было бы более корректно поставить вопрос о распространении локальных нормативных актов, изданных принимающей стороной, на работников, направленных к ней частными агентствами занятости. Как представляется, включение таких работников своим трудом в сферу хозяйственной деятельности принимающей стороны обуславливает распространение на них тех локальных актов, которые устанавливают правила поведения работников как участников кооперированного труда (правила внутреннего трудового распорядка, инструкции по безопасности и охране труда, технические регламенты и т. п.). Заметим, что локальные нормативные акты об оплате труда работников, занятых у конкретного хозяйствующего субъекта, на работников, направленных частными агентствами занятости,

непосредственно не распространяются, однако установленные ими условия оплаты труда служат в определенном смысле «минимальным стандартом» при установлении заработной платы таких работников: как следует из ч. 2 ст. 341¹ ТК РФ условия оплаты труда по трудовому договору с работником, направляемым для работы у принимающей стороны по договору о предоставлении труда работников (персонала), должны быть не хуже, чем условия оплаты труда работников принимающей стороны, выполняющих такие же трудовые функции и имеющих такую же квалификацию.

Правомочия дисциплинарного характера не могут быть делегированы принимающей стороне, поскольку составляют исключительную прерогативу работодателя, коим для направленных работников остается частное агентство занятости. Осуществляя текущий контроль за своевременностью и качеством исполнения такими работниками возложенных на них трудовых обязанностей, принимающая сторона вправе лишь известить частное агентство занятости о допущенных работниками нарушениях для решения вопроса о принятии к ним мер дисциплинарного характера. При этом необходимо учитывать, что днем обнаружения проступка, с которого начинается течение месячного срока для применения дисциплинарного взыскания, считается день, когда лицу, которому по работе (службе) подчинен работник, стало известно о совершении проступка, независимо от того, наделено ли оно правом наложения дисциплинарных взысканий (п. 34 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2). Очевидно, что в рассматриваемом случае таковым является лицо, состоящее в трудовых отношениях с принимающей стороной. В то же время обязанность затребовать от работника письменное объяснение до применения дисциплинарного взыскания возлагается на работодателя, т. е. на частное агентство занятости. От исполнения этой обязанности частное агентство занятости не освобождает и факт представления работником объяснения должностному лицу принимающей стороны.

В рамках исполнения возложенной на частное агентство занятости как на работодателя обязанности по предоставлению работникам, направляемым им к другим хозяйствующим субъектам, работы по обусловленной трудовой функции, оно должно осуществлять общий контроль за соответствием фактического использования принимающей стороной труда направленных работников трудовым функциям, определенным заключенными с ними трудовыми договорами, а также за соблюдением принимающей стороной норм трудового права (ч. 10 ст. 341² ТК РФ). Кроме того, на частное агентство занятости возлагаются обязанности по своевременной оплате труда работников (включая компенсации за работу с вредными и (или) опасными условиями труда, если работник направляется на работу в соответствующих условиях), и ведение кадрового делопроизводства (ч. 2 и 3 ст. 341², ч. 9 ст. 341² ТК РФ).

Таким образом, при распределении управленческих правомочий и обязанностей работодателя между частным агентством занятости и принимающей стороной объем правомочий и обязанностей принимающей стороны должен быть определен так, чтобы, с одной стороны, обеспечить интеграцию направленных работников в процесс хозяйственной деятельности принимающей стороны и, с другой стороны, не допустить ухудшения положения указанных работников по сравнению с условиями, определенными в заключенных между ними и направившими их частными агентствами занятости трудовых договорах и дополнительных соглашениях о направлении на работу к конкретному физическому либо юридическому лицу. При этом такое распределение не должно приводить к искажению самой сути трудовых отношений, существующих лишь между направленными работниками и частными агентствами занятости.

¹ Курс российского трудового права. В 3 т. Т. 1: общая часть / под ред. Е.Б. Хохлова. СПб., 1996. С.84, 414–415.

² Зайцева О.Б. Частные агентства занятости в России: особенности правового статуса // Трудовое право в России и за рубежом. 2016. № 2. С.27–28.

О ВОЗДЕЙСТВИИ ПРОФСОЮЗОВ НА ТРУДОВЫЕ И СЛУЖЕБНЫЕ ПРАВООТНОШЕНИЯ В ПЕРИОД РЫНОЧНОЙ ЭКОНОМИКИ

В условиях рыночной экономики возрастает значение профсоюзных организаций, которые являются одним из способов защиты трудовых прав работников: осуществляют не только контроль и надзор за соблюдением трудового законодательства, но и организуют мероприятия в правовых формах (митингах, шествиях, демонстрациях, обсуждение профсоюзами проблем правового регулирования труда в СМИ). В связи с этим показателен следующий пример. Так, 14 марта 2013 г. в Пермском филиале ООО «Нестле Россия» подписанием Соглашения между администрацией предприятия и профсоюзом завершились переговоры о приеме (переводе) в постоянный штат предприятия членов профсоюза, сотрудников «Келли Сервисез». Стороны договорились о том, что все 160 членов профсоюза из частного агентства заемного труда будут приняты в штат фабрики посредством прямого найма по бессрочным и срочным трудовым договорам.

После продолжительных и непростых переговоров и совместной оценки потребности в постоянных работниках на различных участках производства профсоюзная организация и работодатель договорились о том, что с учетом квалификации, стажа и социального положения работников 87 членов профсоюза получают постоянные трудовые договора. 73 члена профсоюза будут приняты по прямым срочным договорам и получают приоритетное право занимать вновь создаваемые постоянные рабочие места. Стороны договорились в течение 2013 г. совместно разработать механизм оценки потребности предприятия в постоянных работниках в будущем. Соглашение также предполагает, что на вновь принятых сотрудников будут распространяться все социальные льготы, предусмотренные действующим коллективным договором. Предложения о работе поступят работникам в соответствии с планом приема. Профком целенаправленно и последовательно добивался искоренения практики применения заемного труда на предприятии¹.

Интересным и полезным видится развитие отношений коллективных субъектов (социальных партнеров) на государственной службе, в том числе и в уголовно-исполнительной системе. В.М. Манохин, определяя роль службы в обществе, отмечает, что она является не переменным элементом и условием жизнедеятельности любой общественной организации². Д.Н. Бахрах определяет службу как один из видов платной общественной деятельности, которая состоит в управлении, обслуживании людей – делопроизводственном, техническом, социально-культурном и другом. Особенностью государственной службы является совокупность признаков, в которую, в частности, входят: осуществление на возмездных началах, применение властных полномочий в чужом интересе, с участием особого субъекта (служащего), объекта (человека), предмета (информации), в процессе службы создаются не материальные ценности, а условия для их производства³.

Между тем система социального партнерства на государственной службе имеет свою специфику, обусловленную ее публичным характером, связанным с исполнением полномочий органов государственной власти, наличием отношений субординации для эффективной деятельности.

Под публичным характером государственной службы следует понимать то, что посредством нее реализуется публичная, прежде всего государственная, власть. В этом случае работодателем для гражданина выступает государство через представителя нанимателя (руководителя государственного органа).

Сфера распространения социального партнерства на отношения по прохождению государственной службы зависит от ее конкретного вида. Так, государственная правоохранительная служба, представляющая собой профессиональную служебную деятельность граждан на соответствующих должностях в государственных органах, службах и учреждениях, выполняющих функции по обеспечению безопасности, законности и правопорядка, по борьбе с преступностью, по защите прав и свобод человека и гражданина, объективно порождает ограничения на распространение правовых норм о социальном партнерстве, при этом вовсе не исключая его для согласования интересов сторон⁴.

Конституция РФ 1993 г.⁵ в ст. 30 гарантирует каждому право на объединение, включая право создания профессиональных союзов для защиты своих интересов. Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г.⁶, Конвенция МОТ № 87 относительно свободы ассоциаций и защиты права на организацию от 9 июля 1948 г.⁷ закрепляют возможность установления законных

ограничений пользования правом на ассоциацию (объединение) для лиц, входящих в состав вооруженных сил и полиции.

Право на объединение, закрепленное в Конституции РФ, отражается и в федеральных законах, выступая как соотношение целого и части.

На основании п. 12 ст. 14 Федерального закона «О государственной гражданской службе»⁸ (далее – Закон) государственный гражданский служащий имеет право на членство в профессиональном союзе. Этот закон создает правовые условия для функционирования социально-партнерских отношений. Так, в силу п. 4 ст. 56 Закона служебный распорядок государственного органа утверждается представителем нанимателя с учетом мнения выборного профсоюзного органа данного государственного органа. На основании ст. 59 проведение служебной проверки поручается подразделению государственного органа по вопросам государственной службы и кадров с участием юридического (правового) подразделения и выборного профсоюзного органа данного государственного органа. Статья 70 закрепляет, что комиссия государственного органа по служебным спорам образуется решением представителя нанимателя из равного числа представителей выборного профсоюзного органа данного государственного органа и представителя нанимателя.

По поводу организации и функционирования социально-партнерских отношений на государственной правоохранительной службе законодатель более лаконичен. Помимо ст. 28 ТК РФ устанавливаются общие положения о праве государственных правоохранительных служащих ОВД на объединение и защиту прав и законных интересов без каких-либо специальных ограничений. Данное право закрепляется, в частности, п. 22 ч. 1 ст. 11 ФЗ «О службе в органах внутренних дел Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁹ (далее – ФЗ о службе в ОВД), которым гарантируется право на создание и участие в деятельности общественных объединений, не преследующих политические цели, в свободное от выполнения служебных обязанностей время, если это не влечет за собой возникновение конфликта интересов; ст. 31 ФЗ «О полиции»¹⁰, устанавливающей право сотрудников полиции на объединение в профессиональные союзы (ассоциации) в целях представительства и защиты своих социально-трудовых прав и интересов. При этом право на объединение данной категории государственных служащих ограничено в части запрета на членство в политических партиях.

Отечественное законодательство в настоящее время должным образом не закрепляет особенностей социального партнерства в сфере труда на государственной службе. В связи с этим при регулировании отношений социального партнерства следует применять ст. 11 ТК РФ, закрепляющую применение трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права, к другим отношениям, связанным с использованием личного труда, если это предусмотрено Трудовым кодексом или иным федеральным законом; ч. 2 ст. 3 ФЗ о службе в ОВД, в силу которой в случаях, не урегулированных правовыми актами РФ к правоотношениям, связанным со службой в ОВД, применяются нормы трудового законодательства.

Следует отметить, что законодательством специальным образом не урегулирован как порядок создания профессиональных союзов в органах внутренних дел для представления интересов работников (служащих) на разных уровнях социального партнерства в целях осуществления коллективно-договорного регулирования, так и объем гарантий членов профессиональных союзов.

Представляется, что коллективные переговоры по подготовке проектов коллективных договоров, соглашений и заключению коллективных договоров, соглашений как одна из форм социального партнерства являются наиболее эффективным способом защиты социально-трудовых прав правоохранительных служащих, позволяют повысить уровень социальных гарантий в целом.

¹Официальный сайт Пермского краевого совета профсоюзов. URL: <http://www.permsovprof.ru/content/prof-help> (дата обращения: 15.01. 2016 г.).

²Манохин В.М. Служба и служащий в Российской Федерации. М., 1997. С. 9.

³Бахрах Д.Н. Административное право. М., 1997. С.101-102.

⁴Кудрин С.М. О некоторых правовых проблемах социального партнерства на государственной службе // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2014. Вып. 2(24). С. 192–197.

⁵Конституция Российской Федерации // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2009. №4, ст. 445.

⁶Бюллетень Верховного Суда РФ.1994. № 12.

⁷Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. М., 1960. Вып. XIX.

⁸Собр. законодательства Рос. Федерации. 2004.№ 31, ст. 3215.

⁹Собр. законодательства Рос. Федерации. №49 (ч.1), ст.7020.

¹⁰Там же. №7, ст. 900.

К ВОПРОСУ О ТЕОРЕТИЧЕСКИХ И ПРАКТИЧЕСКИХ АСПЕКТАХ СОЦИАЛЬНОГО ПАРТНЕРСТВА НА ГОСУДАРСТВЕННОЙ СЛУЖБЕ

В период реформирования государственной службы Российской Федерации особую актуальность и научно-практический интерес приобретает распространение норм трудового права на отношения, связанные с прохождением государственной службы (гражданской, правоохранительной и военной), и согласование интересов граждан, проходящих государственную службу, и государства. Нормативным выражением такого согласования выступает социальное партнерство в сфере труда.

Согласованию интересов и сглаживанию социальных противоречий между наемным (несамостоятельным) трудом и капиталом на современном этапе общественного развития способствует социальное партнерство. Разделяем точку зрения И.О. Снигиревой о том, что «социальное партнерство – многоплановое явление, которое может быть охарактеризовано с политической, экономической, правовой точек зрения»¹. При этом следует отметить, что Трудовой кодекс Российской Федерации (далее – ТК РФ) отражает лишь один компонент социального партнерства – социально-трудовые отношения, о чем свидетельствует и название раздела – «Социальное партнерство в сфере труда». Полагаем, что система социального партнерства – это более широкое понятие, охватывающее все взаимодействия между собственниками средств производства и представителями наемного труда. На наш взгляд, социальное партнерство – это совокупность правовых, политических, экономических, социокультурных явлений, направленных на согласование интересов субъектов публичной власти в лице государства и органов местного самоуправления, собственников средств производства и представителей наемного труда для сглаживания социальных противоречий и обеспечения устойчивого общественного развития.

Основываясь на данном определении, считаем возможным распространение системы социального партнерства на все общественные отношения по поводу применения наемного труда, в том числе по поводу прохождения государственной службы.

Между тем система социального партнерства на государственной службе имеет свою специфику, обусловленную ее публичным характером, связанным с исполнением полномочий органов государственной власти, необходимостью отношений субординации для эффективной деятельности.

Под публичным характером государственной службы следует понимать то, что посредством нее реализуется публичная, прежде всего государственная власть.

Представляется, что публично-правовой характер государственной службы способствует видоизменению объективной свободы индивида, установлению ее пределов, нормативно оформляя ее явлением «правовой статус государственного служащего».

Сфера распространения социального партнерства на отношения по прохождению государственной службы зависит от вида службы. Так, государственная правоохранительная служба, которая представляет собой профессиональную служебную деятельность граждан на соответствующих должностях в государственных органах, службах и учреждениях, осуществляющих функции по обеспечению безопасности, законности и правопорядка, по борьбе с преступностью, по защите прав и свобод человека и гражданина, объективно порождает ограничения на распространение правовых норм о социальном партнерстве, при этом вовсе не исключая его существования для согласования интересов сторон.

По этой причине статья 28 Трудового кодекса РФ определяют особенности применения норм о социальном партнерстве к государственным гражданским служащим, муниципальным служащим, работникам военных и военизированных органов и организаций, органов внутренних дел, Государственной противопожарной службы, учреждений и органов безопасности, органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, органов уголовно-исполнительной системы, таможенных органов и дипломатических представительств Российской Федерации, которые устанавливаются федеральными законами.

Конституция РФ 1993 г. в ст. 30 гарантирует каждому право на объединение, включая право создания профессиональных союзов для защиты своих интересов. Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г., Конвенция МОТ № 87 относительно свободы ассоциаций и за-

щиты права на организацию от 9 июля 1948 г. закрепляют возможность установления законных ограничений пользования правом на ассоциацию (объединение) для лиц, входящих в состав вооруженных сил и полиции².

Право на объединение, закрепленное в Конституции РФ, отражается и в федеральных законах, выступая как соотношение целого и части.

Следует отметить, что законодательством специальным образом не урегулирован как порядок создания профессиональных союзов в органах внутренних дел для представления интересов работников (служащих) на разных уровнях социального партнерства в целях коллективно-договорного регулирования, так и объем гарантий членов профессиональных союзов.

Однако такое субсидиарное регулирование не решает главную проблему: специфика отношений есть, но она «размыта» как по различным источникам, так и по отраслям права.

На практике даже акты социального партнерства одного порядка, регулирующие социально-партнерские отношения на одном уровне, зачастую, различные. Например, в организациях системы МВД России Челябинской области, служебных контрактов и трудовых договоров с гражданскими служащими и работниками организаций системы МВД России по Челябинской области (в то же время в рамках МВД России действует «Отраслевое соглашение по организациям, учреждениям, подразделениям и органам внутренних дел Российской Федерации на 2015–2017 гг.»), а в Москве – «Коллективный договор Главного управления Министерства внутренних дел Российской Федерации по городу Москве». Не одинаков и субъектный состав социальных партнеров. Так, тот же «Коллективный договор Главного управления Министерства внутренних дел Российской Федерации по городу Москве» распространяется не только на работников, но и на сотрудников – членов профсоюза. В Волгоградской области аналогичный правовой акт распространяется только на работников и работодателей.

Российским законодательством специальным образом не урегулирован как порядок создания профессиональных союзов на государственной службе для представления интересов работников (служащих) на разных уровнях социального партнерства в целях коллективно-договорного регулирования, так и объем гарантий членов профсоюзов, предусмотренных ст. 374, 376 ТК РФ.

Что касается оснований ответственности социальных партнеров, то она может конкретизироваться актами социального партнерства. Например, в силу п. 9.2. «Отраслевого соглашения по подразделениям УФСИН России по Ставропольскому краю на 2015–2017 гг.» предусматривается, «что должностные лица, виновные в нарушении законодательства о труде и правил по охране труда, в невыполнении обязательств по охране труда, предусмотренных Соглашением, или в воспрепятствовании деятельности представителей органов государственного надзора контроля за соблюдением требований охраны труда, а также органов общественного контроля, несут ответственность в соответствии с законодательством». Дополняет эту норму п. 9.3. данного Соглашения: «Должностные лица, виновные в нарушении прав профсоюза или препятствующие его законной деятельности, несут ответственность в порядке, установленном законодательством».

Таким образом, считаем необходимым принятие специального раздела в ТК РФ, регулирующего деятельность профсоюзов на государственной службе, а также федерального закона о социальном партнерстве в РФ, где нормы о различных видах ответственности социальных партнеров будут сконцентрированы в одном источнике.

¹ Снигирева И. О. Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. К.Н. Гусова. М.: ТК Велби: Проспект, 2006. С. 73.

² См. об этом подробнее: Кудрин С.М. О международном и зарубежном правовом регулировании социального партнерства на государственной службе // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2014. Вып. 4(26). С. 203–210.

СОЦИАЛЬНОЕ ОБСЛУЖИВАНИЕ ЛИЦ ПОЖИЛОГО ВОЗРАСТА В ШВЕЦИИ: ПРАВОВЫЕ И ОРГАНИЗАЦИОННЫЕ ОСОБЕННОСТИ

Швеция является одной из самых густонаселенных стран Европы. Население Швеции составляет более 9,5 млн. человек, по территории она занимает 5-е место среди государств Европы¹. На сегодняшний день многие ученые сходятся во мнении, что в Швеции действует одна из наиболее прогрессивных систем социального обеспечения (англ. *social welfare* – это устойчивый термин, более точный перевод – «социальное благосостояние»).

Для того чтобы понять суть системы социального обслуживания пожилых лиц в этом государстве, стоит, на наш взгляд, обратиться к истории развития социальной политики, системы социального обеспечения, к характерным чертам так называемой «Шведской модели».

В начале XX в. Швеция была бедной аграрной страной, но наличие природных ресурсов (железная руда, лес, пр.), позволило экономике Швеции в дальнейшем стремительно развиваться. В стране произошел и демократический прорыв, связанный с приходом к власти социал-демократов. Уже тогда стали оформляться идеи системы социального благополучия (*social welfare system*) и защиты человека «от колыбели до могилы»².

Современная система социального обеспечения в Швеции или «Шведская модель», возникла благодаря кризису 1920–1930 гг. Считается, что на тот момент государство избрало для себя так называемый «третий путь» развития, некую золотую середину в развитии между капитализмом и социализмом, сочетая в социально-экономической системе элементы обоих режимов. Активное развитие система социальной защиты в Швеции приходится на 1950–1960 гг. Законодательство было полностью обновлено, Закон о бедности 1847 г. (*The Poor Law*) был отменен, вместо него был принят целый ряд нормативно-правовых актов, которые были нацелены на укрепление существующей системы социальной защиты, главными идеями и целями которой были всеобщее равенство, полная занятость, выравнивание доходов и обеспечение экономической безопасности³. Есть мнение, что Швеция стала в мире идеальным государством всеобщего благосостояния.

В 1970–1980 гг. систему стали критиковать, роль публичного сектора стала снижаться. Централизованное регулирование социального обслуживания было отменено. В 1991 г. была объявлена приватизация социальных услуг в Швеции. Эти процессы продолжаются в Швеции до сих пор, государство отдалается от системы институционального регулирования сферы социальных услуг.

Кратко рассмотрев истоки вопроса, можно перейти непосредственно к анализу системы социального обслуживания пожилых лиц в Швеции. Приведем некоторые статистические данные: в Швеции продолжительность жизни у женщин около 83 лет, мужчин – 79 лет. Это после Японии самый высокий уровень продолжительности жизни в мире. В последние годы количество пожилых лиц в государстве значительно выросло, в особенности тех, кому больше 80 лет⁴. Кроме того, согласно данным Организации экономического сотрудничества и развития, 18% шведов сейчас в возрасте 65 лет и старше⁵.

Шведы сконцентрированы, в основном, на обеспечении лицам пожилого возраста достойного уровня жизни наравне с остальными и возможности активно участвовать в общественной жизни.

В области социального обслуживания в Швеции действует несколько законов, регулирующих указанную сферу. Среди них можно выделить два основных: Закон о социальном обслуживании 2001 г. (до этого действовал закон с аналогичным названием, но принятый еще в 1982 г.) и Закон о здравоохранении и медицинском обслуживании 1983 г.

Согласно этим нормативно-правовым актам все подданные Швеции пользуются равными правами на социальное обслуживание, заботу, поддержку со стороны государства и финансовую безопасность; провозглашается принцип конфиденциальности оказания услуг; государство ежегодно выделяет субсидии на развитие сферы социального обслуживания, несмотря на то, что основная нагрузка приходится на муниципальные власти; получатели социальных услуг имеют право обратиться в суд с жалобой как по поводу финансовой стороны обслуживания, так и по поводу некачественно оказанных услуг, такая процедура носит название «административное обжалование». Есть и

другие особенности, которые заслуживают отдельного рассмотрения, однако формат данной статьи не позволяет сделать это.

Организационные основы социального обслуживания пожилых лиц регламентированы в названных выше актах, в основном, в Законе о социальном обслуживании. Итак, социальное обслуживание в целом в Швеции представлено следующей системой: на национальном уровне существует Министерство здравоохранения и социальных вопросов (Ministry of Health and Social Affairs), которое отвечает за установление стандартов в области социального обслуживания, требований к его качеству и определение общей политики в этой сфере. На региональном уровне, в ленах (административная единица Швеции, всего их 21) существуют так называемые ландстинги – представительные органы округов (региональные думы), которые отвечают за региональное планирование и реализацию норм по обеспечению здравоохранения (медицинское обслуживание). Решение всех других вопросов организации социального обслуживания пожилым лицам полностью возложены на муниципалитеты (290 в Швеции), а государство и частный сектор обеспечивают необходимые услуги этим лицам⁶. Нужно отметить, что практически все полномочия в социальной сфере сосредоточены на муниципальном уровне, так организована социальная система в этом государстве.

По данным сайта «Swedish HealthCare» муниципалитеты предоставляют пожилым нуждающимся лицам разные виды услуг, например, проживание в центрах обслуживания, помощь по дому, проживание в домах престарелых разного уровня, транспортные услуги, места для дневных встреч (граждане могут посещать такие места для групповых занятий, обедов и пр.), медицинские услуги на дому, а также проживание в реабилитационных центрах⁷. При этом в силу того что муниципалитеты на это имеют право, сегодня отмечается тенденция передачи оказания услуг лицам пожилого возраста в «частные руки», т. е. частным поставщикам. Число частных поставщиков социальных услуг растет. Кроме того, в Швеции есть и так называемые гибридные формы работы муниципалитетов и частных поставщиков. Таким образом, в стране предусмотрены разные варианты оказания социальных услуг пожилым лицам: муниципалитетами, частными поставщиками социальных услуг, государством и частными поставщиками совместно на основании соглашения между ними. Кроме того, в Швеции распространена система тендеров на оказание социальных услуг.

Исследователи отмечают такую особенность: в связи с сокращением бюджетного финансирования сферы социального обслуживания пожилые граждане стали предпочитать жизнь в семье, больше полагаться на поддержку близких. Это было отражено и в Законе о социальном обслуживании: в нем урегулирован вопрос о поддержке родственников лиц, нуждающихся в поддержке, которые ухаживают за ними. Кроме того, законодательно закреплена обязанность местных властей создавать пожилым лицам условия жизни, которые бы позволяли минимально перемещать их в социальные учреждения для пожилых, приоритетным же является домашний уход.

Социальное обслуживание пожилых лиц в Швеции находится на очень высоком уровне, обеспечивается это во многом четким правовым регулированием и наличием налаженной организационной структуры. Примечательно в этой системе следующие: полная организационная ответственность местных властей; возможность обращения в суд с жалобой на неудовлетворительное обслуживание; приоритет домашних форм ухода за лицами пожилого возраста; эффективное сотрудничество государства и частного сектора при наличии государственного контроля за сферой социального обслуживания.

Конечно, стоит также назвать и другие факторы, обуславливающие успешность такой системы, в частности, исторические условия, менталитет, др.

Социальная система Швеции довольно часто интересует специалистов из других стран. Однако исследований в этом аспекте на русском языке практически нет, хотя Россия могла бы перенять некоторый шведский опыт в этом направлении.

¹ *Statistics Sweden*. URL: <http://www.scb.se/en/> (дата обращения 08.03.2016)

² *Holosko Michael J., Holosko Ann Deborah, Spencer Katherine* Social Services in Sweden // Overview of Policy Issues, Devolution, and Collaboration. <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/19371910802595299>: Social Work in Public Health. Special Issue: Global Realities of Social Policy: The Devolution Revolution. 2009. Vol.24. P. 210–234.

³ *Tallin Health Care College*. URL: http://www.ttk.ee/public/Sweden_Elders.pdf (дата обращения: 16.03.2016).

⁴ *Elderly Care in Sweden*. URL: <https://sweden.se/society/elderly-care-in-sweden/> (дата обращения: 16.03.2016).

⁵ *OECD. Data*. URL: <https://data.oecd.org/sweden.htm> (дата обращения: 20.03.2016).

⁶ *Holosko Michael J., Holosko Ann Deborah, Spencer Katherine* Social Services in Sweden // Overview of Policy Issues, Devolution, and Collaboration // <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/19371910802595299>: Social Work in Public Health. Special Issue: Global Realities of Social Policy: The Devolution Revolution. 2009. Vol.24. P.210-234

⁷ *Swedish HealthCare. Elderly Care in Sweden.* URL: <http://www.swedishhealthcare.com/elderly-care-in-sweden-study-tour/> (дата обращения: 21.03.2016)

А. М. Лушников

*Ярославский государственный университет им. П. Г. Демидова
г. Ярославль*

СОЦИАЛЬНЫЕ ДОГОВОРЫ В ПРАВЕ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМЫ

Не отрицая необходимости создания общеправовой теории договоров, считаю более перспективным и актуальным создание отраслевых и межотраслевых договорных теорий. Выработанное в рамках гражданского права учение о договорах служит отправной точкой, но не может быть калькировано для отраслевых учений. При этом в настоящее время наметились группы договорных общественных отношений, в которых нормы гражданского права взаимодействуют и даже конкурируют с нормами других отраслей. Это касается брачных, трудовых договоров с руководителями организаций и др. При этом надо иметь в виду, что в таких отношениях договорная свобода сторон в значительной мере ограничена специальными нормами, а в отдельных случаях и публично установленным порядком управления. Напомним, что обоснование особой правовой природы трудового договора и предпосылки обособления отрасли трудового права известным российским ученым Л.С. Талем было проведено именно в рамках цивилистического исследования¹.

Одной из причин кризисных явлений в российской правовой науке было ослабление межотраслевых связей в теоретических исследованиях. Излишняя вера в «уникальность и неповторимость» той или иной отрасли права или правового института привела к тому, что ученые уделяли явно недостаточно внимания работам специалистов других отраслевых дисциплин. В этой связи «пограничные» с предметами этих отраслей области были мало исследованы либо предпринималась попытка их одностороннего включения в «свой» предмет изучения. Яркий пример – изучение в течение длительного времени феномена договоров почти исключительно в рамках гражданского права и попытка отнесения практически любых частных договоров к числу гражданско-правовых. Это явная передержка с претензией на универсальность. Не случайно в настоящее время не только специалисты по теории права, но и специалисты по отраслевым наукам, предлагают уделять большее внимание созданию общей теории договора². В то же время создание общеправовой теории договоров невозможно без разработки отраслевых теорий. Это тем более важно, что число договорных отношений возрастает практически во всех отраслях права.

Полагаю, что имеются все основания для выделения особой группы договоров, регулирующих социальную сферу³. Условно их можно назвать социальными договорами.

На наш взгляд, социальные договоры имеют следующие признаки:

1. Они регулируют общественные отношения, складывающиеся в сфере, которую мы обозначили как социальное право. Эта сфера имеет три критерия:

- политический, обусловленный тем, что он связан с повышенной социально-политической напряженностью, общественной значимостью. В качестве задачи выступает обеспечение каждому права на достойное существование;

- социальный, обусловленный наличием солидарности между людьми (солидарности между поколениями, профессиональной солидарности, семейной солидарности и др.), необходимость в этой связи обеспечения социальной справедливости и равенства возможностей;

- правовой, связанный с закреплением, изменением, прекращением и защитой социальных прав.

2. Социальные договоры имеют ярко выраженную личностную составляющую. Во-первых, они регулируют преимущественно личные неимущественные отношения, и даже если в них присутствует имущественная составляющая, то она тесно связана с этими неимущественными отношениями. Во-

вторых, возникшие по социальному договору права и обязанности не могут быть переданы, по общему правилу, другому лицу, если иное прямо не предусмотрено законом.

3. Такие договоры регулируются нормами социального законодательства. При этом данное законодательство носит комплексный характер и определяется наличием социального права и его трех вышеуказанных критериев. В этой связи такие традиционные отраслевые критерии, как предмет и метод, должны в данном случае иметь подчиненное значение.

В настоящее время социальное законодательство, регулирующее социальные договоры можно обозначить следующим перечнем: социально-обеспечительное законодательство; трудовое законодательство; семейное законодательство, жилищное законодательство; законодательство об образовании, о культуре. Сразу оговоримся, что этот перечень не произвольный. Он опирается на Всеобщую декларацию прав человека 1948 г. (ст.16, 22-27) и Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах 1966 г. (ст.7-15)⁴.

На наш взгляд, к числу социальных договоров могут быть отнесены и целый ряд других: ипотечные, некоторые кредитные договоры (потребительский кредит и др.), социальный найм жилья и др. Юридический критерий для их выделения тот же – связь с социальными правами человека.

4. Правовая природа и структура социального договора предопределяется сущностью и правовой природой регулируемых общественных отношений. При этом автономия воли сторон существенно ограничена соответствующим социальным законодательством и наличием, как правило, минимальных социальных стандартов, которые носят императивный характер и не могут быть преодолены соглашением сторон. В таких договорах, как правило, отсутствует в полном объеме не только автономия воли, но также правовое равенство и имущественная самостоятельность сторон.

5. Поскольку социальные отношения в той или иной мере основаны на единстве частных и публичных начал, то социальные договоры должны обеспечивать это самое единство. В этой связи данные договоры могут заключаться с участием государственных органов или агентов (уполномоченных представителей) государства или, по меньшей мере, осуществляются под контролем государства. Это может предполагать наличие специальных контролирующих органов (органы юстиции, инспекция труда, комиссии по делам несовершеннолетних, органы опеки и попечительства и др.).

6. Порядок заключения, изменения и прекращения социальных договоров определяется социальным законодательством. При этом сами виды социальных договоров также прямо закрепляются социальным законодательством, и никакие иные «непоименованные» социальные договоры не допускаются. Условия таких договоров, обязанность сторон вступить в такие договоры предусматриваются нормативно-правовыми актами, существенно ограничивают свободу договора.

Так, согласно ГК РФ (ст.672) в государственном и муниципальном жилищном фонде социального назначения жилые помещения предоставляются гражданам по договору социального найма жилого помещения. Эти договоры заключаются на основании и в порядке, предусмотренном жилищным законодательством. К этому договору применяются нормы гражданского законодательства, если иное не предусмотрено жилищным законодательством. В соответствии с жилищным законодательством такое жилое помещение предоставляется малоимущим гражданам в соответствии с установленными нормами предоставления площади и основаниями признания граждан, нуждающихся в жилых помещениях (ст. 49 ЖК РФ).

Таким образом, к числу социальных договоров, несомненно, можно отнести и договоры в сфере социально-обеспечительного, трудового и семейного законодательства. Они составляют своеобразное ядро, основу социальных договоров. Трудовые договоры, коллективные договоры и соглашения являются типичной разновидностью социальных договоров. Платные услуги в системе социального обслуживания оказываются на основе социально-обеспечительного договора о предоставлении социальных услуг. Существенным условием этого договора является стоимость услуг. По Закону⁵ порядок расчета стоимости социальных услуг по их видам и формам социального обслуживания на основании подушевых нормативов финансирования социальных услуг утверждается уполномоченным органом субъекта Федерации. Этот договор порождает социально-обеспечительные, а не гражданско-правовыми отношения.

Между тем названный подход к содержанию рассматриваемых правоотношений не разделяется рядом авторов. Так, А.В. Барков необоснованно настаивает на признании института социального обслуживания институтом частного права, обладающим некоторой спецификой, обусловленной пограничной близостью с правом социального обеспечения, требующим преимущественно дозволительного режима правового регулирования. Он также делает вывод, что правовой институт социального обслуживания эволюционирует в направлении сближения с отраслью гражданского права. Ученый весьма умозрительно выделяет комплексный межотраслевой частноправовой институт соци-

ального обслуживания, регулирующий два блока общественных отношений: по социальному содействию (оказанию социальных услуг) и социальной поддержке (социальной помощи), требующих различных режимов правового регулирования. В первом случае речь идет о гражданско-правовом договоре, во втором – о формах социального обеспечения⁶.

Однако автор этой концепции не учитывает, что посредством предоставления социальных услуг осуществляется удовлетворение и защита общественного интереса, что обуславливает публичность социальной услуги как составной части социальной политики государства, направленной на реализацию и защиту социальных прав граждан (прав «второго поколения»). В силу этого притязание гражданина в конечном итоге обращено не к конкретному услугодателю, а к обществу и государству⁷.

Между тем и в гражданском праве можно обособить категорию договоров социальной направленности, которые рассматриваются цивилистами в рамках концепции социального предназначения предпринимательства⁸ или концепции правового регулирования рынка социальных услуг, обосновывается необходимость разработки законопроекта «О социальном предпринимательстве», в котором бы закреплялись меры межсекторного взаимодействия и развития некоммерческого сектора, государства и бизнеса⁹.

¹ См.: Таль Л.С. Трудовой договор. Цивилистическое исследование. Ярославль, Ч. 1. 1913; Ч. 2. 1918.

² См., например: Бугров Л.Ю. Трудовой договор в России и за рубежом. Пермь, 2013. С.128–129 и др.

³ См.: Лушников А.М., Лушникова М.В., Тарусина Н.Н. Социальные договоры в праве. М., 2016.

⁴ См.: Всеобщая декларация прав человека (официальный текст). М., 1996; Международные пакты о правах человека: Сборник документов. СПб., 1993.

⁵ Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации: Федер. закон от 28 дек. 2013 г. № 442 // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. № 52 (ч.1), ст.7007.

⁶ Барков А.В. Договор как средство правового регулирования рынка социальных услуг. М., 2008.

⁷ Субботин Г.В. Социальная услуга как проблема общей теории государства и права // Адвокат. 2011. № 2. С. 52–59.

⁸ См.: Гришина Я.С. Социальное предпринимательство как инновационно-правовая модель обеспечения социально-имущественных потребностей. Саратов, 2012.

⁹ См.: Барков А.В. О некоторых тенденциях развития российского законодательства о социальном предпринимательстве //Пятый Пермский конгресс ученых-юристов (г. Пермь, 24-25 октября 2015 г.): избранные материалы. М., 2015 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

М. В. Лушникова

*Ярославский государственный университет им. П. Г. Демидова
г. Ярославль*

СПОСОБЫ ЗАКРЕПЛЕНИЯ ДОГОВОРНЫХ КОНСТРУКЦИЙ В ПРАВЕ СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

Договор является универсальным способом регулирования общественных отношений. Сфера его применения не ограничивается частными отраслями, институт договоров присутствует и в публичных отраслях. Юридическая конструкция договора носит вторичный характер по отношению к порождаемым им правоотношениям. Так, имущественные гражданско-правовые отношения опосредуются классическим договором, основанным на равенстве сторон и автономии их воли. В свою очередь, финансовые правоотношения предполагают форму публичного административного договора, в котором воля сторон существенно ограничена законом. Сегодня теории и конструкции отраслевых договоров весьма активно разрабатываются в публичных или иных отраслях права. К сожалению, в теории права социального обеспечения этого не происходит, поэтому возьмем на себя смелость, конечно, не решить эту проблему, но хотя бы определить направления ее решения и определиться со способами закрепления договорных конструкций в названной отрасли¹.

Полагаю, что в отраслях, имеющих сложную публично-частную природу, таких, как право социального обеспечения, договорные конструкции по воле законодателя закрепляются в отраслевом законодательстве тремя способами.

В соответствии с первым способом договор в сфере социального обеспечения регулируется гражданским законодательством, но с учетом особенностей, предусмотренных законодательством о социальном обеспечении. В этом случае договорные отношения включаются в предмет гражданского права, однако входят в сферу действия специальных норм права социального обеспечения. Напомним, что как в общей теории права, так и в теории трудового права разграничиваются понятия «предмет отрасли права» и «сфера действия (применения) норм» этой отрасли права. Нормы права социального обеспечения могут применяться субсидиарно к договорным гражданско-правовым отношениям. При этом применение норм права социального обеспечения в субсидиарном порядке расширяет не предмет правового регулирования, а сферу его действия.

На наш взгляд, именно такой подход необходим применительно к правовому регулированию следующих видов личного страхования: страхование жизни на случай смерти, дожития до определенного возраста или срока либо наступления иного события; страхование жизни с условием периодических страховых выплат и (или) с участием страхователя в инвестиционном доходе страховщика; страхование от несчастных случаев и болезней.

В настоящее время перечисленные договоры страхования регулируются гражданским законодательством без учета характера страхового социального риска. На «одну доску» с социальным по своей сущности личным страхованием поставлены договоры имущественного страхования, страхования финансовых рисков и др. Считаю, что вышеназванные виды социального страхования следует включить в сферу действия норм права социального обеспечения. Иными словами, обеспечить отсылку к специальным нормам законодательства о социальном обеспечении, которые предстоит принять путем внесения соответствующих изменений и дополнений в социально-обеспечительное законодательство. Эти договоры должны будут регулироваться гражданским законодательством, но с учетом особенностей, предусмотренных специальным социально-обеспечительным страховым законодательством.

Рассматриваемый способ легализации договорных конструкций выбирает наш законодатель также в отношении договора между медицинской страховой организацией и медицинской организацией на оказание и оплату медицинской помощи в рамках обязательного медицинского страхования (далее – ОМС). Однако предусмотренная законодателем гражданско-правовая конструкция договора личного страхования, договора в пользу третьего лица (застрахованного) не отвечает характеру и назначению отношений по оказанию медицинской помощи. Договорам гражданско-правового страхования свойственно возмездное предоставление страховой защиты, соответствие страховых выплат и страховых взносов в пользу застрахованного лица. Между тем в рамках обязательного медицинского страхования лицо получает медицинскую помощь бесплатно, независимо от размеров взносов в фонд обязательного медицинского страхования. Неслучайно представители гражданско-правовой науки сетуют на то, что большинство норм главы 48 ГК РФ неприменимы к обязательному медицинскому страхованию². Здесь необходима иная юридическая конструкция для договорных отношений в сфере ОМС, а именно конструкция социально-обеспечительного договора с существенной публичной составляющей. Рассматриваемый договор заключается на условиях и в порядке, предусмотренном законом об обязательном медицинском страховании, подзаконными актами, правилами и программами ОМС в соответствии с нормативно утвержденными формами типовых договоров. Застрахованное лицо наделено правом выбора страховой медицинской организации и правом выбора медицинской организации, тем самым предопределяя обязательность заключения взаимосвязанных договора о финансовом обеспечении ОМС и договора на оказание и оплату медицинской помощи. На наш взгляд, в рассматриваемом случае нашему законодателю следовало бы избрать иной способ договорного регулирования отношений по обязательному медицинскому страхованию. Речь идет о втором способе закрепления договорных конструкций в праве социального обеспечения.

II. Согласно второму способу закрепления договорных конструкций в праве социального обеспечения договор регулируется социально-обеспечительным законодательством, а нормы гражданского законодательства применяются лишь в случае прямого на то указания (отсылки) в социально-обеспечительном законодательстве. Данный способ также целесообразно применить и в отношении договоров добровольного медицинского страхования, на оказание платных медицинских услуг, на предоставление социальных услуг, социального обслуживания. При этом договорные отношения включаются в предмет права социального обеспечения. Так, согласно Федеральному закону от 28 декабря 2013 г. №442-ФЗ «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации»³ договор о предоставлении социальных услуг заключается между поставщиком социальных услуг и гражданином. Форма этого договора утверждена приказом Минтруда РФ⁴. В субъектах Федерации утверждаются перечни предоставляемого в различных формах социального обслуживания со-

циальных услуг на основании утвержденного Правительством РФ примерного перечня видов социальных услуг, а также порядки предоставления социальных услуг, обязательные для исполнения поставщиками социальных услуг. Минтруд РФ разрабатывает примерные порядки предоставления социальных услуг по формам социального обслуживания. Как видим, свобода и автономия воли сторон данного договора не просто ограничена, а введена в жесткие рамки публично-правового регулирования. Для отнесения такого договора к гражданско-правовым вряд ли найдутся основания.

III. Третий способ означает легализацию самостоятельной и самодостаточной юридической конструкции социально-обеспечительного договора, который регулируется исключительно социально-обеспечительным законодательством (с запретом аналогии норм гражданского права или с разрешением такой аналогии только в случае пробельности закона). Типичными примерами могут служить социальные контракты, договоры обязательного пенсионного страхования, договоры негосударственного пенсионного обеспечения. Так, в соответствии с Федеральным законом от 17 июля 1999 г. №179-ФЗ «О государственной социальной помощи»⁵ под социальным контрактом понимается соглашение, заключенное между гражданином и органом социальной защиты, в соответствии с которым орган социальной защиты населения обязуется оказать гражданину государственную социальную помощь, гражданин – реализовать мероприятия, предусмотренные программой социальной адаптации. Этот контракт нельзя отнести к гражданско-правовым договорам. Взаимность обязанностей сторон социального контракта не связана с имущественной самостоятельностью сторон договора, с встречным эквивалентным предоставлением: товар-услуга, или услуга-услуга. Целью данного социального контракта является стимулирование активных действий субъектов по преодолению трудной жизненной ситуации. Существенные условия договора определяются законом, и к договору в обязательном порядке прилагается программа социальной адаптации. Это самодостаточная юридическая конструкция социально-обеспечительного договора.

Договорные начала права социального обеспечения не отрицают в целом публичной природы данной отрасли. Включение договорного регулирования в сферу социального обеспечения не изменяет природу этих отношений. Законодатель, вероятно, исходил из стремления сделать отношения более гибкими, позволить сторонам уточнять и дополнять виды и формы социального обеспечения с целью достижения достойного уровня социального обеспечения под общей ответственностью и контролем государства⁶.

¹ См.: Лушникова М.В., Лушников А.М. Курс права социального обеспечения. М., 2009.

² См., например: Овчинникова Ю.С. О договорах в сфере обязательного медицинского страхования // Право и экономика. 2012. №8. С.43–48.

³ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. №52 (ч.1). ст. 7007.

⁴ Рос. газета. 2015. 12 янв. №1.

⁵ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1999. №29. ст.3699.

⁶ См.: Васильева Ю.В. Сочетание государственного и договорного регулирования в сфере социального обеспечения // Сочетание государственного и договорного регулирования в сфере наемного труда и социального обеспечения. сб. / под общ. ред. К.Н. Гусова, М., 2012. С.31.

И. Р. Маматказин

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

О ПРИРОДЕ ФУНКЦИЙ ПРАВА СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

Вопрос о функциях права социального обеспечения, поставленный в теории права социального обеспечения в семидесятых-восемидесятых годах прошлого века, на сегодняшний день не потерял своей актуальности, более того, нуждается в определенном теоретическом переосмыслении.

В массиве теоретической литературы по данной проблематике выделяются работы таких известных теоретиков права, как Т.Н. Радько, В.П. Реутова, обосновавшего функциональный подход к системам права, согласно которому функция какой-либо группы норм определяет их существование как самостоятельного структурного подразделения. Очень большое значение изучению функций придавал С.С. Алексеев

Один из первых ученых в праве социального обеспечения, поднявшим вопрос о функциях является В.Ш. Шайхатдинов. Им был обоснован системный подход к изучению функций в праве социального обеспечения, согласно которому функция понимается как проявление свойств и качеств во взаимодействии с другими объектами, т. е. при «воздействии на среду», в то же время сама отрасль права представляет собой систему, формирующую функции отрасли. При этом разграничены и на теоретическом уровне были обоснованы отличия функций социального обеспечения от функций права социального обеспечения, показана определенная зависимость функций от целей и задач¹.

На сегодняшний день при рассмотрении вопроса о функциях необходимо исходить из единства двух моментов определяющих понимание данного понятия, это – назначение права в обществе и основные направления воздействия права на общественные отношения. Также следует отметить, что в правовой теории различаются функции права и функции правовой системы, а также функции права и функции государства². Применительно к праву социального обеспечения выделяются функции отрасли права и функции социального обеспечения³.

Поскольку в научной литературе функцию связывают с определенным воздействием, действием, то вполне вероятно, что природа функций права заложена в юридической обязанности, т.е. обязанности по совершению действий и достижению цели.

Особенностью частноправовых отношений является то, что в данных правоотношениях обязанности устанавливаются соглашением сторон и регулируются сторонами в их интересах. Именно поэтому в частноправовых отношениях особое значение придается регуляционной функции права. Публично-правовые отношения по своей природе иные. Основу данных отношений составляют обязанности определенного субъекта, возложенные на него силой закона. Действия лица по исполнению обязанностей всегда регламентированы правом, осуществляются в рамках правоотношений, хотя содержательное наполнение обязанностей может быть разным. Из этого следует, что в публичных отношениях регулятивный компонент не имеет принципиального значения в силу того, что публичные правоотношения не могут существовать иначе как правовые. Значение при этом имеет материальное содержание правоотношений, для права социального обеспечения это то, какие именно действия выполняет орган социального обеспечения, какие виды социальной защиты предоставляются.

Следует обратить внимание, что, изначально, при определении понятия функция большинство авторов отталкиваются от понимания функции, как свойства права или проявления свойства. В дальнейшем практически все останавливаются на положении, что функции права – это основные направления воздействия права на: а) общественные отношения, б) на общественную жизнь. Определение функции как направления воздействия права, безусловно, на сегодняшний день, является основным определением в теории права. Но научный анализ понятия функций требует, чтобы *направление воздействия права* рассматривалось именно как свойство права, а точнее проявление его сущностных свойств.

Т.Н. Радько, рассматривая функции права, обращает внимание на то, что функции являются проявлением имманентных, специфических свойств права⁴. С.С. Алексеев связывает функции права не просто со свойствами, а с социальным назначением права⁵. В.Ш. Шайхатдинов при изучении функций права социального обеспечения исходит из того, что именно посредством осуществления функций выполняется роль социального обеспечения в обществе, реализуются стоящие перед ним задачи, осуществляется его влияние на различные общественные процессы⁶.

Право социального обеспечения, как, впрочем, и другие отрасли права и общая теория права, традиционно подходит к рассмотрению функций с позиции многофункциональности, и различные авторы высказываются о таких функциях как экономическая, социальная, политическая, демографическая⁷. М.В. Лушникова и А.М. Лушников, указывают, что приведенные выше функции являются, в какой-то степени, не специфичными для права социального обеспечения, они являются отражением общеправовых функций, и предлагают в качестве отраслевых функций рассматривать защитно-компенсационную и социально-адаптационную⁸. Достаточно развернутая система функций (с выделением подфункций) приводится в работах В.Ш. Шайхатдинова, при этом защитная и компенсационная функции выделены в качестве подфункций⁹.

С точки зрения системности и функционального анализа система может иметь самостоятельную функцию, причем эта функция не будет равняться сумме функций ее элементов если данная система является органической системой, т. е. системой, в которых между элементами существуют тесные связи, в которых составные части органически связаны между собой и отсутствие какого-либо элемента системы может привести к ее разрушению. В противоположность органическим системам сумативные (иногда именуемые простыми системами) системы, представляющие собой простую сумму элементов, не связанных органическими связями, не обладают таким качеством, как наличие

самостоятельной функции. Каждый элемент сумативной системы имеет свою функцию, в итоге, это выражается в наличии множества функций системы¹⁰. Как правило, сумативные системы представляют собой комплексы элементов, объединенных по принципу однородности.

Также необходимо учитывать, что право социального обеспечения, как вероятно, и любая отрасль права, в свою очередь является элементом системы общественных связей более высокого уровня.

¹ См., например: *Шайхатдинов В.Ш.* Теория социального обеспечения. Саратов, 1982. С. 30–43; *Шайхатдинов В.Ш.* Теоретические проблемы советского права социального обеспечения. Свердловск, 1986 С. 27–34, 57–60.

² См., например: *Реутов В.П.* Функциональная природа системы права. Пермь. 2002. С. 15, 21–42; *Матузов Н.И., Малько А.В.* Теория государства и права. М. 2013. С. 55–58.

³ *Шайхатдинов В.Ш.* Теоретические проблемы советского права социального обеспечения. Свердловск. 1986 С. 28, 57–59.

⁴ *Радько Т.Н.* Методологические вопросы познания функций права. Волгоград. 1974. С. 111.

⁵ *Алексеев С.С.* право: Азбука – теория – философия: опыт комплексного исследования. М. 1999. С. 313–314.

⁶ *Шайхатдинов В.Ш.* Теоретические проблемы советского права социального обеспечения. Свердловск. 1986. С. 29.

⁷ См., например: *Мачульская Е.Е.* Право социального обеспечения. М. 2013. С. 28–31; *Право социального обеспечения России*/отв. ред. Гусов К.Н. М. 2009. С. 12.

⁸ Следует отметить, что авторы, раскрывая вопрос о функциях, говорят именно о функциях права социального обеспечения (*– И.М.*); *Лушикова М.В.* Курс права социального обеспечения. М. 2009. С. 452–454.

⁹ *Право социального обеспечения* / под ред. В.Ш. Шайхатдинова. М. 2012. С. 27–31.

¹⁰ *О системах* в праве см. подробнее: Керимов Д.А. Методология права. М. 2000. С. 250–258.

Н. В. Новикова

*Пермский государственный гуманитарно-педагогический университет,
г. Пермь*

К ВОПРОСУ О ПРИЗНАКАХ ПЕРМСКОЙ ШКОЛЫ ТРУДОВОГО ПРАВА

Образование и функционирование научных школ – это положительная тенденция, которая показывает, что наука в нашей стране продолжает развиваться, несмотря на не всегда устойчивую и благоприятную политику государства в этой сфере. Научная школа появляется тогда, когда происходит переход от индивидуального научного творчества к коллективному. В юридической науке, в том числе в сфере изучения трудового права, пока не сложилось окончательного понимания того, что считать научной школой. Это очень многогранный термин. Но, на наш взгляд, наиболее подходящим является понятие, сформулированное В.Б. Гасимовым: «*Научная школа – сообщество ученых разных статусов, компетенции и специализации, координирующих свою исследовательскую деятельность, внесших вклад в реализацию и развитие исследовательской программы и способных активно представлять и защищать цели и результаты программы*»¹.

Научная школа может быть образована целенаправленно одним или несколькими учеными или складываться постепенно как результат совместной работы группы исследователей. При этом научная школа включает три компонента: личностный (учителя, ученики, администрация и другие), материальный (материальная база для осуществления учебного процесса), социокультурный (социальная и культурная среда в городе или ином населенном пункте, где располагается учебное или научное учреждение)². Однако не любое объединение ученых, которые работают на какой-либо кафедре в одном или даже нескольких университетах, можно считать школой. У научной школы должны быть признаки, позволяющие идентифицировать ее в научном сообществе. По мнению К.А. Ланге, научная школа отличается от обычного коллектива ученых следующими чертами: общностью принципов и методов научных исследований; большим влиянием на развитие науки путем подготовки высококвалифицированных ученых, способных к самостоятельной исследовательской деятельности; преемственностью научных теорий, которая обеспечивается свойством подлинных научных школ сохранять «жизнеспособность», т.е. оказывать влияние на развитие науки в течение длительного времени, иногда на протяжении жизни нескольких поколений³.

И.А. Аршавский полагает, что «первым и основным признаком научной школы является, прежде всего, создание руководителем, ставшим во главе собранного им коллектива, неких оригинальных

идей или теорий, в связи с которыми организуется совершенно новое исследовательское направление, ранее в науке не представленное. Говоря о школе, вместе с тем необходимо отметить, что разрабатываемая проблема даже не обязательно должна быть новой. Однако, если руководитель и сгруппировавшиеся возле него ученики объединены такими общими творческими и теоретическими принципами, то ли в трактовке, то ли в новой форме исследования уже ранее разрабатывавшейся в науке проблемы или объединяются на основе созданной руководителем новой теории, освещающей принципиально по-другому новые аспекты ее, то и в этом случае соответствующее коллективное объединение имеет все основания называться научной школой»⁴.

В настоящее время имеется тенденция к выделению школ трудового права по территориальной принадлежности (московская, петербургская, казанская, ярославская и др.) в зависимости от того, в каком городе много лет подряд работает в качестве преподавателя или заведующего кафедрой тот или иной ученый, осуществляющий научное руководство диссертациями. При этом особенностью региональных школ трудового права является их тесное сотрудничество между собой и, как отмечает А.М. Лушников, их научно-педагогическая, культурная и языковая близость⁵. Однако, на наш взгляд, та или иная региональная школа трудового права существует тогда, когда ей присущи признаки, указанные И.А. Аршавским.

Можно ли утверждать в этом смысле, что за 100-летнюю жизнь Пермского классического университета сложилась пермская школа трудового права, которая и сегодня продолжает активно развиваться?

Можно с уверенностью сказать, что да. Кафедра как объединение ученых, занимающихся преподавательской и научной деятельностью в области трудового права, всегда существовала в Перми только в классическом университете. Сегодня кафедра ведет научные исследования и готовит кандидатов наук, число которых регулярно растет.

Не умаляя значения деятельности первых руководителей кафедры (В.Н. Дурдалевского и Е.А. Головановой) для становления пермской школы трудового права, отметим, что настоящим ее лидером стал профессор Л.Ю. Бугров. Он создал целостное учение о трудовом договоре, основываясь на глубоком анализе истории этого института и обратив внимание на рассмотрение проблем, связанных с трудовыми правоотношениями, в иных гуманитарных науках (философии, экономики, истории и др.). При нем в Пермском классическом университете был организован диссертационный совет по специальности «Трудовое право. Право социального обеспечения».

Леонид Юрьевич обладал блестящим умом и широчайшим кругозором, высокой внутренней культурой, прививал студентам, аспирантам, преподавателям кафедры любовь к научному труду в целом и к изучению трудового права в частности.

Но, говоря о школе, необходимо анализировать не индивидуальные достижения и научный стиль лидера, а создание под его руководством новой теории, или разработку новой ее трактовки, или наличие общих методологических принципов, объединяющих коллег и учеников. Можно с уверенностью сказать, что пермская научная школа обладала этими признаками. Л.Ю. Бугров стал основателем теории принципа свободы труда, на который опирались в дальнейшем практически все аспиранты кафедры, изучая тот или иной аспект трудовых отношений. Вторым направлением во многих исследованиях, проводимых на кафедре, являлась идея профессора о наличии творческого элемента в каждом виде трудовой деятельности⁶, которая нашла отражение в коллективной монографии и ряде диссертаций.

После ухода из жизни Л.Ю. Бугрова, Учителя, основателя школы, научный коллектив продолжает свою работу, а идеи ученого по-прежнему являются опорой, методологической основой для многих исследований.

«Принадлежность к школе – не прописка и не штамп в паспорте, а этап научного и педагогического творчества»⁷, поэтому возможность вести исследования на кафедре, которую возглавлял и вдохновлял Л.Ю. Бугров, продолжать профессиональное общение с его последователями (Н.И. Гонцовым, Ю.В. Васильевой, С.С. Худяковой и другими учеными), передавать полученный опыт новому поколению студентов в разных вузах Перми является большой радостью.

¹ Гасимов В.Б. Научная школа – феномен и исследовательская программа науковедения // Школы в науке / под ред. С.Р. Микулинского, М.Г. Ярошевского. М.: Наука, 1977. С.119–152.

² Ярославская юридическая школа: прошлое, настоящее, будущее / под ред. С.А. Егорова, А.М. Лушниковой, Н.Н. Тарусиной; Яросл. гос.ун-т им. П.Г. Демидова. Ярославль, 2009. С. 4.

³ Ланге К.А. Классические и современные научные школы и научно-исследовательские объединения // Школы в науке / под ред. С.Р. Микулинского, М.Г. Ярошевского. М.,1977. С.265–274.

⁴ Аршавский И.А. Роль А.А. Ухтомского – ученого и личности в создании физиологической школы Ленинградского университета // XIII Международный конгресс по истории науки. М., 1971. С. 18–25.

⁵ Лушников А.М. О пермской школе трудового права // Вестник Пермского университета. 2010. Выпуск 1(7). С. 8.

⁶ Бугров Л.Ю. Трудовой договор в России и за рубежом: монография / Л.Бугров; Перм. гос. нац. исслед. ун-т.-Пермь, 2013.642 с.

⁷ Школы в науке / под. Ред. С.Р. Микулинского, М.Г. Ярошевского.М.: Наука, 1977.

Г. С. Скачкова

*Институт государства и права Российской академии наук
г. Москва*

ТРУДОВАЯ МОБИЛЬНОСТЬ И ЗАНЯТОСТЬ

Вступивший в силу с 1 января 2015 г. Федеральный закон от 22 декабря 2014 г. № 425-ФЗ¹, внесший значительные изменения в Закон РФ от 19 апреля 1991 г. № 1032-1 «О занятости населения в Российской Федерации»² (далее – Закон о занятости населения), имел своей целью в числе прочих и повышение мобильности трудовых ресурсов. Имеется в виду способность граждан в условиях меняющейся конъюнктуры рынка не только сменить профессию путем усвоения новых знаний и получения другой квалификации, но и быть готовыми поменять место жительства в поисках иного места работы.

Свидетельством значения трудовой мобильности граждан в условиях становления в России рыночных отношений явилось закрепление в данном Законе в качестве одного из важнейших нового направления государственной политики в области содействия занятости населения – «развитие трудовых ресурсов, повышение их мобильности, защита национального рынка труда» (п. 2 ст. 5).

Распоряжением Правительства РФ от 24 апреля 2014 г. № 663-р утвержден План мероприятий по повышению мобильности граждан РФ на 2014-2018 годы³.

Как сказано в документе, принятые решения должны позволить, в частности, координировать трудовую миграцию и привлекать трудовые ресурсы в субъекты РФ, испытывающие в них потребность, в том числе для реализации крупных инвестиционных проектов. В целях реализации Плана распоряжением Правительства РФ от 20 апреля 2015 г. № 696-р утвержден Перечень субъектов РФ, привлечение трудовых ресурсов в которые является приоритетным⁴. В настоящее время в Перечне названо 16 субъектов РФ.

В регионах страны разрабатываются региональные программы повышения мобильности трудовых ресурсов на основании типовой программы, утвержденной приказом Минтруда России от 4 июня 2015 г. № 343н «Об утверждении Типовой региональной программы повышения мобильности трудовых ресурсов»⁵.

Субъекты РФ принимают региональные программы, как правило, на 2015-2017 гг., на основании которых на конкурсной основе определяют работодателей, реализующих инвестиционные проекты, с целью оказания им финансовой поддержки при привлечении квалифицированных специалистов из других регионов страны, не включенных в Перечень.

В ряде субъектов РФ программы повышения мобильности трудовых ресурсов включены в качестве составной части в программы по развитию рынка труда и содействия занятости населения, заключенные вплоть до 2020 г.

Требования к критериям отбора инвестиционных проектов, подлежащих включению в региональную программу повышения мобильности трудовых ресурсов, установлены Минтрудом России⁶.

На привлечение трудовых ресурсов работодатели получают сертификаты, в рамках которых финансируются меры по привлечению в регион квалифицированных специалистов. Меры их поддержки (обучение, переезд, обустройство, проживание и др.), определяемые в соответствии со спецификой каждого инвестиционного проекта и работодателя, включают в соглашение об участии в региональной программе. Поскольку основной задачей таких программ является привлечение на постоянное место жительства квалифицированных специалистов в местности, испытывающие в них

потребность, поэтому обязательным условием приглашения указанных лиц из других регионов России является трудоустройство не менее чем на 3 года.

В региональных программах воспроизводятся основные показатели их эффективности и результативности исходя из перечня показателей, предусмотренных в п. 41 Типовой региональной программы, возможны и другие показатели, предусматриваемые самими субъектами РФ.

В программах большинства регионов говорится о необходимости создания в результате реализации инвестиционного проекта дополнительных рабочих мест, дифференцированных по категориям работников, с предоставлением им мер социальной поддержки. Ряд субъектов РФ дополнительно указывают на прохождение за счет работодателя производственного обучения и повышения квалификации персонала на рабочих местах под руководством опытных наставников, организацию рабочих мест с учетом современных требований промышленной безопасности и охраны труда, эргономики и специальных требований к чистым помещениям.

В программах обращается внимание на льготы для работников за счет предприятия: ежегодные профилактические медицинские осмотры; ежегодная регулярная вакцинация работников; обучение и повышение квалификации персонала; компенсация расходов сотрудников на санаторно-курортное лечение и отдых; компенсация затрат на путевки для летнего детского отдыха и др.

В рамках региональных программ предусматриваются предоставляемые работодателями обычно идентичные во многом меры поддержки. В их числе компенсация проезда работника, членов семьи и провоза багажа; выделение служебного (ведомственного) жилья или компенсация стоимости (полной либо частичной) аренды жилого помещения, с возмещением расходов при приобретении техники и мебели; оплата повышения квалификации и стажировки работника на аналогичных производствах и проч.⁷

Нельзя не отметить, что в региональных программах нередко дается довольно подробная характеристика социально-экономического развития как всего региона в целом, так и той территории, на которой будут реализовываться инвестиционные проекты, требующие привлечения трудовых ресурсов.

В заявках на участие в отборе инвестиционных проектов работодатели гарантируют включение в трудовой договор с привлекаемым работником меры социальной поддержки за счет собственных средств в размере, установленном региональной программой на одного такого работника, с учетом общей численности работников, привлекаемых для реализации таких проектов⁸.

Порядок и условия осуществления работодателем мер поддержки, включая компенсации и иные выплаты, предоставляемые работникам, а также порядок и условия возмещения работником работодателю средств в размере фактически предоставленных работнику мер поддержки могут устанавливаться локальными нормативными актами, принимаемыми работодателем.

Меры поддержки, предоставляемые гражданам, порядок и условия их предоставления указываются в трудовом договоре, заключаемом с работодателем на неопределенный срок, или срочном трудовом договоре продолжительностью не менее трех лет. В случае расторжения трудового договора по инициативе работника до истечения трех лет, за исключением случаев, предусмотренных трудовым договором, работник обязан возместить работодателю средства в размере фактически предоставленных работнику мер поддержки, включая компенсации и иные выплаты (п. 9 ст. 22.2 Закона о занятости населения).

Представляется, что указание на установление в трудовом договоре случаев возможного «невозврата» работником средств, предоставленных ему в качестве мер поддержки, не всегда защищает работника: не секрет, что работодатель может навязать работнику включение в трудовой договор условий, более выгодных для самого работодателя. Полагаем, что следовало бы законодательно закрепить право работника при наличии уважительных причин на «невозврат» средств, предоставленных ему в качестве мер поддержки.

Перечень таких причин содержится в постановлении Госкомтруда СССР № 198, ВЦСПС № 12-21 от 9 июля 1980 г. «Об утверждении разъяснения «О порядке применения пункта 16 Постановления ЦК КПСС, Совета Министров СССР и ВЦСПС от 13 декабря 1979 г. № 1117 «О дальнейшем укреплении трудовой дисциплины и сокращении текучести кадров в народном хозяйстве»⁹.

Анализ ряда региональных программ по повышению мобильности трудовых ресурсов позволяет надеяться, что успешная реализация их положений окажет влияние и на выполнение «Концепции государственной миграционной политики Российской Федерации на период до 2025 года», утвержденной Президентом РФ 13 июля 2012 г.¹⁰

В Концепции значительное место уделено не только внешней, но и внутренней миграции, прежде всего между региональными центрами, малыми городами и сельскими поселениями, чему посвящен п. 24 Концепции «Основные направления государственной миграционной политики Рос-

сийской Федерации». В числе этих направлений указано, в частности, и «развитие разных форм временной пространственной мобильности с целью осуществления трудовой деятельности».

¹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 17, ст. 1915.

² *О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О занятости населения в Российской Федерации»*: Федер. закон от 22 дек. 2014 г. № 425-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014. № 52 (ч. I), ст. 7536.

³ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014. № 18 (ч. IV), ст. 2262.

⁴ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2015. № 17 (ч. IV), ст. 2596.

⁵ Официальный интернет-портал правовой информации // URL: // <http://www.pravo.gov.ru>, 24.07.2015.

⁶ См.: *Об утверждении требований к критериям отбора инвестиционных проектов, подлежащих включению в региональную программу повышения мобильности трудовых ресурсов*: приказ Минтруда России от 6 мая 2015 г. № 272н // Официальный интернет-портал правовой информации // URL: // <http://www.pravo.gov.ru>. (дата обращения: 29.05.2015 г.).

⁷ См., например: *Раздел 4 «Общая характеристика инвестиционных проектов, предполагаемых к реализации в рамках региональной программы, и прогноз ожидаемых результатов от их реализации» Региональной программы повышения мобильности трудовых ресурсов, утвержденной постановлением Правительства Красноярского края от 27 июля 2015 г. № 391-п* // URL: <http://docs.cntd.ru/document/430508320> (дата обращения: 28.09.2016); постановление Правительства Хабаровского края от 14 сентября 2015 г. № 293-пр «О мерах по реализации Программы Хабаровского края «Повышение мобильности трудовых ресурсов» // URL: <http://uprzan.khv.ru/home/deyatsl/progrproikt/programma.aspx> (дата обращения: 27.09.2016), и др.

⁸ См., например: Приложение к Порядку отбора инвестиционных проектов, подлежащих включению в Программу повышения мобильности трудовых ресурсов в Пермском крае на 2015-2017 годы, утвержденной постановлением Правительства Пермского края от 21 сентября 2015 г. № 668-п // URL: <http://cznperm.ru/rabotodatelayam/programma-mobilnost> (дата обращения: 30.09.2016).

⁹ Охрана труда и социальное страхование. 1998. № 6.

Данный документ действует в части, не противоречащей Трудовому кодексу РФ (ст. 423).

¹⁰ См.: *Концепция государственной миграционной политики Российской Федерации на период до 2025 г.*, утвержденная Президентом РФ 13 июня 2012 г. // URL: www.kremlin.ru (дата обращения: 28.09.2016).

М. Г. Суханова

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

СООТВЕТСТВИЕ РОССИЙСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА МЕЖДУНАРОДНЫМ НОРМАМ, НАПРАВЛЕННЫМ НА ЗАЩИТУ ПРАВ РАБОТНИКОВ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОГО РАБОТОДАТЕЛЯ

На уровне МОТ регламентированы два способа защиты работников в ситуации банкротства их работодателя: посредством привилегий и посредством гарантийных институтов. Кроме того, существуют отдельные предписания, направленные на решение отдельных аспектов защиты работников неплатежеспособного работодателя.

Механизмы привилегий и гарантирования выплат на сегодняшний день закреплены в Конвенции МОТ № 173 «О защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности предпринимателя»¹, а также Рекомендации МОТ от 23 июня 1992 г. № 180 по реализации положений Конвенции².

Российским законодателем воспринята концепция привилегированного статуса требований работников в процедуре банкротства, что закреплено в ст. 134 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» №127-ФЗ от 26.10.2002 г.³ Примечательно, что в российском законодательстве отсутствуют ограничения объема привилегированных требований работников, хотя возможность такого ограничения предусмотрена Конвенцией №173. Однако практика применения концепции привилегий, как на международном, так и на внутригосударственном уровне показала ее неспособность обеспечить надлежащую защиту работников в кризисных условиях. Среди таких недостатков названы зависимость от наличия ликвидного имущества у работодателя, наличие более привилегированных требований, длительность ликвидационной процедуры и др.

В нормах, посвященных привилегированным выплатам, содержатся правила о важном для защиты работников механизме, который идет в разрез с действующим российским законодательством.

Речь идет о процедуре ускоренной выплаты. Реализация ее требует наличия специальных фондов, из которых производится выплата по требованиям работников в случае, если процедура несостоятельности не обеспечивает быстрой выплаты по привилегированным требованиям. Процедура ускоренной выплаты должна охватывать всю сумму привилегированных требований или, по крайней мере, часть этой суммы, которая устанавливается национальным законодательством. Применение указанного механизма позволит работникам в сокращенные сроки получить удовлетворение своих требований. Положения о нем содержатся в разделе II Рекомендации «Защита требований трудящихся посредством привилегии», то есть в той части, которая ратифицирована Российской Федерацией. Соответственно, взяв на себя соответствующие обязательства, Россия должна стремиться обеспечить полную реализацию данного механизма, в том числе с учетом положений Рекомендации № 180.

Защита требований работников посредством гарантийных учреждений регламентирована разделом III Конвенции МОТ № 173. Перечень таких требований работников аналогичен перечню требований, которые Конвенция наделяет привилегированным статусом. Различия обнаруживаются лишь в том, что объем требований, подлежащих защите посредством привилегии, больше защищаемых гарантийными институтами. Это обусловлено тем, что при первом способе защиты требования работников, пусть и в меньшем объеме, но получают абсолютную гарантию удовлетворения. При применении механизма привилегий на протяжении всей процедуры банкротства существует риск недостаточности имущества для погашения задолженности перед работниками, что делает привилегию таких требований весьма условной. В России концепция гарантирования пока не реализована, хотя определенные законодательные инициативы в этом направлении имеются.

Государство, ратифицировавшее Конвенцию, может исключать из сферы действия Конвенции какие-либо отдельные отрасли экономической деятельности или категории работников. Чаще всего к таким «исключенным» работникам в практике зарубежных стран обычно относится высшее руководство компании-банкрота. Указанные «исключения» представляются актуальными и для России. Процедура банкротства зачастую используется как способ избавления от долгов, которым пользуются, как правило, лица, чьи действия и приводят к банкротству организации, а именно лица, занимающие руководящие должности. В связи с этим отнесение руководителей организации-банкрота к исключенным работникам служило бы сдерживающим механизмом от неправомерных действий, ухудшающих финансовое состояние организации. Действующее законодательство РФ не предусматривает категории работников, которые могут быть исключены из-под действия привилегии. Однако некоторые шаги в этом направлении предприняты законодателем: статья 136 Закона о банкротстве предусматривает возможность обращения в суд для ограничения выплат руководителю организации-банкрота в части, превышающей минимальный размер таких выплат, установленный трудовым законодательством.

Среди иных нормативных документов, принятых в рамках МОТ, следует отметить Рекомендацию № 166 «О прекращении трудовых отношений по инициативе предпринимателя»⁴, в п. 24 которой предусмотрено право уволенных работников быть принятыми на работу к тому же работодателю в случае восстановления платежеспособности последнего. На сегодня маловероятно применение в России данной нормы, поскольку процедуры банкротства в нашей стране ориентированы в основном на ликвидацию.

Актуальным для работников является закрепленное в п. 16 Рекомендации № 166 право в период срока предупреждения о предстоящем увольнении права на освобождение от работы разумной продолжительности в удобное для обеих сторон время без потери заработной платы в целях поиска другой работы. Это дает возможность работнику до даты увольнения решить вопрос трудоустройства. Российское законодательство не предусматривает такой гарантии, однако указанное положение можно обнаружить в отраслевых соглашениях⁵. Целесообразно закрепить такую гарантию на законодательном уровне, чтобы распространить ее действие на всех работников.

Проведенный анализ основных международно-правовых механизмов защиты прав работников позволяет сделать вывод о том, что они реализуются в России лишь частично. При этом несмотря на то, что некоторые аспекты урегулированы в российском праве даже более выгодно для работников (например, отсутствие ограничений периода привилегий, возможность исключения работников-руководителей из-под действия привилегий только на основании решения суда), наиболее действенные механизмы защиты работников, как например, гарантийные системы, специализированные фонды для осуществления ускоренной выплаты, к сожалению, не находят реализации. Это не позволяет работникам защищать свои права в кризисных условиях и требует скорейшей модернизации многих отраслей отечественного законодательства, нормы которых должны способствовать нивелированию влияния на трудовые отношения кризисных явлений.

¹ Конвенция № 173 Международной организации труда «О защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности предпринимателя» (Принята в г. Женеве 23.06.1992 на 79-ой сессии Генеральной конференции МОТ) // Конвенции и рекомендации МОТ. 1991-1997 годы. М.: Региональное бюро МОТ в Москве, 1997. С. 11.

² Рекомендация № 180 Международной организации труда «О защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности предпринимателя» (Принята в г. Женеве 23.06.1992 на 79-ой сессии Генеральной конференции МОТ) // Конвенции и рекомендации МОТ. 1991-1997 годы. М.: Региональное бюро МОТ в Москве, 1997. С. 16.

³ *О несостоятельности* (банкротстве): Федер. закон №127-ФЗ от 26.10.2002 г. // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002, № 43, ст. 4190.

⁴ Рекомендация № 166 Международной организации труда «О прекращении трудовых отношений по инициативе предпринимателя». Принята в г. Женеве 22 июня 1982 г. на 68-й сессии Генеральной конференции МОТ. // Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда. 1957–1990. Т. 2. Женева: Международное бюро труда, 1991. С. 1991–1996.

⁵ *Отраслевое* соглашение по авиационной промышленности Российской Федерации на 2014–2016 гг. (утв. Российским профсоюзом трудящихся авиационной промышленности, ОООР «Союз машиностроителей России», Минпромторгом России 23.01.2014). // *Солидарность*. 2014. № 21; *Отраслевое* соглашение по радиоэлектронной промышленности Российской Федерации на 2015–2017 гг. (утв. Российским профсоюзом работников радиоэлектронной промышленности, Общероссийским отраслевым объединением работодателей «Союз машиностроителей России», Минпромторгом России 29.12.2014). // Доступ из справ.-правовой системы «Консультант-Плюс»; *Отраслевое* соглашение по промышленности обычных вооружений, боеприпасов и спецхимии Российской Федерации на 2014–2016 гг. (утв. Всероссийским профсоюзом работников оборонной промышленности, Общероссийским отраслевым объединением работодателей «Союз машиностроителей России», Минпромторгом России). // *Солидарность*. 2014. № 10.

А. А. Татарин

*Волго-Вятский институт (филиал) Московского государственного
юридического университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА)
г. Киров*

ПОТРЕБНОСТИ ЧЕЛОВЕКА КАК ФАКТОР МОТИВАЦИИ И ТРУДОВОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

Социальная жизнь охватывает огромный круг связей, отношений и отличается своей сложностью. Доктрина, именуемая «холизм», рассматривает общество как целое, как систему взаимодействующих частей. Этот всесторонний, всеобъемлющий подход характеризует постоянный интерес к взаимосвязи вещей, ко всем звеньям в социальной цепи. Отдельные социальные институты, чтобы быть понятыми, должны быть помещены в очень широкий социальный контекст социальной структуры общества.

Мы возьмем в качестве методологического начала утверждение известного социального антрополога И. Льюиса: «Жизнь общества не может успешно протекать, если не будет такой упорядоченной структуры взаимоусиливающих ожиданий и «ролей», некоторой организации соединенных частей, которые прилажены друг к другу, чтобы формировать одно гармоничное целое. Этот акцент на взаимозависимости социальных феноменов дает нам возможность более глубокого понимания основной динамики жизни общества... Наш интерес направлен не на одну какую-нибудь область социальной жизни, а скорее на все, имеющиеся в обществе, и особенно на их взаимозависимость как частей целого»¹.

В теории индивидуальной мотивации действия людей, составляющих в своей совокупности социум, объясняются посредством ссылки на их потребности. Человеку для выживания необходимо наличие определенных условий и средств. Если в какой-то момент своего существования у человека эти условия и средства отсутствуют, то тогда возникает состояние нужды, которое именуется потребностью. Человек на подсознательном уровне избирательно реагирует на факторы, являющиеся наиболее важными на данный момент его существования. Потребность – это нужда человека в том, что составляет необходимое условие его существования.

По Б. Малиновскому, социальные институты функционируют именно в целях удовлетворения человеческих потребностей². С этих позиций, в связи с общими социальными процессами, интересно взглянуть на один из социальных институтов, коим является право вообще и трудовое право в частности.

Как известно, источниками активности личности как внутренней побуждающей силы, направленной на удовлетворение различных потребностей, являются: органические и материальные потребности (еда, одежда, защита и т.д.); духовные и культурные (познавательные, эстетические, социальные). Удовлетворение потребностей человека – это важное условие не только для комфортного существования, но и для его выживания, ведь если не удовлетворять органические потребности, человек погибнет в биологическом смысле, а если не удовлетворять духовные потребности – то умирает личность как социальное образование. Потребностями задаются жизненные ориентиры как отдельной личности, так и общества в целом. Просматривается диалектическое единство: удовлетворение потребностей невозможно без подчинения всему социокультурному порядку общества, и в то же время существование этого порядка сориентировано и имеет смысл только при удовлетворении потребностей человека и всего общества.

Потребности – это базовый элемент деятельности отдельной личности. Существуют различные классификации потребностей человека, наиболее известной является разработанная А. Маслоу в его теории мотивации модель иерархии потребностей, в которой выделяются пять уровней. Если перечислять их вкратце, то это физиология, безопасность, социальность, признание и познание³. В дальнейшем, в учебных целях, эта теория была представлена другими учеными в форме пирамиды. Памятуя о том, что все в социуме связано, попытаемся выяснить, как трудовое право своим инструментарием обеспечивает потребности человека⁴.

Итак, фундаментом рассматриваемой пирамиды являются физиологические потребности, и если они не удовлетворены, то нет стремления к более высоким целям. Физиологические потребности заставляют людей трудиться, а полученные средства тратить на еду, одежду, жилье. Именно эта первейшая потребность человека диктует необходимость закрепить на конституционном уровне право на труд, право на заработную плату, как на средство существования. В обеспечение этого конституционного положения принципом трудового законодательства провозглашена защита от безработицы и содействие в трудоустройстве (это предмет правового регулирования одного из самых стабильных законов современной России «О занятости населения в Российской Федерации»), в Трудовом кодексе РФ установлен запрет на какие бы то ни было прямые или косвенные ограничения прав или установление прямых или косвенных преимуществ при приеме на работу (ст. 64), запрет дискриминации при установлении и изменении условий оплаты труда (ст. 132). Что касается заработной платы, то совершенно очевидным выглядит несоответствие установленного на сегодняшний день государством минимального размера оплаты труда биологическим потребностям человека.

Следующий уровень жизненно важных потребностей – необходимость безопасности и защиты. Если физиологические потребности тесно связаны с выживанием организма, то необходимость в безопасности обеспечивает его здоровье и долгую жизнь. В Российской Федерации охраняются жизнь и здоровье людей, каждый имеет право на труд в условиях, отвечающих требованиям безопасности и гигиены (ст. 7, ст. 37 Конституции). Одной из декларированных законом целей трудового законодательства, определяющих его сущность, является создание благоприятных условий труда, а обеспечение правовыми средствами охраны жизни и здоровья работников в процессе трудовой деятельности – важнейший элемент организации труда. На это направлены не только нормы раздела X Трудового кодекса «Охрана труда», но и нормы институтов рабочего времени, времени отдыха, многие положения разделов VII «Гарантии и компенсации» и XII «Особенности регулирования труда отдельных категорий работников». Важную роль в обеспечении защиты работника играет специальная оценка условий труда. В предмет трудового права входят отношения по обязательному социальному страхованию. Кроме того, работнику важно знать уровень защищенности, который определяется разработанностью мер охраны и безопасности труда, методы оценки ущерба от несчастного случая на производстве и пр.

Третью ступень (социальность) составляют общественные потребности, проявляющиеся в том, что люди стремятся создать семью, войти в какой-либо коллектив, общность, обзавестись друзьями. Социальная среда предоставляет возможность почувствовать свою значимость и принести пользу окружающим. А. Маслоу обращал внимание на то, какое губительное влияние оказывают дезориентация, общее отсутствие стабильности, «отсутствие корней или презрение по отношению к корням, к происхождению, к группе; оторванность от дома и семьи, друзей и соседей; статус временного жильца или вновь прибывшего, а не коренного жителя». И, безусловно, прав этот ученый, утверждавший, что «любое общество с благоприятными условиями должно удовлетворять эту потребность тем или иным путем, если оно хочет выжить и остаться здоровым»⁵. Применительно к сфере наемного труда

можно вести речь о необходимости обеспечить права лиц, исполняющих семейные обязанности, право работников на объединение, и права трудящихся-мигрантов. Российское законодательство не имеет серьезных правовых традиций и опыта в регулировании двух последних социальных ситуаций, поэтому объективно ориентируется на международные стандарты, прежде всего, документы ООН, Конвенции МОТ, региональные акты (Европейская социальная хартия), поэтому данная сфера трудового законодательства у нас наименее разработана, и с трудом адаптируется к жизненным реалиям.

Потребность в самоуважении (признание). А. Маслоу разделял эту потребность на два типа: самоуважение и уважение со стороны других людей. Он полагал, что подавляющее большинство людей в обществе «имеют потребность в стабильной, обоснованной, обычно высокой самооценке, в самоуважении или чувстве собственного достоинства и в уважении окружающих. Следовательно, эти потребности можно отнести к одному из двух подклассов. К первому из них относятся сила, достижения, адекватность, мастерство и компетентность, уверенность перед лицом внешнего мира, независимость и свобода. Ко второму мы отнесем то, что можно назвать желанием хорошей репутации или престижа (определяя их как уважение или оценку со стороны других людей), а также статус, известность и славу, превосходство, признание, внимание, значительность, чувство собственного достоинства или признательность»⁶. Потребность человека в самоуважении основывается на его уверенности в собственных силах и ощущении себя полноценной личностью. Если этот вид потребности не удовлетворяется, то появляется чувство слабости, зависимости и неполноценности. Причем чем сильнее подобные переживания, тем менее эффективной становится деятельность человека.

В Трудовом кодексе РФ эта потребность находит выражение в закреплении в качестве принципа «права работников на защиту своего достоинства в период трудовой деятельности (ст. 2 ТК РФ), установлении права работника на компенсацию морального вреда в случае нарушения его трудовых прав (ст. 237 ТК), в нормах главы 30 «Дисциплина труда».

В инновационной экономике потребности в самовыражении и саморазвитии индивидов и соответствующие им способности становятся все более значимыми. Почувствовать себя полноценной личностью позволяет работнику повышение своего образовательного и профессионального уровня. Право работника на развитие своего потенциала в ст. 2 ТК РФ заявлено принципом трудового права («обеспечение равенства возможностей работников без всякой дискриминации на продвижение по работе с учетом производительности труда, квалификации и стажа работы по специальности, а также на подготовку и дополнительное профессиональное образование»), а механизмы его развития закреплены в главе 26 «Гарантии и компенсации работникам, совмещающим работу с получением образования, а также работникам, допущенным к соисканию ученой степени кандидата наук или доктора наук» и разделе IX «Подготовка и дополнительное профессиональное образование работников» ТК РФ. Эффективность производственной деятельности при прочих благоприятных условиях может быть достигнута лишь при том условии, что работник сам стремится улучшить свою работу, свой уровень, развить в себе профессионально необходимые качества⁷.

Трудовое право (и право вообще) как институциональное образование отражает психологические переживания человека⁸, «как явление социальной психологии» право является, таким образом, несомненной реальностью, фактом эмпирической действительности, частью из «мира сущего»⁹. Нарушение норм трудового права, пренебрежение правом в трудовых отношениях – это посягательство на основы социального устройства, на базовые потребности человека, что приводит к естественному сопротивлению личности и, как подтверждает история, с большой вероятностью может привести к социальным потрясениям. Даже если пренебрежение нормами трудового права и не приведет к социальным катаклизмам, то уж совершенно очевидно, что это создаст условия для демотивированного поведения работника, после чего говорить о росте производительности труда и росте экономики не приходится.

¹ Lewis, I. M. Social Anthropology in Perspective. The Relevance of Social Anthropology. Cambridge. University Press, 1976, p. 19, 20.

² Малиновский Б. Функциональный анализ // Антология исследований культуры. СПб., 1997. Т.1. С. 684-693.

³ Маслоу А. Мотивация и личность. 3-е изд./ Пер. с англ. СПб.: Питер, 2012. 352 с. (Серия «Мастера психологии»). URL: http://bookap.info/clasik/maslou_motivatsiya_i_lichnost_2008/#o (дата обращения 03.03.2016).

⁴ Пятый уровень потребностей (познание, самоактуализация – по А. Маслоу – стремление человека стать тем, кем он может стать) для целей настоящей работы и для связи с трудовым правом, на наш взгляд, вполне можно соединить с четвертым уровнем (признание).

⁵ URL: http://bookap.info/clasik/maslou_motivatsiya_i_lichnost_2008/gl25.shtml (дата обращения 03.03.2016).

⁶ URL: http://bookap.info/clasik/maslou_motivatsiya_i_lichnost_2008/gl25.shtml (дата обращения 03.03.2016).

⁷ Шаталова Н.И. Трудовой потенциал работника: учеб. пособие для вузов. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. С. 137.

⁸ Ещё Л. И. Петражицкий, отмечал, что право состоит: 1) из определенных (императивно-атрибутивных) психических переживаний и 2) из определенных символов, правовых учреждений, зданий суда и т. д., объективирующих первую категорию явлений и т. п.

⁹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. С. 60.

М. Ю. Федорова

Советник Конституционного Суда РФ

СИТУАЦИЯ СОЦИАЛЬНОГО РИСКА: ПОНЯТИЕ И ПРАВОВАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА

В современной российской науке права социального обеспечения категория социального риска признана одной из центральных. Согласно разделяемому большинством специалистов подходу, социальные риски выступают основаниями для социального обеспечения. В этом качестве они представляют собой возможность возникновения социально неблагоприятных ситуаций, которые обуславливают необходимость оказания гражданину поддержки со стороны государства и общества посредством предоставления пенсий, пособий, компенсационных выплат или социально значимых благ и услуг.

Следовательно, для целей правового регулирования социального обеспечения социальный риск в случае его реализации выступает как юридический факт или совокупность юридических фактов, порождающих правоотношения по социальному обеспечению.

В целом соглашаясь с приведенными характеристиками социального риска, считаем необходимым их уточнить и дополнить с позиций концепции управления социальными рисками, которая, по нашему мнению, применима для более глубокого осмысления данного феномена и совершенствования правового регулирования социального обеспечения. Максимально общо обозначая сущность данной концепции, можно указать, что управление социальными рисками охватывает систему мер по установлению перечня социальных рисков, осуществлению их учета, оценки, профилактики, распределения, а также компенсации (минимизации) последствий их реализации. Правовой формой организации и осуществления такого управления выступает правовое регулирование социального обеспечения, как нормативное, так и индивидуальное.

Для обеих указанных стадий правового регулирования социального обеспечения важен учет структуры социального риска. На этапе нормативного правового регулирования происходит формализация социального риска, законодательно (а именно в гипотезе правовой нормы) устанавливается его модель, на случай реализации которой предусматриваются меры по компенсации наступивших последствий. В рамках индивидуального правового регулирования осуществляется персонифицированная оценка социального риска на предмет ее соответствия нормативно закрепленной модели, после чего гражданину предоставляются те или иные выплаты, блага или услуги в системе социального обеспечения.

С точки зрения внутренней структуры социальный риск включает в себя, во-первых, обстоятельства экономического, физиологического и демографического характера, могущие привести к социально неблагоприятным последствиям, и, во-вторых, собственно такие последствия, выражающиеся в отсутствии или снижении дохода, потребности в медицинской помощи или иных видах социального обеспечения.

Первый из вышеназванных элементов структуры социального риска можно именовать рисковыми событиями, подчеркивая тем самым их объективный характер. По смыслу ч. 1 ст. 39 Конституции Российской Федерации, перечень таких событий, при наступлении которых гражданам гарантируется социальное обеспечение, должен быть определен законом. При этом данная норма содержит упоминание о нескольких видах подобных событий, включая достижение определенного возраста, болезнь, инвалидность, потерю кормильца, воспитание детей, которые в основных международно-правовых актах признаются сопряженными с утратой средств к существованию по не зависящим от человека обстоятельствам.

Что касается последствий перечисленных и прочих рискованных событий, то их наступление может требовать формального подтверждения (например, в случае признания лица инвалидом по ре-

зультатам медико-социальной экспертизы с учетом обстоятельств наступления инвалидности, характера заболевания или состояния и обусловленных ими ограничений жизнедеятельности). Разрабатывается индивидуальная программа реабилитации (абилитации) либо презюмирование (допустим, не предполагается доказывание фактической утраты трудоспособности и дохода от трудовой деятельности при назначении страховой пенсии по старости).

Следовательно, в большинстве случаев рисковые события важны не сами по себе, а лишь во взаимосвязи с обусловленными ими последствиями, такими как утрата дохода, малообеспеченность, потребность в медицинской помощи или психологической реабилитации, необходимость проведения тех или иных организационных мероприятий и т.п. По общему правилу именно эта взаимосвязь означает реализацию социального риска и обуславливает предоставление социального обеспечения.

В связи с этим для обозначения основания предоставления социального обеспечения в рамках любых его организационно-правовых форм может быть предложен термин «ситуация социального риска (социально-рисковая ситуация)». Такую ситуацию образуют взятые в единстве и взаимообусловленности рисковые события и их последствия. Для нее, соответственно, характерна реализация социального риска и возникновение необходимости в его компенсации или минимизации.

Ситуация социального риска с этой точки зрения может рассматриваться в качестве одного из множества видов юридических ситуаций, признаваемых в современном правоведении самостоятельным правовым явлением. Представляется, что социально-рисковая ситуация в целом подпадает под предложенные в науке критерии юридических ситуаций, характеризуясь, в частности, случайностью возникновения, единством рискового события и его последствий, типичностью (однородностью обстоятельств, складывающихся у разных лиц, претендующих на соответствующий вид социального обеспечения).

При этом ее необходимо отграничивать от смежных правовых явлений, таких как правоотношение по социальному обеспечению, обуславливающих его динамику юридических фактов и гипотезы правовой нормы. Социально-рисковую ситуацию, на наш взгляд, нельзя в полной мере отождествлять ни с одним из перечисленных явлений, хотя по содержанию и правовой природе она наиболее близка к юридическим фактам, которые могут очерчивать ее хронологические границы и отражать динамику ее развития.

Однако ситуация социального риска может иметь более развернутое содержание и охватывать обстоятельства, не признаваемые юридическими фактами и не дающие права на социальное обеспечение в рамках основных его организационно-правовых форм, но при этом могущие служить основанием для предоставления поддержки в порядке дополнительного социального обеспечения (например, от благотворительных организаций). Кроме того, социально-рисковая ситуация может сохраняться и после реализации правопрекращающего юридического факта, допустим, по истечении срока обеспечения пособием по безработице гражданин может оставаться безработным и не иметь дохода. Этот пример одновременно частично иллюстрирует соотношение ситуации социального риска и социально-обеспечительного правоотношения: первая может сохраняться после прекращения второго.

При этом социально-рисковая ситуация, как правило, возникает раньше правоотношения по социальному обеспечению, поскольку реализация права на социальные выплаты и услуги осуществляется в ходе правоприменительной процедуры, опосредуемой процедурными правовыми связями. По результатам такой процедуры выносится правоприменительное решение (например, о назначении пенсии или пособия), выступающее элементом фактического состава, порождающего возникновение материально-правовых отношений по социальному обеспечению. Для того чтобы хронологически «совместить» моменты возникновения социально-рисковой ситуации и социально-обеспечительного правоотношения, законодательством может предусматриваться назначение соответствующих выплат ранее чем со дня обращения за ними, но не ранее чем со дня реализации определенного социального риска. Так, страховая пенсия, по общему правилу, назначается со дня обращения за ней, но страховая пенсия по старости может быть назначена со дня, следующего за днем увольнения с работы, если обращение за ней последовало не позднее чем через 30 дней со дня увольнения с работы, а страховая пенсия по инвалидности – со дня признания лица инвалидом, если обращение за указанной пенсией последовало не позднее чем через 12 месяцев с этого дня (ч. 1, пп. 1 и 2 ч. 5 ст. 22 Федерального закона «О страховых пенсиях»).

Приведенные характеристики социально-рисковой ситуации актуальны для этапа индивидуального правового регулирования, когда констатируется реализация социального риска у конкретного субъекта, претендующего в связи с этим на социальное обеспечение. На данном этапе ситуация социального риска, объединяющая в своем составе рисковые события и их последствия, для целей социального обеспечения всегда персонифицирована, так как субъектом, претерпевающим социальный риск и имеющим право на социальные предоставления, является конкретное физическое лицо.

Однако социальный риск носит массовый, общественный характер, поэтому социально-рисковая ситуация является типичной, одинаковой для многих людей как по причинам возникновения, так и по характеру последствий и способам их преодоления.

В связи с этим разработка и надлежащее законодательное закрепление ситуации социального риска в качестве нормативной модели основания социального обеспечения должны способствовать повышению эффективности правового регулирования в данной сфере.

С. С. Худякова

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

«ТРУДЯЩИЙСЯ-МИГРАНТ», «РАБОТНИК-МИГРАНТ», «ИНОСТРАННЫЙ РАБОТНИК»: ПОДХОДЫ К ОПРЕДЕЛЕНИЮ ПОНЯТИЙ В МЕЖДУНАРОДНОМ И РОССИЙСКОМ ПРАВЕ

Известно, что в настоящее время процессы экономической интеграции и глобализации усилили значение такого феномена, как трудовая миграция.

В науке существующие понятия трудовой миграции весьма неоднозначны. В самых общих чертах под миграцией рабочей силы понимается процесс перемещения трудовых ресурсов с целью трудоустройства на более выгодных условиях (определяющихся соотношением спроса и предложения на рынке труда), чем в стране происхождения или регионе постоянного проживания мигранта¹. Основной критерий, с помощью которого миграцию относят к трудовой, – это ее направленность на трудоустройство в стране (регионе) въезда. С правовой точки зрения наибольший интерес представляет соотношение понятий, которыми оперирует международное право и национальное законодательство.

Международная конвенция «О защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей», принятая Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 18 декабря 1990 г.², Европейская конвенция № 93 «О правовом статусе трудящихся-мигрантов»³, Рекомендация Международной организации труда (МОТ) № 86 «О трудящихся-мигрантах»⁴, не давая напрямую определение трудовой миграции, закрепляют в той или иной форме понятие «трудового мигранта».

Международная конвенция ООН 1990 г. «О защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей» определяет термин «трудящийся-мигрант» как «лицо, которое будет заниматься, занимается или занималось оплачиваемой деятельностью в государстве, гражданином которого он или она не является». По сути такое определение может распространяться на лиц, которые еще находятся в поиске работы, в том числе и на нелегальных мигрантов. В Рекомендациях ООН по статистике международной миграции иностранные работники-мигранты определены как иностранцы, допущенные в страну принимающим государством с конкретной целью – заниматься экономической деятельностью, которая оплачивается из источников в принимающей стране⁵.

В Европейской конвенции № 93 «О правовом статусе трудящихся-мигрантов» термин «трудящийся-мигрант» означает гражданина Договаривающейся стороны, которому разрешено другой Договаривающейся стороной проживать на ее территории для выполнения оплачиваемой работы.

Конвенция МОТ № 143 (1975 г.) «О злоупотреблениях в области миграции и об обеспечении работникам-мигрантам равенства возможностей и обращения»⁶ относит к «работникам-мигрантам» любое лицо, которое мигрирует или мигрировало из одной страны в другую, с целью получения любой работы, кроме как не по найму, и включает в себя любое лицо, законно въехавшее в страну в качестве работника-мигранта. А Конвенция МОТ № 97 (1949 г.) «О работниках-мигрантах»⁷ включает в число «работников-мигрантов» лиц, которые мигрируют из одной страны в другую с намерением получить работу, иначе чем за собственный счет, и лиц, допускаемых в соответствии с законом в качестве работника-мигранта.

Поскольку международная трудовая миграция может осуществляться в трех формах: в форме работы по найму, в форме самостоятельной предпринимательской деятельности либо в форме работы по оказанию услуг, подпадающие под действие предпринимательского или гражданского законодательства, то можно сделать вывод, что определение «трудящийся-мигрант», сформулированное ООН, является по своему содержанию более емким. Под «работником-мигрантом» в международных актах следует понимать лиц, которые мигрируют с целью трудоустройства в качестве наемных работников.

В российское законодательство не имплементирован международный термин «работник-мигрант». Российское право использует несколько другой термин – «иностранный работник».

В Федеральном законе от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»⁸ впервые было дано и определение понятия иностранного работника, как иностранного гражданина, временно пребывающего в России и осуществляющего в установленном порядке трудовую деятельность.

Так, иностранные граждане пользуются правом свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию, а также правом на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности с учетом ограничений, предусмотренных федеральным законом.

Согласно указанного закона как российские граждане, так и иностранные юридические лица и граждане, могут выступать в РФ по отношению к иностранцам в качестве работодателя или заказчика. В первом случае возникают трудовые правоотношения со всеми вытекающими последствиями, во втором – отношения между заказчиком и исполнителем должны регулироваться нормами гражданского права.

Закон о правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации гласит, что работодатель и заказчик работ (услуг) имеют право привлекать и использовать иностранных работников только при наличии разрешения на их привлечение и использование.

Исходя из вышеизложенного, можно сделать вывод: анализ легальных дефиниций, не позволяет автоматически распространять на всех иностранных граждан, временно или постоянно проживающих в РФ, понятие «иностранный работник», равно как и понятие «работник-мигрант». Так, лицо, постоянно проживающее на территории России и имеющее иностранное гражданство, уже не может рассматриваться при трудоустройстве как «работник-мигрант», особенно если он родился и достиг возраста трудовой правосубъектности на территории Российской Федерации. В то же время иностранец, въехавший на территорию РФ для осуществления трудовой деятельности, но в качестве предпринимателя, не может быть определен как «иностранный работник».

Поскольку и международные акты и национальное законодательство закрепляют целый ряд прав и гарантий для лиц, осуществляющий деятельность в рамках международной трудовой миграции, необходимо четко определиться с кругом субъектов этих прав и гарантий, а также с их объемом. А для этого необходимо установить соотношение правовых дефиниций «трудящийся-мигрант», «работник-мигрант», «иностранный работник».

¹ Поздоровкина О. Справочник по теории в области миграции. М., 2011. 396 с.

² Советский журнал международного права. 1991. № 3-4. С.136-172.

³ Заключена в г. Страсбурге 24.11.1977. Вступила в силу 01.05.1983.

⁴ Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда. 1919–1956. Т. I. Женева: Международное бюро труда, 1991. С. 982–999.

⁵ Recommendations on Statistics of International Migration. Revision 1. United Nations. N.Y. 1998. P.20.

⁶ <http://www.ilo.org>.

⁷ <http://www.ilo.org>.

⁸ Собрание законодательства Рос. Федерации. 2002, № 30, ст. 3032.

Е. С. Шукаева

*Воронежский институт ФЦИН России,
г. Воронеж*

КАТЕГОРИЯ «РАБОТОДАТЕЛЬ» В МЕХАНИЗМЕ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ТРУДА: ОПЫТ ФРГ

С хозяйской властью работодателя тесно связан теоретический и практический вопрос о конкретном субъектном составе трудовых правоотношений. Как справедливо заметил А.С. Кудрин, выделение субъектов социальной власти в трудовых отношениях позволяет определить возможные механизмы злоупотребления властью с их стороны и предусмотреть инструменты защиты работников от произвола¹.

Этот вопрос в науке трудового права и законодательстве Германии достаточно оригинален и в определенной степени сложен.

Р. Вальтерманн подчеркивает, что работодателем (*der Arbeitgeber*) является лицо, получающее услугу от другого лица – работника (*der Arbeitnehmer*), способное требовать от последнего выполнения этой услуги с соответствующей оплатой ее. Это может быть юридическое лицо, хозяйственное общество, индивидуальный предприниматель².

Понятие «предприятие» используется в немецком праве как обобщающий термин для обозначения субъектов, действующих в различных организационно-правовых формах в гражданском и торговом праве. Существуют три организационные единицы: 1) предприятие в широком смысле (как организация любой деятельности); 2) предприятие как коммерческая организация и 3) концерн.

В законодательстве Германии нет легального определения «предприятие» и Трудовой суд ФРГ принимает меры к судебному толкованию этого термина применительно к сфере трудового права. Научный спор о правовой природе предприятия среди немецких юристов длится многие годы. Предприятие понимается как целевое имущество (Э.И. Беккер), обособленная имущественная единица (К.Хан), совокупность фактических и юридических отношений (Л. Гольдшмидт), выражение коммерческой правосубъектности (О. Кунце, О. ф. Фельдерндорфф), самостоятельное существо в обороте (В. Эндеманн), субъект права (Э. И. Беккер, О. Кунце, О. ф. Фельдерндорфф, В. Эндеманн), возможность ведения торгового дела (Ф. Регельсбергер), объединение деятельности и имущества (Я.Ф. Беренд). Согласно современной концепции О. Писко, предприятие – это «вещно-правовая нематериальная ценность», «имущество, основанное на единстве деятельности» (*sachenrechtliches Immaterialgut*).

Основываясь на исследованиях известного немецкого юриста Отто фон Гирке, Ю. Ф. Гирке и О. Сандрок называют предприятие в узком смысле «обособленным имуществом особого рода» (*eigenartiges Sondervermögen*). По их мнению, предприятие является особым имуществом, основной частью которого являются вещи. Г. Хубманн характеризует предприятие как личное и нематериальное право (*Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht*). По его мнению, предприятие не является чем-либо естественным, оно продукт человеческого духа. При отсутствии этой поддерживающей силы, без развертывания предпринимательской инициативы жизнь предприятия прекращается и распадается на простое скопление неживых предметов инвентаря, аппаратуры, зданий и т. д. Стержневой элемент предприятия, имеющий духовную ценность и требующий объективированного выражения, получил у Хубманна наименование «*Unternehmerleistung*» (эффективность деятельности предпринимателя). Духовная ценность объективированной *Unternehmerleistung*, в основе которой лежат все эти материальные предметы, не теряется. *Unternehmerleistung* состоит из ряда нематериальных ценностей, которые предприниматель постепенно создает и которые сами по себе не имеют значения в деловой жизни, но в совокупности образуют центр предприятия: организация производства и сбыта, рекламная привлекательность предприятия, *goodwill*, деловой опыт, шансы и фактические отношения с контрагентами, клиентами, наемными работниками.

Т. Райзер рассматривает предприятие в организационно-социологическом аспекте, в качестве организации (*Organisation*). П. Райш и К. Шмидт говорят о предприятии как об «организованной экономической единице» (*organisierte Wirtschaftseinheit*). Существуют научные теории «производительной деятельности, или совокупности видов деятельности» (*Betriebstätigkeit oder Inbegriff Tätigkeiten*) (К. Виланд, П. Гизеке), «объединения имущества и лиц» (*Vereinigung von Gütern und Personen*; Э. Якоби), «расширенной собственности» (*erweitertes Eigentum*; Г. Краузе), «права, аналогичного праву собственности» (*eigentumsähnliches Recht*; Х.Ф. Ф. Годин) и др.³

В отличие от российского права немецкое законодательство применительно к правам на предприятие употребляет термин не «субъект права» (*Rechtssubjekt*), а «носитель прав предприятия» (*Unternehmensträger*) – лицо, которому предприятие подчинено в правовом отношении и которое ведет его от своего имени. Под правовым подчинением (*Rechtszuordnung*) понимается наличие у носителя законного основания для осуществления прав в отношении данного предприятия, а под ведением предприятия от своего имени – приобретение данным лицом прав и обязанностей, вытекающих из деятельности предприятия. Носителем прав предприятия является не только лицо, имеющее право собственности на имущество предприятия или приобретенное права и обязанности исходя из его деятельности, но также арендатор, пользователь, доверительный управляющий предприятия. В то же время не являются носителями прав участники и управляющие в торговых товариществах, обществах, служащие, законные представители, конкурсный управляющий, исполнитель завещания, действующий по доверенности, а также так называемые «общности имущества», поскольку все они ведут предприятие не от своего имени. В данных случаях носителями прав являются соответственно

торговые товарищества и общества, индивидуальные коммерсанты, несовершеннолетние, должники, наследники, супруги. Не являются носителями прав предприятия концерны и негласные товарищества, так как ведение предприятия осуществляется их членами⁴.

К числу основных групп лиц, управомоченных на ведение предприятия в Германии относятся: индивидуальный коммерсант (*Einzelkaufmann*), торговые товарищества и общества (*Handelsgesellschaften*), промысловые и хозяйственные кооперативы (*Erwerbs – und Wirtschaftsgenossenschaften*). Судебная практика Германии пошла по пути признания в качестве носителей прав предприятия и тех участников оборота, деятельность которых традиционно не считается предпринимательской (врачи, адвокаты, нотариусы, налоговые консультанты). В.-Х. Рот подчеркивает, что отрицание промыслового характера деятельности лиц свободных профессий не препятствует применению к ним отдельных норм ГГУ по аналогии, если они участвуют в обороте подобно коммерсантам и от них можно ожидать того, что они будут действовать по коммерческим обычаям (§ 346)⁵.

ГГУ возлагает конкретные обязанности на работодателя и предоставляет соответствующие трудовые гарантии работникам при переходе предприятия от одного владельца к другому. Если предприятие или часть предприятия переходит в результате совершения сделки к другому владельцу, то этот владелец вступает в права и обязанности, вытекающие из трудовых правоотношений, существующих на момент передачи. Если права и обязанности регулируются нормами тарифного соглашения или соглашением между советом предприятия и работодателем, то они составляют содержание трудовых правоотношений между новым владельцем предприятия и наемным работником и не могут быть изменены в ущерб наемному работнику до истечения года с момента перехода предприятия. Прежний работодатель отвечает наряду с новым владельцем предприятия в качестве солидарного должника по имевшимся обязательствам, если они возникли до момента перехода предприятия и срок исполнения по ним наступит до истечения одного года с указанного момента. Если срок исполнения по таким обязательствам наступит после перехода предприятия, то прежний работодатель несет ответственность только в том объеме, который соответствует части расчетного периода по этим обязательствам, истекшей к моменту перехода предприятия (указанное правило не действует, если в результате преобразования предприятия юридическое лицо или торговое товарищество прекращается). Расторжение договора с наемным работником со стороны прежнего работодателя или нового владельца предприятия вследствие перехода предприятия или его части недействительно. Право на расторжение трудового договора по иным основаниям не затрагивается. Прежний работодатель или новый владелец до перехода предприятия обязаны сообщить в письменной форме наемному работнику, которого затрагивает указанный переход предприятия: 1) о сроке или запланированном сроке перехода; 2) об основании перехода; 3) о правовых, экономических и социальных последствиях перехода; 4) о будущих мерах в отношении наемного работника. Наемный работник вправе в течение одного месяца после поступления этого сообщения заявить возражения, касающиеся трудовых правоотношений (возражение может быть заявлено прежнему работодателю либо новому владельцу) (§ 613 a).

Таким образом, немецкая трактовка понятия «работодатель» имеет, несомненно, специфику, которая в целом заключается в тесной связи трудового толкования термина с раскрытием гражданско-правовой категории «предприятие». Соответственно толкование понятия «работодатель» в немецкой правовой доктрине связано с его цивилистическим окрасом и включает понимание работодателя как предприятия в широком смысле слова.

¹ Кудрин А.С. О понятии субъектов социальной власти в трудовых отношениях // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2013. Вып. № 4. С. 279.

² См.: *Waltermann R. Arbeitsrecht. 17. Auflage. Verlag Franz Vahlen. München, 2014. S. 29.*

³ См.: *Грибанов А. В. Предприятие как имущественный комплекс (объект права) по праву России и Германии. М.: Инфотропик Медиа, 2010. С. 192 – 198.*

⁴ См.: *Грибанов А. В. Указ. соч. С. 54; Schmidt K. Handelsrecht. 5. Aufl. Köln; Berlin, Bonn; München: Heymanns, 1999. S. 88 – 107.*

⁵ См.: *Грибанов А. В. Указ. соч. С. 55; Handelsgesetzbuch: Kommentar / von I. Koller, W.-H. Roth, W. Morck. München: C.H. Beck, 1999. S. 7.*

ВИ. УГОЛОВНОЕ ПРАВО, ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР И КРИМИНОЛОГИЯ

А. В. Воеводкин

*Уральский государственный юридический университет,
г. Екатеринбург*

ФЕНОМЕН РЕЙДЕРСТВА В РОССИИ: ЭКОНОМИЧЕСКИЙ АСПЕКТ

Известно, что практически любое явление в праве обусловлено существованием экономических детерминант и рейдерство тому не исключение. О данной проблеме заговорили в период изменения социального строя и перехода России к рыночной экономике.

На сегодняшний день невозможно определить, что представляет собой рейдерство ввиду отсутствия легального определения данного понятия. Очевидно, что перед правоохранительными органами стоит проблема в выявлении факторов рейдерства и присвоении ему соответствующей правовой оценки. Вопрос о юридической природе рейдерства будет рассмотрен в других работах, в данной статье речь пойдет о его экономической составляющей.

Первым шагом на пути к возникновению исследуемой проблемы послужил перестроечный период, завершившийся распадом СССР (вторая половина 1980-х гг. – первая половина 1990-х гг.). Указанный период характеризуется началом перехода к рыночной экономике и одновременно отсутствием методов корпоративного контроля и управления. В результате начавшихся приватизационных процессов крупные предприятия сосредотачивались в руках отдельных лиц. В средствах массовой информации распространялись сведения о том, что приватизационные процессы являются возможностью пополнения истощенной государственной казны и позволят создать базу для проведения реформ в экономике страны, но, как показало время, этот опыт, по оценкам экспертов, явился не столь успешным. В качестве яркого примера В.О. Исправников приводит небольшую, но наглядную статистику проходящей приватизационной компании. Так, «стоимость 324 заводов составила в среднем менее 4 млн долл., ЗИЛ (стоимость основных фондов – не менее 1 млрд долл.) был продан за 4 млн долл., «Уралмаш» – за 3,72 млн»¹. Отметим, что на данном этапе рейдерство носило стихийный характер. Данный этап еще характеризуют как период масштабного изменения экономической системы при отсутствии эффективной правовой модели в условиях ваучерной приватизации. С одной стороны, руководителями государственных предприятий начали создаваться кооперативы, позволившие перераспределять финансовые потоки и получать прибыль от использования активов, формально принадлежавших государству, а с другой, фактические владельцы предприятий начинали юридически оформлять свои полномочия на указанные объекты. По оценкам экспертов² Россия превращалась в масштабный рынок передела собственности. В этот период, передавая в частные руки огромные материальные блага, государство не сформировало должные правила поведения, хозяйственные отношения практически не были подвержены регулированию. Другой крайностью было отсутствие эффективных способов защиты отношений в сфере собственности, поскольку частная собственность на тот период была новеллой, как в экономике, так и в рамках правовой системы России. Рейдеры достаточно умело использовали также потенциал коррупционных³ возможностей: от заказных уголовных дел⁴, до получения на руки незаконных судебных решений по отчуждению имущества⁵. На тот момент методы, используемые при захвате объектов собственности, носили достаточно примитивный характер. Как правило, речь шла о скупке акций работников предприятия, затем проводились оперативные совещания для переизбрания подконтрольных директоров и, завершающим этапом было получение в судебном порядке прав по управлению имуществом. Таким образом, особенностью данного исторического этапа в развитии института рейдерства было использование всех возможных инструментов в получении полного контроля над объектами гражданских прав, не считаясь с титульными владельцами экономических благ.

Второй этап развития рейдерства отождествляют с принятием закона о банкротстве 1998 г.⁶. По поводу данного закона интересен комментарий В.Ф. Яковлева: «Мы сразу же подняли тревогу по этому поводу, так как увидели, каков этот закон и как он может быть приспособлен для противоправного захвата чужого имущества»⁷. Это мнение небезосновательно. Указанный закон впоследствии использовался недобросовестными участниками рыночных отношений для захвата чужой, но уже на тот момент частной, собственности путем искусственного банкротства организаций. Кульминацией его правоприменения было принятие Конституционным судом РФ Постановления от 16 мая 2000 г. № 8-П «О проверке конституционности отдельных положений п. 4 ст. 104 Федерального закона "О несостоятельно-

сти (банкротстве)"⁸. В этот период также увеличивается количество участников рыночных отношений, которые нуждались в дополнительных активах. Первые заключенные приватизационные сделки, в том числе и с аукционов, показали, что есть возможность за неэквивалентную стоимость приобретать государственное имущество. Более того, фактически создавалась видимость правомерного отчуждения государственного имущества. И естественно, те, кто по каким-либо причинам не смог в законной форме стать правообладателем государственного имущества, начинали использовать насильственные методы в установлении контроля над интересующими их объектами гражданских прав. Так начинается свой расцвет «черное рейдерство»⁹ (вторая половина 1990-х гг. – начало 2000-х гг.).

Следующий этап развития рейдерства характеризуется массовым перераспределением собственности, причин у которого несколько. Во-первых, у участников рыночных отношений появились свободные средства, которые были направлены исключительно на приобретение новых активов с последующей их перепродажей. А во-вторых, повысилась коррупционная составляющая указанной деятельности. Таким образом, в начале 2000-х годов сложились две тенденции. С одной стороны, деятельность участников рынка была направлена на реализацию более крупных и рентабельных проектов, а с другой такая деятельность стала носить более рисковый характер. Постепенно меняется и география совершения рейдерских актов: если первоначально находились в опасности предприятия в центральной России, то впоследствии подобный опыт стал перениматься и другими субъектами.

Постепенно количество «рейдерских захватов» с применением насилия начинает сокращаться, и тому есть логическое обоснование. Участники рыночных отношений в большинстве своем сосредоточились на развитии приобретенных благ, кроме того, были предприняты попытки придания законной формы владению активами. В целом, это время (с 2005 по 2009 г.) следует охарактеризовать как период появления новых путей в развитии феномена. Его также можно представить как промежуточный этап между силовыми, насильственными захватами предприятий и переход к корпоративным конфликтам с использованием пробелов в законодательстве. Об этом свидетельствует и статистика. В 2005 г. в производстве у следователей находилось 346 уголовных дел¹⁰, а в 2007–2008 гг. следственным комитетом расследовалось 104 уголовных дела¹¹, связанных с «рейдерством».

Сегодня рейдерство рассматривается как этап перехода от насильственных захватов к приобретению корпоративного контроля путем использования пробелов в законодательстве, и использования ненасильственных методов. В то же время речь идет и об определенном противостоянии государства существующей проблеме путем совершенствования законодательства.

В целом феномен рейдерства в России с точки зрения его экономического обоснования можно назвать как промежуточный этап в переходе от командно-административной (плановой) экономики к рыночной, сопровождающийся отсутствием необходимых экономических методов, проведением неэффективных реформ и слабостью государственного аппарата. То есть фактически речь идет о появлении в России новой модели экономических отношений, к переходу на которую наше государство не было должным образом подготовлено.

В заключении отметим, что исследуемый феномен с позиции экономической природы представляет собой процесс перераспределения материальных благ между субъектами рыночных отношений с целью обогащения, путем использования способов и методов, противоречащих принципу добросовестной конкуренции.

Безусловно, на сегодняшний день рейдерство как явление себя не исчерпало, речь идет лишь о его трансформации в экономике через расширение сфер присутствия, а также способов и методов реализации.

¹ *Исправников В.О.* Приватизация в России // Россия и мир (информационный бюллетень). 1997. № 1. С. 17.

² *Леонтьев И.А.* Проблемы противодействия рейдерам // Гражданин и право. 2008. № 3. С. 23.

³ *Кара-Мурза С.* Советская цивилизация. Кн. 2: От Великой Победы до наших дней. М., 2002. С. 462–464.

⁴ *Паскаль Т.* PR-технологии в войнах за предприятия // Советник. 2006. № 1. С. 31.

⁵ *Борисов Ю.Д.* Рейдерские захваты. Узаконенный разбой. СПб., 2008. С. 173–174.

⁶ Собрание законодательства Рос. Федерации. 1998, № 2, ст. 222.

⁷ *Яковлев В.Ф.* Избранные труды. Т. 2: Гражданское право: история и современность. Кн. 1. М.: Статут, 2012. С. 451.

⁸ Российская газета. 2000. 23 мая.

⁹ *Константинов В.* Рейдерство – не мошенничество! Законность. 2008. № 11.

¹⁰ *Методический обзор* расследования преступлений, связанных с незаконным захватом предприятий // Архив ГСУ при ГУ МВД по Челябинской области. 2005.

¹¹ *Обзор* состояния предварительного следствия, законности и обоснованности принимаемых процессуальных решений по уголовным делам о захвате имущества, имущественных и неимущественных прав, денежных средств предприятий (рейдерство) // Архив СУ СК РФ по Челябинской области. 2009.

О КРЕДИТОРСКОЙ ЗАДОЛЖЕННОСТИ КАК ПРЕДМЕТЕ ПРЕСТУПЛЕНИЯ, ПРЕДУСМОТРЕННОГО СТ. 177 УК РФ

Нормальное функционирование рыночных отношений возможно лишь при добросовестном отношении их участников к принятым на себя обязательствам. Несоблюдение и неисполнение данного важнейшего принципа гражданского права влечет наступление гражданско-правовой ответственности. Однако в случае невозможности защиты нарушенных прав частноправовым путем законодательство Российской Федерации закрепляет уголовно-правовые нормы, с помощью которых обеспечивает возможность охраны интересов кредиторов при недобросовестных действиях либо бездействии должников по отношению к выполнению своих обязательств. Одной из таких норм в УК РФ является ст. 177 «Злостное уклонение от погашения кредиторской задолженности».

Согласно диспозиции ст. 177 УК РФ «злостное уклонение руководителя организации или гражданина от погашения кредиторской задолженности в крупном размере или от оплаты ценных бумаг...» одним из самых неоднозначных понятий, присутствующих в норме, является «кредиторская задолженность». Попытаемся его раскрыть.

Изучение научной литературы дает повод отметить, что в основном данное оценочное понятие раскрывают представители уголовного права. Так, А.И. Клепицкий считает, что кредиторская задолженность – это сумма всех денежных обязательств должника, которая может возникнуть не только из договоров, но и из причинения вреда и иных предусмотренных законом оснований¹.

Б.В. Волженкин же пишет о том, что «кредиторская задолженность образуется по любому договору при неисполнении обязанностей должником... ст. 177 УК охватывает весьма широкий круг договорных прямых отношений, когда должник игнорирует законные требования кредитора²».

Под кредиторской задолженностью Н.А. Лопашенко рассматривает денежные средства, временно привлеченные предприятием, организацией, индивидуальным предпринимателем или полученными гражданином, подлежащие возврату соответствующим юридическим или физическим лицам. При этом автор отмечает, что кредиторская задолженность может возникнуть в результате как кредитного (ст. 819 ГК РФ), так и иного гражданско-правового договора (договора подряда, реализации товаров и т. д.)³.

Можно сделать вывод, что мнения ученых не едины: одни под предметом исследуемого преступления понимают обязательство по уплате денежных средств независимо от основания его возникновения (договор или деликт), другие раскрывают предмет через объект гражданских прав – имущество.

Как мы видим, данное словосочетание, включая два понятия «кредиторская» и «задолженность», является составным. Поэтому в целях уяснения смысла попытаемся раскрыть его через образующие слова.

Согласно Толковому словарю русского языка под задолженностью понимается наличие долгов, невыполненных обязательств, а долг – это то же, что и обязанность, под которой в данном словаре понимается круг действий, возложенных на кого-нибудь и безусловных для выполнения⁴.

Грамматическое толкование с учетом вышесказанного приводит нас к заключению, что существительное «задолженность» означает обязанность лица выполнить определенные действия.

Данное словосочетание из области бухгалтерского учета. Однако определение самого понятия «кредиторская задолженность» встречается лишь в Приказе Минфина России от 27 июля 2012 г. № 109н «О бухгалтерской (финансовой) отчетности страховщиков»⁵. Кредиторская задолженность в п.33 данного документа раскрывается через задолженность по операциям страхования, ... по расчетам, связанным с заключением договоров страхования, задолженность перед страховщиками, возникшая в результате расчетов по прямому возмещению убытков, перед потерпевшими по причитающимся им к выплате суммам, ... а также иная кредиторская задолженность (перед персоналом организации, задолженность по налогам и сборам, перед акционерами (участниками) по выплате доходов, перед профессиональными объединениями страховщиков по отчислениям от страховых премий).

Таким образом, под кредиторской задолженностью понимается обязанность страхователя по выплате денежных средств на основании обязательств, вытекающих из договоров страхования, обя-

занностей по уплате страховых взносов во внебюджетные фонды, а также иных выплат – по налогам и заработной плате. Таким образом, если бы не было ограничений применения данного акта сферой страхования, то логично предположить, что под кредиторской задолженностью понимались бы обязательства по уплате денежных средств, вытекающие из разных видов обязательств.

В Приказе Минфина России от 06.05.1999 N 33н «Об утверждении Положения по бухгалтерскому учету «Расходы организации» ПБУ 10/99»⁶ в п.6

указано, что кредиторская задолженность раскрывается через обязательства, которые могут быть выражены только в денежной форме, а не в форме выполнения работ, оказания услуг или передачи товаров. Такое понимание кредиторской задолженности не в полной мере соответствует гражданско-правовому пониманию.

Стоит отметить, что исследуемая норма УК РФ является бланкетной и для уяснения смысла, в нашем случае – предмета преступления, необходимо обратиться к исследованиям доктринальных источников в области гражданского права и положениям позитивного законодательства.

Смысл его раскрывается общими положениями ГК РФ об обязательствах, в которых закреплено содержание, объект и субъект кредиторской задолженности.

Согласно гл. 21 ГК РФ субъектами обязательственных отношений выступают две стороны: управомоченная и обязанная. Поскольку перемещение материальных благ невозможно без активных действий, управомоченная в обязательственном правоотношении сторона наделена правом требовать от обязанной стороны совершения определенных действий. В свою очередь, на обязанную сторону в обязательственном правоотношении возлагается обязанность совершить эти активные действия. Принадлежащее управомоченной в обязательстве стороне субъективное право принято именовать правом требования, а сама управомоченная сторона именуется кредитором. Обязанная сторона в обязательстве называется должником, а лежащая на нем обязанность – долгом.

Право требования кредитора и долг должника составляют юридическое содержание обязательственного правоотношения. В качестве объекта обязательства выступают действия должника⁷. Данный объект может быть выражен в разной форме – в форме уплаты денежных средств либо передачи иного имущества, выполнения работ, оказания услуг.

Основаниями возникновения обязательств являются такие юридические факты, как договор, односторонняя сделка (например, публичное обещание награды), причинение вреда личности или имуществу и неосновательное обогащение.

В зависимости от этих юридических фактов, лежащих в основании возникновения, обязательства подразделяются на договорные и внедоговорные.

Внедоговорные обязательства, в свою очередь, делятся на два следующих вида. Первый – охранительные обязательства, т. е. имеющие своей основной направленностью защиту интересов субъектов при совершении кем-либо неправомерных действий. В частности, это обязательства по возмещению вреда (деликтные обязательства), обязательства из неосновательного обогащения. Второй – обязательства из односторонних действий. Эти обязательства возникают в результате совершения правомерных действий только одним субъектом: односторонние сделки, юридические поступки, публичное обещание награды, объявление конкурса, административные акты и др.⁸

Исходя из положений ГК РФ словосочетание «кредиторская задолженность» является синонимом слова «долг» либо еще большего по содержанию понятия «обязательство». Как мы отметили, это долг перед кредитором, но не в смысле ст. 819 ГК РФ, где в роли кредитора выступает банк или иная кредитная организация, а перед любым лицом, в отношении которого должник обязан осуществить какое-либо определенное действие.

Полагаем, что такое понимание кредиторской задолженности, как любой вид неисполненного обязательства должника кредитору (ст. 309 ГК РФ) возратить определенную сумму денег или иное имущество, выполнить работу, оказать ему услугу либо совершить иное действие в пользу кредитора, должно быть применимо и к ст. 177 УК РФ. Так как обязательство не может быть предметом исследуемого состава – им будет предмет кредиторской задолженности. При этом основание возникновения такой обязанности не имеет значения, оно может быть как договорным, так и внедоговорным.

¹ Клепицкий А.И. Система хозяйственных преступлений. М., 2005. С. 362.

² Волженкин Б.В. Экономические преступления. М., 2009. С. 124.

³ Лопашенко Н.А. Преступления в сфере экономической деятельности: теоретический и прикладной анализ: в 2 ч. М.: Юрлитинформ, 2015. Ч. II. С. 283–284.

⁴ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений/ РАН. Институт русского языка им. В.В. Виноградова. 4-е изд., доп. М.: Азбуковник, 1997. С. 204.

⁵ *О бухгалтерской (финансовой) отчетности страховщиков: приказ Минфина России от 27 июля 2012 г. № 109н (зарегистр. в Минюсте России 21.09.2012 № 25513) // Бюл. нормат. актов федер. органов исполн. власти, 08.10.2012. № 41.*

⁶ *Об утверждении Положения по бухгалтерскому учету «Расходы организации» ПБУ 10/99: приказ Минфина России от 6 мая 1999 № 33н (ред. от 06.04.2015); (зарегистр. в Минюсте России 31.05.1999 № 1790) // Бюл. нормат. актов федер. органов исполнит. Власти. 1999. № 26.*

⁷ *Гражданское право: учебник / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: ПРОСПЕКТ, 1997. Ч. 1. С. 460–461.*

⁸ *Гражданское право: учебник: в 3 т. / С.С. Алексеев, И.З. Аюшеева, А.С. Васильев и др.; под ред. С.А. Степанова. М.: Проспект; Екатеринбург: институт частн. права, 2010. Т. 1. 640 с.*

Т. А. Кирова

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ПООЩРЕНИЕ В СИСТЕМЕ МЕР УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО ВОЗДЕЙСТВИЯ

Уголовно-правовое воздействие представляет собой категорию, не имеющую однозначного определения в науке. Это обусловлено тем, что данная категория не встречается в уголовном законе, однако широко используется теоретиками для обозначения одного из основных направлений уголовной политики государства. Следовательно, важно определить содержание данной категории в контексте нашего исследования.

Так, А.И. Чучаев полагает, что понятие «уголовно-правовое воздействие» синонимично понятию «меры уголовно-правового характера», характеризуя его как «ответные действия государства, применяемые к лицу, совершившему общественно опасное деяние, запрещенное уголовным законом»¹. Аналогичного мнения придерживается В.К. Дуюнов, определяющий уголовно-правовое воздействие как «специальную деятельность государства, реагирующего на факты нарушения установленных им уголовно-правовых запретов посредством использования возможностей, заложенных в уголовном праве»². И.Э. Звечаровский называет мерами уголовно-правового воздействия «способы уголовно-правового выражения государственного принуждения, применяемые к лицу, совершившему общественно опасное деяние, запрещенное уголовным законом, путем наложения на осужденного дополнительных правоограничений (лишения либо ограничения прав и свобод лица)»³.

В науке уголовного права есть и иной подход к определению сущности уголовно-правового воздействия. Ю.В. Трунцевский понимает его как «различные закрепленные в уголовном законе формы и средства специальной деятельности государства, общества и отдельных граждан, применяемые для достижения как общих целей уголовно-правового противодействия преступности (профилактика, борьба с преступлениями, минимизация и (или) ликвидация последствий их совершения), так и самостоятельных целей для каждой группы мер воздействия, отличающихся присущим только им предполагаемым результатом реализации»⁴. При этом следует согласиться с Ю.В. Трунцевским в том, что меры, не содержащие уголовно-правовых ограничений, но регламентируемые УК РФ, нельзя не отнести по своей правовой природе к мерам уголовно-правового воздействия⁵. А.С. Пунигов, характеризуя меры уголовно-правового воздействия, наряду с карательными, воспитательными и медицинскими, выделяет превентивные меры, которые, по его мнению, применяются в отношении неустойчивых лиц⁶.

Позволим себе присоединиться к сторонникам второго подхода и подчеркнем, что, по нашему мнению, нецелесообразно сводить сущность уголовно-правового воздействия исключительно к мерам правоограничительного характера. При подобном подходе мы будем вынуждены констатировать, что уголовное право использует только репрессивные, карательные меры в отношении участников уголовно-правовых отношений. Однако не следует забывать и о предупредительной задаче уголовного закона, которая заключается в воздействии и на тех лиц, которые еще не стали субъектами уголовной ответственности. Более того, данная задача должна выходить на первый план в контексте профилактики преступности, являющейся одной из задач уголовно-правовой политики РФ⁷.

Подобная точка зрения разделяется многими учеными. Так, А.Г. Блинов отмечает, что смещение акцента на карательное воздействие уголовно-правовых норм не вполне отвечает приоритету за-

дач данной отрасли права⁸. С.В. Расторопов также признает, что роль уголовного права не сводится к привлечению преступников к ответственности, а предполагает и предупреждение преступлений⁹. М.В. Бавсун полагает, что смыслом уголовно-правового воздействия не может быть исключительно порицание виновного¹⁰. Б.Т. Разгильдиев, разделяя уголовную ответственность на поощрительную и принудительную, подчеркивает, что «реализация уголовно-правовых норм осуществляется как в случаях неправомерного, так и в случаях правомерного поведения граждан»¹¹. При этом ученый признает, что «уголовно-правовая обязанность по воздержанию от совершения преступления должна стимулироваться каким-либо правовым средством к добровольному ее исполнению». Такой точки зрения придерживается и Ф.Р. Сундуков, который считает, что предупредительная задача уголовного права реализуется не только путем привлечения к уголовной ответственности и назначения наказания лицам, виновным в совершении преступления, но и «посредством применения всего арсенала средств уголовно-правового воздействия, включая меры, стимулирующие отказ от продолжения преступной деятельности и правопослушного поведения после совершения преступления»¹².

Исходя из изложенного, предлагаем под мерами уголовно-правового воздействия понимать предусмотренные уголовным законом способы влияния на поведение субъектов уголовного права, направленные на реализацию задач, поставленных перед данной отраслью. На наш взгляд, такое понимание позволит расширить перечень рассматриваемых мер посредством отнесения к ним не только мер уголовно-правовой репрессии, но и мер поощрительного характера, имеющих объектом своего воздействия будущее правомерное поведение лиц либо выражающих одобрение уже совершенных лицом действий. Согласимся с мнением Д.А. Липинского, что уголовно-правовое поощрение выступает в качестве инструмента, побуждающего к социально активному правомерному поведению, фактическим основанием применения которого выступает сверхисполнение предъявляемых требований или достижение общепризнанного результата¹³.

В контексте расширительного понимания уголовно-правового воздействия полагаем целесообразным отметить, что, как правило, в теории права поощрение понимается как форма выражения юридического одобрения определенного поведения, в результате чего субъект вознаграждается, для него наступают благоприятные последствия¹⁴. Таким образом, поощрительные нормы содержат призыв к желательному для общества и государства поведению, но не обязательному для каждого отдельного субъекта, у лица в этом случае сохраняется возможность выбора. При этом считаем возможным классифицировать поощрительные нормы по направленности воздействия на перспективные, в которых предусмотрены как модель желаемого для государства поведения, так и будущие положительные последствия выбора правоодобряемого варианта, и ретроспективные, в которых заложены положительные последствия уже совершенных лицом действий. К числу перспективных поощрительных норм полагаем возможным отнести нормы, закрепляющие обстоятельства, исключающие преступность деяния, к числу ретроспективных – основания освобождения от уголовной ответственности и наказания. При этом считаем необходимым согласиться с А.П. Фильченко, что поощрение не есть компромисс¹⁵, последний предусматривает уступки при привлечении к уголовной ответственности на основании соглашения сторон, в то время как меры уголовно-правового поощрения предусматривают стимулирующее воздействие исключительно на лицо, совершившее общественно опасное деяние либо намеревающееся сделать это.

Следует отметить, что ряд авторов вводят в научный оборот термин «поощрительные санкции»¹⁶. Подобный подход несколько отличается от традиционного понимания санкции как негативного последствия несоблюдения модели поведения, заложенной в диспозиции правовой нормы. Целесообразность подобной категории обосновывается тем, что этимологическое значение слова «санкция» означает не только негативные, но и позитивные последствия, что санкции как последствия призваны не только оценивать уже совершенное поведение, но также превентивным образом влиять на субъектов¹⁷. В рамках данного подхода ученые различают негативные санкции, направленные против отступлений от социальных норм, и позитивные санкции, стимулирующие одобряемые обществом, социальной группой отклонения от норм¹⁸. Таким образом, теоретики, разделяющие подобную точку зрения, предлагают понимать санкцию расширительно – как любые последствия отклонения от модели поведения, заложенной в содержании правовой нормы. Однако даже при условии расширительного понимания уголовно-правового воздействия полагаем нецелесообразным признать возможность выделения поощрительных санкций в уголовном праве, поскольку в рамках настоящего исследования это приведет к необоснованному загромождению категориального аппарата, используемого при характеристике стимулирующего воздействия уголовно-правовых норм на поведение субъектов соответствующей отрасли. Кроме того, на наш взгляд, основное влияние на поведение субъекта заложено именно в содержании правовой нормы, определяющей модель поведения, но не в последствиях ее исполнения или неисполнения. Последствия несоблюдения предписаний правовой нормы, как прави-

ло, заложены в ее содержании либо находятся за рамками ее действия, вызывая необходимость обращения к иным нормам, предусматривающим соответствующие санкции.

Уголовно-правовое поощрение – это деятельность, которая состоит в предоставлении субъекту предусмотренного законом социального блага за совершение им позитивного поступка, признаки которого содержатся в уголовно-правовой норме¹⁹. Следовательно, поощрительные нормы направлены на формирование мотивации к выбору правоодобряемой модели поведения у лиц, на которых они направлены.

¹ *Уголовно-правовое* воздействие: монография / под ред. А.И. Рагога. М.: Проспект, 2013. С. 14.

² *Дуюнов В.К.* Уголовно-правовое воздействие: теория и практика. М.: Научная книга, 2003. С. 28.

³ *Звечаровский И.Э.* Понятие мер уголовно-правового характера // *Законность*. 2007. № 1. С. 20.

⁴ *Трунцевский Ю.В.* Меры уголовно-правового воздействия: понятие и виды // *Рос. юстиция*. 2015. № 5. С. 29–32.

⁵ Там же.

⁶ *Пунигов А.С.* Иные меры уголовно-правового характера (понятие, виды, общая характеристика). Владимир, 2007. С. 21.

⁷ Концепция уголовно-правовой политики РФ // Официальный сайт Общественной палаты РФ. URL: <http://www.oprf.ru/discussions/1389/newsitem/17889> (дата обращения: 01.03.2016).

⁸ *Блинов А.Г.* Уголовно-правовой статус медицинского работника // *Библиотека криминалиста: научный журнал*. 2013. № 6 (11). С. 80.

⁹ *Расторопов С.В.* Уголовно-правовая охрана здоровья человека от преступных посягательств. СПб., 2006. С. 115.

¹⁰ *Бавсун М.В.* Понятие и содержание уголовно-правового воздействия на преступность // *Вестник Томского государственного университета*. 2010. № 336. С. 99–102; С. 100.

¹¹ *Разгильдиев Б.Т.* Задачи уголовного права Российской Федерации и их реализации: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1994. С. 36.

¹² *Уголовное право России. Общая часть: учебник / под ред. Ф.Р. Сундурова, И.А. Тарханова.* 3-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2009.

¹³ *Липинский Д.А.* Концепции позитивной юридической ответственности в отечественной юриспруденции // *Журнал российского права*. 2014. Т. 2. № 6. С. 37–51.

¹⁴ *Проблемы теории государства и права / под ред. д.ю.н., профессора М. Н. Марченко.* М.: Юрист, 2001. С. 399.

¹⁵ *Фильченко А.П.* Компромисс как метод уголовно-правового регулирования // *Вестник Пермского университета. Юридические науки*. 2013. Вып. 2 (20). С. 256.

¹⁶ См., например: *Кудрявцев В.Н.* Закон, поступок, ответственность. М., 1986. С. 293; *Матузов Н.И.* Правовая система и личность. Саратов, 1987. С. 202; *Фаткуллин Ф.Н.* Проблемы теории государства и права. Казань, 1987. С. 233; *Общая теория права и государства / под ред. В.В. Лазарева.* 2-е изд. М., 1996. С. 42, 148, 150.

¹⁷ *Проблемы теории государства и права / под ред. д.ю.н., проф. М. Н. Марченко.* С. 409.

¹⁸ См., например: *Налбандян А.С.* Применение поощрительных норм российского права. Проблемы теории и практики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 1994. С. 23.

¹⁹ *Тарханов И. А.* Поощрение позитивного поведения и его реализация в уголовном праве: Вопросы теории, нормотворчества и правоприменения: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Казань, 2002. С. 12.

Е. А. Корепанова

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

К ВОПРОСУ О КРИТЕРИЯХ РАЗГРАНИЧЕНИЯ КРАЖИ И МОШЕННИЧЕСТВА, СОВЕРШАЕМЫХ С ИСПОЛЬЗОВАНИЕМ ПЛАТЕЖНЫХ КАРТ

Вопросу разграничения кражи и мошенничества посвящено достаточно большое количество научных исследований¹. Тем не менее, единой позиции по данному вопросу в уголовно-правовой литературе нет. Вопрос, как представлялось, уже был решен в 2007 г., в связи с постановлением Пленума Верховного суда РФ «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате»². В частности, в нем разъяснялось, что в случаях, когда наличные денежные средства выдаются посредством банкомата, без участия уполномоченного работника кредитной организации, состава мошенничества нет (п. 13).

Законодатель через несколько лет закрепил данную норму в ст. 159.3 УК РФ и определил, что в случае, если хищение совершается с использованием поддельной или принадлежащей другому лицу кредитной или иной платежной карты путем обмана уполномоченного работника кредитной, торговой или иной организации, то действия необходимо квалифицировать как мошенничество по соответствующей части ст. 159.3 УК РФ.

Однако анализируя материалы судебной практики, можно сделать вывод, что при одних и тех же обстоятельствах, а именно при оплате товаров и услуг чужой или поддельной платежной картой в торговых, кредитных и иных организациях, суды квалифицируют хищение с использованием платежных карт и как мошенничество, и как кражу.

Так, В. похитила из женской сумки П. пластиковую банковскую карту, принадлежащую последней. Зная, что при оплате похищенной картой вводить пин-код не требуется, В. совершала покупки в магазинах, а также на автозаправочных станциях, расплачиваясь ею. От вышеуказанных действий В. потерпевшей был причинен значительный ущерб. Ленинский районный суд г. Саратова признал В. виновной в совершении преступления, предусмотренного п. «в» ч. 2 ст. 158 УК РФ³.

Аналогичное дело рассматривалось Гайским городским судом Оренбургской области, который квалифицировал действия Г. по ч. 1 ст. 159.3 УК РФ (мошенничество с использованием платежных карт). Так, Г., предварительно похитив из помещения офиса банковскую карту, принадлежащую Б., зная о том, что при совершении покупок в магазине с использованием платежных карт не требуется вводить пин-код платежной карты, совершил хищение денежных средств с платежной карты, оплатив ей покупку, причинив потерпевшей материальный ущерб⁴.

Следовательно, можно предположить, что оплата чужой или поддельной платежной картой товаров и услуг в торговой, кредитной или иной организации не всегда образует состав ст. 159.3 УК РФ (мошенничество с использованием платежных карт). Представляется необходимым при решении этого вопроса, обращать внимание на воздействие обмана или злоупотребления доверием на уполномоченного работника кредитной, торговой или сервисной организации.

По мнению А.В. Бриллиантова, И.А. Клепицкого, между обманом и результатом мошенничества должна быть обязательная причинно-следственная связь⁵. Н.А. Лопашенко подчеркивает, что действия потерпевшего должны быть обусловлены обманом или злоупотреблением доверием, т. е. волеизъявление потерпевшего при передаче имущества виновному должно быть дефектно⁶.

На это обращает внимание в упомянутом выше постановлении и Пленум ВС РФ, который приводит следующие примеры воздействия обмана или злоупотребления доверием на уполномоченного сотрудника торговой, кредитной или иной организации: преступник ставит подпись в чеке на покупку вместо законного владельца карты либо предъявляет поддельный паспорт на его имя (п. 13).

В связи с этим необходимо оговорить случаи, когда преступник хотя и использует в качестве средства совершения преступления поддельную или чужую платежную карту, но обман или злоупотребление доверием не оказывают воздействия на уполномоченного сотрудника торговой, кредитной или иной организации, т.е. обязательный способ мошенничества отсутствует.

Во-первых, к таким исключениям следует отнести оплату чужими или поддельными смарт-картами. При оплате такими картами проверка личности держателя карты осуществляется путем ввода пин-кода, который известен только держателю карты. Следовательно, уполномоченный сотрудник торговой, кредитной или иной организации не участвует в процессе перевода денежных средств, и оплата таким способом схожа с оплатой через интернет-магазины либо со снятием денежных средств через банкоматы (п. 13 постановления № 51 Пленума ВС РФ)⁷.

Представляется необоснованным вывод Серовского районного суда Свердловской области, согласно которому передача карты продавцу и ввод пин-кода являются основаниями для введения в заблуждение уполномоченного сотрудника торговой организации (кассира)⁸. Заметим, что согласно внутренним банковским правилам удостоверение права распоряжения платежной картой может осуществляться двумя способами: вводом кодов (паролей) либо собственноручной подписью⁹. Об этом также свидетельствуют и требования п. 3.3 Положения Банка России об эмиссии банковских карт и об операциях, совершаемых с использованием платежных карт, в соответствии с которым при совершении сделок с использованием платежных (банковских) карт идентификация осуществляется на основе реквизитов платежной (банковской) карты, а также кодов (паролей)¹⁰. Уполномоченный сотрудник торговой, кредитной или иной организации при осуществлении платежа при помощи платежной смарт-карты не участвует в процессе авторизации. Проверка правильности ввода пин-кода, а следовательно, и права совершения операции с использованием электронного платежного инструмента, осуществляется банком. При этом банк при обработке авторизационных запросов не имеет оснований усомниться в правомерности поступившего распоряжения и отказать в совершении операции, если она подтверждалась вводом пин-кода, который может знать только законный держатель карты (п. 3

ст. 845 Гражданского кодекса Российской Федерации). Таким образом, хищение денежных средств путем оплаты товаров и услуг при помощи чужой или поддельной платежной смарт-карты должно квалифицироваться по соответствующей части ст. 158 УК РФ, т. е. как кража.

Во-вторых, к таким случаям следует относить оплату бесконтактными платежными картами. Такие карты, как Paypass¹¹ и PayWave¹², позволяют без передачи ее сотруднику торговой, кредитной или иной организации совершить оплаты товаров, работ или услуг. Кроме того, сделка с использованием такой карты не предусматривает использование идентификационных инструментов: ввода пин-кода или собственноручной подписи. Следовательно, в случаях совершения хищения денежных средств путем оплаты товаров бесконтактными технологиями мы не можем квалифицировать данные действия как мошенничество с использованием платежных карт (ст. 159.3 УК РФ).

В-третьих, к таким случаям следует отнести оплату поддельной или принадлежащей другому лицу платежной картой без передачи ее сотруднику торговой, кредитной или сервисной организации. В большинстве торговых организаций терминалы оплаты установлены таким образом, чтобы клиент самостоятельно без передачи карты продавцу производил оплату платежной картой (вставляет карту в терминал и вводит пин-код или проводит магнитной полосой по считывающему устройству, ставя либо не ставя подпись на чеке). Таким образом, покупатель самостоятельно совершает все действия по оплате, и взаимодействия с уполномоченным представителем торговой, кредитной или иной организации не происходит, т. е. на последнего обман и злоупотребление доверием не оказывают воздействия, в связи с чем данные действия не могут быть квалифицированы как мошенничество.

Итак, для единообразной практики применения норм о мошенничестве, совершаемом с использованием платежных карт, представляется целесообразным в каждом конкретном случае рассмотрения дел о хищении денежных средств в присутствии уполномоченного представителя кредитной, торговой или иной организации устанавливать следующие обстоятельства дела: тип платежной карты, выступающей средством совершения преступления, способ авторизации (путем ввода пин-кода или путем аналога собственноручной подписи), а также передавалась ли карта уполномоченному сотруднику торговой, кредитной или иной организации. Ответы на эти вопросы помогут правильно разграничить кражи и мошенничество, совершаемые с использованием платежных карт, и не допустить ошибок при квалификации хищения денежных средств.

¹ См. например: *Лопашенко Н.А.* Посягательства на собственность: монография. М.: Норма: Инфра-М, 2012. 528 с. Доступ из справ.- правовой системы «КонсультантПлюс»; *Бойцов А.И.* Полный курс уголовного права: в 5 т. / под ред. А.И. Коробеева. Т. III: Преступления в сфере экономики. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. С. 110-151.

² *Постановление* Пленума Верховного Суда РФ от 27.12.2007 № 51 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате» // Рос. газета. 2008. 12 янв.

³ *Приговор* Ленинского районного суда г. Саратов № 1-80/2015. URL: http://leninsky.sar.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=doc&number=22969494&delo_id=1540006&new=0&text_number=1 (дата обращения: 23.01.2016).

⁴ *Приговор* Гайского городского суда Оренбургской области № 1-140/2014. URL: http://gaysky.orb.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=doc&number=90942706&delo_id=1540006&new=0&text_number=1&case_id=66230663 (дата обращения: 23.01.2016).

⁵ *Уголовное право России. Общая и Особенная части: учебник* / под ред. А.В. Бриллиантова. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2015. 1184 с. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 12.03.2015).

⁶ См.: *Лопашенко Н.А.* Преступления в сфере экономики: Авторский комментарий к уголовному закону (раздел VIII УК РФ). М.: Волтерс Клувер, 2006. С.137-138.

⁷ Пункт 13 постановления Пленума Верховного суда РФ от 27.12.2007 № 51 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате» // Рос. газета. 2008. 12 янв.

⁸ *Приговор* Серовского районного суда Свердловской области № 1-542/2015 от 21.10.2015. URL: http://serovsky.svd.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=doc&number=65021319&delo_id=1540006&new=0&text_number=1 (дата обращения: 23.01.2016).

⁹ См. напр.: *Апелляционное определение* Московского городского суда от 22.10.2015 по делу № 33-36735/2015; *Определение* Верховного суда Республики Башкортостан от 06.08.2015 по делу № 33-10365/2015; *Решение* Копейского городского суда Челябинской области от 14.07.2015 по делу № 2-2038/2015-М-1933/2015. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁰ *Положение* Банка России об эмиссии банковских карт и об операциях, совершаемых с использованием платежных карт от 19 августа 2004 г. № 26241(утв. Банком России 24.12.2004 № 266-П) (ред. от 14.01.2015) // Вестник Банка России, 2005. № 17.

¹¹ *MasterCard PayPass*, покупки в одно касание, инновационные технологии. URL: <http://www.paupass.ru> (дата обращения: 08.04.2014).

¹² *Visa PayWave*. URL: <http://visa.com.ru/ru-ru/personal/features/visapaywave.shtml> (дата обращения: 08.04.2014).

НЕКОТОРЫЕ ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ УГОЛОВНОГО НАКАЗАНИЯ В ВИДЕ ШТРАФА

Штраф есть денежное взыскание, назначаемое судом в пределах, предусмотренных Уголовным кодексом Российской Федерации (далее – УК РФ). В настоящее время штраф устанавливается в размере от пяти тысяч до пяти миллионов рублей или в размере заработной платы или иного дохода осуждённого за период от двух недель до пяти лет либо исчисляется в величине, кратной стоимости предмета или сумме коммерческого подкупа или взятки. При этом штраф в размере от пяти тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период свыше трех лет может назначаться только в случаях, специально предусмотренных соответствующими статьями Особенной части УК РФ. Исключением из этого правила являются случаи исчисления размера штрафа исходя из величины, кратной сумме коммерческого подкупа (ст. 204 УК РФ) или взятки (ст. 290, 291, 291.1 УК РФ).

Штраф, исчисляемый исходя из величины, кратной сумме коммерческого подкупа или взятки, устанавливается в размере до стократной суммы коммерческого подкупа или взятки, но не может быть менее двадцати пяти тысяч рублей и более пятисот миллионов рублей¹.

Назначение штрафа несовершеннолетним имеет также некоторые особенности. Так, штраф назначается как при наличии у несовершеннолетнего самостоятельного заработка или имущества, на которое может быть обращено взыскание, так и при отсутствии таковых. Более того, штраф, назначенный несовершеннолетнему, по решению суда может взыскиваться с его родителей или иных законных представителей с их согласия. В отношении несовершеннолетнего штраф может быть назначен в размере от одной тысячи до пятидесяти тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода несовершеннолетнего за период от двух недель до шести месяцев².

Суд, определяя размер штрафа должен учитывать тяжесть совершенного преступления, имущественное положение осужденного и его семьи, а также возможность получения осужденным заработной платы или иного дохода. Эти же обстоятельства должны учитываться при назначении штрафа с рассрочкой выплаты определёнными частями на срок до пяти лет.

Штраф может быть назначен как в качестве основного, так и дополнительного вида наказания. В качестве дополнительного вида наказания штраф назначается только в случаях, предусмотренных статьями Особенной части УК РФ. В соответствии с частью первой статьи 16 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации (далее УИК РФ) наказание в виде штрафа исполняется судебными приставами-исполнителями по месту жительства (работы) осужденного. Исполнение штрафа регламентируется главой 5 УИК РФ и ст. 103 Федерального закона № 229 от 2 октября 2007 г. «Об исполнительном производстве».

Осуждённый к штрафу без рассрочки выплаты обязан уплатить штраф в течение 60 дней со дня вступления обвинительного приговора суда в законную силу. В случае невозможности единовременно уплатить штраф суд по ходатайству осужденного может рассрочить уплату штрафа на срок до трех лет. Осуждённый к штрафу с рассрочкой выплаты, а также осуждённый, в отношении которого судом принято решение о рассрочке уплаты штрафа, обязаны в течение 60 дней со дня вступления приговора или решения суда в законную силу уплатить первую часть штрафа. Оставшиеся части штрафа осуждённый обязан уплачивать ежемесячно не позднее последнего дня каждого последующего месяца³.

В случае злостного уклонения от уплаты штрафа, назначенного в качестве основного наказания, судебный пристав-исполнитель не ранее 10 и не позднее 60 дней со дня истечения предельного срока уплаты, указанного в статье 31 УИК РФ, направляет в суд представление о замене штрафа другим видом наказания в соответствии с частью пятой статьи 46 УК РФ.

В отношении осуждённого, злостно уклоняющегося от уплаты штрафа, назначенного в качестве дополнительного наказания, судебный пристав-исполнитель производит взыскание штрафа в принудительном порядке, предусмотренном статьей 32 УИК РФ. Подробная регламентация совершения исполнительных действий содержится в статье 103 Федерального закона РФ от 2 октября 2007 года № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве».

Вместе с тем правоприменительная практика свидетельствует о том, что степень исполнимости наказания в виде штрафов незначительна. В частности, Президент России назвал ситуацию со взиманием кратных штрафов неприемлимой⁴.

Более того, штраф назначается 15,0 % осужденным, а исполняется только по 40,0 % обвинительных приговоров к наказанию в виде штрафа⁵.

В правоприменительной практике исполнения наказания в виде штрафа нередко возникают вопросы, связанные с признанием осужденного злостно уклоняющимся от уплаты штрафа в рамках части первой статьи 32 УИК РФ⁶. Пленум Верховного Суда Российской Федерации в своих постановлениях от 9 июля 2013 года № 24 «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях», от 22 декабря 2015 года № 58 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания», а также от 22 декабря 2015 года № 59 «О внесении изменений в некоторые постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации по уголовным делам» обратил внимание судов, что злостно уклоняющимся от уплаты штрафа признается осужденный, не уплативший штраф без рассрочки в срок до 60 календарных дней со дня вступления приговора в законную силу или первую часть штрафа с рассрочкой выплаты в этот же срок, либо оставшиеся части штрафа не позднее последнего дня каждого последующего месяца. Установление других условий, кроме неуплаты штрафа в срок (например, неоднократность предупреждения осужденного судебными приставами-исполнителями о возможности замены штрафа другим наказанием, отобрание у него объяснений о причинах неуплаты штрафа, представление сведений об имущественном положении осужденного и источниках его доходов), для признания осужденного злостно уклоняющимся от уплаты штрафа не требуется.

В последнее время обострилась проблема правоприменения ч. 4 ст. 32 УИК РФ, в соответствии с которой злостно уклоняющийся от отбывания наказания осужденный, местонахождение которого неизвестно, объявляется в розыск и может быть задержан на срок до 48 часов. Данный срок может быть продлен судом до 30 суток.

Что касается того, что федеральным законодательством (в т. ч. и УИК РФ) не определены порядок и органы, осуществляющие розыск лица, уклоняющегося от отбывания наказания в виде штрафа, т. е. законодательно не определен механизм реализации ч. 4 ст. 32 УИК РФ. В данном случае на уровне УИК РФ этого не требуется, поскольку законодатель делегирует эту функцию на уровень соответствующего ведомства – в нашем случае это должно быть Министерство юстиции РФ.

В связи с этим следует отметить, что наказание в виде штрафа находится в одном ряду с такими видами наказания, как: обязательные работы (ч. 2 ст. 30 УИК РФ – злостное уклонение); исправительные работы (ч. 4 ст. 46 УИК РФ – злостное уклонение) и ограничение свободы (ч. 6 ст. 58 УИК РФ – злостное уклонение). Все указанные выше наказания имеют идентичные ч. 4 ст. 32 УИК РФ нормы о розыске злостно уклоняющихся от отбывания наказания осужденных, местонахождение которых неизвестно.

Детализация и конкретизация исполнения таких наказаний, как обязательные работы и исправительные работы, предусмотрены на уровне такого подзаконного ведомственного нормативного акта, как Инструкция по организации исполнения наказаний и мер уголовно-правового характера без изоляции от общества, объявленной приказом министра юстиции РФ от 20 мая 2009 года, № 142.

Детализация и конкретизация исполнения такого наказания, как ограничение свободы, предусмотрены на уровне Инструкции по организации исполнения наказания в виде ограничения свободы, объявленной приказом министра юстиции РФ от 11 октября 2010 года, № 258.

Проблемой является отсутствие аналогичной Инструкции по исполнению штрафа (в т. ч. и по ч. 4 ст. 32 УИК РФ), несмотря на то, что ФССП России и ФСИН России подведомственны Министерству юстиции РФ. Отсутствие такого механизма по реализации нормы, предусмотренной ч. 4 ст. 32 УИК РФ, влечет за собой принятие локальных на уровне субъектов ведомственных нормативных актов.

Поэтому предлагается следующий механизм правоприменения нормы, предусмотренной ч. 4 ст. 32 УИК РФ:

1) после установления факта злостного уклонения от отбывания наказания в виде штрафа осужденным, местонахождение которого неизвестно, – в течение 30 дней проводятся первоначальные мероприятия по установлению местонахождения осужденного;

2) если в течение 30 дней в результате проведения первоначальных мероприятий местонахождение осужденного не будет установлено: а) объявляется розыск осужденного, злостно уклоняющегося от отбывания наказания в виде штрафа, местонахождение которого не известно; б) об объявлении розыска выносится постановление, которое совместно с материалами первоначальных мероприятий по установлению местонахождения осужденного направляется в соответствующий орган внутренних дел;

3) инициировать принятие Министерством юстиции Российской Федерации соответствующей инструкции по детализации и конкретизации исполнения наказания в виде штрафа.

Положительное решение рассмотренных выше проблем способствовало бы повышению эффективности исполнения уголовного наказания в виде штрафа.

¹ См. ст. 46 УК РФ.

² См. ч. 2 ст. 88 УК РФ.

³ См. ст. 31 УИК РФ.

⁴ Закон.ру. 2013. 3 дек.

⁵ Тюремный портал России. Аналитические статьи и материалы.

⁶ *Омигов В.И.* Международное сотрудничество России по исполнению уголовных наказаний // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2010. Вып. 3(9). С. 201.

В. В. Степанов

*Пермский государственный национальный исследовательский университет
г. Пермь*

ПЕРМСКИЙ СЛЕД «ДЕЛА ЭНЕРГЕТИКОВ»: УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ КВАЛИФИКАЦИЯ

В свете проведенных ФСБ и СКР России следственных действий в отношении руководства группы компаний «Ренова»¹ в очередной раз обращает на себя внимание тяжелейшая ситуация, сложившаяся в области формирования тарифов на коммунальные услуги соответствующих компаний для населения г. Перми. К сожалению, до настоящего времени надлежащей уголовно-правовой оценки многочисленные и многомиллионные махинации в указанной сфере так и не получили. Вот лишь некоторые эпизоды, на которые, как представляется, следует обратить самое пристальное внимание правоохранительным органам.

Нарушение требований антимонопольного законодательства и неисполнение судебных решений

Начиная с 2008 г. в г. Перми общество с ограниченной ответственностью «Пермская сетевая компания» (далее ПСК) предпринимает попытки монополизировать рынок теплоснабжения города. Формальными его учредителями являлись ОАО «ТГК-9» и офшорная компания «Басли менеджмент лимитед», зарегистрированная в Республике Кипр. После сомнительного банкротства муниципального предприятия «Пермгоркоммунтепло» ООО «ПСК» стали принадлежать муниципальные тепловые сети. В результате конечные потребители – управляющие компании, ТСЖ, как правило, уже не могли заключить договор поставки тепла с его производителем – ОАО «ТГК-9» и получали его через посредника ООО «ПСК». «Услуги» же ООО «ПСК» с 2007 г. увеличивают тариф ОАО «ТГК-9» на 42 % ежегодно. Всего же к 2016 г. тарифы на тепловую энергию для горожан выросли более чем в 4 раза (!) с 420,32 руб./Гкал до 1757,53 руб./Гкал.

Решением и предписаниями УФАС по Пермскому краю по делу № 362-08-а от 12.03.2009 на ООО «ПСК» и ОАО «ТГК-9» возложена обязанность восстановить положение, существовавшее до нарушения антимонопольного законодательства. Законность принятого УФАС по Пермскому краю решения и выданных предписаний установлена Арбитражным судом Пермского края в решении от 19.10.2009 по делу № А50-13584/2009².

Кроме того, решением Арбитражного суда Пермского края от 19.09.2013 по делу № А50-16472/2012 по исковым заявлениям УФАС по Пермскому краю к ООО «ПСК» и ОАО «ТГК-9» на последних уже в судебном порядке возложена обязанность исполнить решение и предписание УФАС по Пермскому краю от 12.03.2009 по делу № 362-08-а³.

На сегодняшний день УФАС по Пермскому краю приняло около сотни (!) решений и предписаний, обязывающих указанные организации прекратить нарушение антимонопольного законодательства. Однако фактически акты антимонопольного органа игнорируются, а судебные акты не исполняются, что может образовывать состав ст. 315 УК РФ «Неисполнение приговора суда, решения суда или иного судебного акта».

Кроме того, действия должностных лиц РСТ Пермского края, устанавливавших тарифы на тепловую энергию для Пермской сетевой компании, несмотря на указанные решения антимонопольного

органа и судебные решения следовало бы проверить на предмет наличия в них признаков состава злоупотребления должностными полномочиями (ст. 285 УК РФ).

Любопытно, что ООО «Пермская сетевая компания», получая от населения плату за коммунальные ресурсы, не производит в полном объеме расчеты с их производителями, постоянно имея задолженность в несколько миллиардов рублей. Действительные направления расходования денежных средств компанией автору не известны, однако могли бы быть выяснены следствием.

Завышение тарифов на коммунальные ресурсы в г. Перми

Согласно отчету Контрольно-счетной палаты Пермского края от 29.02.2012⁴ по результатам проверки регулирования тарифов на 2008–2011 гг. установлены системные нарушения со стороны Региональной энергетической комиссии федеральных нормативных правовых актов. По регулированию тарифов отсутствуют обосновывающие документы, подтверждающие экономическое обоснование большинства статей затрат регулируемых организаций. Для ООО «Новогор-Прикамье» необоснованное завышение себестоимости в тарифах на услуги водоснабжения и водоотведения составило 626 185 330 руб. Для Пермской сетевой компании не подтверждается экономическая обоснованность затрат, включенных в тарифы на 2008–2011 гг. в общей сумме 800 475 640 руб. А для ОАО «ТГК-9» (в настоящее время ПАО «Т Плюс») – в общей сумме 2 503 162 500 руб.

Показательно, что руководитель РЭК Пермского края в 2008–2009 гг. Максим Николаевич Шейфель после государственной службы успешно продолжил свою работу в группе компаний «Ренова».

22 апреля 2013 г. Арбитражный суд Пермского края отменил тарифы ООО «ПСК» на тепловую энергию, установленные на вторую половину 2012 г., как экономически необоснованные⁵. Также 28 мая 2015 г. Арбитражный суд Пермского края признал экономически необоснованными тарифы ООО «ПСК», установленные для населения г. Перми на 2009–2011 гг.⁶

Полагаем, что действия сотрудников Пермской сетевой компании, ПАО «Т Плюс», ООО «Новогор-Прикамье», а также сотрудников Региональной службы по тарифам Пермского края, связанные с установлением экономически необоснованных тарифов для населения г. Перми, могут попадать под состав ч. 4 ст. 159 УК РФ «Мошенничество, совершенное в особо крупном размере».

Кроме того, учитывая установленные следствием схемы передачи взяток от руководства группы компаний «Ренова» должностным лицам Правительства Республики Коми за утверждение более выгодных тарифов, действия указанных лиц следует проверить и на причастность к совершению аналогичных преступлений на территории Пермского края.

Незаконная схема теплоснабжения г. Перми на период до 2030 г.

26 июня 2015 г. Министерством энергетики РФ издан приказ № 414, которым утверждена разработанная должностными лицами Администрации г. Перми актуализированная схема теплоснабжения города Перми до 2030 г.⁷

Согласно ст. 2 Федерального закона от 27.07.2010 № 190-ФЗ «О теплоснабжении»⁸ схема теплоснабжения – документ, содержащий предпроектные материалы по обоснованию эффективного и безопасного функционирования системы теплоснабжения, ее развития с учетом правового регулирования в области энергосбережения и повышения энергетической эффективности.

Как было установлено прокуратурой г. Перми, УФАС по Пермскому краю и Арбитражным судом Пермского края, в нарушение п. 12-14, 17, 18, 23 Требований к порядку разработки и утверждения схем теплоснабжения, утв. Постановлением Правительства РФ от 22.02.2012 № 154⁹ (далее также Требования), публичные слушания по вопросу актуализации схемы теплоснабжения г. Перми на период до 2030 г. не проводились как таковые и, соответственно, их результаты не могли быть учтены Администрацией города Перми и Минэнерго РФ при ее утверждении¹⁰. Однако должностные лица Администрации г. Перми применили для этих целей результаты предыдущих публичных слушаний. Таким образом, в действиях указанных лиц могут содержаться признаки состава, предусмотренного ст. 292 УК РФ «Служебный подлог».

Кроме того, действия указанных лиц следует оценить и с точки зрения наличия в их действиях состава ст. 169 УК РФ «Воспрепятствование законной предпринимательской или иной деятельности». Так, в актуализированную схему теплоснабжения г. Перми были включены положения, касающиеся изменения статуса ООО «Тепловая станция Кондратово»: указанная организация утрачивает статус теплоснабжающей организации для микрорайонов «Парковый», «Железнодорожный», «Заостровка», «Госуниверситет», деревня Кондратово, теряет рынок сбыта и несет многомиллионные убытки, а ООО «Пермская сетевая компания» (дочернее общество ПАО «Т Плюс»), напротив, такой статус приобретает¹¹. Аналогичные действия были предприняты представителями Администрации г. Перми и ООО «ПСК» в отношении собственника котельной ВК-1 (микрорайоны «Липовая гора», «Крохалева», «Октябрьский», «Бахаревка», «Владимирский» и «Промзона»)¹².

Изложенные обстоятельства убедительно доказывают, что эффективная защита лишь гражданско-правовыми мерами прав и законных интересов граждан, общества и государства от делящихся массовых правонарушений невозможна. Также и применение уголовно-правовых, карательных средств без восстановления прав не достигает всех целей юридической ответственности. И только совместное их использование различными структурными элементами правоохранительной системы способно принципиально изменить ситуацию.

¹ Дело против топ-менеджеров структуры Вексельберга [Электронный ресурс] // РБК. URL: <http://www.rbc.ru/story/57cdeb559a79475a62eb1e49>.

² Картотека арбитражных дел. URL: <http://kad.arbitr.ru>.

³ Картотека арбитражных дел. URL: <http://kad.arbitr.ru>.

⁴ [Электронный ресурс] // Пермская сетевая компания: история теплового обмана. URL: <http://www.antipsk.ru>.

⁵ Решение Арбитражного суда Пермского края от 29.04.2013 по делу № А50-12735/2012 [Электронный ресурс] // Картотека арбитражных дел. URL: <http://kad.arbitr.ru>.

⁶ Решение Арбитражного суда Пермского края от 28.05.2015 по делу № А50-9813/2013 [Электронный ресурс] // Картотека арбитражных дел. URL: <http://kad.arbitr.ru>.

⁷ Актуализация схемы на 2015 год (проект). URL: http://www.gorodperm.ru/economic/city-services/jkh/teplo/actual_teplo/.

⁸ Собрание законодательства Рос. Федерации. 2010. № 31. ст. 4159.

⁹ Собрание законодательства Рос. Федерации. 05.03.2012. № 10. ст. 1242.

¹⁰ См. решение Арбитражного суда Пермского края от 10.05.2016 № А50-271/2016 [Электронный ресурс] // Картотека арбитражных дел. URL: <http://kad.arbitr.ru>.

¹¹ Решение УФАС по Пермскому краю от 12.01.2016 по делу № 692-15-а, представление Прокуратуры г. Перми от 06.11.2015.

¹² Решение УФАС по Пермскому краю от 30.07.2014 по делу № 847-13-а, судебные акты Арбитражного суда Пермского края по делам № А50-19062/2013, А50-20234/2014 [Электронный ресурс] // Картотека арбитражных дел. URL: <http://kad.arbitr.ru>.

И. А. Сулопаров

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

НАСИЛЬСТВЕННЫЕ ПРЕСТУПЛЕНИЯ ПРОТИВ СОБСТВЕННОСТИ В СТРУКТУРЕ ОСОБЕННОЙ ЧАСТИ УГОЛОВНОГО КОДЕКСА РОССИИ

Наиболее часто встречающаяся классификация преступлений против собственности в учебной и научной литературе – это деление на корыстные и некорыстные преступления¹. В свою очередь, корыстные посягательства подразделяются на хищения и иные корыстные преступления. В частности, С.М. Кочои считает, что, поскольку корысть непосредственно названа во многих статьях главы 21 УК РФ, критерием деления преступлений против собственности следует признать именно корыстную цель².

Предложенная классификация соответствует содержанию главы 21 УК РФ. Но соответствует ли структура главы 21-й принципам построения Особенной части УК РФ? На наш взгляд, используя корысть как критерий построения 21 главы УК РФ, законодатель отошел от общего принципа построения глав Особенной части Уголовного кодекса РФ. В соответствии с этим принципом, основным критерием расположения статей в главе выступает сравнительная общественная опасность посягательств. Если преступления в рамках одной главы можно сгруппировать, то критерием классификации выступает сравнительная общественная опасность групп преступлений, объединенных одной главой. И в группе статей перечень посягательств также сформирован от наиболее опасного к менее опасному деянию. Например, в преступлениях против жизни и здоровья прослеживается очевидное деление посягательств на две подгруппы: преступления против жизни (ст. 105–110 УК РФ) и преступления против здоровья (ст. 111–125 УК РФ). В названных подгруппах преступления расположены по степени общественной опасности – от наиболее опасных посягательств (ст. 105, 111 УК РФ) к наименее опасным. Указанный принцип расположения статей в главе Особенной части УК РФ соблюдается и в последующих главах.

Если мы признаем, что известный принцип построения статей в главах Особенной части УК РФ соблюдается и в главе 21, то мы вынуждены также признать, что корыстное преступление обладает большей общественной опасностью, чем некорыстное. Но в этом случае на первом месте в главе 21 УК РФ должна быть статья о разбое, а не о краже. Обозначенное несоответствие указывает нам на иные критерии построения главы 21 УК РФ, не соответствующие принципам построения статей в главах Особенной части УК РФ.

Традиционно под корыстью подразумевается стремление к имущественной выгоде. Упоминание в названии преступлений против собственности (первая группа) о корыстном характере посягательств будет неуместным, если авторы под ним разумеют извлечение имущественной выгоды. Проявление этого критерия в преступлениях второй группы (некорыстные посягательства) авторы не обозначают, что приводит к выводу о более широком толковании термина «имущественная выгода» по сравнению с термином «корысть» и, как следствие, о невозможности использовать корысть в качестве критерия для классификации преступлений главы 21 УК РФ. Кроме того, извлечение имущественной выгоды является одной из общественно полезных целей в предпринимательской деятельности, реализуемой на основании ГК РФ и иных федеральных законов, что ставит под сомнение взгляд на корысть (имущественную выгоду) как мотив, безусловно повышающий общественную опасность преступления.

Классификация посягательств в главе 21 УК РФ на корыстные и некорыстные посягательства связана с переоценкой роли хищения в преступлениях против собственности. Авторы рассматривают хищения как центральную группу в главе 21, а все оставшиеся составы преступлений «пристегивают» к хищениям, пытаясь объединить их при этом в различные группы. Наиболее точно подобный подход отразил Д.А. Иванов. Он выделяет две группы преступлений против собственности: преступления, непосредственно связанные с хищениями, и преступления, непосредственно не связанные с хищениями³.

На наш взгляд, на сегодняшний день нет оснований для того, чтобы придавать исключительное значение понятию хищения, а корысть рассматривать как признак, повышающий общественную опасность деяния. Понятие «хищение» использовалось законодателем в УК РСФСР 1960 года только в статьях о посягательствах на социалистическую собственность (в характеристике преступлений против личной собственности граждан применялся термин «похищение»). Корысть в УК РСФСР рассматривалась как признак состава преступления, повышающий общественную опасность, а значит, правоприменительно следовало акцентировать внимание на борьбе с корыстными преступлениями и рассматривать такой подход как одно из стратегических направлений уголовно-правовой политики государства. Подобный подход прослеживается и в УК РФ 1996 года, несмотря на то, что социально-экономический и политический уклад жизни в нашем обществе кардинально изменился.

К понятию «хищение» нужно обращаться лишь в той мере, в какой это необходимо для характеристики соответствующих составов преступлений и сравнения хищений с другими посягательствами.

Не умаляя значения субъективных признаков состава преступления, и в частности мотива преступления, следует подчеркнуть, что общественная опасность преступления формируется, прежде всего, за счет объективных признаков преступления. За основу критерия классификации преступлений против собственности следует брать не субъективный, а объективный признак состава преступления, способный качественно и количественно изменить оценку общественной опасности посягательства. В ряде зарубежных стран, таких как Великобритания, Германия, Франция, США и др., нет четкой дифференциации преступлений на корыстные и некорыстные и принято единое понимание насильственного завладения имуществом: ««robbery» (англ.), «raub» (нем.) и «les vols violents» (фр.).

С учетом основного принципа построения статей в Особенной части УК РФ и международного опыта построения состава посягательств на собственность в уголовных кодексах основным классифицирующим признаком в главе 21 УК РФ следует признать насилие. Повышенная опасность насильственного посягательства в сравнении с ненасильственным преступлением очевидна, в связи с чем в преступлениях против собственности (гл. 21 УК РФ) необходимо выделять две основные группы преступлений: совершаемые без насилия и насильственные преступления против собственности.

¹ Богданчиков С.В. Уголовно-правовые и криминологические аспекты преступлений против собственности. М.: Юнити, 2014. С. 12–13.

² Кочои С.М. Ответственность за корыстные преступления против собственности. М.: Юрист, 2000. С. 97–98.

³ Иванов Д.А. Уголовно-правовая характеристика преступлений против собственности. М.: Юрлитинформ, 2011. С. 9.

ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ ЭКСТРЕМИСТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Противодействие экстремистской деятельности как, безусловно, дестабилизирующему фактору, заслуживает особого внимания. Это механизм сдерживающего, нейтрализующего влияния. В практической работе Пермской краевой прокуратуры ему уделяется повышенное внимание. Структурные изменения методики нейтрализующего воздействия характеризуются следующими позициями. В первую очередь анализируется практика рассмотрения сообщений о преступлениях экстремистской направленности и уголовных дел данной категории. В 2015 г. на территории края зарегистрировано 12 таких фактов, десять из них с использованием сети Интернет. Сообщений о совершении подобных действий с использованием СМИ не отмечено. По результатам рассмотрения возбуждено три уголовных дела.

Рассмотрим несколько примеров.

В июне 2015 г. прокурором Верещагинского района направлено в суд расследованное следственным органом СО СУ СК России по Пермскому краю уголовное дело в отношении обвиняемого по ч. 1 ст. 282 УК РФ гражданина Ш., распространявшего в сети Интернет видеоролики экстремистской направленности: «Гори Жидяра», «Европа», «Нож», «Обезьяна», «Погром», «Унтерменш», «Чурка».

Кроме того, приговором Пермского краевого суда от 04.02.2015 признан виновным в совершении преступлений экстремистской направленности, предусмотренных ч. 1 ст. 280 УК РФ и ч. 1 ст. 30, ч. 1 ст. 212 УК РФ, гражданин Г., призывавший посредством сети Интернет к совершению на территории г. Перми массовых беспорядков и применению насилия в отношении иностранных граждан. Он подвергнут уголовному наказанию по совокупности преступлений в виде лишения свободы на срок 4 года со штрафом в размере 100 тыс. рублей. В соответствии со ст. 73 УК РФ наказание в виде лишения свободы постановлено считать условным с испытательным сроком 4 года.

Следует отметить, что личностные характеристики преступников в данном случае свидетельствуют о расплывчатости представлений о действительном содержании совершаемых действий и их юридической характеристике, близки к хулиганской мотивации.

Следующим важным моментом является анализ состояния законности в области конфессиональных отношений.

Пермский край – многоконфессиональный регион с преобладанием в нем населения, исповедующего православие. К проявляющим интерес к религии относят себя более 70 % жителей. По данным Управления Министерства юстиции России по состоянию на 1 декабря 2014 г. на территории региона зарегистрированы 442 религиозных организации, большая часть которых относится к Пермской митрополии Русской Православной Церкви – 224, к исламу – 105.

К числу крупных христианских общин в Пермском крае можно отнести приход Армянской Апостольской Церкви, зарегистрировано четыре прихода Евангелическо-лютеранской церкви, три прихода Римско-Католической церкви.

Существуют и зарегистрированы два течения в иудаизме.

Важной традиционной религией для Пермского края является Ислам, который исповедует в основном татарское и башкирское население края и значительная часть мигрантов из республик Средней Азии и Кавказа. На территории края действуют 108 мусульманских религиозных организаций.

В целях взаимодействия с традиционными религиями в октябре 1998 г. был создан Межконфессиональный консультативный комитет Пермского края (МКК) – уникальное межконфессиональное образование, единственное в России. МКК – это общественная организация, объединяющая в своем составе семь традиционных конфессий Пермского края.

Противостояний между представителями различных конфессий не зарегистрировано.

Между тем отмечаются отдельные факты влияния радикального исламизма, вербовки верующих в незаконные международные вооруженные формирования, что зафиксировано в материалах конкретных уголовных дел. Пропаганда соответствующих идей и сопровождающих их форм поведения.

Только в первом полугодии 2015 г. проблематика межнациональных отношений, противодействия экстремистской деятельности и терроризму освещена в СМИ не менее 500 раз.

В 2015 г. прокурорами края продолжена работа по обеспечению информационной безопасности в сети Интернет: проведена 81 проверка, выявлено 113 нарушений закона, направлено в суд 21 исковое заявление об ограничении доступа к распространяемым в сети Интернет экстремистским материалам и иной запрещенной информации экстремистской направленности, в том числе одно заявление о признании 11 материалов экстремистскими, внесено 5 представлений об устранении нарушений закона, 54 лица привлечены к административной ответственности по ст. 20.29 КоАП РФ.

В июне 2015 г. на основании требования Генеральной прокуратуры Российской Федерации, подготовленного по материалам проверки прокуратуры Пермского края, Роскомнадзором ограничен доступ к двум интернет-страницам социальной сети ВКонтакте.

Важным является контроль исполнения законодательства о противодействии экстремистской деятельности органами государственной власти и местного самоуправления.

Край вошел в число восьми субъектов Российской Федерации, ставших пилотными территориями по созданию системы мониторинга, раннего прогнозирования состояния межнациональных отношений и предупреждения межнациональных конфликтов. Управлением Роскомнадзора по Пермскому краю проанализировано более 2600 выпусков СМИ.

В крае не допущено проявлений экстремизма и межнациональной нетерпимости, нарушений законов о противодействии экстремизму в образовательной среде.

Не существует молодежных объединений экстремистской направленности. Неофициально есть немногочисленные молодежные группы этого толка, которые какого-либо влияния на социально-политическую обстановку не оказывают. В их число входит местная ячейка движения против нелегальной иммиграции (ДПНИ), общее количество сторонников – до 10 человек. После принятия Московским городским судом решения о признании ДПНИ экстремистской организацией ее деятельность фактически нейтрализована.

Вместе с тем общая характеристика не должна успокаивать. Вероятность эскалации экстремизма в целом очень высока и его проявления могут быть абсолютно неожиданными. Видимо, в этой ситуации, следует обратить особое внимание на прогностические характеристики общего и специального предупреждения, за спиной экстремизма всегда стоит реальный терроризм.

В. Г. Шумихин

*Пермский государственный национальный исследовательский университет
г. Пермь*

НОВОЕ СУДЕБНОЕ ТОЛКОВАНИЕ ВЫМОГАТЕЛЬСТВА

В утратившем силу постановлении Пленума Верховного Суда РФ №3 от 4 мая 1990 года «О судебной практике по делам о вымогательстве» было дано судебное толкование нормативных признаков вымогательства¹. Эти разъяснения имели важное значение для правильного единообразного применения уголовного закона в практике российских судов. Даже после вступления в действие Уголовного кодекса РФ 1996 г. постановление оставалось действующим, поскольку конструктивные признаки вымогательства не изменились. Конструкция вымогательства в Уложении 1845 г., по существу, есть зеркальное отражение действующей нормы УК РФ о вымогательстве². С момента принятия постановления 1990 г. прошло достаточно много времени и изменились социально-экономические условия жизни общества, произошли и другие важные изменения в обществе, в законодательстве и правоприменительной деятельности. С учетом этого и в целях обеспечения единства практики рассмотрения судами уголовных дел о вымогательстве Пленум Верховного суда РФ принял новое постановление от 17 декабря 2015 г. № 56 «О судебной практике по делам о вымогательстве» (ст. 163 Уголовного кодекса Российской Федерации). Для квалификационной практики следствия и суда новое судебное толкование имеет исключительно важное значение и требует внимательного изучения. В первых пунктах постановления Пленум дал разъяснения относительно объекта, предмета и потерпевшего при вымогательстве. В качестве основного объекта названы отношения собственности и иные имущественные отношения, а в качестве дополнительного объекта личность (здоровье, неприкосновенность, честь и достоинство, иные права и законные интересы)³. К предмету вымогательства

Пленум относит чужое (то есть не принадлежащее виновному на праве собственности) имущество: 1) вещи, включая наличные денежные средства, документарные ценные бумаги; 2) безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги, а также имущественные права, в том числе права требования и исключительные права. В п. 2 уточняется, что под правом на имущество, с передачей которого могут быть связаны требования при вымогательстве, понимается удостоверенная в документах возможность осуществлять правомочия собственника или законного владельца в отношении определенного имущества; 3) к другим действиям имущественного характера, на совершение которых направлено требование при вымогательстве, относятся действия, не связанные непосредственно с переходом права собственности или других вещных прав (в частности, производство работ или оказание услуг, являющихся возмездными в обычных условиях гражданского оборота; исполнение потерпевшим обязательств за виновного)⁴. В новом постановлении Пленум дал толкования потерпевшего в составе ст. 163 УК РФ. Ими могут быть: 1) собственник или законный владелец, а также другой фактический обладатель имущества (например, лицо, осуществляющее охрану имущества либо имеющее к нему доступ в силу служебных обязанностей или личных отношений), которому причинен физический или моральный вред; 2) близкие потерпевшего, в том числе близкие родственники, лица, состоящие в свойстве с потерпевшим, а также лица, жизнь, здоровье и благополучие которых дороги потерпевшему в силу сложившихся личных отношений.

В новом постановлении Пленума в отличие от постановления 1990 г. более подробно дано толкование признаков объективной стороны вымогательства. Разъяснено содержание угрозы применения насилия, угрозы уничтожения или повреждения чужого имущества и угрозы распространения сведений, могущих причинить существенный вред правам или законным интересам потерпевшего или его близких. Пленум подчеркнул, что угроза, сопровождающая требование при вымогательстве, должна восприниматься потерпевшим как реальная. Рекомендовано квалифицировать по совокупности с вымогательством преступные деяния и последствия, связанные с реализацией угроз, и которые не охватываются объективной стороной основного и квалифицированных составов вымогательства. Например, по совокупности п. «в» ч. 3 ст. 163 и ч. 4 ст. 111 УК РФ; п. «в» ч. 3 ст. 163 и п. «з» ч. 2 ст. 105 УК РФ⁵.

Не изменилась позиция Пленума Верховного суда РФ по вопросу о моменте окончания вымогательства. В п. 7 лишь более четко и подробно указано: «Вымогательство является окончанным преступлением с момента, когда предъявленное требование, соединенное с указанной в части 1 ст. 163 УК РФ угрозой, доведено до сведения потерпевшего. Невыполнение потерпевшим этого требования не влияет на юридическую оценку содеянного как окончанного преступления»⁶.

В постановлении Пленума 2015 г. уточнены параметры вымогательства как продолжаемого преступления. Так, не образуют совокупности преступлений неоднократные требования под угрозой, обращенные к одному или нескольким лицам, если эти требования объединены единым умыслом и направлены на завладение одним и тем же имуществом или правом на имущество либо на получение материальной выгоды от совершения одного и того же действия имущественного характера.

Важные положения судебного толкования о критериях разграничения вымогательства от грабежа и разбоя полностью восприняты из п. 2 постановления Пленума Верховного суда РФ 1990 г. Актуальность этих положений заключается в том, что здесь Пленум раскрывает главный конструктивный признак вымогательства: при вымогательстве в отличие от грабежа и разбоя умысел виновного направлен на получение требуемого имущества в будущем. Признак «в будущем» является конструктивным признаком субъективной стороны состава вымогательства и единственным критерием разграничения этого преступления от грабежа и разбоя.

Новое толкование вымогательства не лишено недостатков. В п. 6 постановления содержится весьма неоднозначная рекомендация: «Для оценки угрозы как реальной не имеет значения, выражено виновным намерение осуществить ее немедленно или в будущем»⁷. Очевидно, что это имеет значение. Если виновный требует выдать имущество немедленно и угрожает реализовать угрозу применить насилие также немедленно, то это образует состав грабежа или разбоя. Если же виновный угрожает применить насилие в будущем, то это образует состав вымогательства. Подобной позиции придерживаются многие авторы, в частности, Л.Д. Гаухман и С.В. Максимов отмечали, что в случаях требования немедленной передачи имущества реализация угрозы вымогателя предполагается в будущем, и этим данная угроза применить насилие отличается от угрозы при грабеже и разбое⁸. Данный подход в квалификации рекомендовал в свое время и Пленум Верховного суда СССР: «Предъявленное потерпевшему требование о немедленной передаче имущества под угрозой применения в будущем насилия к нему или его

близким при отсутствии признаков нападения следует квалифицировать как вымогательство»⁹. Соответственно как вымогательство должны квалифицироваться и требования виновного о немедленной передаче имущества под угрозой в будущем уничтожить или повредить чужое имущество, а также под угрозой в будущем распространить позорящие потерпевшего или его близких сведения.

Получила дальнейшее развитие и рекомендация Пленума, изложенная ранее в постановлении № 29 от 27 декабря 2002 г. «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое»: «Не образуют состава кражи или грабежа противоправные действия, направленные на завладение чужим имуществом не с корыстной целью, а, например, с целью его временного использования с последующим возвращением собственнику либо в связи с предполагаемым правом на это имущество. В зависимости от обстоятельств дела такие действия при наличии к тому оснований подлежат квалификации по статье 330 УК РФ или другим статьям Уголовного кодекса Российской Федерации»¹⁰. Так, в постановлении от 17 декабря 2015 г. высшая судебная инстанция пояснила, что требования передачи имущества или права на имущество или совершения других действий имущественного характера являющихся правомерными, но сопровождавшихся указанной в ч. 1 ст. 163 УК РФ угрозой, не влекут уголовной ответственности за вымогательство. При наличии признаков состава иного преступления (например, угрозы убийством, самоуправства) содеянное следует квалифицировать по соответствующей статье Особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации¹¹.

В новом толковании вымогательства Пленум Верховного суда РФ взял за основу положения старого судебного толкования из постановления от 4 мая 1990 г. «О судебной практике по делам о вымогательстве». Однако при всем позитиве преюмственности толкования в постановлении 2015 г. остались прежние существенные пробелы в судебном толковании объективной и субъективной стороны вымогательства.

¹ *О судебной практике по делам о вымогательстве*: постановление Пленума Верховного суда РФ №3 от 4 мая 1990 г. // Судебная практика по уголовным делам. 2-е изд. - М.: Проспект, 2010. С. 55–57.

² *Суслопаров И.А.* Вымогательство в российском законодательстве: ретроспективный анализ // Вестник Пермского университета. 2015. Вып.4(30). С.110–116.

³ *О судебной практике по делам о вымогательстве (статья 163 Уголовного кодекса Российской Федерации)*: постановление Пленума Верховного суда РФ № 56 от 17 дек. 2015 г. [электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ *О судебной практике по делам о вымогательстве (статья 163 Уголовного кодекса Российской Федерации)*: постановление Пленума Верховного суда РФ № 56 от 17 дек. 2015 г. [электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵ *О судебной практике по делам о вымогательстве (статья 163 Уголовного кодекса Российской Федерации)*: постановление Пленума Верховного суда РФ № 56 от 17 дек. 2015 г. [электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶ Там же.

⁷ Там же.

⁸ *Гаухман Л.Д., Максимов С.В.* Ответственность за преступления против собственности. М., 1997. С. 120–121.

⁹ *О внесении изменений и дополнений в постановления Пленума Верховного Суда СССР*: постановление Пленума Верховного Суда СССР от 30 ноября 1990 // Вестник Верховного Суда СССР. 1991. № 2. С. 19.

¹⁰ *О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое*: постановление Пленума Верховного суда РФ № 29 от 27 дек. 2002 г. // Бюл. Верхов. суда РФ. 2003. № 2. С. 3.

¹¹ *О судебной практике по делам о вымогательстве (статья 163 Уголовного кодекса Российской Федерации)*: постановление Пленума Верховного суда РФ № 56 от 17 декабря 2015 г. [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

В. Ю. Эккерт

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

Т. В. Эккерт

*РАНХиГС при Президенте Российской Федерации
г. Пермь*

ПРИЧИНЫ СОВЕРШЕНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ В ОТНОШЕНИИ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ

Говоря о проблеме насилия в отношении несовершеннолетних, необходимо отметить, что причины данных преступлений могут быть выражены в таких факторах, как рост миграции, свободное время молодежи, образовательный и культурный уровень населения, материальная обеспеченность и др. Как известно, источником причин и условий преступности в любом государстве и обществе являются социальные противоречия, а также глубина их обострения. Система таких противоречий многообразна: борьба между новым и старым составляет основу прогресса и одновременно питает социально-классовые, экономические, политические, управленческие, психологические, идеологические, правовые противоречия. Все эти факторы должны рассматриваться в тесной взаимосвязи друг с другом и с причинами преступности¹. В различных сочетаниях и проявлениях данные обстоятельства могут порождать различные виды преступности, по-разному определять ее качественные и количественные характеристики².

Современное общество делится на разные социальные слои. При этом основным критерием социальной градации остается имущественный. Значительное число населения живет на уровне немногим больше прожиточного минимума. При этом многие живут за чертой бедности. Так, по данным Росстата, более 13 миллионов россиян, или 9,1 % населения страны получило в истекшем году доход меньше прожиточного минимума³. В качестве примера можно отметить, что в 2014 году Государственная академическая стипендия студентов вузов составляла 1340 рублей, или 15 % прожиточного минимума, а учащихся учреждений среднего профессионального образования – 487 рублей, или 5 % соответственно⁴.

Проблема современного общества, как отмечает профессор-исследователь НИУ ВШЭ, главный научный сотрудник Института социологии Российской Академии Наук Н.Е. Тихонова, состоит в том, что бедность в социальной группе, расположенной за чертой бедности, «консервируется» и передается следующему поколению. Молодежь, которая вырастает в таких семьях, зачастую не может потом полноценно встроиться в реальность. Они не получают необходимого образования, учатся в худших школах, многие не заканчивают даже четырех классов⁵.

Между тем, в современной России существует и такая социальная группа, представители которой могут ни в чем себе не отказывать. По данным опубликованного в 2014 году доклада Credit Suisse Global wealth report 2014, самый высокий уровень имущественного неравенства в мире наблюдается именно в России, если не считать крошечные оффшоры Карибского бассейна, резидентами которых числятся миллиардеры⁶. При этом 10 % домохозяйств России контролируют 85 % национального благосостояния. Credit Suisse Global прогнозирует, что к 2019 г. число российских долларовых миллионеров увеличится на 28 % и составит 203 тыс. человек⁷.

На примере современной системы общественных отношений можно отметить, что конфликт интересов у представителей различных социальных групп начинает возникать уже тогда, когда у представителя низшей по обеспеченности социальной группы, идущего по улице, происходит осознание, что у подростка, идущего по той же улице, «телефон лучше».

Вместе с тем, как показывает практика, жертвами преступлений зачастую являются и дети из бедных слоев населения. При этом нельзя не обратить внимание на высокую латентность преступлений в отношении несовершеннолетних среди бедных слоев населения. Родители и опекуны таких несовершеннолетних нередко не сообщают в правоохранительные органы о совершенных в отношении несовершеннолетних преступлениях либо сообщают спустя продолжительное время, а в ряде

случаев, известных из практики, – через несколько лет. Такие преступления в основном выявляются в ходе работы социальных работников с детьми в различных государственных и общественных организациях, а также при расследовании уголовных дел, возбужденных по фактам других совершенных в отношении несовершеннолетних преступлений.

Неравное соотношение имущественного положения бедных и богатых в условиях их сосуществования в современном обществе, к сожалению, нередко толкает людей на совершение преступлений с целью незаконного обогащения или в попытках изменить свой социальный статус, пусть даже на короткий период времени.

Кроме того, необходимо отметить, что воспитание детей в условиях неблагополучных семей чаще всего способствует формированию личности, склонной к совершению преступлений. Сам образ жизни в таких семьях нередко становится фактором реальной угрозы жизни и здоровью несовершеннолетнего.

Социальными признаками неблагополучной семьи и основными причинами возникновения конфликтов в семейных отношениях являются безработица, пьянство, в том числе и женский алкоголизм. Рост насилия в отношении несовершеннолетних может происходить и от таких социальных факторов, как падение морали и нравственности, снижение культурного и образовательного уровня населения, увеличение психических расстройств. При этом применение физического насилия в отношении несовершеннолетнего выражается в нанесении родителями или опекунами ребенку физических травм и телесных повреждений, причиняющих ущерб здоровью, которые нарушают полноценное личностное развитие, а в ряде случаев – лишают жизни. Такие действия нередко осуществляются в форме избиения и истязания, известны случаи прижигания зажженными сигаретами и бытовыми приборами.

Физическое насилие над несовершеннолетним нередко включает в себя и употребление наркотиков, алкоголя, дачу ребенку для употребления различных сильнодействующих средств, а также попытки его удушения или утопления.

Психическое насилие выражается в постоянном или периодическом словесном оскорблении ребенка, угрозах со стороны родителей или опекунов, унижении его человеческого достоинства, обвинении в том, в чем он не виноват, демонстрации нелюбви, неприязни к ребенку. К этому виду насилия относится и постоянная ложь, обман ребенка, в результате которого он теряет доверие к взрослому, предъявление к ребенку требований, не соответствующих его возрастным возможностям⁸.

Нередко в практике, в том числе и в Пермском крае, встречаются случаи пренебрежения интересами и нуждами ребенка – отсутствие обеспечения основных потребностей ребенка в пище, одежде, жилье, медицинской помощи со стороны опекунов или родителей. Так, в 2009 г. в Кировском районе г. Перми умер от голода и побоев со стороны родственников семилетний мальчик. В 2012 г. в Индустриальном районе г. Перми умер пятилетний мальчик, которого мать не кормила на протяжении трех месяцев⁹.

Наиболее типичным примером, характерным, к сожалению, в том числе и для Пермского края, является оставление несовершеннолетних и малолетних без присмотра, что зачастую приводит к несчастным случаям, в том числе пожарам, отравлениям и другим опасным для жизни и здоровья ребенка последствиям. Так, в марте 2015 г. в Добрянском районе погибли в результате пожара двое детей; в апреле 2015 г. в результате пожара в жилом доме г. Перми погибли трое детей.

Нередко и сами несовершеннолетние совершают преступление в отношении своих ровесников, принадлежащих как своей, так и другим социальным группам.

Анализируя поведение несовершеннолетних правонарушителей, можно отметить, что в основе проявления ими различных форм асоциального поведения лежит насилие. Исследователи отмечают, что толчком к выработке противоправного поведения у несовершеннолетнего лежит, как правило, психологическое насилие. При этом для формирования асоциального поведения физическое насилие не является обязательным условием. Ряд авторов считает, что как форму насилия следует рассматривать и невнимание к ребенку, так как это невнимание ощущается ребенком с раннего детства, а ребенок, в свою очередь, своим поведением демонстрирует протест против насилия¹⁰.

Стоит отметить, что одним из необходимых показателей уровня цивилизации человеческого сообщества выступает уровень защищенности прав и законных интересов несовершеннолетних. При этом необходимым условием развития общества и государства является благополучное психологическое и достойное морально-нравственное развитие детей. Проблема насилия над детьми как социального явления в настоящее время чрезвычайно значима, поскольку совершаемые насильственные действия в отношении несовершеннолетних оказывают влияние не только на пси-

хическое и физическое здоровье ребенка, но и на его развитие, порой существенно определяют дальнейшую социальную адаптацию и место человека в общественной жизни. Кроме этого, что немаловажно, насилие, совершаемое в отношении детей, определяет жизнь будущих поколений, поскольку поведение людей, подвергшихся насилию в детстве, будет неизбежно определяться их детским опытом. Это подтверждает и следственная практика. Так, изучение личности в ходе расследования уголовных дел некоторых «серийных» убийц, совершавших изнасилования и убийства жителей Пермского края, показало, что практически в отношении всех в детстве совершались систематические насильственные действия, причем как со стороны сверстников, так и со стороны опекунов и родителей.

Исходя из этого, ряд авторов делают вывод о том, что в основе причин совершения насилия в отношении несовершеннолетних, в причинах жестокого отношения к ним со стороны родственников и законных представителей лежит механизм социальной передачи агрессии из поколения в поколение¹¹.

В результате совершения преступлений в отношении несовершеннолетних ущерб наносится не только физическому и психологическому состояниям несовершеннолетнего. Такие правонарушения представляют собой опасные для общества посягательства, непосредственно нарушающие общественные отношения, они наносят ущерб нормальному физическому, интеллектуальному и нравственному воспитанию несовершеннолетних.

Как отмечает уполномоченный по правам человека в Пермском крае П.В. Миков, дети перестали представлять из себя семейную ценность для некоторых родителей. Родители совершают в отношении детей различные преступления, включая убийства¹². Так, в г. Кизеле многодетная мать, воспитывающая трех детей, избивала свою шестилетнюю дочку. Ребенок без сознания трое суток лежал на диване, находясь в коме, однако мать не стала обращаться за медицинской помощью, так как ее устраивала такая ситуация¹³. Этот случай, к сожалению, не единичен.

В юридической литературе, посвященной анализу преступности в отношении несовершеннолетних, большое внимание уделено попыткам понимания причин насилия в семье, физическому и сексуальному насилию со стороны опекунов, принуждения несовершеннолетних к занятию проституцией, насилия над детьми в детских воспитательных и образовательных учреждениях.

В криминалистической литературе существует несколько подходов к пониманию преступного насилия. Это понятие может выступать основой для понимания причин совершения насильственных преступлений в отношении несовершеннолетних.

Как отмечает в своей работе Д.Ю. Давыдова, «психическое насилие выражается в постоянном или периодическом словесном оскорблении несовершеннолетнего, угрозах со стороны родителей, опекунов, учителей, воспитателей, унижении его человеческого достоинства, обвинении его в том, в чем он не виноват, демонстрации неприязни к ребенку. Эмоциональное насилие над несовершеннолетним выделяется в качестве разновидности психологического насилия – это любое действие, которое вызывает у него состояние эмоционального напряжения, подвергая опасности возрастное развитие его эмоциональной жизни»¹⁴. При этом главной особенностью применения насилия является его принудительность и противоправность его осуществления. Насилие, таким образом, представляет собой противоправное умышленное физическое или психическое воздействие, нацеленное на подавление воли человека¹⁵.

Одной из основных причин совершения преступлений в отношении несовершеннолетних, в том числе со стороны родителей и близких родственников, представляется общее падение нравственности в современном российском обществе. Не случайно своим в Послании Федеральному Собранию Российской Федерации Президент России В.В. Путин отметил: «Мне больно об этом говорить, но сегодня российское общество испытывает дефицит духовных скреп, милосердия, сочувствия, сострадания друг к другу, поддержки и взаимопомощи, дефицит того, что всегда, во все исторические времена делало нас крепче, сильнее, чем мы всегда гордились»¹⁶.

Таким образом, в качестве основных представляются две причины совершения преступлений в отношении несовершеннолетних – это вопросы финансового достатка и вопросы духовно-нравственной атмосферы в семье и в обществе.

При этом представляется невозможным решение проблемы совершения преступлений в отношении несовершеннолетних путем разрешения лишь одной из составляющих: улучшение финансово-экономического состояния семьи без улучшения нравственных и духовных качеств членов семьи не принесет эффекта в виде профилактики преступлений. Лишь комплекс мер, направленных на улучшение материального достатка граждан и системность духовно-нравственного воспитания, позволят

решить проблему преступности в отношении несовершеннолетних, столь актуально стоящую сейчас перед обществом и государством. Как указал в своем докладе глава государства, «Мы должны всецело поддержать институты, которые являются носителями традиционных ценностей. Закон может и должен защищать нравственность, но установить ее законом нельзя. Мы не собираемся вторгаться в личную жизнь, это недопустим». «Мы должны действовать не путем запретов и ограничений, мы должны укреплять нравственную основу общества, образование и культуру, которые и формируют ответственного гражданина»¹⁷.

¹ См.: *Богущ Г.И.* Криминология: учеб. пособие / под ред. Н.Ф. Кузнецовой. М., 2007. С. 77.

² См.: Криминология / под ред. В.Н. Кудрявцева, В.Д. Эминова. М., 1995. С. 76.

³ Доходы 13 млн россиян – ниже прожиточного минимума. URL: <http://www.fontanka.ru/2015/03/28/016/> (дата обращения: 28.03.2016).

⁴ Там же.

⁵ *На дне.* Почему бедных в России гораздо больше, чем насчитал Росстат. URL: <http://lenta.ru/articles/2014/10/01/bogatyebednye/> (дата обращения: 28.03.2016).

⁶ *Global Wealth Report 2014.* URL: <https://publications.credit-suisse.com/tasks/render/file/?fileID=60931FDE-A2D2-F568-B041B58C5EA591A4> (дата обращения: 28.03.2016).

⁷ См. там же.

⁸ См.: *Волкова О.А.* Проблема толерантности и жестокости по отношению к детям в семье // Вестник Саратовского гос. ун-та им. Н.Г. Чернышевского. 2005. № 4. С. 1, 2.

⁹ Из собственной практики в период работы в должности руководителя отдела криминалистики СУ СК России по Пермскому краю.

¹⁰ См.: *Зыков О.В.* Насилие над ребенком – причина детской беспризорности, наркомании и преступности // Вопросы ювенальной юстиции. 2006. № 4. С. 12.

¹¹ См.: *Сапоровская М.В.* Теория и практика исследования межпоколенной связи в семейном контексте. URL: <http://psystudy.ru/index.php/num/2010n1-9/287-saporovskaya9.html> (дата обращения 28.03.2016).

¹² См.: *Образование и здравоохранение не работают на защиту детей.* URL: <http://59.ru/text/person/502569.html> (дата обращения 28.03.2016).

¹³ Из собственной практики в период работы в должности руководителя отдела криминалистики СУ СК России по Пермскому краю.

¹⁴ См.: *Давыдова Д.Ю.* Понятие насилия в отношении несовершеннолетних // Молодой ученый. 2013. № 5. С. 510–512.

¹⁵ См.: Там же.

¹⁶ См.: РИА Новости. URL: <http://ria.ru/society/20121212/914453619.html#ixzz3fwo9WG61> (дата обращения: 28.03.2016).

¹⁷ См.: Парламентская газета. URL: <http://www.pnp.ru/news/detail/6164> (дата обращения: 20.03.2016).

VIII. УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА

С. И. Афанасьева

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ПРЕДМЕТ РАССМОТРЕНИЯ УГОЛОВНЫХ ДЕЛ СУДОМ КАССАЦИОННОЙ ИНСТАНЦИИ

Вопрос о предмете кассационного производства в процессуальном законодательстве России является весьма актуальным и обсуждаемым в специализированной юридической литературе. В соответствии со ст. 401.1 УПК РФ¹ *предметом рассмотрения дел в кассационной инстанции является судебная проверка по кассационным жалобе, представлению законности приговора, определения или постановления суда, вступивших в законную силу*. Данная правовая позиция была поддержана Пленумом Верховного суда РФ в постановлении от 28.01.2014 г. № 2².

На первый взгляд, суд кассационной инстанции в свою проверку включает только правовые вопросы: о соблюдении норм уголовно-процессуального закона и правильности применения норм уголовного закона. Допущенные на предыдущих стадиях существенные нарушения уголовно-процессуального закона и неправильное применение уголовного закона позволяют участникам уголовного дела и иным лицам, чьи интересы затронуты состоявшимся судебным решением, обратиться за судебной защитой в суд кассационной инстанции. В специализированной юридической литературе не раз отмечалось, что в содержание процессуальной деятельности сторон и суда кассационной инстанции не входит проверка судебных решений по фактическим основаниям (вопросам факта)³.

Толкование предмета кассационного производства в уголовном процессе только как проверку вопросов соблюдения *уголовного и уголовно-процессуального закона* является довольно узким. Следует обратить внимание, что при определении предмета кассационного рассмотрения дел в порядке гражданского судопроизводства законодатель говорит о существенных нарушениях *норм материального или процессуального права*, повлиявших на исход дела (ст. 387 ГПК РФ⁴). Аналогичные положения содержатся в ст. 286, 291.11 АПК РФ⁵, 328 КАС РФ⁶. Определяя предмет кассационного разбирательства уголовных дел, законодатель стремился отграничить предмет производства в судах апелляционной и кассационной инстанций. По мысли законодателя для правильного установления фактической стороны преступления вполне достаточно первой и апелляционной судебных инстанций, в которых проводится исследование фактических обстоятельств совершенного деяния. Конечно, суд кассационной инстанции не имеет процессуальных возможностей в виде судебного следствия в судах первой и апелляционной инстанций, чтобы проверить обоснованность решений указанных судов о фактической стороне уголовного дела. Но ограничение предмета производства в суде кассационной инстанции исключительно проверкой законности судебных актов совсем не означает, что такие свойства, как обоснованность и справедливость не имеют значения для кассационного суда⁷.

Согласно п. 10 указанного постановления Пленума Верховного суда РФ, 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, такие доводы не должны быть оставлены без проверки. Тем самым Пленум признает, что *вопросы факта могут изучаться кассационным судом, если в кассационных жалобе или представлении будет указано на нарушения уголовно-процессуального закона или неправильное применение уголовного закона, повлиявшие на исход дела*.

Данная правовая позиция Пленума Верховного Суда РФ поддержана Конституционным судом РФ в определении от 27.10.2015 г. № 2342-О⁸ и определении от 27.10.2015 г. № 2353-О⁹.

Более того, согласно п. 5 ч. 1 ст. 401.4 УПК РФ кассационная жалоба, представление должны содержать указание на допущенные судами существенные нарушения норм уголовного или уголовно-процессуального закона, повлиявшие на исход дела, с приведением доводов, свидетельствующих о таких нарушениях. Рассматривая приведенные доводы кассатора, суд кассационной инстанции вынужден изучать фактические обстоятельства, которые нашли отражение в состоявшемся судебном

решении. В противном случае кассационный суд не сможет дать правовую оценку нарушению уголовно-процессуального закона и неправильному применению уголовного закона, которые повлияли на исход дела. Но выводы суда по вопросам факта должны находиться «в причинно-следственной взаимосвязи их с ошибками в вопросах права»¹⁰.

Согласно п. 5 ст. 401.4 УПК РФ к кассационным жалобе, представлению в необходимых случаях прилагаются копии иных документов, подтверждающих, по мнению заявителя, доводы, изложенные в кассационных жалобе, представлении. По сути, иные документы являются *дополнительными материалами, подлежащими рассмотрению в кассационной инстанции*. Данная правовая позиция поддержана Пленумом Верховного суда РФ в п. 26 Постановления от 28.01.2014 г. № 2. При этом Пленум подчеркивает, что такого рода дополнительные материалы, поступившие с жалобой или представлением либо представленные сторонами, должны содержать сведения, имеющие значение для правильного разрешения дела, и не свидетельствовать о наличии новых или вновь открывшихся обстоятельств. Оценка дополнительных материалов судов кассационной инстанции в совокупности с имеющимися в уголовном деле доказательствами может способствовать вынесению решения об отмене приговора, определения и постановления суда с возвращением уголовного дела прокурору либо с его передачей на новое судебное разбирательство в суд первой или апелляционной инстанции.

Представленные новые материалы могут касаться *фактической стороны* дела, содержать в себе информацию о том, в чем заключаются допущенные судом существенные нарушения норм процессуального права и неправильное применение норм процессуального права, которые привели к судебной ошибке. Поэтому они не должны остаться без оценки со стороны суда кассационной инстанции, что предполагает его «вторжение» в фактические основания. Такие дополнительные материалы может запрашивать судья кассационного суда, решая вопрос о передаче дела на рассмотрение суда кассационной инстанции, что может быть признано основанием для пересмотра дела в кассационном порядке.

Таким образом, суд кассационной инстанции, проверяя законность состоявшихся судебных решений, вправе оценивать фактические обстоятельства совершенного деяния в их взаимосвязи с существенными нарушениями уголовно-процессуального закона и неправильным применением уголовного закона, реально повлиявшими на исход дела.

¹ Уголовно-процессуальный кодекс РФ. Принят Государственной думой Федер. собрания РФ 22 нояб. 2001 г. № 174-ФЗ (в ред. Федер. закона РФ от 02.03.2016 г. № 40-ФЗ) // Рос. газета. 2001. 22 дек.

² О применении норм главы 47.1 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в суде кассационной инстанции: постановление Пленума Верховного суда РФ от 28 янв. 2014 г. № 2 (в ред. Постановления Пленума Верхов. Суда РФ от 03.03.2015 г. № 9) // Там же.

³ См., например: *Аширбекова М.Т., Омарова А.Б.* Новая кассация в призме действия принципа правовой определенности // Рос. юстиция, 2012. № 6. С. 62; *Ковтун Н.Н.* Апелляционное, кассационное и надзорное производство в уголовном процессе: изъяны законодательных новелл // Уголовный процесс. 2013. № 3. С. 45; *Омарова А.Б.* Кассационное производство как форма юридической проверки законности судебных актов: автореферат дис. ... канд. юрид. наук, Саратов, 2015. С. 14.

⁴ Гражданский процессуальный кодекс РФ. Принят Государственной думой Федерального собрания РФ 23.10.2002 г. № 138-ФЗ (в ред. Федер. закона РФ от 30.12.2015 г. № 425-ФЗ) // Рос. газета. 2002. 20 нояб.

⁵ Арбитражный процессуальный кодекс РФ. Принят Государственной думой Федерального собрания РФ 14.06.2002 г. № 95-ФЗ (в ред. Федер. закона РФ от 15.02.2016 г. № 18-ФЗ) // Там же.

⁶ Кодекс административного судопроизводства РФ: принят Государственной Думой Федерального Собрания РФ 20 фев. 2015 г. № 21-ФЗ (в ред. Федер. закона РФ от 15.02.2016 г. № 18-ФЗ) // Рос. газета. 2015. 11 марта.

⁷ *Давыдов В.А.* Кассационное производство в уголовном процессе в разъяснениях Пленума ВС РФ // Уголовный процесс. 2014. № 5. С. 13.

⁸ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы Хунцарии Александра на нарушение его конституционных прав статьями 88, 297, 401.1 и частью первой статьи 401.15 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: определение Конституционного Суда РФ от 27 окт. 2015 г. № 2342-О (документ опубликован не был). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁹ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Сергеева Олега Николаевича на нарушение его конституционных прав положениями главы 47.1 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: определение Конституционного суда РФ от 27.10.2015 г. № 2353-О (документ опубликован не был). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁰ *Аширбекова М.Т., Омарова А.Б.* Новая кассация в призме действия принципа правовой определенности // Рос. юстиция, 2012. № 6. С. 62.

ПОЛНОМОЧИЕ СУДА АПЕЛЛЯЦИОННОЙ ИНСТАНЦИИ ПО НАПРАВЛЕНИЮ ДЕЛА В СУД ПЕРВОЙ ИНСТАНЦИИ НА НОВОЕ РАССМОТРЕНИЕ В ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПРАВЕ РОССИИ

1. Производство по уголовному делу в суде апелляционной инстанции осуществляется в порядке, установленном гл. 35–39 Уголовно-процессуального кодекса, с изъятиями, предусмотренными гл. 45.1 (ч. 1 ст. 389.13 УПК РФ). Различия в процедурах рассмотрения дел судами первой и апелляционной инстанций объясняются тем, что апелляционное производство в сфере уголовного судопроизводства является не повторным рассмотрением дела в суде вышестоящей инстанции, а формой реализации контроля апелляционного суда за законностью отправления правосудия судом первой инстанции.

УПК РФ 2001 г. до внесения в него изменений ФЗ № 433 от 29.12.2010 г. не предусматривал полномочия суда апелляционной инстанции об отмене решения мирового судьи и направлении уголовного дела в суд первой инстанции на новое рассмотрение (ст. 367). При этом оставался открытым вопрос, по каким правилам (т. е. суда первой или апелляционной инстанции) будет проводиться судебное заседание с принятием нового решения в тех случаях, когда мировым судьей были допущены безусловные (неустранимые) нарушения уголовно-процессуального закона, а также наиболее грубые ошибки применения уголовного закона. Согласно существующей ныне ч. 1 ст. 389.22 УПК РФ обвинительный приговор или иные решения суда первой инстанции подлежат отмене с передачей уголовного дела на новое судебное разбирательство, если в ходе рассмотрения дела в суде первой инстанции были допущены *нарушения уголовно-процессуального и (или) уголовного законов, неустранимые в суде апелляционной инстанции*. В соответствии с частью третьей упомянутой статьи обвинительный приговор или иные решения суда первой инстанции подлежат отмене с возвращением уголовного дела прокурору, если при рассмотрении уголовного дела в апелляционном порядке будут выявлены обстоятельства, указанные в ч. 1 и п. 1 ч. 2 ст. 237 УПК.

В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 27.11.2012 № 26 «О применении норм Уголовно-процессуального кодекса РФ, регулирующих производство в суде апелляционной инстанции» в п. 19 разъяснено, что неустранимыми в суде апелляционной инстанции следует признавать такие нарушения фундаментальных основ уголовного судопроизводства, последствием которых является процессуальная недействительность самого производства по уголовному делу (например, рассмотрение дела незаконным составом суда либо с нарушением правил подсудности). В юридической литературе отмечается, что перечень неустранимых нарушений на самом деле шире упомянутых Пленумом Верховного Суда РФ¹.

2. ГПК РФ с момента его принятия в 2002 г. и по настоящее время не предусматривает полномочия суда апелляционной инстанции о возвращении дела на новое судебное рассмотрение в суд первой инстанции (ст. 328).

Данный вопрос был предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ, которым 21 апреля 2010 г. было принято постановление № 10-П «По делу о проверке конституционности части первой статьи 320, части второй статьи 327 и статьи 328 ГПК в связи с жалобами гр-ки Е.В. Алейниковой и общества с ограниченной ответственностью «Три К» и запросами Норильского городского суда Красноярского края и Центрального районного суда города Читы». Конституционный Суд РФ пришел к выводу, что взаимосвязанные положения ч. 2 ст. 327 и ст. 328 ГПК, устанавливающие полномочия суда апелляционной инстанции при рассмотрении апелляционных жалоб в той мере, в какой эти положения в системе действующего правового регулирования не позволяют суду апелляционной инстанции при отмене решения мирового судьи по безусловным основаниям, а именно в случаях, предусмотренных п. 2 и 4 ч. 2 ст. 364 ГПК (рассмотрение дела судом в отсутствие лица, участвующего в деле и не извещенного о времени и месте судебного заседания; разрешение судом вопроса о правах и обязанностях лица, не привлеченного к участию в деле), направить дело мировому судье на новое рассмотрение, нарушают принцип равенства в реализации права на доступ к правосудию и права на судебную защиту и тем самым противоречат ч. 1 ст. 19, ч. 1 ст. 46, ч. 1 ст. 47, ч. 3 ст. 55 и ч. 3 ст. 123 Конституции РФ.

Следует отметить, что соответствующие нормы ГПК до сего времени не приведены в соответствие с названным постановлением Конституционного Суда. Однако спустя несколько месяцев после принятия данного постановления был принят Федеральный закон от 9.12.2010 № 353-ФЗ, которым в ГПК РФ были внесены изменения. Обратимся к некоторым из них. Так, в ч. 1 ст. 327 было закреплено, что суд апелляционной инстанции *повторно* рассматривает дело в судебном заседании по правилам производства в суде первой инстанции с учетом особенностей, предусмотренных гл. 39 ГПК. При наличии оснований, предусмотренных ч. 4 ст. 330 (речь идет о безусловных основаниях отмены судебных решений – Г.Б.), суд апелляционной инстанции *рассматривает дело по правилам производства в суде первой инстанции без учета особенностей, предусмотренных главой 39. О переходе к рассмотрению дела по правилам производства в суде первой инстанции выносится определение* (ч. 5 ст. 330 ГПК). В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 19.06.2012 № 13 «О применении судами норм гражданского процессуального законодательства, регламентирующих производство в суде апелляционной инстанции» в п. 37, 38 названы случаи отмены судебного решения и направления дела на новое рассмотрение в суд первой инстанции (нарушение правил о подсудности, принятие незаконного или необоснованного решения об отказе в удовлетворении иска (заявления) по причине пропуска срока исковой давности или пропуска установленного федеральным законом срока обращения в суд). Представляется, что приведенные ситуации *должны найти закрепление в ст. 328 ГПК*.

3. Что же касается арбитражного процесса, то в ч. 1 ст. 26 АПК РФ записано, что арбитражный суд апелляционной инстанции рассматривает дело в судебном заседании коллегиальным составом судей по правилам рассмотрения дела, арбитражным судом первой инстанции с особенностями, предусмотренными гл. 34. Федеральным законом от 30.04.2010 № 69-ФЗ в ст. 268 УПК РФ была введена ч. 6, содержание которой сводится к следующему. При наличии оснований, предусмотренных ч. 4 ст. 270 настоящего Кодекса, (речь идет о безусловных основаниях отмены судебных решений – Г. Б.), *арбитражный суд апелляционной инстанции рассматривает дело по правилам, установленным для рассмотрения дела в арбитражном суде первой инстанции, в срок, не превышающий трех месяцев со дня поступления апелляционной жалобы вместе с делом в арбитражный суд апелляционной инстанции. О переходе к рассмотрению дела по правилам суда первой инстанции выносится определение с указанием действий лиц, участвующих в деле, и сроков осуществления этих действий*.

Арбитражный апелляционный суд не наделен законом полномочием возвращать дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции. Вместе с тем в п. 2 ч. 4 ст. 272 АПК записано, что данный суд *вправе отменить определение арбитражного суда первой инстанции и направить вопрос на новое рассмотрение в арбитражный суд первой инстанции*. В п. 36 постановления Пленума ВАС РФ от 28.05.2009 № 36 «О применении Арбитражного процессуального кодекса РФ при рассмотрении дел в арбитражном суде апелляционной инстанции» даны разъяснения по применению п. 2 ч. 4 ст. 272 АПК. На новое рассмотрение могут быть направлены вопросы, разрешение которых относится к ведению суда первой инстанции и которые суд по существу не рассматривал по причине необоснованного возврата искового заявления, оставления заявления без рассмотрения, прекращения производства по делу или отказа в пересмотре судебного акта по вновь открывшимся обстоятельствам. В этих случаях, поскольку суд первой инстанции не рассматривал вопросы по существу и не устанавливал обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения спора, суд апелляционной инстанции не имеет возможности осуществить повторное рассмотрение дела, как этого требует ч. 1 ст. 268 АПК.

4. В соответствии с ч. 1 ст. 307 КАС РФ суд апелляционной инстанции рассматривает административное дело в судебном заседании по правилам производства в суде первой инстанции с учетом особенностей, предусмотренных Кодексом. Согласно п. 3 ст. 309 суд апелляционной инстанции вправе отменить решение суда и направить административное дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции в случае, если административное дело было рассмотрено судом в незаконном составе, или если административное дело рассмотрено в отсутствие кого-либо из лиц, участвующих в деле и не извещенных надлежащим образом о времени и месте судебного заседания, или если судом был разрешен вопрос о правах и обязанностях лиц, не привлеченных к участию в административном деле.

В этой части нормы КАС отличаются от соответствующих правил, предусмотренных ГПК и АПК. Однако остается, на наш взгляд, открытым следующий вопрос. Как должен поступить суд апелляционной инстанции, если он установит другие безусловные основания отмены судебного решения, не предусмотренные ч. 1 ст. 310 КАС?

5. В Концепции единого Гражданского процессуального кодекса отмечается, что положения ст. 328 ГПК пока не приведены в соответствие с Конституцией РФ. Поэтому на эту проблему необходимо обратить внимание при принятии нового процессуального кодекса. Также отмечено, что пол-

номочие направлять дела в суд первой инстанции можно было предусмотреть не только в гражданском, но и арбитражном процессе².

Таким образом, в регулировании исследуемого вопроса в условиях единой судебной системы начинает прослеживаться единый подход в целом в процессуальном праве Российской Федерации. Этот подход еще требует осмысления и совершенствования. Требуемой обсуждения остается также проблема существенных различий в регулировании апелляции в разных формах судопроизводства. В административном, гражданском, арбитражном процессах перечень оснований отмены или изменения решений судов первой инстанции значительно шире, нежели в уголовном судопроизводстве (ст. 310 КАС; ст. 330 ГПК; ст. 270 АПК; 389.15 УПК). Апелляционное судопроизводство, предусмотренное КАС, ГПК, АПК, содержит больше гарантий защиты прав, законных интересов личности и укрепления законности. Этот вывод подтверждают также нормы ГПК и АПК о возможности суда апелляционной инстанции рассматривать дело по правилам, установленным для рассмотрения дела в суде первой инстанции (ч. 5 ст. 330 ГПК, ч. 6 ст. 268 АПК). Такого полномочия суда апелляционной инстанции в уголовном судопроизводстве вообще не предусмотрено.

¹ См. об этом: *Кудрявцева А.В., Смирнов В.П.* Решения, принимаемые судом апелляционной инстанции // Уголовный процесс, 2013. № 7. С. 28; *Борисевич Г.Я.* Нарушения уголовно-процессуального и (или) уголовного законов, неустраняемые в суде апелляционной инстанции // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 11. С. 2439–2442.

² Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации. М.: Статут, 2015, С. 181–183.

О. В. Добровлянина

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ОСНОВАНИЕ ДЛЯ ОСМОТРА МЕСТА ПРОИСШЕСТВИЯ В ЖИЛИЩЕ НА СТАДИИ ВОЗБУЖДЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

На основании ч. 1 ст. 176 УПК РФ¹ осмотр места происшествия, жилища, иного помещения производится в целях обнаружения следов преступления, выяснения других обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела. Таким образом, осмотр места происшествия и осмотр жилища указаны как самостоятельные виды. Процессуальный порядок их производства различный.

По ч. 2 ст. 176 и ч. 1 ст. 144 УПК РФ осмотр места происшествия может быть произведен до возбуждения уголовного дела и не требует получения судебного решения, потому что является безотлагательным следственным действием.

Согласно части 1 ст. 12 и ч. 5 ст. 177 УПК РФ осмотр жилища производится только с согласия проживающих в нем лиц или на основании судебного решения, за исключением случаев, предусмотренных ч. 5 ст. 165 УПК РФ, и не может быть произведен до возбуждения уголовного дела.

Однако не так редко возникает необходимость осмотра места происшествия в жилище на стадии возбуждения уголовного дела. Поэтому вопрос, получать ли для этого судебное разрешение, актуален.

Правило о неприкосновенности жилища установлено уголовно-процессуальным законом в свете производства определенных, конкретных следственных действий – осмотра жилища либо обыска (выемки) в жилище, а не любых следственных действий в нем (это, например, и проверка показаний на месте, и следственный эксперимент, и осмотр места происшествия). Как уже было сказано, в силу части 1 статьи 176 УПК РФ, осмотр жилища и осмотр места происшествия – это самостоятельные виды осмотра, и отождествлять осмотр жилища с осмотром места происшествия, хотя и в жилище, не представляется правильным. Прежде всего, неодинаков порядок их производства (подготовка, проведение, оформление). Иными словами, по смыслу рассматриваемой уголовно-процессуальной нормы осмотр места происшествия в жилище может быть вариантом осмотра места происшествия, но не осмотра жилища. Следовательно, для осмотра места происшествия в жилище, иных помещениях, на местности получать судебное разрешение не требуется, так как данное следственное действие проводится безотлагательно и с целью проверки сообщения о совершенном или готовящемся преступлении на первоначальной стадии уголовного процесса. Данный вывод следует из буквального толкования

положений УПК РФ об осмотре места происшествия. Однако и некоторых ученых², и практиков в этом выводе смущает термин «жилище».

Действительно, речь идет о следственном действии в жилище, а жилище неприкосновенно, это – конституционное положение (статья 25 Конституции Российской Федерации³). В ст. 12 УПК РФ, норме-принципе, указанное правило дублируется. По ст. 25 Конституции РФ нельзя проникать в жилище против воли проживающих в нем лиц. Иное возможно в случаях, установленных Федеральным законом, или на основании судебного решения.

На практике предпочитают обеспечивать законность производства первоначального осмотра места происшествия в жилище, получая согласие проживающих лиц, а без такового – разрешение суда, или приступать к производству следственного действия в порядке, предусмотренном ч. 5 ст. 165 УПК РФ, т. е. фактически применять правило об осмотре жилища. При этом практическим работникам не важно, что осмотр жилища не указан в качестве следственного действия, разрешенного на стадии возбуждения уголовного дела. Считается, что положение закона о получении судебного разрешения необходимо распространять и на безотлагательный осмотр места происшествия при условии, если он проводится в жилище, во имя соблюдения конституционного положения о неприкосновенности жилища. По мнению правоприменителей, процессуальный порядок производства этого следственного действия на стадии возбуждения уголовного дела должен быть следующим.

Исходя из того, что конституционное положение о неприкосновенности жилища приоритетно, гарантия законности производства следственного действия, связанного с проникновением в жилище, выражена в решении суда и подлежит соблюдению во всяком случае, в том числе и при осмотре места происшествия в жилище. Но нельзя при этом не заметить, что осмотр места происшествия на стадии возбуждения уголовного дела общепринято считать безотлагательным. «В отличие от других первоначальных следственных действий осмотр места происшествия должен быть проведен немедленно. Всякая отсрочка может привести к изменениям обстановки, утрате следов и улик, забыванию очевидцами и свидетелями важных для дела обстоятельств. В таких условиях у следователя недостаточно времени для подготовки к осмотру, обдумывания его тактики, получения консультаций. Он вынужден действовать очень быстро, все же понимая, что любая его ошибка трудно исправима, может привести к невозможной утрате доказательств»⁴. Именно неотложный, срочный характер осмотра места происшествия и обусловил содержащееся в законе разрешение производить его в случаях, не терпящих отлагательства, до возбуждения уголовного дела⁵.

Если совместить эти важные условия, то можно заключить, что осмотр места происшествия в жилище на стадии возбуждения уголовного дела является безотлагательным, но требует получения судебного разрешения, порядок получения которого предусмотрен частями 1–4 ст. 165 УПК РФ. Следователь с согласия руководителя следственного органа, а дознаватель с согласия прокурора возбуждает перед судом ходатайство о производстве следственного действия, о чем выносится постановление. Ходатайство о производстве следственного действия подлежит рассмотрению единолично судьей районного суда или военного суда соответствующего уровня по месту производства следственного действия не позднее 24 часов с момента поступления указанного ходатайства. В судебном заседании вправе участвовать прокурор, следователь и дознаватель. Рассмотрев ходатайство, судья выносит постановление о разрешении производства следственного действия или об отказе в его производстве с указанием мотивов отказа.

Вместе с тем для получения судебного разрешения в установленном законом порядке понадобится время, однако следственное действие необходимо провести без промедления, да и срок первоначальной стадии уголовного судопроизводства по общему правилу не превышает трех суток. Поэтому необходимо приступать к производству осмотра места происшествия в жилище безотлагательно, но впоследствии подтверждать законность действий в суде в порядке, предусмотренном ч. 5 ст. 165 УПК РФ, не обращая внимания на то, что в этой норме нет речи об осмотре места происшествия. Согласно указанному правилу в исключительных случаях, когда производство осмотра жилища не терпит отлагательства, это следственное действие может быть произведено на основании постановления следователя или дознавателя без получения судебного решения. В этом случае следователь или дознаватель не позднее 3 суток с момента начала производства следственного действия уведомляет судью и прокурора о производстве следственного действия. К уведомлению прилагаются копии постановления о производстве следственного действия и протокола следственного действия для проверки законности решения о его производстве. Получив данное уведомление, судья в срок не позднее 24 часов с момента поступления указанного ходатайства проверяет законность произведенного следственного действия⁶ и выносит постановление о его законности или незаконности. В случае, если судья признает произведенное следственное действие незаконным, все доказательства, получен-

ные в ходе такого следственного действия, признаются недопустимыми. Такова позиция практических работников, полагающих, что на стадии возбуждения уголовного дела для осмотра места происшествия в жилище целесообразно получать согласие проживающих в жилище лиц, а при отсутствии такого согласия – решение суда, либо необходимо применять правила ч. 5 ст. 165 УПК РФ. При этом они ориентируются на ст. 25 Конституции РФ о неприкосновенности жилища. Однако в соответствии с этим конституционным положением *«иное возможно в случаях, установленных Федеральным законом (здесь и далее выделено мной – О.Д.), или на основании судебного решения»*. Таким образом, судебное решение – это не единственный способ преодоления указанного ограничения, в отличие, например, от положений ст. 22, 23 Конституции РФ, регулирующих вопросы о неприкосновенности личности, о тайне переписки и других охраняемых законом тайнах, ограничение которых возможно *только* на основании судебного решения. Следовательно, в силу ст. 25 Конституции РФ проникать в жилище в случаях, установленных Федеральным законом, можно и без судебного разрешения. Такие случаи, например, указывает, ст. 15 Федерального закона «О полиции»⁷, посвященная правилам вхождения (проникновения) в жилые и иные помещения, на земельные участки и территории. УПК РФ является кодифицированным федеральным законом, в котором вполне допустимо установить случай ограничения неприкосновенности жилища при производстве осмотра места происшествия на стадии возбуждения уголовного дела без получения согласия проживающих в жилище лиц, без получения решения суда и без применения положения части 5 ст. 165 УПК РФ. Только это целесообразно изложить в одной из норм УПК РФ. Пока указанное правило в уголовно-процессуальном законе не сформулировано, вопрос о процессуальном основании для осмотра места происшествия в жилище на первоначальной стадии уголовного процесса вызывает затруднения, что не способствует единообразному применению уголовно-процессуальных норм.

Во избежание различных толкований рассматриваемых положений УПК РФ следует устранить имеющуюся правовую неопределенность, определив процессуальное основание для осмотра места происшествия в жилище на стадии возбуждения уголовного дела, и внести соответствующие дополнения в ч. 1 ст. 144 и ч. 2 ст. 176 УПК РФ соответственно. Это обеспечит защиту прав и законных интересов участников процесса, гарантирует реализацию принципа законности в уголовном судопроизводстве.

¹ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: Федер. закон от 18 дек. 2001 г. № 174-ФЗ. Принят ГД ФС РФ 22.11.2001 (в ред. от 30.12.2015 № 441-ФЗ) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 52 (ч. I). ст. 4921; Рос. газета. 2016. 11 янв.

² Долгинов С.Д. Осмотр места происшествия: учеб. пособие. Перм. гос. ун-т. Пермь, 2010. С. 26; Семенов В.А. Следственные действия: учеб. пособие. Екатеринбург: Изд-во УрГЮА, 2003. С. 25–26.

³ Конституция Российской Федерации. Принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г.

⁴ Долгинов С.Д. Указ. соч. С. 30.

⁵ Там же. С. 17.

⁶ При этом проверять, имел ли место безотлагательный случай, будет необязательно, так как это характеристика осмотра места происшествия на стадии возбуждения уголовного дела.

⁷ О полиции: Федер. закон от 7 фев. 2011 г. № 3-ФЗ (ред. от 13.07.2015, с изм. от 14.12.2015) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2011. № 7. ст. 900; Рос. газета. 2015. 17 дек.

С. Д. Долгинов

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

КОМПЬЮТЕРНО-ПРОГРАММНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ РАСКРЫТИЯ, РАССЛЕДОВАНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

Изменившийся характер современной преступности позволяет преступникам все чаще использовать информационные технологии, создающие определенные условия для активного противодействия расследованию¹. В сложившейся обстановке от следователя требуется инновационный подход к методологии расследования преступлений.

При выборе оптимальных путей решения задач, встающих перед следователем, самого пристального внимания заслуживает вопрос об обеспечении полноты комплекса действий, реализуемых в начале расследования любого уголовного дела. Успешное раскрытие и расследование преступлений требует от следователя не только применения традиционно используемых методов познания, но и моделирования, прогнозирования, уяснения корреляционных связей между элементами способа и обстановки совершения посягательства, комплексного подхода и иных методов научного исследования. Оптимальным, экономичным и весьма перспективным путём решения проблем повышения эффективности следственной деятельности являются информационные технологии.

Одним из направлений совершенствования работы следователя является повышение степени информатизации процесса расследования, его компьютеризация, т. е. использование в расследовании преступлений персональных компьютеров и специально разработанных компьютерных программ. Вместе с тем следует отметить, что само по себе наличие компьютеров – это еще не решение проблемы. Максимальную отдачу компьютеризация даст лишь в тандеме с алгоритмизацией расследования, поскольку они взаимно повысят эффективность друг друга.

Методики расследования отдельных видов преступлений являются в настоящее время основной формой общей организации следственной деятельности по уголовным делам. Предлагаемые следователям в методиках расследования алгоритмы, как правило, являются общими схемами действий и к алгоритмам разрешения следственных ситуаций отношения не имеют. Это, по сути, перечень возможных следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий.

Важная черта криминалистического алгоритма – зависимость – реализуется через анализ исходной следственной ситуации. Но последняя настолько объёмна и вариативна, что заранее полностью описать каждую из всех вероятных ситуаций практически невозможно. Это, однако, не отрицает возможности криминалистической алгоритмизации. Компьютер будет предлагать систему действий, сопоставляя ситуацию с набором заранее разработанных критериев².

Безусловно, следователь не должен быть ограничен в возможности самостоятельно определять оптимальный порядок действий в ходе расследования. Поэтому необходимо отметить, что криминалистические алгоритмы и программы расследования преступлений содержат не жесткие предписания, а лишь рекомендации, которые следователь может использовать (или же не использовать) по своему усмотрению. Таким образом, взяв за основу программу (алгоритм) расследования отдельного вида преступлений, он, в зависимости от следственной ситуации, вносит в нее собственные знания и опыт, учитывая при этом имеющиеся в его распоряжении силы и средства. В результате этого такая программа (алгоритм) становится гибким и динамичным планом расследования³.

Практическая ценность типовых алгоритмов и программ первоначального этапа расследования преступлений состоит в том, что они позволяют сразу же вести целенаправленную следственную деятельность, определять, что необходимо выяснить, какие комплексы следственных действий, оперативно-розыскных и иных мероприятий и в какой оптимальной последовательности проводить, как использовать добытую информацию для установления неизвестных обстоятельств предмета доказывания и т. д. Конечно, типовые программы первоначального этапа расследования не содержат и не могут содержать индивидуальные следственные задачи по конкретному уголовному делу. Определить их и найти пути решения должен сам следователь, мобилизовав логику и интуицию, моделирование и другие методы научного познания. В результате разрабатывается индивидуальный план расследования уголовного дела.

Криминалистическая алгоритмизация даёт положительные результаты не только в области организации расследования в целом, но и в сфере проведения отдельных следственных действий. Компьютер по соответствующей программе криминалистической алгоритмизации автоматически подберёт тактические приёмы, необходимые в конкретной ситуации, оптимально ведущие к достижению цели проводимого следственного действия⁴.

При компьютеризированном варианте разработки и внедрения криминалистических алгоритмов возможно создание самообучающихся программ, доводящих алгоритмы каждого конкретного пользователя до оптимального уровня, в том числе с учётом его индивидуальных качеств, привычек. Примером могут служить компьютерные программы "Виртуальный осмотр места происшествия», «Обыск», позволяющие создавать неограниченное количество криминалистических полигонов различного уровня сложности для одновременного индивидуального и коллективного обучения⁵.

Подводя итог вышесказанному, можно сделать вывод, что алгоритмизация и программирование процесса расследования преступлений предоставляют следователю множество следующих преимуществ: позволяют ему наиболее полно и целенаправленно использовать криминалистически значимую информацию; правильно определять направление расследования по делу в целом, а также такти-

ку производства отдельных следственных и иных необходимых действий и мероприятий, их оптимальную последовательность; быстро, но в то же время обоснованно принимать важные процессуальные и тактические решения. Криминалистические алгоритмы и программы помогут следователю избежать многих ошибок в решении встающих перед ним задач и тем самым будут способствовать повышению качества и эффективности, совершенствованию следственной деятельности в целом.

¹ См.: Пастухов П.С. Роль и значение специальных знаний в информационно-технологическом обеспечении уголовно-процессуального доказывания // Вестник университета. 2014. № 1(23). С. 298, 299.

² См.: Цветков С.И., Ищенко Е.П. Перспективы использования ЭВМ для алгоритмизации следственной деятельности // Проблемы совершенствования расследования и профилактика преступлений на современном этапе. Уфа, 1990. С. 134.

³ Головин А.Ю., Баранов М.В. Алгоритмы расследования в структуре частных криминалистических методик: проблемы разработки и практического применения // Российский следователь. 2013. № 11. С. 44.

⁴ См.: Ищенко Е.П., Водянова Н.Б. Алгоритмизация следственной деятельности: монография. М.: Юрлитинформ, 2010. С. 134.

⁵ См.: Виртуальный осмотр места происшествия – инновационный метод повышения профессионального мастерства следователей // Российский следователь. 2013. № 4. С. 6–8.

И. В. Килина

*Пермский государственный национальный исследовательский университет
г. Пермь*

СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ ПРОСЛУШИВАНИЯ ТЕЛЕФОННЫХ ПЕРЕГОВОРОВ И ИХ КОНТРОЛЯ И ЗАПИСИ

Развитие технического прогресса уже давно вносит свои коррективы в уголовно-процессуальную деятельность. Использование результатов развития науки и техники в расследовании преступлений способствует повышению качества производства следственных действий, способствует быстрому обнаружению, изъятию, фиксации следов преступления, оперативности раскрытия преступлений в целом. Однако не стоит забывать, что деятельность по возбуждению уголовного дела, расследованию преступлений, разрешению уголовных дел в судах осуществляется в строго предусмотренной законом форме. Надлежащее правовое регулирование производства каждого следственного и иного процессуального действия является гарантией соблюдения прав и свобод участников процесса, повышает качество уголовного судопроизводства. В связи с этим хотелось бы проанализировать правовое регулирование возможности использования в расследовании преступлений аудиозаписей, полученных в результате прослушивания телефонных переговоров (оперативно-розыскного мероприятия), и контролем и записью телефонных и иных переговоров (следственного действия).

Возможны различные ситуации, при которых в уголовном деле появляется аудиозапись. Так, аудиозапись является результатом проведения такого оперативного мероприятия, как прослушивание телефонных переговоров. Известно, что оперативно-розыскная деятельность (ОРД) является не процессуальной деятельностью, однако ее результаты имеют значение для уголовного дела, в связи с тем, что использование их в процессе доказывания не исключается, если они отвечают требованиям, предъявляемым законом к доказательствам (ст. 89 УПК РФ). Возможность проведения такого действия обусловлена необходимостью наличия ряда условий. Прослушивание телефонных и иных переговоров допускается только в отношении лиц, подозреваемых или обвиняемых в совершении преступлений средней тяжести, тяжких или особо тяжких преступлений, а также лиц, которые могут располагать сведениями об указанных преступлениях. Проведение данного оперативно-розыскного мероприятия (ОРМ) допускается на основании судебного решения и при наличии информации: 1) о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, по которому производство предварительного следствия обязательно; 2) о лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших противоправное деяние, по которому производство предварительного следствия обязательно; 3) о событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации.

Каково процессуальное значение фонограмм, полученных в результате прослушивания телефонных переговоров? В случае возбуждения уголовного дела в отношении лица, телефонные и иные пере-

говоры которого прослушиваются, фонограмма и бумажный носитель записи переговоров передаются следователю для приобщения к уголовному делу в качестве вещественных доказательств. Порядок, в котором полученные в ходе ОРМ аудиозаписи передаются следователю, на сегодняшний день предусмотрен Инструкцией о порядке представления результатов ОРД органу дознания, следователю или в суд¹. В соответствии с данным документом представляемые уполномоченным должностным лицам (органам) результаты ОРД могут: 1) служить поводом и основанием для возбуждения уголовного дела; 2) быть использованы для подготовки и осуществления следственных и судебных действий, предусмотренных УПК РФ; 3) использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с требованиями УПК РФ, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств.

Далее рассмотрим случай, когда аудиозапись выступает в качестве доказательства по уголовному делу в результате проведения такого следственного действия, как контроль и запись переговоров (ст. 186 УПК РФ). Ученые-процессуалисты неоднократно указывали на то, что появление в УПК РФ данного следственного действия есть не что иное, как «проникновение оперативно-розыскных мер и "нетрадиционных приемов доказывания" в систему следственных действий»². Не вступая в дискуссию о правомерности и необходимости закрепления в числе других следственных действий контроля и записи переговоров, нельзя все же не отметить существенное и неоспоримое сходство данного следственного действия с рассмотренным выше оперативным мероприятием – прослушиванием переговоров. Основанием для контроля и записи телефонных и иных переговоров является наличие достаточных оснований полагать, что телефонные и иные переговоры подозреваемого, обвиняемого и других лиц могут содержать сведения, имеющие значение для уголовного дела. Условиями проведения указанного следственного действия являются: производство по уголовным делам о преступлениях средней тяжести, тяжких и особо тяжких; наличие судебного решения, принимаемого в порядке, установленном ст. 165 УПК РФ. Производство контроля и записи телефонных и иных переговоров может быть установлено на срок до 6 месяцев. Оно прекращается по постановлению следователя, если необходимость в данной мере отпадает, но не позднее окончания предварительного расследования по данному уголовному делу. Среди указанных условий отличительным является закрепление законодателем срока проведения контроля и записи переговоров. При этом как справедливо указывает И.Я. Моисеенко, сама формулировка законодателя не совсем удачна³. Не решен вопрос о возможности продления срока данного следственного действия либо возможности повторного производства контроля и записи переговоров при условии, что срок предварительного расследования по данному уголовному делу не истек. Еще одним отличием контроля и записи переговоров от аналогичного оперативного мероприятия является решение законодателем вопроса о возможности уведомительного порядка при производстве данных процессуальных действий. Так, в соответствии с ч. 3 ст. 8 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» в случаях, которые не терпят отлагательства и могут привести к совершению тяжкого или особо тяжкого преступления, а также при наличии данных о событиях и действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности РФ, на основании мотивированного постановления одного из руководителей органа, осуществляющего ОРД, допускается проведение прослушивания телефонных переговоров с обязательным уведомлением суда (судьи) в течение 24 часов. В течение 48 часов с момента начала проведения оперативно-розыскного мероприятия орган, его осуществляющий, обязан получить судебное решение о проведении такого ОРМ либо прекратить его проведение. В свою очередь положения ч. 5 ст. 165 УПК РФ не допускает контроля и записи переговоров до судебного решения даже в исключительных случаях, не терпящих отлагательств.

Полагаем, что сравнительный анализ процедурных аспектов прослушивания переговоров и контроля и записи переговоров указывает на необходимость законодательного отграничения данных действий. Представляется, что правильным было бы закрепить в законе норму, предписывающую проведение прослушивания переговоров до возбуждения уголовного дела, а с момента возбуждения уголовного дела проведение уже исключительно следственного действия контроля и записи переговоров. Данная норма, на наш взгляд, будет способствовать обеспечению дополнительных гарантий прав участников процесса, предусмотренных УПК РФ.

¹ Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд: приказ МВД России № 776, Минобороны России № 703, ФСБ России № 509, ФСО России № 507, ФТС России № 1820, СВР России № 42, ФСИН России № 535, ФСКН России № 398, СК России № 68 от 27.09.201 (зарегистр. в Минюсте России 05.12.2013, № 30544). // Рос. газета. 2013. № 282.

² Шейфер С.А. Актуальные проблемы уголовного процесса и криминалистики // Вестник СамГУ. 2014. № 11-1 (122). URL: <http://cyberleninka.ru/article/n/aktualnye-problemy-ugolovno-go-protsessa-i-kriminalistiki> (дата обращения: 26.03.2016).

³ Моисеенко И.Я. Проблемы контроля и записи переговоров // Вестник Пермского университета. Юрид. науки . 2008. № 2.

Ю. А. Ланцедова

*Юридический институт Национального авиационного университета
г. Киев*

НОВАЯ РЕДАКЦИЯ СТАТЬИ О ДОКАЗАТЕЛЬСТВАХ И ПОРЯДКЕ РАБОТЫ С НИМИ В АНТИКРИМИНАЛЬНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Авторская редакция статьи «Доказательства, их свойства, источники, субъекты, порядок и действия по получению и формы оперирования ими» перспективного Кодекса антикриминального судопроизводства Украины или Российской Федерации» может быть представлена следующим образом:

(1) Доказательством являются любые сведения о факте (внешнем или внутреннем проявлении признаков или свойств трассосубстанций и документов либо человека или его деяний, либо события как суммативного деяния или явления природы, в т. ч. деяний диких животных) в целом или об его отдельной стороне, которые получены от объективных и субъективных источников такого рода сведений, если каждое из доказательств обладает единством таких основных базисных юридических свойств, как значимость, законность, допустимость, доброкачественность и достоверность, а также таких дополнительных базисных юридических свойств совокупности доказательств, как ее согласованность и достаточность для принятия главным субъектом антикриминального судопроизводства (следователем, судьей) определенного промежуточного или окончательного решения.

(2.1) Значимыми являются сведения, с помощью которых можно подтвердить или опровергнуть юридический факт (обстоятельство) базисного, специального или частичного предмета доказывания либо доказательственный факт как промежуточный тезис этого предмета доказывания.

(2.2) Законными – сведения, полученные в предусмотренном настоящим Кодексом порядке, в т. ч. без применения обмана, угроз или насилия или без иного существенного нарушения правового статуса социосубъекта.

(2.3) Допустимыми – заранее правдивые сведения, полученные от известного и доступного для проверки источника, когда недопустимые в качестве доказательства сведения направлены на обоснование положения правового акта; общеизвестного или преюдициального факта, который, однако, может быть использован непосредственно при принятии решения наряду с доказательствами; паранормального явления, т. е. такого, которое противоречит известным законам природы или не может быть ими объяснено.

(2.4) Доброкачественными являются сведения, которые не имеют содержательных противоречий и дают возможность сделать однозначный вывод, а также полученные при отсутствии существенных нарушений признанной методики или без использования не признанной в установленном порядке методики.

(2.5) Достоверными – любые сведения, адекватные в контексте установления обстоятельств базисного, специального или частичного предмета антикриминального доказывания, которые: (2.5.1) Адекватно отражают обстоятельства как приготовления и/или совершения деяния (события, явления) криминального правонарушения или сокрытия его антиделиктных следов (следов, параследов и/или квазиследов деяния, события либо явления криминального правонарушения), так и любых иных деяний (событий, явлений) либо признаков или свойств трассосубстанций и документов либо человека. (2.5.2) Неадекватно отражают обстоятельства указанных юридических фактов вследствие дистанционных, метеорологических, образовательных, психологических, физиологических и иных особенностей их восприятия личностным источником и запоминания, хранения, воспроизведения и передачи этим источником сведений о данных юридических фактах главному субъекту антикриминального судопроизводства. (2.5.3) Адекватно объясняют причины указанного неадекватного отображения

юридических фактов. (2.5.4) Являются адекватными или неадекватными, но заведомо недостоверными и в силу этого приобретают соответствующую достоверность в контексте антикриминального дела о даче таких заведомо ложных показаний или такого заведомо ложного заключения эксперта.

(2.6) Согласованной совокупностью доказательств является такая их совокупность, в которой одно доказательство не противоречит другому, а существующее противоречие может быть устранено указанием аргументов достоверности одного доказательства и недостоверности другого.

(2.7) Достаточная совокупность доказательств – такая их совокупность, которая может сформировать у главного субъекта антикриминального судопроизводства однозначное внутреннее (без внешних факторов влияния) убеждение в возможности принятия на данный момент определенного промежуточного или окончательного процессуального решения по антикриминальному делу.

(3) Доказательства имеют право получать следователь (в т. ч. прокурор, руководитель органа досудебного расследования) и судья (коллегия судей), а в порядке исключения, предусмотренного ч. 4 этой статьи, – эксперт и орлист, путем проведения следующих де-факто следственных действий: 1) оформление явки с повинной о совершении деяния (события) криминального правонарушения; 2) получение устного заявления или письменного уведомления о содеянном криминальном правонарушении или об его подготовке; 3) задержание и допрос преследуемого; 4) допрос личностного источника; 5) очная ставка между личностными источниками; 6) предъявление обвинения и допрос обвиняемого; 7) проверка и/или уточнение показаний личностного источника на месте деяния (события, явления) криминального правонарушения или на ином значимом для антикриминального дела месте; 8) эксперимент с названными личностными источниками и без них; 9) предъявление для обычного, встречного или группового опознания преследуемого, потерпевшего, свидетеля, иного личностного источника, трассосубстанции, объективного, субъективного или смешанного документа; 10) обследование (осмотр, личное исследование) места деяния (события, явления) криминального правонарушения, местности, помещения, транспортного средства, трупа человека, тела живого человека, иной трассосубстанции, в т. ч. и объективного, субъективного или смешанного документа с признаками трассосубстанции; 11) эксгумация трупа человека; 12) изучение объективного, субъективного или смешанного документа; 13) обыск помещения, местности, транспортного средства, личностного источника; 14) выемка трассосубстанции, объективного, субъективного или смешанного документа; 15) наложение ареста на денежные средства, иное имущество и передача его на хранение; 16) контроль средств связи; 17) объявление розыска обвиняемого или подсудимого; 18) получение образцов на экспертизу, а также аналогичных де-факто судебных действий.

(4) Если процесс получения доказательств требует привлечения специальных знаний, то с этой целью назначается главным субъектом антикриминального судопроизводства и проводится экспертом экспертиза, а когда для этого необходимо провести де-факто негласное мероприятие – назначается главным субъектом антикриминального судопроизводства и выполняется орлистом соответствующее орлистическое задание.

(5) Обследование (осмотр, личное исследование) места деяния (события, явления) криминального правонарушения или иного значимого для антикриминального дела места (местности, помещения, транспортного средства), а с санкции прокурора и любое иное из названных де-факто процессуальных действий (следственных, судебных, экспертных) может быть проведено до внесения сообщения о реальном или предполагаемом деянии (событии, явлении) криминальном правонарушении, готовящемся, продолжаемом или содеянном, в Единый реестр досудебных расследований, если без этого нельзя получить достаточную и согласованную совокупность доказательств о наличии или отсутствии в таком деянии (событии, явлении) признаков определенного криминального правонарушения или об обстоятельствах, исключающих производство по антикриминальному делу.

(6) Трассосубстанции и/либо объективные и/или субъективные и/либо смешанные документы, в т.ч. акт ревизии, акт проверки и т. д., могут попасть во владение главного субъекта антикриминального судопроизводства и посредством их истребования либо в случае добровольной выдачи и получения их от любых физических и юридических лиц, но получение доказательств возможно только посредством личного или экспертного исследования трассосубстанций и/или изучения этих документов в рамках де-факто процессуальных следственных или судебных действий.

(7) Помощь главному субъекту антикриминального судопроизводства в получении доказательств вправе предоставлять любые физические и юридические лица, в т. ч. представители стороны защиты или обвинения, посредством: 1) добровольной выдачи тех значимых для антикриминального дела трассосубстанций и/либо объективных и/или субъективных и/или смешанных документов, которые находятся в их владении; 2) сообщения о вероятном или реальном местонахождении того материального объекта или лица, которые могут выступить по данному делу соответственно в качестве объективного

или субъективного источника; 3) если физическое и/или юридическое лицо стало субъектом антикриминального судопроизводства, то оно может предоставить такую помощь и путем постановки вопросов или заявления ходатайства по корректировке непосредственно процесса получения такого рода сведений и/либо соответствующей процедуры судопроизводства.

(8) Следователь предоставляет доказательства (возможность субъектам антикриминального судопроизводства воспринять сущность и признаки такого рода сведений и порядок их получения) в форме протокола де-факто следственного действия, судья или коллегия судей – журнала судебного заседания, эксперт или комиссия экспертов – заключения экспертизы, и в предусмотренных кодексом случаях или по указанию инициатора исследования – и протокола экспертизы, а обобщающая оценка и использование доказательств осуществляются субъектами антикриминального судопроизводства в предусмотренных кодексом случаях в форме: 1) постановления о даче указания выполнить определенное процессуальное действие (негласное мероприятие); 2) постановления о поручении другому субъекту выполнить определенное процессуальное действие (негласное мероприятие); 3) постановления дознавателя, следователя, прокурора или судьи (коллегии судей) о направлении антикриминального дела соответствующему адресату; 4) постановления об устранении нарушений закона, причин и условий, способствовавших совершению деяния (события, явления) определенного криминального правонарушения; 5) постановления дознавателя, следователя или прокурора о принятии в предусмотренных кодексом случаях любого процессуального решения, а постановления судьи (коллегии судей) – промежуточного процессуального решения; 6) обвинительного, оправдательного или нейтрального (в отношении причастного) приговора; 7) постановления судьи (коллегии судей) об ином окончательном разрешении антикриминального дела; 8) ходатайства заинтересованного лица о принятии дознавателем, следователем, прокурором, судьей определенного процессуального решения; 9) жалобы данного лица на деяния, в т. ч. решения, главных субъектов антикриминального судопроизводства; 10) постановления прокурора о пересмотре судебного решения в порядке апелляции; 11) апелляции иных уполномоченных кодексом субъектов; 12) постановления прокурора о пересмотре судебного решения в кассационном порядке; 13) кассационной жалобы иных уполномоченных кодексом субъектов; 14) постановления прокурора о пересмотре судебного решения по вновь открывшимся обстоятельствам.

И. Ю. Макаrchук

*Сибирский федеральный университет
г. Красноярск*

ПРАВОВЫЕ СРЕДСТВА ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПРОКУРАТУРЫ ОКРУЖНОГО СУДА (НА ПРИМЕРЕ СУДЕБНОЙ РЕФОРМЫ 1864 ГОДА)

Теория правовых средств нуждается не только в общетеоретическом, но и в историко-правовом анализе. В этой связи интересен опыт прокурорских работников, накопленный в период реформ Александра II и в последующее время.

В структуре Okружного суда прокуратура возглавила обвинительную власть и уголовное преследование. Прокурор имел право протеста по всем делам в судах, где он являлся стороной как в апелляционном, так и в кассационном порядке. Апелляционные протесты на неокончательные приговоры окружных судов он мог подавать только в случае, когда они противоречили его заключению, и только в той части, в которой его требования не были удовлетворены. Однако приговор мог быть обжалован не только тем прокурором, который участвовал в судебном заседании, но и его начальником или уполномоченным на то лицом, причем делалось это с соблюдением определенных условий. Вышестоящий прокурор не имел права отозвать протест, принесенный на приговор его подчиненным. В порядке кассационном прокуратура могла приносить протесты на решения общих судов и съездов мировых судей на тех же основаниях.

В связи с реформой уголовного процесса принципиально менялась роль прокурора в нем – провозглашалась исключительность его надзора за производством следствия. Полномочия прокурора в этой сфере были сформулированы в ст. 281 Устава уголовного судопроизводства: «По всем предметам, относящимся к исследованию преступлений и к собиранию доказательств, судебный следователь исполняет законные требования прокурора и его товарища».

На прокурора Окружного суда или его товарища также возлагалась функция надзора за соблюдением законности, то есть прокурор одновременно являлся и обвинителем, и блюстителем закона.

В то же время, авторы судебных уставов включили в них правовые противовесы, которые сужали возможности совершения ошибок в деятельности прокурора в ходе поддержания им государственного обвинения в суде.

Во-первых, на судебном заседании прокурор обладал правами одной из сторон, одинаковыми с правами подсудимого или его защитника: представлять доказательства; участвовать в допросе свидетелей и экспертов; делать замечания и давать объяснения; опровергать доводы и соображения противной стороны; отводить свидетелей и присяжных заседателей. Во-вторых, непосредственно участвуя в прениях сторон, прокурор в обвинительной речи обязан был строго и доходчиво изложить суть и доказательства обвинения по итогам проведенного судебного следствия и представить свое заключение о степени вины подсудимых. В-третьих, особо было оговорено авторами объяснительной записки то, что прокурор в обвинительной речи не мог касаться обстоятельств, не проверенных на суде. В-четвертых, сторонам, включая судью и прокурора, было категорически запрещено касаться квалификации преступных деяний подсудимых и предлагать применить наказание.

Прокурору был предоставлен достаточно широкий круг полномочий в ходе судебного заседания. Он, при поддержании обвинения в ходе судебного процесса, имел право вызова любых свидетелей, указанных в обвинительном акте, защита же должна была лишь ходатайствовать о вызове в суд тех свидетелей, которые не были заявлены прокурором. Чиновники Сената вполне справедливо считали, что подсудимый либо его адвокат способны самостоятельно опровергнуть неправильные доводы обвинения.

Более того, на прокуроров были возложены функции надзора за адвокатской деятельностью. По утвержденным императором Александром II Правилам от 25 мая 1874 г. прокурорам предоставлялось право возбуждать дисциплинарное производство в отношении частных поверенных (адвокатов) за совершение ими проступков в профессиональной деятельности.

После оправдательного приговора в отношении террористки Веры Засулич, вынесенного Петербургским окружным судом в 1873 г., убийства народовольцами императора Александра II и воцарения на престол императора Александра III надзор со стороны прокуратуры Окружного суда за деятельностью судей значительно усилился. По закону от 20 мая 1885 г. в составе Сената было образовано Высшее дисциплинарное присутствие для рассмотрения дел лиц судебного ведомства по представлениям его обер-прокурора. С этого времени судья мог быть уволен за упущения по службе, «которые хотя и не влекут удаления его от должности по суду, но <...> свидетельствуют о несоответствии виновного <...> занимаемому положению», а также за «противные нравственности и предосудительные поступки вне службы». Причем, представления на имя обер-прокурора подавала прокуратура Окружного суда. А статья 253 Учреждения судебных установлений предписывала чиновникам прокуратуры сообщать начальству о недостатках в деятельности судов или должностных лиц судебного ведомств. В соответствии со ст. 199 Устава гражданского судопроизводства прокурор давал заключения и об устранении членов мирового съезда.

Прокурорский надзор был уполномочен принимать самое непосредственное участие в формировании состава присяжных заседателей. Эта норма нашла свое отражение в законе от 12 июля 1884 г.

По отношению к мировым судьям, уездный товарищ прокурора Окружного суда исполнял не обвинительную, а надзорную функцию. Он рассматривал жалобы на приговоры, выносимые мировыми судами, принимал по ним меры, следил за тем, чтобы мировые судьи соблюдали пределы своей подсудности.

Прокурорское заключение требовалось по следующим делам, рассматриваемым на заседаниях уездного съезда мировых судей: несовершеннолетних, глухонемых, умалишенных; земских учреждений; о неизвестном отсутствии; об усыновлении детей; об исправлениях в актах гражданского состояния; по вопросам подсудности; по делам, в которых истцами или ответчиками были железные дороги; об устранении членов мирового съезда и др.

Товарищ прокурора окружного суда обязан был выступать с заключениями по делам на съездах мировых судей, в которых должен был давать оценку представленным доказательствам, указывать на относящиеся к делу законы, высказывать свое мнение о виновности или невиновности подсудимого. Приговоры съезда мировых судей, состоявшиеся без заслушивания заключения прокурора, подлежали отмене.

Таким образом, в ходе Судебной реформы 1864 г. должностные лица прокуратуры Окружного суда были наделены действенными правовыми средствами, позволяющими осуществлять надзор по соответствующим направлениям деятельности.

УПРАВЛЕНИЕ ОРГАНИЗАЦИОННЫМИ ПРЕОБРАЗОВАНИЯМИ В ПЕНИТЕНЦИАРНОЙ СИСТЕМЕ РОССИИ

Реформирование пенитенциарной системы России в последнее десятилетие XX века стало одной из важнейших внутренних проблем государства. Необходимость внедрения организационных инноваций в немалой степени была обусловлена вступлением России в Совет Европы, выполнением взятых при этом обязательств, ратификацией основополагающих международных конвенций в области прав человека, а также изменением российского законодательства с учетом требований и рекомендаций европейских стандартов и правил.

Первым законодательным актом, вносившим существенные изменения в современную пенитенциарную систему России и обрисовывавшим перспективы ее трансформации и развития, стал указ Президента РФ от 8 октября 1997 г. № 1100 «О реформировании уголовно-исполнительной системы МВД»¹.

Принятый в целях совершенствования системы исполнения уголовных наказаний в соответствии с рекомендациями Комитета министров Совета Европы, он предусматривал проведение организационных преобразований уголовно-исполнительной системы (далее – УИС) путем ее передачи в ведение Министерства юстиции Российской Федерации. Для реализации данных мероприятий предполагалось создание правительственной комиссии, на которую возлагалась задача до 1 декабря 1997 г. разработать предложения по решению правовых, организационных, финансовых и материально-технических вопросов, связанных с передачей УИС.

24 февраля 1998 г. на совместном заседании коллегий Министерства внутренних дел Российской Федерации и Министерства юстиции Российской Федерации были обсуждены вопросы реализации этого Указа. Результаты были оформлены в специальном Решении совместного заседания коллегий Министерства внутренних дел Российской Федерации и Министерства юстиции Российской Федерации от 24 февраля 1998 г. «О мерах по реализации указа Президента Российской Федерации от 8 октября 1997 г. № 1100 "О реформировании уголовно-исполнительной системы Министерства внутренних дел Российской Федерации"»².

На этом совещании, в частности, было отмечено, что первоочередные меры по исполнению Указа Президента РФ реализуются. Сформированы и работают комиссии МВД и Минюста России по реформированию УИС. Разработан проект Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в законодательные акты Российской Федерации», которым предусматривается распространение 18 законодательных актов на УИС после ее передачи в ведение Минюста России. Подготовлен и 31 января 1998 г. утвержден Правительством Российской Федерации Комплексный план мероприятий по реализации Указа.

Данный документ предписывал в срок до 1 июня 1998 г. завершить процесс формирования правовой базы, включая ведомственную и межведомственную, взять на особый контроль работу по скорейшему прохождению в инстанциях проектов законодательных и иных нормативных актов по реорганизации УИС и с 1 июня «приступить к реальной передаче-приемке уголовно-исполнительной системы».

К 21 июля 1998 г. была в основном закончена работа по приведению действующих правовых актов в соответствие в связи с передачей УИС в другое ведомство, которая была оформлена Федеральным законом от 21 июля 1998 г. № 117-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в законодательные акты Российской Федерации в связи с реформированием уголовно-исполнительной системы»³. В соответствии с этим Законом вносились необходимые изменения в Уголовно-исполнительный кодекс РФ, в федеральные законы «Об учреждениях и органах, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы», «Об оперативно-розыскной деятельности», «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», «Об оружии», «О воинской обязанности и военной службе» и др.

После этой подготовительной работы вышел указ Президента РФ от 28 июля 1998 г. № 904 «О передаче уголовно-исполнительной системы МВД РФ в ведение Министерства юстиции РФ». В рамках реализации этого Указа Президента РФ был издан совместный приказ от 30 июля 1998 г. «О ме-

рах по реализации нормативных правовых актов по реформированию уголовно-исполнительной системы» МВД России № 459 и Минюста России № 90, который подробно регламентировал процесс перехода УИС в ведение Минюста России⁴.

В приказах утверждались составы комиссий МВД и Минюста России. На эти комиссии возлагалась организация практической работы по внедрению организационных инноваций в УИС, работе и принятию решений по правовым, организационным, финансовым, кадровым, материально-техническим и другим вопросам.

Таким образом, УИС МВД России была окончательно передана в ведение Минюста России и через несколько месяцев 24 марта 1999 г. приказом Минюста России от 24 марта 1999 г. № 56 «О мерах по реализации Федерального закона от 21 июля 1998 г. № 117-ФЗ и указов Президента Российской Федерации от 8 октября 1997 г. № 1100 и от 28 июля 1998 г. № 904» было утверждено Положение о Главном управлении исполнения наказаний (далее – ГУИН) Министерства юстиции Российской Федерации. В этом документе ГУИН был придан статус центрального органа уголовно-исполнительной системы, определялись его функции, задачи, структура и т. д. В 2004 г. в связи с очередными организационными изменениями ГУИН Минюста России передал все свои функции Федеральной службе исполнения наказаний.

После перехода ГУИН в Министерство юстиции РФ средства, выделяемые из федерального бюджета для УИС, непрерывно росли. Их объем увеличился в расчете на одного заключенного с 700 (1996–1997 гг.) до 1100 долл. (2002 г.). Кардинально улучшилась ситуация с обеспечением тюрем и колоний противотуберкулезными препаратами и питанием.

С положительной оценкой проводившихся организационных инноваций выступили и представители правозащитных организаций. Так, директор Центра содействия реформе уголовного правосудия В. Абрамкин констатировал тот факт, что «в целом тюремщик становится лучше, особенно если сравнивать с милицией, судами, прокуратурой – на этом фоне казенщины то, что происходит в тюрьме, даже дает надежду...»⁵

В ходе интернет-конференции 10 марта 2005 г. директор Федеральной службы исполнения наказаний Ю.И. Калинин, говоря о первых результатах проведенных преобразований, отметил, что «с этого времени реформы, проводимые в системе, приобрели динамичный, комплексный характер. За последние годы качество исполнения уголовных наказаний существенно повысилось, значительно улучшились условия содержания подследственных и осужденных, меняется психология отношений между сотрудниками системы и осужденными лицами»⁶.

Таким образом, с момента внедрения организационных инноваций начался активный процесс интегрирования пенитенциарной системы Российской Федерации в общеевропейскую. С этого времени преобразование приобрели динамичный, комплексный характер. Открылись новые возможности для делового сотрудничества, свободного общения с зарубежными коллегами, взаимного изучения и обмена опытом, изменения мировоззрения сотрудников.

Подводя итог проведенным организационным изменениям, и должностные лица, и общественность признают, что прошедшее десятилетие неопровержимо доказало правильность проведенных мероприятий. Выйдя из состава громоздкого МВД, уголовно-исполнительная система стала самостоятельным правовым институтом государства.

С принятием постановления Правительства Российской Федерации от 30 октября 1998 г. № 1254 «Вопросы уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции Российской Федерации»⁷ процесс существенных организационных нововведений практически завершился.

Система исполнения наказаний в очередной, четвертый, раз в истории перешла в Министерство юстиции Российской Федерации.

Переход этот прошел без потрясений и катаклизмов, которые предрекались. Однако на этом процесс реформирования УИС не закончился. Спустя десять лет, он получил свое дальнейшее развитие, и наряду с уже принятыми нормативными актами подготовлен ряд других документов, направленных на дальнейшее оздоровление обстановки в уголовно-исполнительной системе.

¹ Рос. газета. 1997. № 200; Собр. законодательства Рос. Федерации. 1997. № 41, ст. 4683.

² Бюллетень Министерства юстиции Российской Федерации. 1998. № 3.

³ Рос. газета. 1998. № 142; Собр. законодательства Рос. Федерации от 27 июля 1998 г. № 30 ст. 3613.

⁴ Бюллетень Министерства юстиции Российской Федерации. 1998. № 9.

⁵ Российская газета. Столичный выпуск № 3381 (0) от 16.01.2004.

⁶ URL: <http://www.garant.ru/interview/10127/>.

⁷ Рос. газета. 1998. 10 нояб.; Собр. законодательства Рос. Федерации 1998. № 45, ст. 5516.

**РЕЦЕНЗИЯ НА УЧЕБНИК:
КРИМИНАЛИСТИКА // СЛЕДСТВЕННЫЙ КОМИТЕТ РФ: В 2 Т.
ПОД ОБЩ. РЕД. А. И. БАСТРЫКИНА. М.: ЭКЗАМЕН, 2014. 599 С.**

Содержание учебника, изложенное по сложившейся в последние десятилетия традиционной системе науки «Криминалистика», состоит из четырех основных разделов: «Основы теории и методологии криминалистики» («Научные основы криминалистики»), «Криминалистическая техника», «Криминалистическая тактика», «Криминалистическая методика расследования». Коллектив авторов состоит из известных ученых-криминалистов, в их числе которых главный редактор учебника, доктор юридических наук, профессор А.И. Бастрыкин, написавший восемь глав, и доктор юридических наук, профессор Н.П. Яблоков, являющийся автором девяти глав. Общее содержание учебника отличают значительный кругозор тематики, отражение передовых научных достижений, знание современной следственной тактики и методик расследования отдельных видов преступлений. Например, в разделе «Криминалистическая техника» вполне заслуженно появились новые главы, посвященные фотоскопии, авторскому и лингвистическому исследованию документов, генетической идентификации человека, а в разделе «Криминалистическая методика расследования» на современном научном уровне описаны методика расследования финансовых преступлений, преступлений в области компьютерной информации, а также совершенных организованными преступными группами, и методика расследования торговли людьми.

Кроме того, при сравнении многих учебников по криминалистике, изданных ранее, данный учебник отличает наличие многочисленных фотоснимков на протяжении изложения всех глав, отражающих современную следственную практику.

Среди обширного учебного материала можно отметить отличающиеся глубоким знанием излагаемого материала авторов глав «Криминалистическое исследование документов» (Д.П. Поташник), «Генетическая идентификация человека» (И.О. Перепечина), «Тактика взаимодействия следственных и оперативно-розыскных органов при расследовании», «Основы методики расследования преступлений коррупционной направленности» (А.И. Бастрыкин), «Основы методики расследования финансовых преступлений», «Основы методики расследования преступных нарушений требований и правил промышленной безопасности, техники безопасности труда, пожарной, дорожно-транспортной и экологической безопасности» (Н.П. Яблоков).

Ознакомление с содержанием многих учебников по криминалистике в последние годы позволяет отметить одну особенность: некоторые авторы считают, что в первой части следует собрать все основные теоретические вопросы и дать их понятие, характеристику, классификации. По такому же пути пошли и авторы рецензируемого учебника. Например, вопросы, связанные с понятием, значением, видами криминалистических версий и планирования расследования хорошо описаны в главе седьмой. Вместе с тем эта тема предшествует теме о тактике производства следственных действий. Поскольку эти темы взаимосвязаны, поэтому в ходе изучения студентами курса криминалистики, в начале проведения занятий по криминалистической тактике следует напомнить им, в частности, вспомнить вопросы, касающиеся понятия и видов криминалистических версий, основания их построения, планирования. Такое же замечание можно сделать и в отношении криминалистической характеристики преступлений (глава третья). С изучения этой темы должно начинаться освоение студентами последней части криминалистики – методики расследования отдельных видов преступлений. Но эта тема опять-таки включена в первую часть. Такой подход к изложению курса криминалистики нарушает логическую последовательность взаимосвязанных ее подразделов. Так, излагая в последующем новую тему по методике расследования, студенты должны вспомнить основную тему по криминалистической характеристике преступлений.

Вопросам использования специальных знаний при расследовании преступлений в рецензируемом учебнике посвящены почему-то две самостоятельные главы. Глава двадцатая (автор-кандидат юридических наук Т.Д. Телегина) достаточно подробно рассматривает права и обязанности двух

субъектов специальных знаний – специалиста и эксперта, описывает тактику и методы их использования, классификацию судебных экспертиз по разным основаниям и другие вопросы.

Содержание главы десятой, «Криминалистическая экспертиза» (автор – доктор юридических наук Т.В. Аверьянова), посвящено некоторым теоретическим проблемам судебной экспертизы. Заметим, что оба автора рассматривают некоторые одноименные вопросы по-разному, предлагая свои определения некоторым основным терминам, хотя имеются их законодательное определение. Следует помнить, что криминалистику изучают будущие юристы, поэтому в первую очередь в учебниках следует приводить законодательную трактовку конкретных терминов, а только потом высказывать свое мнение. Так, оба автора, очевидно, «забыли», что есть определение судебной экспертизы, данное в статье девятой ФЗ № 73 от 31 мая 2001 г. «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации». Не упоминая данного определения, Т.Д. Телегина предлагает другое по содержанию собственное определение судебной экспертизы. Т.В. Аверьянова предлагает в системе судебных экспертиз выделить в особый класс криминалистические экспертизы, предметом которых является любое исследование с использованием различных специальных знаний любых материальных объектов, отражающих информацию о произошедшем событии. При этом автор относит к криминалистическим экспертизам исследование таких материальных объектов, как волокнистые материалы, изделия из стекла и керамики; нефтепродуктов, металлов и сплавов; лаков, красок, эмалей и лакокрасочных покрытий; спиртосодержащих жидкостей; наркотических средств и психотропных веществ; пищевых продуктов, драгоценных и полудрагоценных камней. Причем такие исследования, по ее мнению, следует называть криминалистическими и в тех случаях, если они проводятся и по гражданским, и по арбитражным делам. Т.В. Аверьянова предлагает собственное определение и вещественных доказательств, очевидно забыв, что оно дано в ст. 81 УПК РФ. По данным материалам место таких трактовок не в учебниках, а в докладах на научных конференциях, монографиях, статьях.

Аналогичное замечание можно сделать и в отношении содержания главы пятнадцатой «Криминалистическое исследование оружия, боеприпасов, взрывных устройств и следов их применения» (автор – доктор юридических наук А.С. Подшибякин). В самом начале этой главы автор отмечает, что сейчас действует Федеральный закон № 150 «Об оружии» от 13 декабря 1996 г. Однако в последующих разделах этой главы он не придерживается закрепленных в этом законе основных положений. Например, автор не упоминает о таких видах оружия, выделенных в статье второй закона, как гражданское, служебное оружие. Нет даже упоминания об огнестрельном оружии ограниченного применения, о бесствольном огнестрельном оружии, о комбинированном и бесшумном оружии (например, «НРС-2» – нож разведчика стреляющий). Автор придерживается старой позиции и рассматривает метательное оружие как разновидность холодного оружия.

Однако отмеченные замечания играют незначительную роль на общем положительном фоне всех материалов рецензируемого учебника. В целом же содержание всего курса криминалистики, изложенного в учебнике, изданным под редакцией профессора А.И. Бастрыкина, отвечает самым высоким научным методологическим требованиям, наполнено богатым современным иллюстративным материалом. Данный учебник следует оценивать как «новое слово» в методологии издания учебников по курсу «Криминалистика».

П. С. Пастухов

*Пермский государственный национальный исследовательский университет
г. Пермь*

О СОВЕРШЕНСТВОВАНИИ СОБИРАНИЯ ЭЛЕКТРОННЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ДОКАЗЫВАНИИ

В условиях современного информационного общества необходимо выделить несколько основных тенденций, которые оказывают огромное влияние на доказательственную деятельность в уголовном судопроизводстве. Прежде всего, эти тенденции привели к информатизации всех отраслей экономики, управления, иной человеческой деятельности, перенаправлению информационных потоков коммуникации между членами общества в компьютерные сети. Как отмечают некоторые авторы,

происходит фактическое получение монополии компьютерной техникой как нового средства для хранения, использования и передачи информации¹.

Во-вторых, вслед за последствиями информатизации общества происходит технологизация законодательства, т. е. регламентация информационно-технологических процессов коммуникации, использование новой терминологии в материальном и процессуальном праве.

В-третьих, создание электронного государства, электронного документооборота, оказание электронных услуг меняют взаимоотношения личности и общества, гражданина и государства.

В-четвертых, современные технологии и процедуры идентификации и аутентификации личности, использующей информационно-телекоммуникационное оборудование в своей деятельности, фиксируют передвижение и поведение человека, результаты его деятельности. Вследствие такой аудио-, видеофиксации, геолокации происходит образование электронно-цифровых следов и изменяется сбор криминалистически значимой информации в сторону технологизации.

В-пятых, курс на построение правового государства вынуждает законодателя и правоприменителя принимать все большее количество законов и подзаконных актов, регламентов, инструкций на каждый вид правоприменительной деятельности, что влечет неимоверный объем излишнего «бумаготворчества». Результат – чрезмерная формализация производства и огромные затраты на оформление. При этом существует возможность совершения множества случайных и технических ошибок при оформлении, которые могут вызывать негативные последствия в части допустимости доказательств. Можно смело сказать, что общество «захлебывается» от невиданного ранее потока письменных документов, отчетов, справок, уведомлений, извещений и т. д.

Указанные тенденции, вызванные научно-технологической информационной революцией, призваны облегчить деятельность должностных лиц правоохранительных органов, улучшить существование общества, оптимизировать деятельность его членов, но в реальности могут создавать дополнительные проблемы в уголовно-процессуальном доказывании.

К таким процессуально-информационным проблемам можно отнести:

- 1) проблему новых информационных способов идентификации личности в правовом обороте, а следовательно, во всех видах юридических процессов и процедур;
- 2) проблему правового определения надлежащего единообразного статуса электронного документа и электронного документооборота;
- 3) электронизацию юридической процедуры любого вида.

Суммируя указанные проблемы процессуально-информационного характера, необходимо отметить, что в век компьютеризации, когда информация о человеке, процессе, явлении уже зафиксирована на любых электронных носителях информации, УПК РФ (ст. 164, 166) обязывает следователя составлять протокол и переписывать уже «написанное» – зафиксированное в электронном виде. Составление протокола, когда требуется осматривать и описывать гигабайты информации, становится не просто трудоемким, а обременительным занятием. Еще двадцать лет назад, когда следователь получал информацию о преступлении только от человека и его материальных следов, таких проблем не было. В этой связи возникает настоятельная необходимость в том, как в условиях информационного общества оптимизировать деятельность следователя по собиранию всех имеющихся доказательств вообще и особенно находящихся в электронной форме.

По мнению многих ученых, магистральным направлением оптимизации уголовного судопроизводства в условиях информационного общества должно быть создание электронного документооборота и электронного правосудия². Но это далекая перспектива. Трудности с собиранием и описанием объемных электронных доказательств существуют здесь и сейчас. На наш взгляд, чтобы оптимизировать процесс приобщения доказательственной электронной информации уже сейчас, на меня кардинально УПК РФ, необходимо признать электронную информацию в качестве вещественного доказательства.

В отличие от других авторов, настаивающих на включении в УПК новой статьи по закреплению электронной информации, наша позиция заключается в том, что не следует вводить новый вид «электронного доказательства» или нового источника «электронного носителя информации». Определяя понятие «доказательство», надо лишь уточнить, что сведения могут быть в виде электронной информации. Электронная информация вполне способна восприниматься в одном из традиционных доказательств – вещественном доказательстве или документе³.

Считаем, что в качестве электронных вещественных доказательств могут выступать не только материальные носители электронной информации, но сама электронная информация, ставшая результатом преступного действия, сгенерированная в информационной среде как след преступления.

О возможности и необходимости признания электронной информации вещественным доказательством свидетельствуют следующие обстоятельства.

1. Электронная информация, когда-то циркулировавшая в прошлом в виртуальном пространстве, создана в материальной среде, где она накапливается и хранится, где ее можно просмотреть и исследовать.

2. Эта материальная среда хранения электронной информации реально существует, имеет свой специфический вид, обладателя, свои электронные носители, название, назначение.

3. Согласно примечанию к ст. 272 УК РФ, под компьютерной информацией понимаются сведения (сообщения, данные), представленные в форме электрических сигналов, независимо от средств их хранения, обработки и передачи, что свидетельствует о ее энергетической (вещественной) природе.

4. Компьютерную информацию можно измерить через специфические средства измерения – байты.

5. Компьютерной информации можно придать неизменяемый вид в специальном неизменяемом формате, а также вычислить хеш-функцию.

А если мы признаем доказательственную электронную информацию вещественным доказательством, то мы изымаем ее посредством запросов, протоколов выемки, обыска. В случае представления электронной информации другими участниками, помимо следователя, составляется протокол принятия доказательства. В этих случаях следователь в постановлении или в протоколе только указывает, откуда или от кого получена такая информация, ее идентифицирующие признаки, необходимые реквизиты. Главное, не составляется протокол с подробным описанием, а еще хуже переписыванием этой информации.

Для объективизации процесса изъятия и полученного результата, следователь может сделать скриншоты (фотографии монитора компьютера) этой информации и, в соответствии с п. 8 ст. 166 УПК, может приобщить их к протоколу. Особенно если учесть, что приложения к протоколу стали намного информативнее самого протокола. Кроме того, электронные носители информации, полученные или скопированные с других электронных носителей информации в ходе производства следственного действия, могут храниться в электронном виде (ст. 82 УПК).

Но даже скриншоты требуют дополнительных расходов и времени на бумагу и распечатывание. В этом случае считаем возможным и необходимым руководствоваться ч. 2 ст. 82 УПК и предусмотреть хранение электронных доказательств в электронном виде, а не распечатывать их в виде приложений к протоколу. К материалам уголовного дела приобщается документ о месте нахождения такого вещественного доказательства в электронном виде.

Возможно разрешить хранение информации в электронном виде при уголовном деле, например в файлах сначала компьютера следователя, затем ведомственной сети с последующей передачей ее в суд. В перспективе необходимо будет создать межведомственную сеть между правоохранительными органами и судом для беспрепятственного накопления, хранения, просмотра, использования и исследования в суде электронной информации, представляющей значительные размеры. При этом надо помнить, что проверяемость (верифицируемость) является основополагающим свойством доказательства, содержащего электронную информацию. В отношении информации, составляющей содержание электронных доказательств, всегда должна существовать возможность ее идентификации и аутентификации, т. е. проверки целостности и неизменности информации на электронном носителе. Каждая сторона обязана предоставить суду информацию о происхождении своих доказательств, если в этом возникает необходимость. Поэтому институт допустимости в свете доказательств, содержащих электронную информацию, должен быть пересмотрен путем отказа от ее следственных гарантий в пользу технических гарантий верифицируемости и полезности доказательства⁴.

Следует предусмотреть свободу выбора способов фиксации хода и результатов действия по получению доказательственной информации, оставив в качестве одного из таковых письменный протокол.

Не должно быть принципиальной разницы между следственным протоколом и любым иным документом, составляемым должностным лицом органа правоохранительного органа в связи с производством по уголовному делу, если он предназначен для фиксации доказательственной информации.

Предлагается нормативно уравнять с протоколами следственных действий иные документы, составляемые субъектами досудебного производства в связи с фиксацией хода и результатов проведенных ими следственных действий, имеющих доказательственное значение.

Под понятие документа (электронного) могут быть подведены любые документы, содержащие доказательственную информацию: протоколы следственных действий (гласных и негласных), заключение эксперта (специалиста), иные документы, получаемые участниками уголовного производства, заинтересованными в исходе дела. Обе стороны вправе фиксировать полученные ими сведения об

обстоятельства дела для защиты ими своих позиций и правильного разрешения уголовного дела судом любым способом, который позволит подтвердить аутентичность представляемой ими суду информации и верифицировать ее. Любой способ документирования допустим, если он обеспечивает надежность сохранения и передачи доказательственной информации⁵.

Предоставление свободы в закреплении фактических материалов будет означать, что протокол следственного действия (гласного или негласного), документ, содержащий доказательственную информацию, не может иметь самостоятельного доказательственного значения, потому что это производный источник (документарный) по отношению к той информации, которая лично воспринята лицом, производящим следственное действие, – следователем или адвокатом-защитником или другим субъектом досудебного уголовного производства. Показания лица, составившего протокол или сделавшего аудиозапись, должны считаться первичным доказательством, а протокол и иные фактические материалы, зафиксированные лицом по результатам личного восприятия «следов преступления» в ходе следственного действия, есть производный источник.

Документированию в письменном виде как несовершенному способу фиксации доказательственной информации предлагается альтернатива в виде электронного документа – видео- или аудиозаписи в цифровом формате, передаваемой суду через телекоммуникационные сети в виде файла или на переносном электронном носителе информации.

В совокупности с показаниями участников действия, видеозапись образует единый комплексный доказательственный факт. Что же касается личных доказательств, то они по общему правилу должны формироваться только в ходе судебных допросов сторонами лица, осведомленного о фактах; видео- или аудиозапись показаний, как производное доказательство, может воспроизводиться в суде только в специально предусмотренных законом случаях.

Следователь, как и любой иной субъект досудебного уголовного производства, проводивший сбор доказательств, сообщает суду сведения о следах преступления в устной форме, путем дачи показаний и подкрепляет их демонстрацией видеозаписи действий и обнаруженных следов преступления, записанных на электронном носителе информации, или письменным протоколом, равно как и другими допустимыми фактическими материалами.

¹ Павлушина А.А., Гавриленко И.В. Общие правовые институты процессуального права в информационном обществе: тенденции и перспективы развития // Рос. юрид. журнал. 2011. № 3. С. 8–22.

² Качалова О.В., Цветков Ю.А. Электронное уголовное дело – инструмент модернизации уголовного судопроизводства // Рос. правосудие. 2015. № 2. С. 95–101 [Электронный ресурс]. URL: <http://www.iuaj.net/node/1761> (дата обращения 04.04.2016).

³ Пастухов П.С. Модернизация уголовно-процессуального доказывания в условиях информационного общества: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2015. С. 16–17.

⁴ Пастухов П.С. Указ. раб.

⁵ Доктринальная модель уголовно-процессуального доказательственного права Российской Федерации и комментарий к ней / А.Я. Александров, Н.Н. Ковтун, С.А. Грачев, В.В. Терехин, П.С. Пастухов и др. М.: Юрлитинформ, 2015. С. 59–60; Пастухов П.С. Указ. раб.

М. А. Шадрин

*Прокуратура Пермского края,
г. Пермь*

КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ДОКАЗЫВАНИЯ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ, РАССМАТРИВАЕМЫМ С УЧАСТИЕМ ПРИСЯЖНЫХ ЗАСЕДАТЕЛЕЙ

Целевое назначение уголовного судопроизводства, как известно, зафиксировано в ст.6 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее по тексту – УПК РФ): по существу вся система уголовного судопроизводства создана для преследования и назначения виновным справедливого наказания и защиты интересов потерпевших от преступлений. В то же время закреплённый в уголовно-процессуальном законодательстве порядок рассмотрения уголовных дел с участием присяжных заседателей имеет ряд недостатков, препятствующих достижению целей уголовного судопроизводства.

производства. Притом эти недостатки носят не юридико-технический, а концептуальный характер, они обусловлены специфическими чертами доказательственной деятельности участников уголовного судопроизводства.

Процедуру доказывания по делам, рассматриваемым судом с участием присяжных заседателей, по действующему законодательству отличают следующие особенности:

- определённое и предельно жёсткое разграничение компетенции присяжных заседателей и председательствующего судьи при установлении обстоятельств уголовного дела (эта особенность выражается в краткой формуле, согласно которой председательствующий судья в процессе – это судья права, а присяжные заседатели – судьи факта);

- уникален субъект познавательной деятельности, принимающий решение о виновности или невиновности подсудимого – коллегия присяжных заседателей. Как следует из положений закона, присяжным заседателям необязательно иметь те же профессиональные компетенции, что и профессиональному судье;

- усечённый перечень обстоятельств, подлежащих установлению присяжными заседателями и, соответственно, ограниченный круг источников сведений о преступлении, которые могут быть использованы в процессе доказывания;

- отсутствие реальных, действенных правовых механизмов обеспечения соблюдения требований уголовно-процессуального законодательства при совещании присяжных заседателей;

- отсутствие в уголовно-процессуальном законодательстве требования обоснованности к вердикту коллегии присяжных заседателей (в отличие от приговора, постановленного в общем порядке судопроизводства);

- невозможность оспаривания результатов познавательной деятельности коллегии присяжных заседателей, выраженных в вердикте (обжалование приговора, постановленного на основании вердикта, возможно только по формальным основаниям, но не в связи с тем, что вывод коллегии присяжных заседателей по существу рассматриваемого дела опровергается совокупностью доказательств).

Указанные особенности не только не позволяют суду присяжных заседателей более эффективно (по сравнению с общим порядком судебного разбирательства) достигать целей уголовного преследования, но и, наоборот, являются факторами принятия неправосудных решений по уголовным делам. Проблема усугубляется тем, что эти факторы, существуя не отдельно друг от друга, взаимодействуют, производя суммирующий эффект, в результате вероятность принятия обоснованного, правосудного решения снижается в ещё более значительной степени.

Разграничение компетенции присяжных заседателей и председательствующего судьи при установлении обстоятельств уголовного дела, во-первых, не является эффективным способом недопущения восприятия присяжными заседателями доказательственной информации, полученной с нарушениями закона. Как сторона защиты, так и сторона обвинения может представить присяжным заседателям доказательство, которое затем будет признано недопустимым. Последующее разъяснение председательствующего судьи о недопустимости учёта при вынесении вердикта этого доказательства не исключает того, что тот или иной присяжный заседатель подспудно (в соответствии с правилами функционирования человеческой психики) всё же будет его использовать при формулировании своей позиции по вопросу о доказанности или недоказанности вины подсудимого. И чем чаще председательствующий будет делать такие разъяснения, тем больше внимание присяжных заседателей (в соответствии с теми же психологическими законами) будет акцентироваться на недопустимых доказательствах. Во-вторых, такое разграничение в совокупности с отсутствием гарантий соблюдения закона при оценке доказательств в совещательной комнате приводит к тому, что коллегия присяжных заседателей предоставлена сама себе при вынесении вердикта и никто не может проверить, действительно ли вердикт вынесен на основании доказательств (притом допустимых доказательств), а не в результате использования аргументов иррационального характера. Проверить это практически невозможно.

Недопустимость исследования в присутствии присяжных заседателей определенных сведений приводит к тому, что они в процессе познания события преступления не могут использовать целые массивы информации, значимой для процесса доказывания. Так, на практике возникают затруднения с доведением до присяжных заседателей сведений о личности потерпевшего или подсудимого при выдвижении последним тех или иных версий, при проверке таких версий. К примеру, подсудимым выдвигается версия об оговоре со стороны потерпевшего в связи с желанием последнего скрыть свои неблагоприятные, аморальные, антиобщественные поступки; разглашение сведений о личности потерпевшего как при высказывании этой версии, так и при её опровержении может вызвать предубеждение со стороны присяжных заседателей, что недопустимо, хотя информация значима для оценки всех

доказательств и принятия решения по делу. Также практически невозможно доказывание причастности подсудимого к рассматриваемому преступлению путём указания на тождественность способа совершения преступлений, если за предыдущие преступления он уже осуждён. Факт прежней судимости в судебной практике во всяком случае расценивается как обстоятельство, относящееся к характеристике личности подсудимого (и потому не подлежит доведению до присяжных заседателей), несмотря на то что характеристика способа совершения преступления в криминалистике рассматривается как важный источник информации о преступнике.

Отсутствие в законе каких-либо требований к познавательной компетентности присяжных заседателей приводит к тому, что иногда присяжные заседатели не могут в полном объёме воспринять доказательственную информацию или должным образом оценить значение того или иного доказательства в отдельности и в совокупности с другими, особенно если речь идёт об использовании в доказывании специальных знаний из области современной науки и техники. Это же обстоятельство в совокупности с отсутствием обязанности аргументировать свои выводы по вопросам о виновности или невиновности влечёт возможность оценки тем или иным присяжным заседателем исследованных доказательств через призму своих предубеждений и предрассудков, с учётом социальных и психологических установок. По этой причине стороны в процессе представления и исследования доказательств не могут не учитывать психологические и социально-психологические особенности восприятия присяжными заседателями доказательственной информации¹. Тот факт, что коллегия присяжных заседателей состоит из двенадцати человек, не устраняет влияния психологического и социально-психологического факторов при принятии решений, оно их усугубляет – в этом случае принятие решения происходит с учётом социально-психологических закономерностей функционирования социальных групп (активное воздействие меньшинства может заставить большинство разделить их позицию, большинство может подавить попытки меньшинства убедить в их правоте и так далее).

И самое главное. В условиях, когда принятие решения не обусловлено обязанностью аргументировать его, отсутствует реальный, действенный контроль за соблюдением процедуры его принятия, не допускается обжалование принятого решения по мотиву его необоснованности, возникает возможность принятия решения коллегией присяжных заседателей произвольно, а не на основе собранных и исследованных доказательств. Притом такие решения в итоге приобретают законную силу.

Попытка устранить указанные выше недостатки процедуры доказывания в суде присяжных путем предоставления судье возможности вынесения оправдательного приговора даже при вынесении обвинительного вердикта (ст. 350 УПК РФ) не является решением проблемы – это борьба с последствиями, а не с причинами, притом борьба неэффективная и односторонняя². К примеру, возможны ситуации, когда присяжные заседатели признали подсудимого виновным в совершении преступления при тех обстоятельствах, которые ему вменены органами предварительного следствия, но исследованными доказательствами не было подтверждено наличие квалифицирующих признаков преступления – в этой ситуации судья должен вынести обвинительный приговор и квалифицировать содеянное в соответствии с вердиктом коллегии присяжных заседателей как более тяжкое преступление. Решения для таких коллизий закон не содержит. Как и в ситуации, когда судья при наличии исчерпывающих доказательств вины подсудимого обязан в соответствии с вердиктом вынести оправдательный приговор, сложно говорить о правосудности таких приговоров.

Анализ закреплённых в законе особенностей доказывания по делам, рассматриваемым с участием присяжных заседателей, приводит к выводу, что законодатель допускает возможность ограничиться установлением формальной истины³ по данной категории дел, установлены препятствия для установления истины материальной. Как справедливо отмечено в литературе, «плохо то правосудие, которое ограничивает свои задачи достижением формальных результатов, такое положение граничит с сознательным допущением неправосудия»⁴. Соответственно, требуются изменения процедуры доказывания в суде присяжных заседателей, следует создать механизм процессуальных гарантий достижения целей судопроизводства при рассмотрении дел судом с участием присяжных заседателей.

¹ См., к примеру, об этом: *Карякин Е.А.* Теоретические и практические проблемы формирования истины по уголовному делу в суде первой инстанции. М.: Юрлитинформ, 2009. С. 218 и след.

² О нелогичности такой нормы см.: *Астафьев А.Ю.* Процессуальные гарантии эффективности правосудия по уголовным делам. М.: Юрлитинформ, 2014. С. 66–67.

³ Такая характеристика является не вполне точной. Отмеченные особенности процедуры доказывания позволяют охарактеризовать истину, устанавливаемую по рассматриваемой категории дел, как конвенциональную (вывод об обстоятельствах преступления в сущности есть результат соглашения присяжных заседателей).

⁴ *Рязановский В.А.* Единство процесса. М.: Городец, 2005. С. 34.

В. Ю. Эккерт

*Пермский государственный национальный исследовательский университет,
г. Пермь*

А. В. Эккерт

*Пермский филиал РАНХиГС при Президенте Российской Федерации,
г. Пермь*

НЕКОТОРЫЕ СОВРЕМЕННЫЕ КРИМИНАЛИСТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ПРЕСТУПЛЕНИЙ В СФЕРЕ ИНФОРМАЦИОННЫХ ТЕХНОЛОГИЙ

Повсеместное внедрение компьютера и информационных систем в современном обществе привело к тому, что правонарушители начали использовать компьютерную технику и программное обеспечение для совершения преступлений. Это относительно новый и быстро развивающийся вид общественно опасных деяний, в которых неправомерно используется компьютерная информация либо она сама становится объектом посягательства¹.

Сложность идентификации компьютерного преступника и возможность совершать преступления на большом расстоянии, в том числе путем доступа к различным охраняемым секретам, делают такой способ совершения преступления чрезвычайно привлекательным. Не секрет, что отдельные граждане до сих пор полагают, что компьютерные преступления – это не тот вид противоправного деяния, которому стоит уделять много внимания. Компьютерные преступления, несомненно, менее заметны на фоне той же уличной преступности. Вместе с тем сам механизм совершения преступления позволяет преступнику, не подвергая себя непосредственной опасности в виде изобличения в совершении преступления и задержания на месте преступления, похитить значительные денежные средства, что, собственно, и является конечной целью большинства преступных посягательств. Поэтому представляется необходимым говорить именно о высокой общественной опасности этих преступных посягательств.

Рассматривая динамику совершения компьютерных преступлений на территории России нельзя не отметить, что первое преступление в сфере высоких информационных технологий было зарегистрировано в бывшем СССР в 1979 году. Ущерб государству от хищения составил 78584 рубля, что по курсу валюты на время совершения преступления составляет особо крупный размер. Данный факт был занесен в международный реестр правонарушений подобного рода и явился своеобразной отправной точкой в развитии нового вида преступлений в нашей стране. Первые преступления с использованием компьютерной техники непосредственно на территории России были совершены в 1991 г., когда были похищены 125,5 тыс. долл США во Внешэкономбанке СССР. Как отмечает руководитель юридической группы компаний «Вымпелком» В.В. Казанцев, в дальнейшие годы в России наблюдался рост числа преступлений и причиненного ущерба в результате их совершения².

Так, в период с 1994 по 1996 г. российские компьютерные преступники совершили более 500 попыток проникновения в компьютерные сети только одного Центрального банка РФ и сумели похитить оттуда около 250 млрд руб.³

По данным ГИЦ МВД России уже в 1997 г. было зарегистрировано 7 преступлений в сфере компьютерной информации, в том числе возбуждено уголовных дел по ст. 272 УК РФ – 6, по ст. 273 – 1. В 1998 г. зарегистрировано 66 преступлений в сфере компьютерной информации, в том числе по ст. 272 УК РФ – 53, по ст. 273 – 12, по ст. 274 – 1. В 1999 г. зарегистрировано 294 преступления, из них по ст. 272 – 209, по ст. 273 – 85. В 2000 г. зарегистрировано 800 преступлений в сфере компьютерной информации, из них по ст. 272 – 584, по ст. 273 – 172, по ст. 274 – 44. Обращаясь к современной статистике, необходимо отметить, что за период 6 месяцев 2016 года, по данным ГИЦ МВД России, было зарегистрировано 934 преступления в сфере компьютерной информации.

Заслуживает внимания тот факт, что удельный вес преступлений данной категории, выявленных сотрудниками органов внутренних дел, в 2016 году снизился на 48,9 % и составил 88,5 %. Таким образом, сотрудниками полиции за 6 месяцев 2016 года выявлено 827 преступлений. За 6 месяцев 2016 года было раскрыто 492 преступления в сфере компьютерной информации, что на 35,2 % ниже, чем за аналогичный период прошлого года⁴. Представляется несколько преждевременным в настоящее время делать выводы о причинах такой динамики вследствие малого времени

наблюдения, однако, при сохранении такой тенденции в дальнейшем, данные показатели подлежат безусловному изучению.

Говоря о латентности преступлений в сфере компьютерной информации, следует отметить, что в структуре латентной преступности, по механизму ее образования, ряд российских криминалистов выделяют четыре разновидности:

1. Естественная латентность – противоправные деяния, о факте совершения которых не известно никому, за исключением лиц, которые данные деяния совершили.

2. Искусственная латентность – разновидность латентной преступности, составляющей массив преступлений, которые хотя и известны должностным лицам и отдельным гражданам, но перечисленные лица не сообщают о них в соответствующие органы, либо не регистрируют их в установленном законом порядке.

3. «Граничные ситуации» – группа противоправных деяний, информация о которых стала известна правоохранительным органам, однако, ошибочно, добросовестно заблуждаясь, или не имея достаточной профессиональной подготовки, следователем была дана неправильная юридическая оценка деяния, в связи с чем оно оказалось укрыто от статистического учета.

4. Преступления, которые стали известны правоохранительным органам, но их представитель из различных соображений не регистрирует их⁵.

Говоря о латентности данного вида преступлений, хотелось бы отметить, что в настоящее время представляется недостаточно изученным вопрос о том, в каких случаях граждане и правоохранительные органы принимают либо не принимают меры к регистрации противоправных деяний в книгах учета сообщений о преступлениях и происшествиях и должным ли образом правоохранительными органами проводятся проверочные мероприятия в порядке ст. 144–145 УПК РФ, принимаются ли в таких случаях исчерпывающие меры по обнаружению, фиксации и изъятию электронных следов преступления.

Жертвами преступников, в подавляющем числе случаев, являются учреждения, предприятия и организации, использующие автоматизированные компьютерные системы для обработки бухгалтерских документов, проведения платежей и других операций. При этом чаще всего объектами преступного посягательства становятся банковские платежные системы.

Так, 1 июня 2016 г. на встрече представителей банковской сферы с Председателем Правительства Российской Федерации Д.А. Медведевым, посвященной обсуждению ситуации в банковской системе, в том числе вопросам безопасности хранения данных, взаимодействия банков и сотовых операторов, безопасности платежных систем и технологии blockchain, Председатель правления Сбербанка России Г.О. Греф в своем докладе отметил серьезную обеспокоенность вопросом роста преступлений в сфере компьютерной информации. В докладе было отмечено, что объектами преступного посягательства в последнее время все чаще становятся не только платежные средства граждан, но и банковские платежные системы. В частности, компания Group-IB, специализирующаяся в области обнаружения лиц, совершающих правонарушения в сфере компьютерной информации, сообщила, что с августа 2015 года по февраль 2016 года хакеры при помощи вируса Vuhtgar совершили 13 успешных атак на российские банки, в результате чего похитили 1,8 млрд руб. Кроме этого, по сообщению Г.О. Грефа, в 2015 году Сбербанком было отражено 55 кибератак, а в первом квартале 2016 года было зарегистрировано уже 42 кибератаки⁶.

Отношения, возникающие при осуществлении права на поиск, получение, передачу, производство и распространение информации; применении информационных технологий; обеспечении защиты информации, на территории Российской Федерации регулируются Федеральным законом от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации».

Законом определено, что под информационными технологиями понимаются процессы, методы поиска, сбора, хранения, обработки, предоставления, распространения информации, а также способы осуществления таких процессов и методов. Информационные технологии представляют собой совокупность аппаратного обеспечения – технических средств управления информационными ресурсами, комплекса программных средств и организационно-методического обеспечения⁷.

Рассматривая причины высокой степени криминализации сферы информационных технологий, стоит заметить, что ведущим техническим средством систематизации и обработки информации сегодня продолжают оставаться персональные компьютеры и компьютерные системы. Компьютерные системы достаточно прочно вошли во все сферы нашей жизни и продолжают вытеснять иные привычные способы получения информации. Информационные системы позволяют оптимально использовать возможности поиска различных товаров у производителей, максимально расширить круг по-

требителей для производителей товаров, быстро и комфортно производить денежные расчеты в любой валюте.

Следствием таких изменений в общественных отношениях стали не только позитивные последствия в виде прогресса в различных сферах деятельности человека. К сожалению, преступность проникла в этот вид деятельности человека и адаптировалась к происходящим процессам.

Ведущие российские ученые-криминалисты отмечают, что современные средства и методы осуществления информационных процессов, происходящие в сети Интернет, создают своего рода особую виртуальную реальность, представляя специфическую картину реальной действительности путем передачи сообщений, изображений, текстов и т. д. При этом насыщение современной жизни компьютерными системами, телекоммуникациями, виртуальной реальностью не только существенно видоизменяет преступность, но и открывает новые возможности борьбы с ней. Эти возможности необходимо интегрировать в отечественную криминалистику. Открытость и глобальность Интернета, представляющего собой всемирную телекоммуникационную сеть, создают огромные потенциальные возможности, которые отечественным криминалистам важно осознать, чтобы активнее использовать в целях раскрытия совершаемых преступлений в сфере информационных технологий⁸.

Глобальность и открытость сети Интернет является своего рода источником собственной уязвимости. Так, на прошедшей в ноябре 2015 года в японской префектуре Окинава конференции на тему усиления мер безопасности в условиях повышенной угрозы со стороны кибертеррористов, известным программистом и руководителем «Лаборатории Касперского» Е.В. Касперским было отмечено, что инфраструктурные объекты являются полностью незащищенными перед лицом кибертеррористов. При этом, Е.В. Касперский выразил уверенность в том, что со временем объемы такого рода атак будут только увеличиваться. На этой же конференции перед ее участниками выступил премьер-министр Японии Синдзо Абэ, который акцентировал внимание присутствующих на важности обеспечения мер кибербезопасности как главном аспекте успешного развития информационных технологий. При этом премьер-министр Японии в своем докладе подчеркнул, что, по сведениям Национального института информационных и коммуникационных технологий, за десять лет с момента сбора статистических данных хакеры увеличили количество атак на ведомственные сайты и частные компьютеры с 300 млн раз до почти 26 млрд случаев. Самым вопиющим из них считается взлом Японского пенсионного фонда и кража информации о 125 млн японцев⁹.

Как отмечает директор «Центра исследования компьютерной преступности», директор Департамента противодействия киберпреступности компании «Cybersafteyunit», независимый эксперт программы ООН «Предупреждение преступности и уголовное правосудие» (ISPAC), член Международной ассоциации по борьбе с киберпреступностью (International Anticybercrime Association) В.А. Голубев, существует своеобразная зависимость – чем больше расширяется Интернет, тем больше сетевых преступлений регистрируется. Электронные хищения денежных средств и конфиденциальной информации, хакерство, распространение порнографии, в том числе детской, мошенничество стали характерной чертой современных информационных процессов, приобрели изощренный характер и широчайшее распространение. С помощью Интернета совершаются преступные вымогательства под угрозой блокирования или уничтожения электронных баз данных, принадлежащих крупным корпорациям и общественным организациям, распространяются порнографические сцены в режиме on-line, ложные сообщения об актах терроризма, компрометирующие материалы в отношении физических и юридических лиц¹⁰.

При этом информационные системы и компьютерные программы все чаще становятся средством и способом совершения преступлений общеуголовной направленности: это изготовление поддельных денежных купюр и различных документов; разнообразного рода хищения, подделки пластиковых, кредитных и расчетных карт; нарушения авторских и смежных прав; ряд иных преступлений¹¹.

Одной из основных проблем современной глобальной системы Интернет и большинства содержащейся в этой системе информации представляется неопределенный до сих пор правовой статус, отсутствие каких-либо отлаженных механизмов межгосударственного регулирования.

Второй проблемой, но не менее важной, является возможность анонимного использования глобальной сети и неопределенность места нахождения пользователя в конкретный момент времени.

Эти два фактора играют ключевую роль в быстрой криминализации сети Интернет. В доступе сети Интернет можно встретить сайты наркоторговцев и их клиентов, а также сайты экстремистской и террористической направленности, иные сайты противоправного характера¹². Банковские платежные системы используются различными лицами для отмывания доходов, полученных преступным путем.

Анонимность и глобальность сети Интернет, несомненно, усложняет возможности по изобличению лиц совершающих преступления в сфере информационных технологий, а также путем их использования в преступных целях.

Как отмечает эксперт в сфере информационной безопасности, технический директор компании «Информзащита», специализирующейся в области защиты информации, Е.В. Климов, в современном мире практически невозможно установить источник атаки при условии, что уровень знаний атакующего позволяет ему взламывать самые защищенные информационные системы в мире¹³.

Как считает А.Л. Осипенко, большой интерес к Интернету со стороны лиц, склонных к совершению противоправных деяний, вызывает наличие в глобальной сети Интернет возможности подключения к различным информационным и платежным системам, которые так или иначе связаны с осуществлением различных банковских операций, в том числе транзакций и электронных платежей, предоставления платных услуг и продажи товаров. Имеющаяся возможность с помощью сети Интернет анонимно переводить денежные средства в любую точку мира также способствует совершению преступлений, таких как хищение денег с банковских счетов, осуществление незаконных финансовых операций, легализации (отмывание) доходов, полученных преступным путем, финансирование терроризма, мошенничества с платежными картами и т. п.¹⁴.

Как подчеркивает в своих работах В.Я. Колдин, актуальной задачей современной криминалистики представляется учет и анализ усиливающегося влияния на состояние преступности и процесс борьбы с ней новых информационных технологий, в которых задействованы интегрированные информационно-вычислительные системы, специализированные банки и базы данных, средства телекоммуникаций, другие современные достижения научно-технического прогресса¹⁵.

Подводя итог, следует выделить ряд основных проблем в области раскрытия и расследования преступлений вышеуказанной категории: наличие высокой латентности данного вида преступлений вследствие несвоевременного сообщения или несообщения потерпевшими о совершенном противоправном деянии; наличие технических и технологических трудностей в обнаружении, фиксации и изъятии следов преступления; по различным причинам несвоевременное возбуждение уголовного дела и несвоевременное проведение неотложных следственных и оперативно-розыскных мероприятий; недостаточная квалификация либо малое число специализирующихся сотрудников органов, осуществляющих расследование преступлений данной категории.

В связи с этим представляется необходимым: дальнейшее совершенствование учебных программ, в том числе на базе высших учебных заведений, направленных на повышение квалификаций сотрудников и будущих сотрудников правоохранительных органов, а также иных субъектов правоприменительной сферы; уменьшение количества латентных противоправных деяний, в том числе путем проведения разъяснительной и различного рода профилактической работы среди населения.

¹ URL: <http://zakon.kuban.ru/spec/spec~3.htm> (дата обращения: 28.07.2016).

² URL: <http://www.allpravo.ru/library/doc5195p0/instrum5196/item5199.html> (дата обращения: 17.07.2016).

³ Анин В. Наиболее серьезные нарушения в области информационной безопасности в 1996 г. // Конфидент. 1997. № 6. С. 49.

⁴ URL: <https://мвд.рф> (дата обращения: 12.07.2016).

⁵ См.: Информационное право / под ред. В.А. Копылов, 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2002.

⁶ URL: <http://www.rbc.ru/finances/01/06/2016/574e5c619a794753677fbd40> (дата обращения: 14.07.2016).

⁷ URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_61798/ (дата обращения: 21.07.2016).

⁸ См.: Информационные технологии в юриспруденции: учеб. пособие для студ. учреждений высш. проф. образования / С. Я. Казанцев, О. Э. Згадзай, И. С. Дубровин, Н. Х. Сафиуллин; под ред. С.Я. Казанцева. М.: Изд. центр «Академия», 2011.

⁹ URL: <http://iteranet.ru/it-novosti/2015/11/10/kasperskij-vystupil-v-yaponii-s-prizyvom-protivostoyat-kiberterrorizmu/> (дата обращения: 22.07.2016.)

¹⁰ URL: [http://sartracc.ru/print.php?print_file=Pub/golubev\(20-03-05\).htm](http://sartracc.ru/print.php?print_file=Pub/golubev(20-03-05).htm) (дата обращения: 05.07.2016).

¹¹ Краснова Л.Б. Компьютерные объекты в уголовном процессе и криминалистике: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2005.

¹² URL: <https://reestr.rublacklist.net/> (дата обращения: 06.07.2016 г.)

¹³ URL: http://www.cnews.ru/news/top/2016-08-10_eksperty_po_informatsionnoj_bezopasnosti_russkie (дата обращения: 11.08.2016).

¹⁴ URL: <http://www.s-quo.com/content/articles/335/949/> (дата обращения: 09.07.2016).

¹⁵ URL: <http://www.law.msu.ru/node/9356> (дата обращения: 24.06.2016).

СОВРЕМЕННОЕ СОДЕРЖАНИЕ ПРАВОСУДИЯ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

В науке принято определять правосудие как деятельность суда по разрешению конкретных дел и правовых вопросов в процессуальном порядке путем применения правовых норм к фактам и отношениям.

В «Большом юридическом словаре» правосудие определяется как форма государственной деятельности, которая заключается в рассмотрении и разрешении судом отнесенных к его компетенции дел (об уголовных преступлениях и др.)¹. Термин «правосудие» имеет и другие значения. Так, в словаре Д.Н. Ушакова под правосудием понимается деятельность судебных органов, основанная на законе, праве². В «Толковом словаре» С.И. Ожегова и Н.Ю. Шведовой правосудие – это тоже деятельность судебных органов, только она не конкретизируется³. Правосудие рассматривается и как «форма государственной деятельности по рассмотрению и разрешению судом уголовных дел и гражданских дел»⁴.

Юрист М.С. Строгович считает, что правосудие – это государственная деятельность, которая осуществляется судом. Эта деятельность заключается в том, что суд путем разбирательства и разрешения уголовных и гражданских дел в установленных законом правовых (процессуальных) формах защищает от всяких посягательств государство, права и законные интересы граждан, учреждений, организаций, обеспечивает законность в деятельности учреждений, организаций, должностных лиц, в поведении граждан⁵.

А.Е. Козлов, Е.В. Рябцева относят правосудие к функциям судебной власти⁶. В.В. Черников указывает, что одной из функций судебных органов как носителей судебной власти является осуществление правосудия. Отправление правосудия – это основная судебная функция⁷.

Ю.А. Дмитриев, Г.Г. Черемных считают правосудие специфической, присущей только судам формой осуществления властных полномочий органами судебной власти⁸. В.А. Ржевский, Н.М. Чепурнова называют правосудие формой государственной деятельности⁹.

Ю.К. Якимович, В.М. Бозров пишут, что всякая деятельность суда по разрешению отнесенных к его компетенции правовых споров будет не чем иным, как правосудием, из чего следует, что правосудие – это любая (всякая) деятельность суда, которая направлена на разрешение спора (конфликта) сторон, этот спор носит правовой характер, и разрешение его отнесено к исключительной компетенции суда¹⁰.

Х.Д. Хачароев считает, что правосудие – это система политико-правовых отношений, норм, идей, взглядов и понятий, реализуемых в процессуальных формах деятельности его субъектов по расследованию преступлений, разрешению конституционных, гражданских, административных и уголовных дел, исполнению наказания в целях достижения социальной справедливости, охраны законных прав, свобод и интересов личности, общества и государства, обеспечения законности, борьбы с преступностью, ее ограничения, нейтрализации¹¹.

По мнению Е.М. Переплесниной, суть современного правосудия заключается в решении государством в лице судебной власти задач по реализации судебной функции, в результате которой в установленной законом процессуальной форме (в форме судопроизводства) осуществляется правоохранительная деятельность государства, а также защита прав и свобод человека и гражданина, прав и законных интересов физических и юридических лиц в частноправовых и публично-правовых отношениях в соответствии с Конституцией РФ и международными правовыми стандартами¹².

Таким образом, содержание понятия «правосудие» неоднозначно, исследователи дополняют его разными свойствами и характеристиками. Несмотря на это, в любом случае следует учитывать, что правосудие осуществляется судом в установленном законом процессуальном порядке.

В.М. Савицкий писал, что назначение правосудия заключается в защите прав и свобод человека и гражданина. На наш взгляд, назначение правосудия состоит и в том, чтобы защитить социально значимые общественные и личные отношения; восстановить нарушенные правовые связи; воздать должное

(в виде юридической ответственности) правонарушителю. Тем самым обеспечиваются режим законности в обществе, выполнение социальными субъектами требований норм права¹³.

Миссия правосудия – быть стражем порядка и оплотом справедливости. В ходе отправления правосудия исследуются и разрешаются споры о праве, которые возникают между различными участниками общественной жизни. В процессе правосудия решаются также вопросы наказания виновных в совершении правонарушений, возложения на них определенных обременений и лишений, а также восстановления нарушенного правового состояния¹⁴.

Термин «правосудие» упоминается в Конституции РФ шесть раз (ст. 18, ст. 18, ч. 5 ст. 32, ч. 2 ст. 50, 52, ч. 1 ст. 118, 124).

Уголовно-процессуальный кодекс России в ст. 8 закрепляет один из принципов уголовного судопроизводства – принцип осуществления правосудия только судом. Статья 8 УПК РФ, находящаяся в соответствии с вышеприведенными положениями Конституции, указывает на то, что только суд в своем приговоре может признать лицо виновным в совершении преступления и подвергнуть его уголовному наказанию.

Правосудие является фундаментальным понятием для уголовного процесса, которое раскрывается в п. 50 ст. 5, ст. 8 УПК РФ. Из содержания названных норм следует, что суд осуществляет правосудие по уголовному делу и только в рамках судебного заседания. Только суд вправе признать виновным лицо в совершении преступления и применить к нему уголовное наказание (по приговору суда).

Вышесказанное свидетельствует о том, что Конституция Российской Федерации не только определила исключительные полномочия суда в осуществлении правосудия по уголовным делам, но и провозгласила самостоятельность судебной власти (ст. 10), а также предусмотрела правовые средства обеспечения независимости судей.

В постановлении Пленума Верховного суда РФ от 20 декабря 2011 г. № 21 «О практике применения судами законодательства об исполнении приговора» выражена принципиальная и последовательная позиция высшего судебного органа относительно деятельности суда, осуществляемой по правилам ст. 399 УПК РФ, как одной из форм правосудия (п. 2). Мы разделяем мнение профессора В.В. Николюка, что «данное разъяснение действительно значимо, поскольку длительное время на страницах юридической печати велась дискуссия о том, можно ли разрешение судом вопросов, связанных с исполнением приговора, считать правосудием»¹⁵.

Юристы одной группы полагают, что правосудием является лишь деятельность, состоящая в разрешении уголовного дела по существу в суде первой инстанции, а также деятельность судов апелляционной, кассационной и надзорной инстанций. Это именно та деятельность, в ходе которой суд непосредственно анализирует само уголовное дело, а значит, исследует и дает ответы на вопросы, названные в ст. 73, 299, 309, 361, 373, 410, 421, 434 УПК РФ. В других же случаях правосудие как форма или функция судебной власти отсутствует¹⁶.

В современной специальной юридической литературе иногда понятие правосудия рассматривается узко, не отвечает разъяснениям Пленума Верховного суда РФ, данным в последние годы по отдельным вопросам, отождествляемое лишь с рассмотрением и разрешением уголовных дел¹⁷.

Однако следует согласиться с тем, что в связи с разъяснениями Пленума Верховного суда РФ (вышеназванного Постановления) объективно произошла трансформация этого вида судебной деятельности в одну из форм уголовного правосудия. Традиционное, классическое понимание правосудия как той части деятельности суда, которая направлена лишь на рассмотрение и разрешение дела по существу, т. е. решение вопросов виновности и наказания, уже не отражает действительного, реального содержания роли и значения судебной власти в уголовном судопроизводстве»¹⁸.

Резюмируя изложенное, отметим, что разъяснения Пленума Верховного Суда РФ указывают на новый вектор в подходах к определению и содержанию правосудия в контексте уголовного судопроизводства.

¹ Сухарев А.Я., Крутских В.Е., Сухарева А.Я. Большой юридический словарь. М., 2003.

² Ушакова. Д.Н. Толковый словарь. М., 1935.

³ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь. М., 1949.

⁴ Большой энциклопедический словарь. М. 2000; Санжаревский И.И. Политическая наука: словарь-справочник. М., 2010.

⁵ Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса: в 2 т. М., 1968. Т. 1.

- ⁶ Конституционное право: учебник / под ред. А.Е. Козлова. М., 1996. С. 344; *Рябцева Е.В.* Соотношение судебной власти, правосудия и судебного контроля // Материалы межрегиональной науч.-практ. конф. «Уголовно-правовые и процессуальные проблемы отправления правосудия в современной России». Курск, 2003. С. 54–56.
- ⁷ *Черников В.В.* Судостроительство и правоохранительные органы Российской Федерации: учебник. М., 2006. С. 7, 8.
- ⁸ *Дмитриев Ю.А., Черемных Г.Г.* Судебная власть в механизме разделения властей и защите прав и свобод человека // Государство и право. 1997. № 8. С. 48.
- ⁹ *Ржевский В.А., Четурнова Н.М.* Судебная власть в Российской Федерации: Конституционные основы организации и деятельности. М., 1998. С. 38.
- ¹⁰ *Якимович Ю.К.* Понятие правосудия и принципы его определения // Избранные статьи (1985–1996 гг.). Томск, 1997. С. 25; *Бозров В.М.* Современные проблемы российского правосудия по уголовным делам в деятельности военных судов (вопросы теории и практики). Екатеринбург, 1999. С. 32.
- ¹¹ *Хачароев Х.Д.* К вопросу о понятии и сущности правосудия // Российская юстиция. 2012. № 4. С. 59.
- ¹² *Перепискина Е.М.* Судебная власть и правосудие в конституционно-правовой системе современной России // Российская юстиция. 2012. № 5. С. 41, 42–43.
- ¹³ *Черников В.В.* Указ. соч. С. 12.
- ¹⁴ *Черников В.В.* Указ. соч. С. 7, 8.
- ¹⁵ *Николюк В.* Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20 декабря 2011 г. № 21 «О практике применения судами законодательства об исполнении приговора. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
- ¹⁶ *Тулянский Д.В.* Стадия исполнения приговора в уголовном судопроизводстве. М., 2010. С. 98–99; *Рябцева Е.В.* Правосудие в уголовном процессе России. М., 2010. С. 12–14; *Берова Д.М.* Основы теории функционализма в уголовном судопроизводстве: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Ростов н/Д, 2011. С. 33–35.
- ¹⁷ *Уголовно-процессуальное право: учебник / под общ. ред. В.М. Лебедева.* М., 2012. С. 112–113.
- ¹⁸ *Николюк В.* Указ. соч.

IX. МЕЖДУНАРОДНОЕ И ЗАРУБЕЖНОЕ ПРАВО

Е. А. Брылева

*Пермский институт Федеральной службы исполнения наказаний России
г. Пермь*

ИНТЕРНЕТ КАК СРЕДСТВО ИНФОРМАЦИОННОЙ ВОЙНЫ

Модернизация общества и развитие информационных технологий привели к массовому распространению во всем мире Интернета.

Современные террористы активно и умело используют возможности Интернета – легкий доступ в Сеть, практически полное отсутствие цензуры, большой масштаб аудитории, анонимность и т. д. Сегодня они рассматривают глобальную сеть главным образом в качестве средства пропаганды и передачи информации. Так, одна из известнейших террористических организаций, «Аль-Каида», в 2011 г. создала онлайн-журнал для пропаганды своей деятельности на английском языке. Интернет-издание под названием «Inspire» («Вдохновляй») призывает и поощряет единомышленников сделать свой вклад в общее дело просвещения всех заинтересованных лиц, прислав статью, оставив комментарий или рекомендацию¹. Думается, что массовое использование сети Интернет для пропаганды своих взглядов можно рассматривать как информационную войну.

По заявлениям западных спецслужб и правоохранительных органов, активно используют возможности Интернета такие террористические организации, как «Аль-Каида», «Хезболла», «Абу Нидаль» и др. С учетом данных, полученных в ходе проведения в Казахстане оперативно-розыскных мероприятий, к таким организациям можно отнести «Жамаат моджахедов Центральной Азии» и «Исламское движение Узбекистана».

По данным региональной антитеррористической структуры ШОС, если в 1998 году террористические и экстремистские организации поддерживали в Интернете 12 сайтов, то к настоящему времени их количество увеличилось до 4800. При этом около 40 сайтов являются русскоязычными. По мнению экспертов РАТС, в Интернете содержится до 80 % информации, которую можно использовать для организации терактов. Так, в Сети есть большое количество информационных ресурсов, где размещаются идеологические и пропагандистские материалы террористов.

Все это свидетельствует о том, что современные террористические и экстремистские организации используют технологии информационной войны в широких масштабах, с применением разнообразных средств, методов и приемов. Британский имам Шаукат Аррич, сторонник традиционного ислама, указывает, что информационные действия ИГИЛ поражают своим масштабом и способностью воздействия на умы молодых мусульман. «Сейчас, – отмечает он, – идет нетрадиционная война. Раньше войны таким образом не велись. То есть всегда была пропаганда, всегда у обеих сторон были информационные каналы. Но никогда не было такого, чтобы информация поступала к людям, не проходя через различные фильтры, чтобы люди имели к ней непосредственный доступ со своих телефонов, это беспрецедентно»².

Показательным в этом отношении является информационное сопровождение деятельности террористической организации ИГИЛ. Сильное морально-психологическое воздействие, к примеру, оказал распространенный в 2014 г. во Всемирной сети документальный фильм «Звон мечей», в котором на достаточно высоком уровне показаны многочисленные сцены боев вооруженных отрядов ИГИЛ с правительственными войсками Сирии и Ирака, кровавые сцены расправ с мирным населением и семьями военнослужащих. Действуя в рамках господствующей в Сети тенденции, сторонники ИГИЛ создали интернет-магазин, успешно распространяющий предметы одежды (рубашки поло, футболки и т. п.) с надписями экстремистского содержания.

Не обойдены вниманием представителей «Исламского государства» и компьютерные игры. Ими разработана и распространяется в сети версия сценария популярной игры GTA-GTA-ISIS «TheIihadSimulator». Идеологами ИГИЛ удалось поставить под свой контроль также часть технологической инфраструктуры мировых социальных сетей – от имени «Исламского государства» ведется активная работа в социальных сетях «Вконтакте и др.»³.

Интернет также может использоваться для вербовки и мобилизации сторонников. В дополнение к таим средствам поиска новобранцев, как технологии веб-сайта (звук, видео и т.д.) террористи-

ческие организации собирают информацию о пользователях, просматривающих их сайты. С пользователями, которые кажутся наиболее заинтересованными в деятельности организации или хорошо подходящими для выполнения ее работы, входят в контакт. Вербовщики могут также использовать больше онлайн-технологий – перемещаться по чатам и форумам в поиске наиболее восприимчивых членов аудитории, особенно молодых людей⁴. Так, в Великобритании пятнадцатилетнюю школьницу исламские террористы завлекли в свои ряды через Интернет, как сообщает The Telegraph. Девушка сбежала из дома и отправилась к боевикам. В ходе поисков выяснилось, что юная британка тесно общалась в социальной сети с вербовщиками исламской террористической группы ИГИЛ, которая сейчас ведет боевые действия на Ближнем Востоке⁵.

В России студентка второго курса философского факультета МГУ Варвара Караулова была задержана 4 июня 2015 г. на турецко-сирийской границе в городе Килис. Причиной желаний покинуть страну и близких и примкнуть к деятельности террористической организации стала влюбленность в вербовщика ИГИЛ⁶.

Очевидно, что информационное воздействие на несовершеннолетних с их неокрепшей психикой и отсутствием устоявшегося мировоззрения позволяет создать некий образ «героя», «борца за справедливость», а случае религиозной окраски – борца «за чистоту ислама», и вовлекать несовершеннолетних в преступную деятельность. Так, организация «Хамас» создала несколько сайтов, ориентированных только на детей. Бывший лидер «Аль-Каиды» в Ираке Абу Мусаб Аз-Заркави на своем сайте призывал молодых мусульман включиться в борьбу в собственных странах, пытаясь распространить религиозную войну за пределы Ирака, Афганистана и Ближнего Востока⁷.

Зачастую и сами не достигшие совершеннолетия, вовлеченные в преступную деятельность, используют Интернет для пропаганды террористических взглядов. В частности, 24 сентября 2013 г. несовершеннолетней Т., жительницы Республики Дагестан, была размещена заметка, оправдывающая терроризм, террористические акты смертниц, «шахидок», на сайте интернет-портала <http://vdagestan.com> («Виляят Дагестан»).

Сложным регионом с точки зрения вовлечения несовершеннолетних в террористическую деятельность являются республики Северного Кавказа, при этом публичные призывы к террористической деятельности и публичное оправдание терроризма осуществляется преимущественно через Интернет⁸. Основной социальной базой террористов выступает молодежь из числа малообеспеченной части населения, активную помощь в вербовке несовершеннолетних оказывают приверженцы радикального течения ислама⁹.

Так, в г. Махачкала с 2004 по 2012 г. действовала организация, занимающаяся вовлечением несовершеннолетних при поддержке международных террористических организаций. На территории Кизилюртовского района, в г. Кизилюрт, существовало мусульманское общество «Мудрость», известное как один из центров экстремизма в Республике Дагестан. По экспертным оценкам им вовлечены в террористическую и экстремистскую деятельность более ста несовершеннолетних¹⁰.

Безусловно, решение данного вопроса зависит не только от тех мер, которые принимает Россия в лице государственных органов, это вопрос международного характера. Присоединимся к обоснованному мнению Н.А. Чернядьевой¹¹ о необходимости поддержать инициативу России, предложившей в 2011 г. обсудить в рамках ООН Конвенцию о международной информационной безопасности (концепция). Ст. 4 этой конвенции в качестве основных угроз международному миру и безопасности в информационном пространстве указывает использование международного информационного пространства государственными и негосударственными структурами, организациями, группами и отдельными лицами в террористических, экстремистских и иных преступных целях¹². Принятие Конвенции Организаций Объединенных Наций позволит государствам объединить усилия для борьбы с терроризмом, а подрастающему поколению не стать «жертвами» информационной войны.

¹ Касьяненко М.А. Правовые проблемы при использовании Интернета в транснациональном терроризме // Информационное право. 2012. № 1. С. 21.

² Цит. по: Упит Олег. Ловля Сетью как террористы ведут пропаганду и вербовку в социальных медиа. URL: <http://www/furfur.me> (дата обращения: 31.08.2016).

³ Терроризм как социально-политическое явление, противодействие в современных условиях / под ред. А.И. Сацуты., В.Ю. Бельского. М.: Юнити-Дана, 2015. С. 200

⁴ URL: www.crime.vl.ru (дата обращения: 03.09.2016)

⁵ URL: <http://nedopusti.ru/> (дата обращения: 03.09.2016)

⁶ URL: <https://ria.ru/> дата обращения: (03.09.2016)

⁷ Михеев В.Л., Пиджаков А.Ю., Читинев В.Л. Современные формы международного терроризма (правовая основа противодействия). СПб., 2011. С. 195.

⁸ Алиева С.Ю. Вовлечение несовершеннолетних в совершение преступлений террористической направленности и проблемы противодействия (региональное исследование): дис. ... канд. юрид. наук. Махачкала, 2014. С. 27.

⁹ Гаджиев Д.М. Предупреждение экстремизма в Дагестане: муниципальный уровень// Право и безопасность. 2006. № 1–2. С. 18–19.

¹⁰ Алиева С.Ю. Указ. соч. С. 29.

¹¹ Чернядьева Н.А. О международных подходах правового регулирования борьбы с кибертерроризмом // Информационное право. 2016. № 2.

¹² Конвенция об обеспечении международной информационной безопасности (концепция). [Электронный ресурс] URL: <http://www.mid.ru/> (дата обращения: 14.09.2016 г.).

Д. Б. Бушмелёва

Уральский государственный юридический университет,
Г. Екатеринбург

ОПЫТ РЕАЛИЗАЦИИ БОЛОНСКОГО ПРОЦЕССА В СТРАНАХ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА И В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Государства, принявшие решение о переходе в системе образования на Болонскую систему, сталкиваются со многими аналогичными проблемами, поэтому имеет смысл обсуждать эти проблемы комплексно. В настоящей статье будут рассмотрены проблемы реформирования систем образования Германии, Италии и Российской Федерации.

Германия является страной с вековыми традициями высшего образования и многие немецкие университеты (Гейдельбергский, Кёльнский, Мюнхенский и др.) входят в число старейших в Европе. До перехода на Болонскую систему образования система немецкого образования опиралась на так называемую «модель Гумбольдта». Любой студент должен был заниматься научно-исследовательской деятельностью и уметь применять научные методы¹. С переходом на Болонскую систему учебные курсы в значительной степени утратили научную составляющую, акцент сместился на более практикоориентированные задания. В соответствии с законом ФРГ о высшем образовании 1998 г. бакалавриат и магистратура являлись альтернативой традиционной подготовке специалистов. Однако поправками к этому закону, внесенными в 2002 г., они были признаны основными структурными элементами высшего образования Германии².

Профессиональная подготовка юристов до реформ базировалась в основном на концепции *Einheitsjurist* (универсальный юрист). Процесс получения юридического образования состоял из двух этапов: сначала студенты изучали право в университете, а затем молодые юристы проходили практику в судах. После каждого этапа обучения проводился государственный экзамен.

Немецкая концепция *Einheitsjurist* – фундамент не только судебной системы, но и опора немецкой бюрократии. Однако в системе юридического образования обнаруживался так называемый «двойной пробел»: во-первых, всегда существовал разрыв между тем, что изучается в университете, и требованиями государственных экзаменов, а также разрыв между полученными знаниями и навыками, необходимыми для успешного ведения юридической практики. Но защитники системы *Einheitsjurist* утверждали, что фундаментальные знания во всех областях права являются основой качества юридического образования, обеспечивают единство образовательных стандартов для юристов и позволяют составить четкое представление о том, как функционируют отрасли права³. В результате введения программ бакалавриата в Германии изменились схемы академической мобильности. Раньше студенты стремились поменять университет как минимум один раз за время обучения. Благодаря системе государственных экзаменов такое перемещение было несложным, однако различие бакалаврских программ создало определенные препятствия для этого.

До проведения реформ, связанных с участием Италии в Болонском процессе, итальянские университеты предлагали четыре основные программы обучения: университетский диплом (*Diploma universitario*), бакалавр искусства/науки (*Diploma di Laurea*), доктор исследования (*Dottorato di Ricerca*), диплом о специализации (*Diploma di Specializzazione*). К настоящему моменту итальянские

университеты полностью перешли на двухуровневую систему обучения. Итальянская система высшего образования построена на циклах Болонского процесса:

- степень *la Laurea* (присваивается по итогам первого цикла обучения и соответствует степени бакалавра),
- степень *la Laurea Magistrale* (присваивается по итогам второго цикла обучения и соответствует степени магистра)

Реформа, связанная с переходом на Болонскую систему, началась в 2005 г. Однако в юридическом образовании не все просто: существуют «сокращенная» степень, присваиваемая по итогам первых трех лет обучения, и полная степень, присваиваемая после освоения «программы получения магистерской степени за один цикл», рассчитанной на 5 лет. «Магистерская степень за один цикл» по форме напоминает классический специалитет. Только после получения степени *Laurea Magistrale* разрешается работать в адвокатуре, нотариате и суде.

Наиболее распространено укороченное (трехлетнее) обучение для получения *Scienze dei servizi giuridici*, т.е. «наука юридических услуг». Это базовое юридическое образование, которое позволяет выпускникам становиться судебными служащими, помощниками юристов, консультантами по трудовым вопросам, а также поступать на должность в аппарате государственного управления и в банковской системе.

В Российской Федерации формально по специальности «юриспруденция» осуществляется подготовка только бакалавров и магистров, однако параллельно ведется подготовка специалистов по направлениям «Правоохранительная деятельность»⁴ и «Правовое обеспечение национальной безопасности»⁵. Объекты, области и виды профессиональной деятельности, а также требования к результатам освоения основных образовательных программ, их структуре и условиям реализации, перечисленные в ФГОС ВПО специальностей «Юриспруденция» (бакалавр, магистр), «Правоохранительная деятельность», «Правовое обеспечение национальной безопасности», значительно совпадают. При этом студенты, получившие образование по специальностям «Правоохранительная деятельность» и «Правовое обеспечение национальной безопасности», также считаются лицами, имеющими высшее юридическое образование, и обладают правом доступа ко всем профессиям и видам деятельности, требующим такого образования. Возникает вопрос, для чего тогда устанавливать уровни «бакалавра», «специалиста» и «магистра»? Представляется верным предположение Л.П. Михайловой о том, что, вероятно, «продолжение реформы высшего образования, которая идет в современной России, будет связано с более четкой профессионализацией. Допуск к разным юридическим профессиям и видам деятельности, возможно, будет связан не только с наличием высшего юридического образования, но и с определенным направлением, профилем подготовки юриста, и переход от одной юридической профессии к другой, от одного вида деятельности к другому будет требовать не только определенного уровня образования, но и профиля подготовки юриста»⁶.

Рассмотрев варианты реализации положений Болонской системы в системе образования трех государств, можно в целом оценить интенсивность и эффективность реформирования этой системы, в частности, юридического образования на примере Германии, Италии и России. Если исходить из целей, закрепленных в Болонской декларации, то можно сделать следующие выводы.

Цель введения легко сопоставимых степеней для обеспечения трудоустройства выпускников по всей Европе и связанная с ней цель введения двухуровневой системы образования частично были достигнуты. Во всех государствах произошел переход на систему бакалавриата и магистратуры, однако эта система по-прежнему не является единственной ни в одном из указанных государств. Что касается облегчения трудоустройства выпускников, то это вопрос спорный, поскольку, например, в Германии и России до сих пор остается неустоявшимся мнение квалификации бакалавра. Зачастую работодатели рассматривают его как имеющего неоконченное высшее образование, а наиболее предвзятые – как получившего среднее специальное.

Цели введения системы кредитов ECTS и увеличения мобильности студентов и преподавателей также частично достигнуты. Система кредитов введена во всех указанных государствах, однако по поводу повышения мобильности остаются вопросы. Недостаточная разработанность программ бакалавриата в целом затрудняет студенческую мобильность внутри государств, тогда как в юридической профессии зачастую важна именно внутренняя мобильность, а не внешняя.

Достижение цели повышения качества образования благодаря реформам тоже остается спорным, особенно в юридической профессии, поскольку все указанные государства, особенно Россия и Германия, стремятся сохранить фундаментальность и академичность юридического образования.

Италия также ввела для некоторых специальностей особую категорию – «магистратура в один цикл», чтобы обеспечить основательность образовательных программ.

Таким образом, государства, безусловно, демонстрируют заинтересованность в достижении целей Болонского процесса, однако механизм реализации положений соответствующих документов характеризуется своеобразием, и это своеобразие связано с особенностями международного образовательного права, частью которого является Болонский процесс. На механизм реализации влияет как особый субъектный состав, включающий, помимо государств университеты, их объединения, объединения студентов и преподавателей, так и в огромной степени особенности источников отрасли. Большую часть источников составляют акты «мягкого» права, и государства в полной мере используют возможности гибко применять положения этих актов и проводить гармонизацию образовательных систем постепенно, определяя эффективность и целесообразность таких действий.

¹ Olgiati, Vittorio, Hrsg.: Higher Legal Culture and Postgraduate Legal Education in Europa. Neapel, Rom: Edizioni Scientifiche Italiane 2008, S. 125 – 149. URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1896379 (дата обращения: 01.10.2016 г.).

² Законодательство Германии приводится по статье Суховой Е.Е. Структурная трансформация высшего образования в Германии в контексте Болонского процесса// Вопросы образования. 2009. №3. С. 96.

³ Себастьян фон Лоссон, Патрик Нордхюес Юридическое образование в Германии. Юридическое образование: поиск новых стандартов качества. Материалы исследования. — М.: Институт «Право общественных интересов» (PILnet), 2013. С. 277.

⁴ Об утверждении и введении в действие федерального государственного образовательного стандарта высшего профессионального образования по направлению подготовки (специальности) 031001 Правоохранительная деятельность (квалификация (степень) «специалист»): приказ Минобрнауки РФ от 14 янв. 2011 г. № 20 // Бюл. нормат. актов федер. органов исполн. власти, № 23, 2011.

⁵ Об утверждении и введении в действие федерального государственного образовательного стандарта высшего профессионального образования по направлению подготовки (специальности) 030901 Правовое обеспечение национальной безопасности (квалификация (степень) «специалист»): приказ Минобрнауки РФ от 17 янв. 2011 г. № 39 // Бюл. нормат. актов федер. органов исполнительной власти, № 21, 2011.

⁶ Михайлова Л.П. Обзор правовых основ организации юридического образования в РФ// Юридическое образование: поиск новых стандартов качества. Материалы исследования. М.: Институт «Право общественных интересов» (PILnet), 2013. С. 126.

Т. И. Марголина

*Аппарат Уполномоченного по правам человека в Пермском крае
г. Пермь*

РОЛЬ УПОЛНОМОЧЕННОГО ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА В ПРОДВИЖЕНИИ ЕВРОПЕЙСКИХ СТАНДАРТОВ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

В год 20-летия вступления Российской Федерации в Совет Европы на международной научной конференции в г. Москва «Роль образования и исследований в области прав человека в продвижении стандартов Совета Европы», организованной Советом при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека, Национально-исследовательским университетом «Высшая школа экономики» и Советом Европы, были представлены созданные на европейском уровне межгосударственные механизмы защиты прав человека и, прежде всего, механизм индивидуальной защиты в Европейском суде по правам человека в случаях нарушения личных и политических прав, закреплённых в Конвенции по защите прав и основных свобод человека и гражданина. С момента ратификации Конвенции до 2015 г. было принято 1 720 постановлений ЕСПЧ по делам против Российской Федерации. Преимущественно решения касались нарушений права на справедливое судебное разбирательство, на свободу и личную неприкосновенность, унижающее достоинство обращение и защиту имущества и др.¹

В период с 2005 по 2015 г. в Европейском суде по правам человека от Пермского края было рассмотрено 18 дел. В основном жалобы были направлены на нарушение ст. 6 Европейской конвенции по правам человека (Право на справедливое судебное разбирательство) – 11 жалоб, ст. 3 (Запрещение пыток) – 6 жалоб, на нарушение ст. 8 (Право на уважение частной и семейной жизни) – 3 жа-

лобы, ст. 5 (Право на свободу и личную неприкосновенность) – одна, ст. 13 (Право на эффективное средство правовой защиты) – одна жалоба². Зачастую в Постановлениях ЕСПЧ признается нарушение сразу нескольких статей Конвенции.

Уполномоченный по правам человека занимает особое место в механизме защиты прав, законных интересов и свобод граждан от злоупотреблений, прежде всего, органов государственной власти, и в своей деятельности руководствуется не только нормами национального права, а также принципами защиты прав и свобод человека, регламентированными международным сообществом. Уникальность ситуации в нашей стране состоит в том, что конституционные права человека и гражданина по сути и духу полностью соответствуют международным стандартам, а потому, уполномоченные, в первую очередь, отстаивают конституционные права граждан РФ, зачастую используя международные стандарты, их толкование международными институтами, если, по каким-то причинам, восстановление нарушенных прав становится затруднительным на внутригосударственном уровне.

Задача Уполномоченного не столько представить гражданам возможность обращения в Европейский суд, сколько обратить внимание, с одной стороны, на возможность восстановления нарушенного права на внутригосударственном уровне, а с другой способствовать просветительской работе по конституционным и международным стандартам соблюдения прав человека в нашей стране.

В связи с этим, можно выделить несколько направлений работы Уполномоченного по утверждению международных стандартов соблюдения прав человека:

- просветительская деятельность;
- работа по восстановлению нарушенных прав человека в регионе;
- проективная деятельность Уполномоченного по правам человека;
- поддержка Уполномоченным деятельности общественных правозащитных организаций.

К просветительской деятельности относится как выступление или работа уполномоченных в образовательных организациях по международным стандартам прав человека, так и содействие Уполномоченного организации системы гражданского образования в регионе, проведению совместно с вузами и региональными министерствами образования конкурсов и олимпиад среди учащейся молодёжи по правам человека. Кроме того, практически в каждом регионе осуществляется издательская деятельность по популяризации международных стандартов соблюдения прав человека и механизмам их защиты. Представление Уполномоченным мониторинга нарушений прав в регионе в Ежегодных и специальных докладах, как правило, опирается на нормы Конституции РФ и международные стандарты.

При восстановлении нарушенных прав человека Уполномоченным при аргументации нарушенного права достаточно часто используются состоявшиеся решения Европейского суда по правам человека, особенно тогда, когда нарушения становятся не единичными. Например, Уполномоченный по правам человека в Пермском крае на протяжении последних лет сталкивалась с проблемами, возникавшими при выселении граждан и семей с несовершеннолетними детьми без предоставления другого жилья из помещений, не имевших статуса жилого помещения, в которых они проживали длительное время. Как правило, трудности в реализации жилищных прав возникали у жильцов встроенных помещений пожарных депо (частей), военных казарм, образовательных учреждений (общеобразовательные школы), отделений связи (сельская почта), сельских амбулаторий, домов обходчиков путей и др.

Уполномоченным был проведён анализ российского законодательства на предмет гарантии реализации жилищных прав этой категории граждан: пункт Конституции устанавливает³: «Каждый имеет право на жилище. Никто не может быть произвольно лишен жилища», однако, в жилищном законодательстве объектом жилищных прав выступает исключительно жилое помещение. Вот только что такое жилище, каким критериям оно должно отвечать, чтобы быть пригодным для проживания, законодательство РФ не устанавливает. Понятие «жилище» в национальном законодательстве содержится только в УК РФ и УПК РФ и связано это прежде всего с гарантиями защиты неимущественных прав граждан (неприкосновенность жилища – ст. 139 прим., введенным в 2001 г.). Несложный анализ позволяет определить, что категория «жилище» по содержанию шире, чем «жилое помещение», но их общим элементом всегда остается помещение, служащее местом непосредственного проживания человека. Уполномоченным по правам человека в рамках научно-консультативного совета краевого суда было рекомендовано при разрешении судами споров о признании права пользования помещением, о признании утратившим право пользования помещением и снятии с регистрационного учета, о выселении из помещения, которое является жилищем, но не признано жилым помещением ориентироваться в силу ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, и, в том числе, на сформировавшуюся позицию Европейского суда по правам человека относительно концепции «Жилище» на основании Конвенции о защи-

те прав человека и основных свобод⁴, вступившей в силу для Российской Федерации с 05.05.1998 г. Европейский суд под жилищем понимает любое место постоянного проживания человека, с которым у человека сложились стойкие социально-психологические, эмоциональные и бытовые связи как с единственным жильем, независимо от того, отвечает ли последнее формальным требованиям, предъявляемым к жилым помещениям. Рекомендации научно-консультативного совета при краевом суде были учтены судебным сообществом края.

В связи с большим количеством жалоб на пытки, жестокое или унижающее человеческое достоинство обращение в местах принудительного содержания в 2008 г. был опубликован специальный доклад Уполномоченного по правам человека в Пермском крае «Проблема пыток и жестокого обращения с гражданами в деятельности правоохранительных органов и учреждений в Пермском крае».

Для профилактики пыток, жестокого обращения с гражданами, а также реализации Конвенции ООН против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, Европейской Конвенции по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего человеческого достоинства обращения или наказания Главным Управлением МВД России по Пермскому краю по материалам спецдоклада Уполномоченного была проведена коллегия ГУ МВД и утвержден план совместной работы по профилактике нарушений. Результаты еженедельного мониторинга жалоб, проводимого Уполномоченным по правам человека, с перечнем фамилий сотрудников ежеквартально поступали к руководству ГУВД по Пермскому краю, что позволило принимать оперативные меры к нарушителям среди сотрудников и значительно снизить количество жалоб на недопустимое обращение.

При аттестации сотрудников милиции 2011 г. членами аттестационных комиссий были использованы результаты мониторинга Уполномоченного по незаконному применению физической силы сотрудниками милиции, в результате чего 8 человек было уволено, 18 получили дисциплинарные наказания.

После проведенных мероприятий количество жалоб и обращений граждан на пытки, жестокое или унижающее человеческое достоинство обращение снизились на 70 %.

Для соблюдения стандартов содержания прав граждан на достойные условия содержания в местах принудительного содержания и исполнения стандартов, предусмотренных в Европейских пенитенциарных правилах, утвержденных 12 февраля 1987 г., Минимальных стандартных правилах обращения с заключенными (приняты 10 дек. 1985 г.) по инициативе Уполномоченного по правам человека в Пермском крае в 2010 г. были разработаны параметры мониторинга условий содержания людей в изоляторах временного содержания (ИВС) системы ГУВД по Пермскому краю, которые способствовали разработке программы ремонта и реконструкции ИВС (были закрыты 12 ИВС из 42 существовавших, как не соответствовавших нормативным требованиям), а также значительно улучшены условия содержания людей в следственных изоляторах (построено 2 новых следственных изолятора СИЗО № 5 для содержания женщин и несовершеннолетних и СИЗО № 6, которые оборудованы в соответствии с международными стандартами).

В специальном учреждении временного содержания иностранных граждан УФМС России по Пермскому краю к Уполномоченному обратилась иностранная гражданка М., которую постановлением суда заставили выехать из РФ как виновную в совершении административного правонарушения без имеющихся у неё несовершеннолетних детей, в том числе 2-х месячного грудного ребёнка.

После обращения к Уполномоченному дети были возвращены матери, сотрудниками УФМС по Пермскому краю ей была оказана помощь в составлении жалобы на постановление Дзержинского районного суда, решением Пермского краевого суда постановление суда первой инстанции было изменено, заявительнице было назначено наказание в виде административного штрафа 2000 рублей с административным выдворением в форме контролируемого самостоятельного выезда из РФ вместе с детьми. Необходимость содержания её в специальном центре была исключена, и в тот же день она была освобождена.

С целью защиты права на уважение личной и семейной жизни трудящихся-мигрантов (ст. 8 Конвенции от 4 нояб. 1950 г. «О защите прав человека и основных свобод», которая гласит «Не допускается вмешательство со стороны публичных властей в осуществление этого права») по инициативе Уполномоченного по правам человека в Пермском крае в УФМС России по Пермскому краю состоялось межведомственное совещание, посвященное вопросам обеспечения права на охрану семьи иностранных граждан, подлежащих административному выдворению за пределы РФ.

Проблема незаконного разлучения семей иностранных граждан, в отношении которых вынесено решение о выдворении за пределы РФ, без учета имеющихся детей и наличия прочных семейных связей, по инициативе Уполномоченного была рассмотрена на заседании Научно-консультативного

совета при прокуратуре Пермского края 16 июня 2015 г., где были сформулированы предложения о необходимости внесения изменений в Кодекс об административных правонарушениях в части защиты интересов детей и семей иностранных граждан.

Принципиально важно, что в 2015 г. продолжали действовать договорённости, достигнутые на межведомственном совещании в УФМС России по Пермскому краю, проведённом по инициативе Уполномоченного, о том, что при направлении в суд материалов о выдворении из Российской Федерации иностранных граждан, имеющих несовершеннолетних детей, должны приниматься меры по неразлучению родителей и детей. Трагический случай смерти 5-месячного таджикского мальчика из семьи мигрантов в Санкт-Петербурге в октябре 2015 г. в результате разлучения с родителями при их выдворении из нашей страны ещё раз доказывает своевременность принятых в Пермском крае и оперативных, и профилактических мер по неразлучению иностранных граждан с детьми.

Актуальной остается проблема иностранных граждан, длительное время содержащихся в специальном учреждении для временного содержания иностранных граждан или иностранных граждан, освободившихся из мест лишения свободы, в связи с невозможностью подтвердить гражданство страны исхода.

Срок содержания в условиях ограничения свободы в качестве меры обеспечения исполнения постановления для выдворения является слишком длительным, не подлежащим судебному контролю, поэтому превращается в дополнительный, не санкционированный и не предусмотренный законом вид наказания, который по уровню жестокости аналогичен наказанию по уголовным делам.

За 2015 г. Уполномоченным были направлены ходатайства в Консульские службы Республик Узбекистана, Казахстана, Азербайджана, Кыргызстана, МИД Российской Федерации для подтверждения статуса обратившихся к нему заявителей. Следует отметить, что Посольства Казахстана, Азербайджана, Узбекистана, МИД Российской Федерации регулярно содействуют Уполномоченному в решении вопросов для помощи людям.

Выделяя имеющиеся проблемы соблюдения прав человека Уполномоченный использует *возможности проектной деятельности*, обсуждения имеющихся проблем с научным и экспертным сообществом, представление технологий работы по предупреждению возможных нарушений прав.

Так, Уполномоченным по правам человека в Пермском крае при поддержке Европейской комиссии Евросоюза и Института права и публичной политики (г. Москва) была проведена Международная конференция «Реализация Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод: проблемы и перспективы» (11–12 ноября 2010 г.), которая была приурочена к 60-летию Конвенции и имела целью проанализировать роль этого документа в обеспечении конституционных прав и свобод, а также представить практический опыт российских правоохранительных органов и судебной системы по применению европейских стандартов.

В качестве экспертов в конференции принимали участие ведущие специалисты по правам человека: Уполномоченный по правам человека РФ при Европейском суде по правам человека с 1999 по 2007 г. Павел Лаптев, эксперт по конституционному праву Университета Монпелье (Франция) Карин Беше-Головко, профессор университета им. Гумбольта (Берлин, Германия) Кристиан Томушат, омбудсмен Фернандо Гарсия Висенте (Арагон, Испания), юристы Европейского суда по правам человека Сергей Голубок и Кристина Гонта.

Материалы конференции используются, в том числе, для преподавания на юридических факультетах вузов Пермского края⁵.

Не первый год Уполномоченный по правам человека совместно с Правительством края и Пермским государственным национальным исследовательским университетом проводит научно-практические конференции «Медиация как культура согласия», целью которых является представление новой технологии разрешения конфликтов на местном уровне, в том числе, между гражданами и органами местного самоуправления, что снижает социальную напряжённость в регионе и количество обращений как в государственные органы надзора, в суды, так и к Уполномоченному по правам человека⁶.

Важной является работа Уполномоченного по правам человека с Законодательным собранием края в период принятия законодательных актов. Уполномоченный, имея право законодательной инициативы, анализирует проекты законов Пермского края на предмет соблюдения прав человека.

Так, в связи с необходимостью приведения регионального законодательства в соответствие с изменившимися в 2012 г. федеральными нормами проведения собраний, митингов, демонстраций, шествий и пикетирований в Законодательное собрание Пермского края был внесён законопроект, который содержал самые жесткие нормы, которые были определены «вилкой» Федерального закона:

Уполномоченный по правам человека в Пермском крае вошла в состав рабочей группы комитета Законодательного собрания по подготовке проекта закона ко второму чтению, по её инициативе Законодательным собранием Пермского края были проведены общественные слушания «Проблема правового регулирования порядка подачи уведомления о проведении публичного мероприятия и порядка проведения публичных мероприятий на объектах транспортной инфраструктуры Пермского края», в которых приняли участие правозащитные организации, гражданские активисты, эксперты-политологи.

В результате широкого общественного обсуждения первоначальный вариант проекта закона был отозван, а в Законодательное Собрание Пермского края поступил новый вариант текста законопроекта, учитывающий мнения общественности и Уполномоченного по правам человека в Пермском крае.

Статья 14 Конвенции о защите прав человека и основных свобод напрямую запрещает дискриминацию: «Пользование правами и свободами, признанными в настоящей Конвенции, должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или по любым иным признакам».

В течение последних лет Уполномоченный по правам человека в Пермском крае получает обращения представителей разных религиозных конфессий по поводу неправомерных действий муниципальных служащих отдельных районов, проводит мониторинг публикаций дискриминационного характера в средствах массовой информации, законодательных инициатив, содержащих в себе риски ограничения свободы миссионерской деятельности религиозных организаций.

В Пермском крае, в целом, создана система защиты свободы совести и вероисповедания, в том числе, на внесудебном уровне, в частности, есть возможность рассмотрения публикаций дискриминационного или экстремистского характера в СМИ как на государственном уровне (на научно-консультативном совете при Управлении Роскомнадзора по Пермскому краю, Уполномоченным по правам человека в Пермском крае, прокуратурой края), так и на общественном уровне, например, на заседаниях Большого жюри краевой организации Союза журналистов. В вопросах защиты религиозных свобод достаточно серьёзно стоит проблема правовой и религиозно-экспертной оценки фактов этих нарушений, а также проблема обучения муниципальных и государственных служащих, журналистского сообщества вопросам профилактики ксенофобии и дискриминации по религиозному признаку. Достаточно остро стоит проблема отсутствия или искажённого представления о неорелигиозных организациях у населения края.

В связи с этим Уполномоченным по правам человека была выстроена системная работа по профилактике дискриминационных проявлений в публичном пространстве:

Следует отметить работу Большого жюри Пермской краевой организации Союза журналистов России (Уполномоченный входит в состав жюри) по рассмотрению материалов на предмет наличия этнической и конфессиональной нетерпимости. Сотрудник аппарата Уполномоченного является членом Научно-консультативного совета по применению законодательства о средствах массовой информации при Управлении Роскомнадзора по Пермскому краю, на заседаниях которого обсуждаются вопросы о наличии в опубликованных материалах сведений, направленных на провоцирование межнациональных конфликтов.

Уполномоченный по правам человека в Пермском крае входит в состав Координационного совета по национальным вопросам при губернаторе Пермского края, куда также входят представители этнических диаспор, и в состав Совета по межнациональным и межконфессиональным отношениям при Пермской городской думе.

Уполномоченный по правам человека – постоянный участник и организатор конференций и семинаров по профилактике экстремизма, ксенофобии и дискриминации. Так, в 2012 г. состоялся семинар «Правовое регулирование свободы выражения мнения и языка вражды: международные стандарты и российская практика», организованный АНО «Юристы за конституционные права и свободы» (г. Москва) и Уполномоченным по правам человека в Пермском крае, Пермской краевой организацией Союза журналистов России при поддержке Европейского союза. Ежегодно Уполномоченный по правам человека принимает участие в фестивалях региональной прессы с обсуждением проблем соблюдения прав человека в информационном пространстве.

По результатам мониторинга, проведенного Уполномоченным по материалам районных газет Пермского края за 2011–2015 гг. по фактам материалов дискриминационного характера по этническим и религиозным признакам было опубликовано за 2011 г. – 38 материалов; за 2012 г. – 43 материала; за 2013 г. – 22 материала; за 2014 г. (по май) – 7 материалов; за 2015 г. – 4.

Ежегодно при участии Уполномоченного по правам человека в Пермском крае в Пермском государственном институте искусства и культуры проходят конференции и симпозиумы по свободе совести: в 2011 г. – симпозиум «Свобода совести и культура духовности: философско-этические, религиозные и культурологические аспекты», где Уполномоченный выступила на тему «Свобода совести и права личности»; в 2014 году – Первый всероссийский форум «Гражданское единение: региональный аспект», в подготовке и проведении которого приняла участие Уполномоченный по правам человека в Пермском крае с докладом на тему «Гуманитарные аспекты взаимодействия государства и религиозных объединений»⁷.

При участии Уполномоченного по правам человека в Пермском крае во взаимодействии с администрацией губернатора Пермского края были разработаны и согласованы с Законодательным собранием Пермского края рекомендации о мерах по укреплению межконфессионального согласия и профилактике межконфессионального напряжения и возможных конфликтов на религиозной почве в муниципальных образованиях Пермского края. Уполномоченный по правам человека в Пермском крае регулярно принимает участие в обучающих семинарах для муниципальных служащих по теме «Защита прав человека и формирование гражданского единения россиян».

Традиционным стало участие Уполномоченного по правам человека в Пермском крае в мероприятиях православного и мусульманского мира, протестантских организаций Пермского края: межрегиональной выставке «Православная Русь», межрегиональном форуме мусульманской культуры «Мусульманский Мир», Региональном молитвенном завтраке, организованном Советом протестантских евангельских церквей Пермского края и фондом «Национальная утренняя Молитва».

По рекомендациям Уполномоченного администрацией губернатора Пермского края с 2014 г. был проведен мониторинг (контент-анализа) средств массовой информации и коммуникации (в том числе, интернет-изданий) по публикациям на предмет ксенофобии (по этническому, религиозному, политическому, и другим признакам) с целью определения дальнейших управленческих решений для поддержания социального мира в Пермском крае.

В ежегодных докладах Уполномоченный по правам человека настойчиво обозначает необходимость значительного усиления образовательных возможностей в профилактике ксенофобии, проявления дискриминации, разработке мероприятий по гражданскому образованию, по воспитанию толерантности.

Утверждение международных стандартов соблюдения прав человека требуют постоянного внимания и конкретной деятельности Уполномоченного по правам человека на региональном уровне.

¹ Violations by Article and by State 1959–2015. URL:http://echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2015_ENG.pdf (дата обращения 13.07.2016);

² Международные правовые акты [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

³ Конституция РФ [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

⁴ Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵ Реализация Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод: проблемы и перспективы: сб. материалов международной конференции 11–12 нояб. 2010 г., г. Пермь / сост.: Т.И. Марголина, Д.М. Колмогорова. Пермь, 2010. С.176.

⁶ Медиация как культура согласия: материалы Международной научно-практической конференции 9–10 апр. 2014 г. (г. Пермь): сб. информ.-метод. материалов / под ред. Т.И. Марголиной, Л.А. Ясыревой. Пермь, 2014. 210 с.

⁷ Марголина Т.И. Уполномоченный по правам человека в Пермском крае: ежегодный доклад 2014. URL: <http://ombudsman.perm.ru/docs/dok/annual/> (дата обращения: 13.07.2016).

НЕСОБЛЮДЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ВЛАДЕЛЬЦАМИ SEP КАК ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ДОМИНИРУЮЩИМ ПОЛОЖЕНИЕМ В КОНКУРЕНТНОМ ПРАВЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

Одним из основополагающих запретов в конкурентном праве Европейского Союза (ЕС) является запрет злоупотребления предприятием доминирующим положением на рынке. Ст. 102 Договора о функционировании ЕС предусматривает примерный перечень видов злоупотреблений. В административной практике Европейской комиссии и судебной практике постоянно появляются новые варианты нарушения данной статьи, часто связанные со спецификой того или иного сектора экономики.

В настоящее время в Европейском союзе в рамках стратегии «Европа 2020» активно создается рынок информационных технологий. Одним из направлений развития этого рынка является отраслевая стандартизация, проводимая компетентными органами (ETSI – Европейский институт стандартов в сфере телекоммуникаций и ИТУ – интернациональный телекоммуникационный союз). Организации по стандартизации, разрабатывая технические стандарты, включают в эти стандарты технологии, которые к этому моменту уже запатентованы частными лицами. Правообладатели, чьи технологии признаны существенными и необходимыми, становятся обладателями так называемых SEP (standard essential patent) – основополагающих патентов. Так, ETSI разработано около 6505 стандартов, при этом задекларировано 156 SEP. В этом случае правообладатели наделяются колоссальными преимуществами. Для того, чтобы сохранить баланс интересов между патентообладателями и производителями соответствующей продукции и не допустить злоупотребления исключительным правом, организации по стандартизации предварительно требуют от правообладателей принятия на себя обязательств по предоставлению всем желающим права использования запатентованного продукта на FRAND-условиях (т.е. на принципах разумности, справедливости и недискриминации). Заключение лицензионного договора на FRAND-условиях означает, что в текст соглашения не будут включены условия, ограничивающие конкуренцию, лицензионные платежи будут разумными, а условия лицензии одинаковы для всех. Но поскольку требования к условиям лицензионных договоров сформулированы абстрактно, в настоящее время обсуждается вопрос об установлении четких границ, за которые правообладатель не может выходить, формулируя предложения по содержанию соглашения.

Соблюдение принятых на себя правообладателями обязательств на FRAND-условиях предполагает также отказ от обращения в суд с требованием о запрете производства и продажи продукции с использованием запатентованных технологий без заключения лицензионных договоров. Предпосылкой к такому подходу стали обращения в суды государств-участников ЕС компаний Motorola и Samsung.

Motorola подала иск в Германии к Apple о запрете продажи iPhone и iPade, произведенных с использованием запатентованных Motorola технологий. Удовлетворение судом иска привело к тому, что немецкие потребители временно были лишены возможности приобрести продукцию Apple. Кроме того, Motorola требовала выплаты роялти в размере 2,25% от объемов продаж их продуктов, содержащих запатентованные технологии, что, по мнению ответчика, не соответствует FRAND-условиям. Аналогичные иски были предъявлены к Apple компанией Samsung в немецкий, английский, итальянский, голландский и французский суды. Указанные судебные процессы, получившие в литературе название «патентная война смартфонов», заинтересовали Европейскую комиссию, которая начала расследование против Motorola и Samsung. Результатом расследования стало, по сути, увеличение случаев злоупотребления доминирующим положением на рынке, так как действия обозначенных компаний квалифицировались как антиконкурентные. Действия по получению судебных запретов на продажу продукции, содержащую запатентованные технологии, рассматриваются как злоупотребление доминирующим положением, если лицензиат готов заключить лицензионный договор на FRAND-условиях. Готовность потенциального лицензиата заключить договор предполагает, что правообладатель должен направить предложение о заключении соглашения на определенных условиях и получить результат реакции адресата на это предложение (согласие, контрпредложение и

т.д.). Так, результатом проведения расследования Европейской комиссией в отношении Samsung стало взятие на себя последним обязательств не предъявлять иски в суд о запретах продажи продукции третьи лицами, не заключившими лицензионный договор в течение 5 лет, проводить со всеми заинтересованными лицами переговоры по заключению лицензионных договоров в течение 12 месяцев, и в случае недостижения согласия по условиям договора обращаться за их определением в суд. Таким образом, можно констатировать, что европейское право в настоящее время отдает преимущество защите общественных интересов.

Е. В. Мохова

*Российский государственный университет правосудия
г. Москва*

НОВЫЙ ЭТАП РАЗВИТИЯ ЕВРОПЕЙСКОЙ МОДЕЛИ РЕГУЛИРОВАНИЯ ТРАНСГРАНИЧНЫХ БАНКРОТСТВ

В прошедшем 2015 году в Европейском Союзе состоялась реформа, в результате которой ранее действовавший Регламент ЕС 1346/2000 о производстве по делам о несостоятельности был заменен на Регламент ЕС 2015/848 (*Insolvency Regulation Recast*), (далее — новый Регламент), который будет применяться к производствам, инициированным через два года после вступления его в силу. Предшествовала этому событию долгая и кропотливая работа юристов и ученых.

Новый Регламент не предполагает радикальной реформы европейской модели регулирования трансграничных банкротств: сохранены все ключевые идеи и конструкции: в основе остается теория модифицированного универсализма (теория основного и вторичных производств), основное производство также будет возбуждаться по месту нахождения центра основных интересов должника (известного как *COMI*-стандарт – от английского *center of main interests of the debtor*), вторичные территориальные производства будут дислоцированы по месту нахождения предприятия (истеблишмента) должника. Сохраняется автоматическое признание иностранных банкротств, за исключением случаев противоречия их публичному порядку. В целом, новый документ построен на обобщении практики Суда Европейского Союза и кодификации выработанных им при применении прежнего Регламента правовых позиций.

Между тем новый Регламент содержит ряд значимых новелл, к числу которых можно отнести следующие.

Во-первых, получила уточнение базовая категория европейской модели регулирования трансграничных банкротств – центр основных интересов должника. По общему правилу предполагается, что таковой находится в стране нахождения зарегистрированного офиса должника (как правило, в месте инкорпорации), но при этом суд может признать, что центр основных интересов расположен в ином государстве, с территории которого должник управляет своими делами на постоянной основе так, что это очевидно его кредиторам. Но в прежней версии не были детализированы особенности определения центра основных интересов должника для индивидов, что ныне исправлено. Презюмируется, что для потребителей таковым будет выступать постоянное место жительства, для предпринимателей и профессионально занятых лиц – место основного ведения бизнеса/профессии.

Главное же уточнение заключается в том, что вводится так называемый «подозрительный период» – время, в течение которого презумпция о месте нахождения центра основных интересов не применяется (3 месяца до банкротства – для компаний, предпринимателей и профессионально-занятых лиц, 6 месяцев – для потребителей). Цель данной конструкции заключается в том, чтобы минимизировать недобросовестный *forum shopping* (выбор юрисдикции) и предотвратить миграцию должников в другой правопорядок с более «продолжниковским» режимом банкротства в ущерб интересам кредиторов. Простая смена места нахождения зарегистрированного офиса или места жительства не должна приводить к быстрой и легкой смене применимого банкротного права.

Далее, в регламенте появились главы о банкротстве трансграничных групп компаний. Основная проблема банкротства группы с различной государственной принадлежностью входящих в нее лиц

заключается в том, что возбуждается множество независимых друг от друга производств. Новый регламент отказался от идей материальной и процессуальной консолидации, но воспринял немецкую модель сотрудничества и координации производств из разных юрисдикций силами независимого «суперадминистратора» (медиатора). Назначается такой «суперадминистратор» по заявлению любого из временных управляющих (администраторов) банкротств любой из компаний группы. В его задачу входит разработка плана сотрудничества, обеспечивающего проведение эффективного банкротства трансграничной группы.

И наконец, еще одним значимым нововведением можно считать введение конструкции «искусственного вторичного производства» (реализацию концепции так называемой виртуальной территориальности). Суть ее заключается в следующем: арбитражный управляющий в основном производстве может принять обязательство перед местными кредиторами другого государства (места нахождения истецлишмента должника), учесть их требования таким же образом, как если бы было возбуждено вторичное производство в их государстве. Для этих целей из активов и прав, находящихся в государстве места истецлишмента должника, формируется подкатегория конкурсной массы, при распределении которой учитывается очередность удовлетворения требований кредиторов по праву государства, где могло быть возбуждено такое вторичное производство. Соответственно, кредиторы государств, где не возбуждается основное производство, могут сохранить для себя возможность применения своего банкротного права без возбуждения вторичного производства. Предполагается, что кредиторы в такой ситуации будут отказываться от возбуждения вторичных производств, что обеспечит единство и универсальность процедуры, эффективное управление правами и активами должника и их консолидированную реализацию при необходимости.

Таким образом, европейская модель регулирования трансграничной несостоятельности входит в следующую стадию своего развития. Прошедшая реформа подтверждает эффективность и жизнеспособность ключевых конструкций, положенных в основу регламентации банкротств в рамках интеграционного объединения. Новеллы можно разделить на две группы: во-первых, совершенствование прежних норм, устранение пробелов, уточнение толкования (например, категории «центр основных интересов должника»); во-вторых – введение новых, ранее не применявшихся механизмов (например, банкротство трансграничных групп компаний).

В целом же можно отметить, что в рамках ЕС проходит апробация основных категорий и доктрин (таких, как доктрина модифицированного универсализма, доктрина виртуальной территориальности), в связи с чем изучение европейского опыта весьма полезно для всех государств, стремящихся к созданию специальной регламентации трансграничных банкротств, в том числе и для России. Кроме того, в некоторой отдаленной перспективе опыт ЕС может быть полезен для создания аналогичной модели в рамках ЕАЭС.

И. В. Понкин

*Институт государственной службы
и управления РАНХиГС при Президенте РФ
г. Москва*

А. И. Редькина

*Московский государственный юридический
университет им. О.Е. Кутафина (МГЮА)
г. Москва*

О ЗАРУБЕЖНОМ ОПЫТЕ ЗАЩИТЫ ПРАВ СПОРТИВНОГО СУДЬИ (НА ПРИМЕРЕ ФРАНЦИИ И БРАЗИЛИИ)

Согласно п. 21 ст. 2 Федерального закона от 04.12.2007 № 329-ФЗ (ред. от 01.05.2016) «О физической культуре и спорте в Российской Федерации», спортивный судья – физическое лицо, уполномоченное организатором спортивного соревнования обеспечить соблюдение правил вида спорта и положения (регламента) о спортивном соревновании, прошедшее специальную подготовку и получившее соответствующую квалификационную категорию. Указанным федеральным законом сегодня недостаточно гарантируются права спортивных судей, вообще этим субъектам отношений в области

спорта (в части закрепления гарантий их прав) в этом акте уделено крайне скудное внимание: в ч. 1 ст. 20 указанного Федерального закона говорится о том, что условия и порядок предоставления компенсационных выплат спортивным судьям, связанных с оплатой стоимости питания, спортивного снаряжения, оборудования, спортивной и парадной формы, получаемых ими для участия в спортивных соревнованиях, определяются организаторами физкультурных мероприятий или спортивных мероприятий; ч. 1.2 ст. 20 посвящена нормам предоставления спортивным судьям форменной одежды, иных предметов вещевого имущества, спортивного снаряжения, оборудования, спортивной и парадной формы, порядку пользования в период проведения физкультурных мероприятий или спортивных мероприятий указанными имуществом, снаряжением, оборудованием, нормам питания, обеспечения временного проживания для спортивных судей, определяемым организаторами таких физкультурных мероприятий или спортивных мероприятий; ст. 22, ч. 5.1 ст. 29, п. 4.1 ст. 6 говорится о системе квалификационных категорий спортивных судей.

Глава 54.1 Трудового кодекса Российской Федерации посвящена регулированию труда спортсменов и тренеров, но не спортивных судей. Приказ Минтруда России от 23.10.2015 № 769н «Об утверждении профессионального стандарта "Спортивный судья"», конечно, внес некоторый вклад в уточнение статуса спортивного судьи, но проблемы этот документ, как и другие, не решил. Впрочем, если социальные права спортивных судей (через распространение на спортивных судей общего регулирования в рассматриваемой области) хоть как-то гарантированы, то профессиональные права спортивных судей законодательно не защищены. Поэтому существенный интерес представляет позитивный опыт зарубежных государств в рассматриваемой сфере.

Опыт Франции. В настоящее время правовой статус спортивных судей, а также правовые гарантии обеспечения и защиты прав содержатся, главным образом, в Спортивном кодексе Франции и в ряде других нормативных правовых актов. Весьма существенное влияние на обеспечение защиты прав спортивных судей оказало принятие Закона Франции № 2006-1294 от 23.10.2006 «О различных положениях, касающихся арбитров», которым предусматривалось внесение важных изменений в ряд документов. В целом, принятие данного нормативно-правового акта позволило уточнить налоговый режим и режим социального обеспечения, применимые к спортивным судьям и арбитрам, а также создать основу для более комплексной защиты их прав при осуществлении ими своей профессиональной деятельности.

В первую очередь необходимо отметить ст. L223-1 Спортивного кодекса Франции, согласно которой на спортивных судей и арбитров распространяется действие соответствующих положений спортивных федераций как об их обязанностях, так и о контроле спортивных судей и арбитров со стороны спортивной федерации.

Соответственно необходимо учитывать, что весьма многое в данном вопросе национальным законодательством Франции отдается на усмотрение спортивных федераций, нормативно-правовые акты содержат положения лишь по наиболее важным аспектам обеспечения защиты прав спортивных судей, которые не могут быть в полной мере самостоятельно эффективно учтены спортивными организациями. Как известно, спортивный судья может занимать весьма уязвимое положение по отношению к агрессивным настроенным спортивным болельщикам, соответственно важное значение имеет принятие государством необходимых мер для превенции такого рода правонарушений для обеспечения защиты прав спортивных судей.

Так, в соответствии со ст. L223-2 Спортивного кодекса Франции спортивные судьи и арбитры должны рассматриваться в качестве государственных служащих в случаях, когда во время осуществления своих функций либо в связи с их осуществлением, они становятся жертвами преступлений, предусмотренных Уголовным кодексом Франции, – убийства, применения пыток и жестокости, причинения вреда здоровью, угроз и запугивания (предусмотренных ст. 221-4, 222-3, 222-8, 222-10, 222-12, 222-13 и 433-3 этого нормативно-правового акта). Это обстоятельство является отягчающим при назначении соответствующих наказаний правонарушителям. Кроме того, подстрекательство любыми средствами на спортивном мероприятии или публичной трансляции такого мероприятия зрителей к проявлению ненависти или насилия в отношении, среди других, спортивного судьи или арбитра, влечет за собой привлечение к ответственности и наложение наказания в виде лишения свободы сроком до одного года, а также денежного штрафа в размере 15 000 евро (ст. L332-6 Спортивного кодекса Франции). В целях обеспечения защиты социальных прав спортивных судей в законодательство Франции были включены положения, устанавливающие специальный правовой режим для этих специалистов. Согласно ст. L-311-2 Кодекса социального обеспечения Франции, ко всем лицам применяется обязательный и общий режим социального страхования, независимо от возраста (даже если они являются пенсионерами), независимо от их национальной принадлежности или пола, которые

являются занятыми или работающими в любом качестве, в любом месте, на любое число работодателей, независимо от характера получаемого ими вознаграждения, формы, срока действия или характера заключенного с ними контракта. При этом аналогичный режим применяется и к лицам, даже не занятым в каком-либо учреждении в качестве наемных работников и не являющихся предпринимателями, даже если они имеют необходимое для работы оборудование и даже если их работа полностью или частично оплачивается чаевыми (премиальными), среди которых также спортивные судьи и арбитры (в соответствии со ст. L-311-2 Кодекса социального обеспечения Франции). При этом, согласно ст. L241-16 названного Кодекса Франции, спортивные судьи и арбитры могут быть освобождены от уплаты взносов в систему социального страхования в случаях, когда полученная ими в течение календарного года сумма не превышает определенного лимита.

Опыт Бразилии. В Бразилии относительно недавно был принят Закон Бразилии № 12.867 от 10.10.2013 «О профессии футбольного арбитра и другие положения», гарантирующий некоторые важные права спортивных судей (правда, только лишь в отношении футбола). Согласно ст. 1 этого нормативно-правового акта, профессия футбольного арбитра признается и регулируется данным Законом (без ущерба для не вступающих в противоречие с ним других положений действующего законодательства Бразилии). Ст.3 Закона Бразилии № 12.867 от 10.10.2013 «О профессии футбольного арбитра и другие положения» закрепляет право футбольных арбитров на объединение в профессиональные ассоциации и создание союзов. Кроме того, в соответствии со ст. 5 данного нормативно-правового акта было закреплено право футбольных арбитров предоставлять услуги административным органам, лигам и спортивным футбольным организациям. При этом в Законе Бразилии № 9.615 от 24.03.1998 «Общие нормы касательно спорта и другие меры» практически не содержится каких-либо специальных норм, направленных на обеспечение защиты прав спортивных судей. В Бразилии на законодательном уровне предусматривается необходимость принятия мер, направленных на предотвращение преступлений в отношении спортивных судей. Ст.31 Закона Бразилии № 10.671 от 15.05.2003 «О статусе болельщика и другие положения» устанавливает обязанность организатора матча обеспечить определенные гарантии безопасности и физической неприкосновенности спортивного судьи и его помощников. Кроме того, на органы управления в области спорта налагается обязанность страхования жизни и страхования от несчастных случаев спортивных судей при осуществлении ими судейства (в соответствии со ст. 31-А Закона Бразилии № 10.671 от 15.05.2003 (в ред. от 2015 г.) «О статусе болельщика и другие положения»)¹. Завершая, отметим, что статус спортивных судей в зарубежном законодательстве определен достаточно нечетко, большинство вопросов, связанных с обеспечением прав этих специалистов в области спорта определяется в соответствии с регламентными документами спортивных организаций, в которых они работают, однако можно говорить о некоторой тенденции усиления защиты основных прав спортивных судей на национальном законодательном уровне.

¹ Lei № 10.671, de 15 de maio de 2003. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.671.htm.

Ж. И. Седова

*Российский государственный университет правосудия
г. Москва*

ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ЭСТОППЕЛЕМ

В арбитражной практике регулирования финансовых правоотношений имел место случай отказа обществу-бенефициару на основании эстоппеля¹ в удовлетворении иска о взыскании по банковской гарантии денежной суммы с испанского банка-гаранта². Однако применение международным коммерческим арбитражем принципа эстоппель в данном деле является примером того, как Парижский коммерческий арбитраж искусно злоупотребляет эстоппелем в целях защиты испанских юридических лиц, находящихся в периметре Евросоюза (под юрисдикцией ЕС), от негативных финансовых последствий в период глобального финансового кризиса. Финансово-экономический кризис в Испании (2008–2015) получил название «испанский кейс европейской кризисной экономики»³.

Обстоятельства дела заключались в том, что в Парижский коммерческий арбитраж обратилось российское юридическое лицо (общество) с заявлением о взыскании с испанского банка-гаранта суммы требования по банковской гарантии. Сумма требования составляла несколько десятков миллионов евро. Банковская гарантия являлась гарантией по первому требованию и подчинялась английскому праву и унифицированным правилам Международной торговой палаты для платежных гарантий – UCP 458 (ICC 458)⁴. Банковская гарантия была выдана испанским банком в пользу российского общества в качестве обеспечения надлежащего исполнения испанским подрядчиком обязательств по строительству объекта в России. В течение года при обнаружении дефектов строительства общество направляло подрядчику претензии, в которых требовало от него в установленный договором срок устранить дефекты, а в случае их неустранения в срок резервировало за собой право обратиться с требованием к банку-гаранту по банковской гарантии.

Обстоятельства дела представляют практический интерес в связи с тем, что общество в течение года неоднократно обращалось к подрядчику с претензиями о нарушении условий договора, исполнение которого было обеспечено банковской гарантией. В своих претензиях общество ссылалось на свое право в случае неустранения подрядчиком нарушений (дефектов) по договору предъявить требование по банковской гарантии, что являлось «резервацией права». Каждая претензия содержала сроки устранения подрядчиком нарушений договора (дефектов). Однако сроки истекли, а нарушения подрядчиком не были устранены в срок.

По итогам годичной претензионной работы подрядчику была направлена обобщающая претензия о нарушениях всё тех же условий договора, в которой общество вновь предоставило подрядчику тридцать дней для устранения нарушений и выразило свое намерение предъявить требование по банковской гарантии. Указанная последняя обобщающая претензия содержала в качестве приложений все ранее направленные (в течение года) обществом в адрес подрядчика претензии и денежную оценку всех претензионных требований с целью предъявления требования по банковской гарантии.

Парижский коммерческий арбитраж согласился с тем, что общество в последней обобщающей претензии к подрядчику рассматривало возможность предъявления требования по банковской гарантии, основываясь на первых претензиях. Но, как указал арбитраж, реальность такова, что общество этого не сделало, *т.е. не предъявило требование по банковской гарантии по истечении срока на устранение нарушений по договору согласно первым претензиям, направляемым подрядчику в течение года*, и сейчас уже слишком поздно изменять свой курс поведения. Вплоть до момента направления последней обобщающей претензии общество имело возможность сформулировать свое требование к банку-гаранту по банковской гарантии, основываясь на первых претензиях. Однако условия последней обобщающей претензии были изложены таким образом, что, направив ее, *общество лишило себя возможности сделать это* (сформулировать свое требование по банковской гарантии к банку-гаранту, основываясь на первых претензиях). Общество отказалось от своего права предъявить претензию по данному основанию, *(т.е. на основании первых претензии)*, изложив свое требование о компенсации по банковской гарантии на основании последней обобщающей претензии.

Арбитражный трибунал, не мучаясь с квалификацией ситуации эстоппель⁵, указал, что не имеет значения, как истолковывается такой отказ от права – как выбор одного пути в пользу другого⁶, сделанный обществом, или же как отказ на основании эстоппеля. В подтверждение своих выводов международный коммерческий арбитраж привел экспертное мнение известного английского профессора в сфере банковского права Роя Гуда⁷, который указал на то, что в основе отказа от права лежит *принцип добросовестности по английскому праву, который исключает возможность стороны утверждать одну вещь, а делать совершенно другую*. Таким образом, утверждая в своей последней обобщающей претензии, что у подрядчика имеется тридцать дней для устранения нарушений по договору или оплаты требуемых сумм, и то, что общество не предъявит требования по банковской гарантии до истечения указанного тридцатидневного периода, *общество лишило себя права предъявить немедленное требование по банковской гарантии, основываясь на первых своих претензиях к подрядчику*.

Таким образом, Парижским коммерческим арбитражем по делу о взыскании с испанского банка российским обществом суммы требования по банковской гарантии было указано на *конклюдентный отказ* общества от ранее заявленных им претензий к своему подрядчику, надлежащее исполнение обязательств которого обеспечивалось банковской гарантией, посредством предъявления обществом более поздней версии обобщающей претензии.

Приведенное толкование фактических обстоятельств дела полностью перечеркнуло направляемые в адрес подрядчика обществом в течение года претензии и резервацию в них права на предъявление требования по банковской гарантии.

При этом следует обратить внимание на то, что такие обстоятельства, как 1) зарезервированное обществом в претензиях право на предъявление требования по банковской гарантии в связи с дефектом выполнения подрядчиком работ и 2) направление по итогам годовичного неустранения подрядчиком дефектов обобщающей претензии, которая только усилила волю общества, направленную на реализацию предъявления требования по банковской гарантии, не могли рассматриваться в качестве действий, вводящих подрядчика в заблуждение по поводу намерений общества предъявить требование по банковской гарантии, и тем более как отказ общества от предъявления требования по гарантии на основании первых претензий, направляемых подрядчику в течение года. Обобщающая последняя претензия имела своей целью не перечеркнуть все предыдущие претензии, а повторить намерение общества предъявить требование по банковской гарантии. Более того, в последней претензии содержались ссылки на все первые претензии, которые являлись ее приложениями, и служили основанием для расчета итоговой суммы требования по банковской гарантии.

Парижский коммерческий арбитраж не квалифицировал ситуацию эстоппель надлежащим образом, так как не проверил добросовестность подрядчика в части его искреннего полагания на то, что общество не собирается предъявлять требование по банковской гарантии на основании первых претензий. Важно отметить, что добросовестность распространяется как на поведение субъекта, формирующего позицию (представление) по определенному вопросу факта или права (в рассматриваемом деле – это общество), так и на поведение субъекта, заявляющего о нанесении ему ущерба в связи с непоследовательным поведением субъекта, сформировавшего позицию, посредством его отказа следовать ранее заявленной позиции (в рассматриваемом деле – это подрядчик). Ситуация эстоппель в рассматриваемом деле отсутствовала в принципе. Однако решение международного коммерческого арбитража вступило в силу, несмотря на порок применения эстоппеля, и банк-гарант был освобожден от уплаты суммы, затребованной обществом посредством предъявления требования по банковской гарантии, а на общество была возложена компенсация судебных издержек банка.

Вопрос, который возник в связи с описанным решением Парижского коммерческого арбитража, касается исполнимости такого решения на территории Российской Федерации. Очевидно, что вынесенным решением со злоупотреблением эстоппелем Парижский коммерческий арбитраж защитил испанский банк-гарант и испанскую подрядную компанию, чье надлежащее исполнение обязательств по договору обеспечивалось банковской гарантией в период глобального экономического кризиса.

В данном решении усматривается нарушение публичного порядка Российской Федерации, который включает в себя императивные нормы статьи 10 ГК РФ и ст. 41 АПК РФ о запрете злоупотребления правами, в связи с чем у общества есть право на заявление о *противоречии исполнения решения публичному порядку*⁸ Российской Федерации согласно подп. 7 п. 1 статьи 244 АПК РФ в целях отказа в признании и приведении в исполнение решения международного коммерческого арбитража. С одной стороны, публичный порядок – это основные начала публичного права, а с другой – основные принципы частного права и реальные императивные нормы права, имеющие существенное значение для регулирования частноправовых отношений. Исполнение в России решения, основанного на злоупотреблении принципом эстоппель, означало бы нарушение основополагающих принципов международного и российского права.

Более того, при обращении иностранного банка-гаранта за экзекватурой⁹ российский суд может субсидиарно применить *взаимность*, защитив интересы общества, находящегося под юрисдикцией Российской Федерации. В качестве основания применения взаимности в данном случае можно указать соблюдение судом следующих требований: 1) поддержание местного и международного порядков (баланса интересов); 2) выполнение судебных задач (установление справедливости); 3) соблюдение государственных интересов и интересов общественности; 4) применение лучшей нормы (наиболее эффективно обеспечивающей защиту законных прав). Решение суда о применении взаимности должно обеспечивать соблюдение совокупности всех вышеуказанных четырех критериев.

Экзекватура представляет собой акт взаимности. Принцип взаимности по своему содержанию близок к запрету злоупотребления правом. Поэтому экзекватура не может быть выдана при наличии ситуации злоупотребления правом. Принцип взаимности может проявляться не только в форме реторсий и репрессалий, но и в форме такой санкции, как непризнание и неисполнимость иностранного арбитражного решения. При этом он действует как корректив, который в конечном итоге основывается на принципе справедливости внешнеэкономических отношений¹⁰.

¹ *Принцип эстоппель (estoppel)* – лишение стороны права ссылаться на какие-либо факты, оспаривать или отрицать их ввиду ранее ею же сделанного заявления об обратном в ущерб противоположной стороне в процессе судебного или арбитражного разбирательства. Эстоппель представляет собой норму-принцип, которая содер-

жит правовой механизм судебной защиты правила добросовестного (непротиворечивого и последовательного) поведения, а также норму доказательственного права в судебном или арбитражном процессе, применение которой означает утрату права на защиту посредством лишения стороны права на возражение // Седова Ж.И., Зайцева Н.В. Принцип эстоппель и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации. М.: Статут. 2014. С. 6.

² Case No. 18293/GZ/MHM/CA, ICC International Court of Arbitration, OJSC Enel OGK-5 (Russian Federation) vs. Banco Santander, S.A.(Spain), 2013.

³ В период глобального кризиса, начавшегося в Европе в 2008 г., кризисные явления в Испании приобрели особенно глубокий, структурный характер. В 2008–2013 гг. ВВП Испании снизился в текущих ценах на 6%, потребление сократилось на 3,4%, на 42% обрушились инвестиции в основной капитал и на 13% упал импорт товаров и услуг. Социальной трагедией обернулся рост безработицы, которая на своем пике в первом квартале 2013 г. охватила 6 млн 300 тыс. человек. Одновременно стремительно вырос государственный долг: с 40,1% ВВП в 2008 г. до 98,3% в конце 2014 г. URL: <http://www.perspektivy.info/print.php?ID=343924>.

⁴ ICC 458 (UCP 458, МТП 458) – унифицированные правила, разработанные Международной торговой Палатой (International Chamber of Commerce – ICC) для платежных гарантий. Данные правила предполагается применять во всем мире при использовании платежных гарантий, т. е. гарантий, обязательств (bonds) и других платежных обязательств, по которым обязательство гаранта или эмитента произвести платеж вытекает из представления письменного требования и любых других документов, указанных в гарантии, и оно не ставится в зависимость от фактического невыполнения принципалом своих обязательств по основной сделке. В настоящее время применяется новая редакция правил «Унифицированные правила для гарантий по требованию, включая типовые формы (URDG 758). Редакция 2010 года» (Публикация Международной торговой палаты № 758).

⁵ «Ситуация эстоппель» – фактические обстоятельства, которые квалифицируются судом как ситуация эстоппель по наличию в них следующих четырех признаков (это условие применения принципа эстоппель): 1) наличие у субъекта права ясной, недвусмысленной позиции (представления) по определенному вопросу факта или права как результат юридически значимого поведения; 2) заявитель (субъект, заявляющий о том, что возникла ситуация эстоппель, в результате которой ему причинен вред) предпринял определенные позитивные действия или же, наоборот, воздержался от них, добросовестным образом пожившись на позицию субъекта, создавшего ситуацию эстоппель; 3) наличие самого факта создания ситуации эстоппель, когда субъект правоотношения существенно изменил в последующем свою первоначальную позицию по определенному вопросу, относящемуся к одним и тем же фактам (допустил непоследовательное поведение в отношении заявителя), что сделало необходимым обращение заявителя к принципу эстоппель; 4) наличие у заявителя реального ущерба (в любой форме, кроме морального или интеллектуального ущерба) в результате предпринятых им действий или воздержания от совершения таковых на основании позиции субъекта, создавшего ситуацию эстоппель, при наличии причинно-следственной связи между непоследовательным поведением субъекта права и причиненным заявителю ущербом // Седова Ж.И., Зайцева Н.В. Принцип эстоппель и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации. М.: Статут. 2014. С. 53.

⁶ *Отказ от права (waiver)* представляет собой добровольное активное осознанное поведение (явное выражение воли), направленное на выбор определенных средств и способов правовой защиты, которые позволяют оценить возможные правовые последствия такого выбора. При этом выбор происходит посредством отказа от одной линии поведения в пользу другой // Седова Ж.И., Зайцева Н.В. Принцип эстоппель и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации. М.: Статут. 2014. С. 60.

⁷ *Pouÿ Gуд (Sir Roy Goode)* являлся председателем Комиссии Международной торговой палаты по международной коммерческой практике, возглавлял проектную группу, которая завершила работу над редакцией Унифицированных правил МТП для гарантий по требованию № 458, является автором монографии «Руководство по Унифицированным правилам МТП для гарантий по требованию» («Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees», ICC Pub. 510).

⁸ Под «*публичным порядком*» понимаются фундаментальные правовые начала (принципы), которые обладают высшей императивностью, универсальностью, особой общественной и публичной значимостью, составляют основу построения экономической, политической, правовой системы государства // см. п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 № 156 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений» // Вестник ВАС РФ, № 5, май, 2013.

⁹ *Экзекватура* – это приведение в исполнение судебного/арбитражного решения, вынесенного в другом государстве.

¹⁰ *Международное право* = *Volkerrecht* / Вольфганг Граф Витцтум, М. Боте, Р. Дольцер и др.; пер. с нем. Н. Спица; сост. В. Бергманн. 2-е изд. М.: Инфотропик Медиа, 2015. (Серия «Германская юридическая литература: современный подход». Кн. 2, раздел 27–29).

ЕВРОПЕЙСКИЕ ПОЛИТИЧЕСКИЕ ПАРТИИ

Политические партии – традиционные участники политического процесса любого современного государства. Однако в современном мире политические партии не только являются участниками внутринациональных отношений, но и определяют наднациональный политический процесс. Примером, иллюстрирующим данное утверждение, являются европейские политические партии.

Под европейскими политическими партиями (или, как их еще называют, «политическими партиями на европейском уровне») понимают особые объединения лиц, имеющих общие цели, организационно отличающиеся от традиционных партий. Становление современного статуса европейских политических партий заняло достаточно продолжительный период времени. Первые шаги в этом направлении были сделаны еще в 1952 г., после создания Европейского объединения угля и стали (ЕОУС). Именно тогда началось сотрудничество между национальными партиями, которые сформировали различные фракции в Ассамблее этого Сообщества (далее Европарламент). Указанные объединения были изначально основаны исключительно на общем политическом направлении деятельности, а не на реальной организационной составляющей¹.

Первым шагом к укреплению организационных структур стала проведенная в 1957 г. членами партий Социнтерна в государствах – членах ЕОУС договоренность о создании системы связи между ними. Первые европейские политические партии в нынешнем понимании появились в 1970-е гг. как объединения членов Европарламента Сообществ на политическом уровне². В 1974 г. была основана Конфедерация социалистических партий Европейского сообщества – первой официальной партии на уровне Сообществ.

В 1976 г. в результате одобрения прямых выборов в Европарламент наступил момент для возникновения различных транснациональных слияний партий³. Это решение не безосновательно считается важным шагом на пути к легитимности политической системы Европейского союза (далее – ЕС), повышению «наднационального характера Европарламента» (при его принятии делалась ставка на то, что при выработке политики на европейском уровне будет сведен к минимуму национальный подход). На фоне данного решения в период с 1976 по 1992 г. активно формировались новые политические партии, включающиеся в европейский политический процесс. Вместе с тем европейские политические партии не были политическими партиями в традиционном значении этого слова⁴. Это были «неформальные» объединения по политическим интересам, не имеющие правовой основы функционирования.

В настоящее время европейские политические партии, официально признанные Маастрихтским договором (1992)⁵, действуют на основании как первичного, так и вторичного права ЕС⁶. В соответствии со ст. 10 Договора о ЕС европейские политические партии создаются, чтобы представлять национальные политические партии государств-членов на европейском уровне и способствовать формированию европейского политического сознания и выражению воли граждан Союза. В ст. 138а (в последующем ст. 191) Договора говорилось: «Политические партии на европейском уровне имеют важное значение как фактор интеграции в рамках Союза. Они способствуют формированию европейского сознания и выражению политической воли граждан Европы».

Активная роль партий в европейском политическом процессе привела к укреплению их статуса на основе норм Амстердамского договора (1997)⁷, которые предусмотрели возможность финансирования европейских политических партий из бюджета ЕС. Детально деятельность европейских политических партий была урегулирована Регламентом Совета и Европарламента № 2004/2003 от 04.11.2003 о правилах для политических партий на европейском уровне и их финансировании⁸ (его положения были в дальнейшем уточнены Резолюцией Европарламента о применении Регламента № 2004/2003⁹ от 6 апреля 2011 г.). Данные документы определили минимальные критерии для признания политического объединения в качестве «политической партии на европейском уровне» по смыслу Договора о ЕС и, как следствие, получения финансирования из средств Европейского союза. В качестве таковых ст. 3 Регламента назвала наличие правосубъектности в государстве-члене по месту инкорпорации политической партии, участие в политических процессах не менее чем в четверти

государств-членов, явное намерение принять участие в выборах в Европейский парламент, а также уважение правовых и организационных принципов Европейского союза. Фактически данный Регламент стал первым документом, определившим правовой статус европейских политических партий, придавшим им так необходимую правовую основу.

После этого эволюция европейских политических партий пошла «семимильными шагами». Часть существующих партий были заново формально восстановлены, активно появлялись новые партии. Столь бурное развитие европейского партийного движения потребовало принятия дополнительных мер со стороны руководства ЕС. В итоге Совет и Европарламент приняли решение об ужесточении требований к европейским политическим партиям, результаты которого были отражены в Регламенте Совета и Европарламента № 1141/2014 об уставе и финансировании европейских политических партий и европейских политических фондах¹⁰, принятом 22 октября 2014 г. Данный Регламент создал определенную финансовую и нормативную базу для европейских политических партий и политических фондов. Указанные меры привели к повышению уровня прозрачности и эффективности деятельности данных политических объединений. Действующие правовые нормы предоставляют партиям «европейскую правосубъектность» и большую гибкость в финансировании. Регламент № 1141/2014 учредил орган, который регистрирует партии и фонды, контролирует их и может налагать санкции в отношении нарушений. Для регистрации европейская политическая партия должна удовлетворять определенным условиям: в частности, иметь место расположения в стране – члене ЕС и быть представлена, по меньшей мере, в одной четверти государств ЕС. Информация о партиях общедоступна в Интернете (в том числе на сайте Европарламента публикуются данные, имеющие отношение к финансированию ЕС партий и фондов). Зарегистрированная в Реестре партия в своем составе имеет, по крайней мере, одного члена Европарламента и может подать заявку на финансирование ЕС. Партии могут использовать финансирование ЕС, которое они получают, на финансирование своей избирательной кампании в Европарламент. За любое нарушение правил партии могут быть оштрафованы или удалены из реестра. В 2016 г. 15 политических партий на европейском уровне получили финансирование из бюджета Европейского союза.

Так или иначе европейские политические партии стали полноправными участниками европейского политического процесса, и это вполне определенно прослеживается в политической структуре институтов Европейского союза. Так, в настоящее время в Европейском парламенте существует 751 место. Партийная принадлежность депутатов распределяется следующим образом: 26 – Европейские левые; 176 – Партия европейских социалистов; 40 – Европейская партия зеленых; 12 – Европейский свободный альянс; 51 – Альянс либералов и демократов Европы; 13 – Европейская демократическая партия; 213 – Европейская народная партия; 56 – Альянс европейских консерваторов и реформистов; 25 – Альянс за прямую демократию в Европе; 28 – Движение за Европу наций и свободу; 20 – другие европейские партии; 91 – беспартийные депутаты. Европарламентом признаны нуждающимися в финансовой поддержке 15 партий¹¹. В составе Европейского совета (28 мест) представлены 5 партий; 3 – беспартийные.

Таким образом, политические партии на европейском уровне признаются таковыми Европейским парламентом и подлежат регистрации. Членами европейских политических партий могут быть отдельные граждане, как правило, члены Европейского парламента или депутаты национальных или региональных парламента. Европейские партии принимают участие в выборах в Европейский парламент и получают финансирование при выполнении ряда условий, закрепленных правом ЕС.

¹ Heidelberg, Franz C. Das Europäische Parlament. Baden-Baden : Verlag August Lutzeyer, 1959

² Neßler Volker. Europäische Willensbildung. Die Fraktionen im europaparlament zwischen nationalen Interessen, Parteipolitik und Europäischer Integration. Schwalbach: Wochenschau-Verlag, 1997; Кашкин С.Ю., Четвериков А.О. Право Европейского Союза: в 2-х т. Т. 1: Общая часть: учебник для бакалавров. М.: Юрайт-Издат, 2013.

³ Капустин А.Я. Право Европейского союза: учебник для вузов. М., 2015.

⁴ Марченко М.Н., Дерябина Е.М. Право Европейского союза. Вопросы истории и теории. М.: Проспект, 2010.

⁵ Treaty on European Union. URL: <http://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012M/TXT>

⁶ Law of the European Union: a Textbook for Master Students / ed. P. Biriukov and V. Tuliakov. Voronezh: VSU Publishing House, 2016; Бирюков П. Н. Международное право: учебник для бакалавриата: в 2 т. 8-е изд. М., 2015. Т. 2.

⁷ Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts // OJ C 340, 1997.10.11, p. 1–144.

⁸ Verordnung (EG) Nr. 2004/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über die Regelungen für die politischen Parteien auf europäischer Ebene und ihre Finanzierung // OJ L 297, 2003.15.11, p. 1–4

⁹ European Parliament's resolution of 6 April 2011 on the application of Regulation (EC) No 2004/2003 // OJ C 296 E, 2012.2.10, p. 46.

¹⁰ Verordnung (EU, Euratom) nR. 1141/2014 des europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 über das Statut und die Finanzierung europäischer politischer Parteien und europäischer politischer Stiftungen // AEU. L 317/1. 4.11.2014

¹¹ Бирюков М. М. Европейское право: до и после Лиссабонского договора: учебное пособие. М.: Статут, 2016

А. А. Трефилов

*Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ
г. Москва*

ПРИНЦИПЫ ЗАКОННОСТИ, УВАЖЕНИЯ ЧЕЛОВЕЧЕСКОГО ДОСТОИНСТВА И СПРАВЕДЛИВОСТИ ПО НОВОМУ УПК ШВЕЙЦАРИИ

1 января 2011 года вступил в силу новый Уголовно-процессуальный кодекс Швейцарии, в связи с чем ранее действовавшие кантональные Кодексы утратили силу. В связи с этим представляется интересным рассмотреть важнейшие принципы судопроизводства, которые он закрепляет*.

Принцип законности (Gesetzmäßigkeit) основан на ч. 1 ст. 5 Конституции, устанавливающей, что основой и пределом государственных действий является право. В УПК Швейцарии он прямо не поименован, но логически вытекает из ст. 2, озаглавленной «Осуществление уголовного судопроизводства» (*Ausübung der Strafrechtspflege*). Кодекс исходит из того, что законность складывается из двух компонентов: 1) «Уголовное судопроизводство осуществляют только органы, указанные в законе» – речь идет о законности судопроизводства (выражаясь языком швейцарской доктрины); 2) «Уголовный процесс может производиться и дело может разрешаться только в предусмотренном законом порядке» – подразумевается законность судопроизводства. Взятые вместе, они обеспечивают режим законности в уголовном процессе.

Принцип законности был установлен и в прежнем уголовно-процессуальном законодательстве кантонов, причем в ряде случаев, он имел определенную специфику. Согласно ст. 1 УПК Граубюндена, все общие предписания швейцарского Уголовного кодекса (ст. 1–110) подлежат применению в уголовном судопроизводстве, осуществляемом в соответствии с кантональным правом. Тем самым законодатель данного кантона рассматривает в качестве составной части принципа законности правильное применение норм Общей части УК этой страны. В соответствии со ст. 1 УПК Фрибура от 14 ноября 1996 г., лицо может быть подвергнуто уголовному преследованию, осуждению, наказанию или иным мерам уголовно-правового характера только: 1) в предусмотренных случаях; 2) в установленном данным законом порядке; 3) указанными в настоящем законе органами.

Полагаем, сформулированная во фрибургском УПК «триада законности» представляет интерес и для российской процессуальной науки.

Современные швейцарские юристы видят основание принципа законности в государственной монополии на применение силы¹. Даже если речь идет о деле частного обвинения, применение санкций в отношении лиц осуществляют публично-правовые институты. Также принцип законности, по их мнению, предполагает, что компетентные органы могут действовать исключительно с использованием тех возможностей, которые предусмотрены процедурой уголовного судопроизводства, так как УПК не требует от них достижения истины любой ценой².

В швейцарской доктрине можно встретить категорию «нормативный фундамент уголовного судопроизводства» (*das normative Fundament des Strafrechtspflege*), к которому П. Штрауб и Т. Вельтерт относят «три несущие столпа». Первый состоит в том, что только избранный демократическим путем легитимный парламент может установить уголовно-правовой запрет деяния и предусмотреть наказание за его совершение (*nulla poena sine lege parlamentaria*). Вторым является пропорциональность (соразмерность), которая гарантирует, что применение уголовного права с целью защиты правовых благ возможно лишь *ultima ratio* (в качестве последней, крайней меры). Наконец, третий столп на процессуальном уровне обеспечивает уголовное судопроизводство с целью установления

© Трефилов А. А., 2016

* В связи с ограниченностью объема работы мы решили рассмотреть только те три принципа, которые указаны в ее заглавии.

истины и осуществления материального права посредством надлежащей юридической процедуры³. Представляется, что данная концепция заслуживает внимания со стороны отечественной доктрины.

Также в компаративном отношении отметим, что швейцарский законодатель, в отличие от российского, в содержании принципа законности не делает акцента на иерархичности нормативно-правовых актов. Отсутствуют нормы о запрете применения акта, противоречащего УПК. С точки зрения правовой культуры швейцарского законодателя противоречие между нормами права является чем-то немислимым, в связи с чем подобная ситуация представляется ему невозможной. Напротив, разработчики УПК РФ сознательно допускают подобного рода коллизии (ч. 1–2 ст. 7). Принцип законности в УПК Швейцарии, как мы видим, нормативно сформулирован достаточно кратко. Законодатель этой страны не вдается в подробности, на которых акцентирует внимание российский законодатель (ч. 3–4 ст. 7 УПК РФ), так как рассматривает соблюдение всех норм Кодекса в качестве условия соблюдения режима законности.

Уважение человеческого достоинства и требование справедливости (Achtung der Menschenwürde und Fairnessgebot) также имеет конституционный характер: достоинство человека подлежит уважению и охране (ст. 7). Согласно ст. 3 УПК, органы уголовного судопроизводства на всех стадиях процесса уважают достоинство затрагиваемых лиц и обращают внимание, в частности, на: 1) основные положения веры и религии; 2) требование, состоящее в том, что со всеми участниками процесса необходимо обращаться, исходя из их равноправия и справедливости, и предоставлять им право на судебные слушания; 3) запрет при собирании доказательств применять методы, унижающие человеческое достоинство.

В ранее действовавших кантональных законодательствах принцип уважения человеческого достоинства был закреплен в качестве самостоятельного только в УПК Санкт-Галлена. Весьма необычно выглядит ст. 1 данного Кодекса, согласно которой на протяжении всего производства обвиняемый рассматривается *в качестве человека (Im ganzen Verfahren ist der Beschuldigte als Mensch zu achten)*. Некоторые кантональные УПК прямо закрепляли принцип справедливости. Согласно ст. 4 УПК Фрибура (*Faires Verfahren*), производство должно осуществляться по справедливости; государственные органы, в частности, следуют таким началам, как: а) презумпция невиновности; б) запрет повторного уголовного преследования, в) свободная оценка доказательств, г) требование, состоящее в предоставлении каждому право на заслушивание перед судом, д) равенство возможностей сторон, е) соразмерность и subsidiarность, ж) основные положения веры и религии, з) требование ускорения.

Данный подход представляет в компаративном отношении значительный интерес. Фрибургский законодатель предлагает рассматривать большинство основных положений уголовного процесса в качестве составных элементов принципа справедливости. Вместе с тем он отдельно рассматривает законность, независимость, следственную максиму, самостоятельно действующие наряду с ним.

В швейцарской доктрине обстоятельно рассмотрены различные аспекты уважения человеческого достоинства и требования справедливости. Один из них – кто обязан выполнять данный принцип? М. Томмен отмечает, что адресатом нормы, содержащейся в ст. 3 УПК Швейцарии, являются только органы уголовного судопроизводства федерации и кантонов независимо от того, о какой стадии процесса идёт речь. На частных лиц она не возлагает каких-либо обязанностей⁴. С данным подходом можно согласиться лишь отчасти: разве потерпевший, частный обвинитель, свидетель и другие лица не обязаны уважать человеческое достоинство обвиняемого, гражданского ответчика, защитника и иных участников судопроизводства?

Верховный суд Швейцарии в приговоре 6В_654/2007 от 1 июля 2008 г. усмотрел нарушение человеческого достоинства в том, что у водителя, подозреваемого в управлении транспортным средством в состоянии опьянения, были принудительно взяты образцы крови с применением в отношении него физической силы. В приговоре указано, что способ изъятия являлся неподходящим и медицинские документы были признаны не имеющими юридической силы⁵.

В рамках компаративного анализа швейцарского подхода к данному принципу процесса, прежде всего, обращает на себя внимание возложение на органы уголовного судопроизводства обязанности принимать во внимание основные положения веры и религии (*Grundsatz von Treu und Glauben*), что рассматривается как неотъемлемая часть уважения человеческого достоинства затрагиваемых лиц. Вместе с тем УПК Швейцарии, в отличие от соседнего Лихтенштейна, не возлагает на правоохранительные органы обязанности уведомлять епископа или главу церкви, к епархии которого принадлежит обвиняемый, о начале и завершении уголовного судопроизводства (ч. 2 § 40), а также не предусматривает направления этим духовным лицам приговора до его официального опубликования, «чтобы еще перед приведением приговора по уголовному делу к исполнению можно было распорядиться об отстранении данного лица от церковной общины» (ч. 1 § 247).

Добавим и то, что швейцарский принцип уважения человеческого достоинства и требование справедливости по своему содержанию близок к уважению чести и достоинства личности (ст. 9 УПК РФ). При этом законодатель в рассматриваемом правопорядке специально не выделяет принцип неприкосновенности личности и охрану прав и свобод человека и гражданина. Необходимость соблюдения данных начал в Швейцарии подразумевается, и законодатель не счел необходимым отдельно выделять их.

¹ *Straub P., Weltert T. Art. 2 // Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010. P. 26-31.*

² Там же.

³ Там же.

⁴ *Thommen M. Art. 3 // Niggli M., Heer M., Wiprächtiger H. Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Basel, 2010. P. 35.*

⁵ Там же. P. 40.

Е. А. Третьякова

*Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
г. Пермь*

ОРГАНИЗАЦИОННАЯ СОСТАВЛЯЮЩАЯ МЕХАНИЗМА ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ВНЕШНЕПОЛИТИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ РОССИЙСКОГО ГОСУДАРСТВА В XIX ВЕКЕ

Международные отношения являются важной составляющей деятельности любого государства вне зависимости от этапа его развития. Хронологические рамки исследования ограничены XIX в., содержательно важным этапом в развитии межгосударственных отношений и международного права в целом. Именно в XIX в. наука международного права приобрела оформленный вид, само международное право было признано самостоятельной правовой системой, находящейся в непосредственном взаимодействии с правом национальным, были сформулированы основные принципы, лежащие в основе межгосударственных отношений, и активно происходил процесс институционализации международных отношений как на государственно-правовом, так и на международно-правовом уровне.

Говоря о содержательной части международных отношений, необходимо отметить, что их круг постепенно расширялся. Изначально спектр таковых отношений был узок – первичные взаимодействия государств ограничивались преимущественно военными и торговыми взаимодействиями, однако с течением времени предмет взаимодействия стал расширяться и к XIX в. появилась возможность выделить следующие группы вопросов, связанных с межгосударственным регулированием: публично-правовые характеристики государства, внешнеэкономическая деятельность, вопросы подданства, предоставление личных и имущественных прав иностранным подданным, семейные отношения с иностранным элементом, взаимодействие в рамках уголовного права, уголовного и гражданского процесса, отношения интеграционного характера в различных сферах.

Международные отношения находятся в непосредственной взаимосвязи с внешней политикой, являющейся важной составляющей деятельности любого государства, посредством которой оно стремится реализовывать и защищать свои интересы, реализовывать геополитические цели и задачи в рамках взаимосвязи с другими субъектами мирополитической системы.

Внешнеполитический механизм принято рассматривать в рамках двух систем: внутригосударственной, где непосредственно формируется внешняя политика, определяются ее основные направления исходя из соответствующих интересов, и межгосударственной, в рамках которой внешнеполитическая деятельность реализуется.

Внешнеполитическую деятельность государства представляется целесообразным рассматривать через категорию механизма осуществления внешнеполитической деятельности как совокупность государственных институтов, нормативно-правовых актов, регулирующих осуществление внешней политики и функциональных взаимосвязей между организационными структурами данного механизма в процессе осуществления внешнеполитической деятельности Российского государства.

Исходя из вышесказанного можно выделить три составляющих механизма осуществления внешнеполитической деятельности: функциональную, организационную и регулятивную. Все эти составляющие непосредственно связаны друг с другом.

В рамках настоящего исследования основное внимание уделяется организационной составляющей, которая является ядром механизма осуществления внешнеполитической деятельности, так как без наличия соответствующих органов невозможно говорить о взаимодействии с другими государствами. Организационная составляющая – это совокупность организационных институтов (структур), наделенных соответствующими полномочиями по обеспечению взаимодействия с другими государствами. Институты международного общения, исходя из их юридической природы и уровня правовой системы, в рамках которой они создаются, могут быть дифференцированы на государственные и международные. Государственные органы либо непосредственно определяют основные направления внешней политики, либо в процессе реализации своих полномочий оказывают определенное влияние на формирование внешнеполитического курса страны и его реализацию. Международные органы создаются на уровне международного права, прежде всего, совместно с государствами или частно-правовыми субъектами с целью обеспечения эффективного сотрудничества, в том числе на постоянной основе.

Таким образом, можно рассматривать две сформированные в рассматриваемый период времени подсистемы органов: подсистема государственных органов и подсистема международных органов.

Подсистема государственных органов включала в себя органы внешних отношений, основными элементами которой стали Император, как представитель высшей власти в государстве, и Министерство иностранных дел.

Именно Министерство иностранных дел в результате проведенной реформы исполнительной власти стало центром осуществления внешнеполитической деятельности, главным системообразующим элементом всей системы органов внешних сношений. В XIX в. у российского государства в рамках министерства иностранных дел сформировалась развитая сеть зарубежных учреждений (дипломатических представительств и консульств), что было обусловлено активной внешнеполитической деятельностью и необходимостью обеспечения интересов государства, а также охраны прав и интересов собственных подданных.

В рассматриваемый период наблюдалось активное становление взаимодействия государств на уровне дипломатических представительств, обеспечивающих, в первую очередь, публично-правовое сотрудничество. На уровне национального и международного права были установлены и нашли свое юридическое оформление базовые моменты современного дипломатического права, а именно: функции дипломатических представительств, ведущей из которых является представительство своего государства и его интересов на территории иностранного государства, процедура назначения послов, включая юридическое оформление (запрос агремана, верительные грамоты), ранги дипломатических агентов, просуществовавшие до 1961 г., когда была принята ныне действующая Венская конвенция, дипломатический протокол и этикет, а также начал свое юридическое оформление институт дипломатических привилегий и иммунитетов. Таким образом, был заложен качественный институциональный и правовой фундамент в вопросах дипломатических сношений между государствами.

В XIX в. продолжилось активное развитие и правовое оформление института консульского представительства: увеличилось число консульств, учреждаемых в иностранных государствах. К началу XX в. в Российской империи было учреждено 125 штатных консульских учреждения и 300 нештатных¹. С расширением географии и активизацией их деятельности постепенно усложнялись задачи данных учреждений, юридически оформлялись их функциональные обязанности. В вопросах организации и функционирования консульской службы в российском государстве господствовали политико-дипломатические взгляды. Данная служба создавалась и развивалась прежде всего для обеспечения и охраны торговых, экономических и фискальных отношений государства. Для обеспечения выполнения функций стала оформляться сфера консульских привилегий иммунитетов, переходя из разряда обычных норм в категорию конвенционных².

Именно начиная с XIX в. уровень развития международного сотрудничества стал настолько высок, что государства осознали необходимость тесного взаимодействия по различным вопросам, в результате чего произошла международно-правовая институционализация отношений и появилась подсистема международных структур, направленная на обеспечение международных отношений.

К институтам межгосударственного общения необходимо отнести международные конгрессы и конференции, которые стали первоначальной стадией развития сотрудничества, вышедшего впоследствии на уровень международных организаций. На конгрессах и конференциях решались многие вопросы и проблемы, которые не могли или недостаточно эффективно могли решаться на уровне двух-

сторонних контактов различных государств. В качестве основных конгрессов и конференций XIX в. можно обозначить: 1815 – Венский, 1818 – Ахенский, 1856 – Парижский, 1878 – Берлинский, 1893, 1894 – Гаагские конференции. Характерной чертой развития межгосударственного общения на уровне конгрессов и конференций становится постепенный переход к развитию их содержательного диапазона от мирных – по урегулированию послевоенных ситуаций, к специализированным – по отдельным проблемам межгосударственных отношений.

Разработка и принятие решений на конференциях и конгрессах еще более укрепили систему международного общения, что дало толчок к дальнейшему развитию и формированию такой формы международного взаимодействия, как международные организации, без которых современное международное общение невозможно представить.

Во второй половине XIX в. развитие отношений, в том числе международно-правовых, привело к образованию новой формы взаимодействия государств – международные административные союзы, действующие на постоянной основе, число которых постоянно увеличивалось (Всемирный почтовый союз, Всемирный телеграфный союз, Административный союз в области геодезии, Международный союз по охране промышленной собственности и др.).

Таким образом, в обозначенный период времени имел место процесс активного формирования институциональной системы международных отношений как на государственно-правовом, так и на международно-правовом уровне; сформированная система легла в основу современной организационной составляющей механизма осуществления внешнеполитической деятельности.

¹ Очерк истории Министерства иностранных дел 1802–1902. СПб., 1902. С. 205.

² См., например: Сенатский, по высочайшему повелению «О консульской конвенции, заключенной 26 ноября / 8 декабря 1874 г. между Россией и Германией» от 2 апреля 1875 г. // Полное собрание законов Российской империи. Собр. 2-е. 1825–1881 гг. СПб, 1877. Т. L (1875 г.). Отд. I. № 54550; Сенатский, по высочайшему повелению «О конвенциях: консульской и о наследствах, заключенных 16/28 апреля 1875 года, между Россией и Италией» от 9 декабря 1875 г. // Полное собрание законов Российской империи. Собр. 2-е. 1825–1881 гг. СПб, 1877. Т. L (1875 г.). Отд. II. № 55355; Сенатский, по высочайшему повелению «О конвенциях: консульской и о наследствах, заключенных: первая 11/23 февраля и вторая 14/26 июня 1876 г., между Россией и Испанией» от 21 октября 1876 г. // Полное собрание законов Российской империи. Собр. 2-е. 1825–1881 гг. – СПб, 1878. Т. LI (1876 г.). Отд. II. № 56473.

Е. И. Трубинова

*Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации,
г. Москва*

ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО О НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ КОНКУРЕНЦИИ В ГОСУДАРСТВАХ-ЧЛЕНАХ ЕАЭС КАК АСПЕКТ СТАНОВЛЕНИЯ В ЕАЭС ЕДИНОЙ КОНКУРЕНТНОЙ ПОЛИТИКИ

Одной из основ функционирования Евразийского экономического союза (далее – ЕАЭС) является соблюдение принципа добросовестной конкуренции. Юридическим императивом названного принципа выступают эффективное недопущение и пресечение недобросовестной конкуренции как на трансграничных, так и на национальных рынках государств-членов ЕАЭС.

Несмотря на то, что соответствующий раздел договора о ЕАЭС не содержит прямого указания на проведение государствами-членами единой конкурентной политики, комплексное толкование формулировок статей 2, 74, 76 договора о ЕАЭС позволяет прийти к выводу о том, что на территории государств-членов ЕАЭС осуществляется единая конкурентная политика, которая распространяется не только:

- на отношения, связанные с реализацией конкурентной политики на территории государств-членов,
- но и отношения с участием хозяйствующих субъектов государств-членов, которые оказывают или могут оказать негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках на территориях двух и более государств-членов.

При определении наличия либо отсутствия актов недобросовестной конкуренции (далее – актов НДК) к трансграничному рынку относится только случай, когда хозяйствующий субъект, действия которого нарушают установленный запрет, и хозяйствующий субъект, которому причинен или может быть причинен ущерб либо нанесен или может быть нанесен вред деловой репутации в результате таких действий, зарегистрированы на территории разных государств-членов¹.

Итак, фактически на территории ЕАЭС в отношении хозяйствующих субъектов государств-членов провозглашается единая конкурентная политика, в том числе и в сфере охраны от актов НДК. При этом в научных исследованиях подчеркивается, что защита промышленного производства с целью развития конкуренции относится к сфере единой экономической политике в ЕАЭС². В настоящее время правовая основа для охраны от НДК представлена в Договоре о ЕАЭС, одним из приложений к которому является Протокол об общих принципах и правилах конкуренции. Наряду с унификацией законодательства о НДК имеет место и его гармонизация. На уровне ЕАЭС решением Высшего Евразийского экономического совета принят модельный закон «О конкуренции», степень имплементации которого колеблется от 80 до 90 % по состоянию на январь 2015 г.³

Примечательно, что модельный закон содержит дефиницию НДК, тождественную по содержанию определению НДК, представленному в российском законодательстве. Правовое регулирование охраны от актов НДК осуществляется в ЕАЭС не только на наднациональном, но и национальном уровнях.

1. В Российской Федерации несмотря на существенные изменения, внесенные в институт НДК четвертым антимонопольным пакетом, определение НДК осталось неизменным и соответствующим наднациональному регулированию в ЕАЭС.

2. В законодательстве Республики Беларусь дефиниция НДК не в полной мере соответствует наднациональной модели регулирования, а именно:

– для признания в качестве актов НДК действия экономических агентов должны противоречить не законодательству Республики Беларусь вообще, но только антимонопольному законодательству, что неоправданно сужает сферу применения данного термина;

– отсутствует условие о противоречии таких действий обычаям в общем либо только обычаям делового оборота в частности;

– отсутствует положение о противоречии соответствующих действий требованиям справедливости;

– достоинством национальной модели охраны от НДК является наличие условия о противоречии именно требованию добросовестности, но не добропорядочности. Так, добропорядочность есть соблюдение установленных правил и норм, а добросовестность требует не только формального соблюдения норм, но и «честного, со всей тщательностью и аккуратностью выполнения обязанностей, старательности, исполнительности»⁴. Получается, что требование добросовестности является более строгим по отношению к условию добропорядочности.

3. В законодательстве Республики Казахстан нормативно закреплены две дефиниции НДК:

– в Гражданском кодексе Республики Казахстан: НДК – совершение недобросовестных действий, направленных на ущемление законных интересов лица, ведущего аналогичную предпринимательскую деятельность, и потребителей⁵.

– в предпринимательском кодексе Республики Казахстан: НДК – любые действия в конкуренции, направленные на достижение или предоставление неправомερных преимуществ⁶.

Даже поверхностное ознакомление с представленными определениями НДК позволяет сделать вывод о значительных отличиях в национальной модели правовой регламентации. Обращает на себя внимание как предельная широта нормативных формулировок, так и наделение правом на защиту от НДК не только хозяйствующих субъектов, но и потребителей.

Именно последнее отличие является достоинством рассматриваемой конструкции НДК, поскольку представляется необходимым наделять правом на защиту от НДК не только хозяйствующих субъектов, но и ассоциации потребителей, обращающиеся в защиту прав и интересов неопределенного круга лиц.

4. В законодательстве Республики Армения дефиниция НДК не в полной мере соответствует наднациональной модели регулирования:

– правом на защиту от актов НДК наделены как хозяйствующие субъекты, так и потребители;

– НДК может быть облечена в форму не только действия, но и бездействия, что в полной мере соответствует опыту международного регулирования данного вопроса;

– для признания в качестве актов НДК действия экономических агентов должны противоречить только закону «О защите экономической конкуренции»;

– при квалификации поведения лица как акта НДК учитывается противоречие требованию добросовестности, которое включает в себя четыре других оценочных понятия: честность, справедливость, правдивость, беспристрастность.

5. В законодательстве Кыргызской Республики дефиниция НДК также в некоторой степени отличается от наднациональной модели правового регулирования:

– отсутствует положение о возможности признания НДК действий именно групп лиц, но не только хозяйствующих субъектов;

– достоинством национальной модели охраны от НДК является наличие условия о противоречии требованию добросовестности, но не добропорядочности.

Изучение правового регулирования охраны от актов НДК в государствах-членах ЕАЭС позволяет прийти к выводу о том, что в действительности единая конкурентная политика в ЕАЭС в настоящее время не сформирована. Более того, перед ЕАЭС стоит вопрос о создании единой концепции Евразийского конкурентного кодекса, предполагаемый срок принятия такого кодекса – 2016–2017 гг.⁷

Становление единой конкурентной политики необходимо для эффективного функционирования ЕАЭС. Однако не следует искусственно насаждать унифицированное нормативное регулирование. Более того, при унификации законодательства следует исходить не только из одной модели правового регулирования, которая существует, к примеру, в России (что имеет место в настоящее время), но из достоинств национального регулирования в каждом государстве-члене ЕАЭС. Унификация исключительно текстов нормативных актов не должна и не может являться самоцелью, но лишь средством формирования единых методологических подходов к охране конкуренции, в том числе и от актов НДК.

¹ *Об утверждении* критериев отнесения рынка к трансграничному (п. 2 приложения): решение Высшего Евразийского экономического совета от 19.12.2012 № 29 // Доступ из справ.-правовой системы «Консультант-Плюс».

² *Нешатаева Т.Н.* Интеграция и наднационализм // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2014. № 2. С. 245.

³ Трансграничный стартап // Конкуренция и право. 2015. № 1. С. 5.

⁴ *Бабаев В.Н.* Презумпции в советском праве. Горький: Горьков. высшая школа МВД СССР, 1974. С. 87.

⁵ *Гражданский кодекс Республики Казахстан: Закон Республики Казахстан от 27 дек. 1994 г. № 269-ХІІІ* (ред. от 24.11.2015). URL: <http://bit.ly/1L2MFwa> (дата обращения: 26.08.2016).

⁶ *Предпринимательский кодекс Республики Казахстан* (п. 1 ст. 177). URL: <http://bit.ly/20LiHWu> (дата обращения: 26.08.2016).

⁷ *Алешко А.* Целесообразность принятия единого законодательства в сфере защиты конкуренции и антимонопольного регулирования // Евразийское обозрение. 2014. № 1. С. 10.

Ю. Ю. Чернышева (Нефедова)
Арбитражный суд Пермского края,
г. Пермь

О ПРОБЛЕМАХ ПРИМЕНЕНИЯ СУДАМИ ОБЩЕЙ ЮРИСДИКЦИИ ОБЩЕПРИЗНАННЫХ ПРИНЦИПОВ И НОРМ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Соблюдение Российской Федерацией международно-правовых обязательств является одной из важнейших предпосылок продолжающейся интеграции России в международное сообщество. Юридическая сила положений международного права регулируется многими правовыми актами, в первую очередь Конституцией Российской Федерации от 12 декабря 1993 г., федеральными законами, а также судебной практикой Конституционного суда Российской Федерации и постановлениями пленумов Верховного суда и Высшего Арбитражного суда РФ.

Согласно ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Более того, Конституция РФ устанавливает приоритет международных договоров над феде-

ральными законами, «если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора».

В очередной раз законодатель подчеркивает обязательность для судей применять общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации в ст. 3 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации».

На основе анализа практики использования общепризнанных принципов и норм международного права, а также международных договоров Российской Федерации судами общей юрисдикции было выделено два основных направления подобного использования.

Во-первых, суды непосредственно применяют общепризнанные международные нормы и положения международных договоров при разрешении конкретных дел. Как правило, их применение осуществляется в рамках субсидиарной, дополнительной аргументации решения наряду с российским законодательством.

Во-вторых, суды обращаются к международным стандартам обеспечения и защиты прав человека в рамках исполнения решений Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ). В силу признания Российской Федерацией юрисдикции Европейского суда обязательность исполнения его решений, вынесенных против России, может включать в себя и пересмотр приговора либо решения суда, если им нарушены положения Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

В связи с тем, что российский законодатель до сих пор не определил ни понятия, ни перечня общепризнанных принципов и норм международного права, в судебной практике возникает много вопросов, связанных с надлежащим применением норм международного права. Пленум Верховного Суда РФ в нескольких постановлениях пытался восполнить соответствующий пробел. Первое постановление Пленума Верховного суда РФ, которое лишь частично касается вопроса применения международного права, принято в 1995 г.¹

В указанном постановлении Пленум перечислил лишь некоторые международные акты, в которых могут быть закреплены общепризнанные принципы и нормы международного права и оставил этот перечень открытым: «Судам при осуществлении правосудия надлежит исходить из того, что общепризнанные принципы и нормы международного права, закрепленные в международных пактах, конвенциях и иных документах (в частности, во Всеобщей декларации прав человека (1948), Международном пакте о гражданских и политических правах (1966), Международном пакте об экономических, социальных, культурных правах (1966)), и международные договоры Российской Федерации являются, в соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации, составной частью ее правовой системы». Оставление Пленумом Верховного суда РФ перечня международных актов открытым создает еще большую неопределенность для российских судов в выборе той или иной формы международного права, в которой могут закрепляться общепризнанные принципы и нормы. Кроме того, Пленум Верховного Суда РФ в указанном Постановлении дал разъяснение нижестоящим судам лишь об обязанности применять положения международного права, но не дал разъяснений о порядке применения положений международного права.

Постановление Пленума Верховного суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»² полностью посвящено применению международного права. В нем отмечается, что «под общепризнанными принципами международного права следует понимать основополагающие императивные нормы международного права, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонения от которых недопустимы».

Под общепризнанной нормой международного права следует понимать правило поведения, принимаемое и признаваемое международным сообществом государств в целом в качестве юридически обязательного.

Словосочетание «принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом», используемое в постановлении Пленума, создает для судей дополнительные трудности в применении общепризнанных принципов и норм международного права. В научной литературе предлагается издание единого постановления Конституционного суда РФ, в котором аккумулировались бы те общепризнанные принципы и нормы международного права, которые Российская Федерация считает частью своей правовой системы³. Наличие единого перечня общепризнанных принципов и норм международного права, входящих в правовую систему Российской Федерации, безусловно, позволит внести определенность в данный вопрос и упростит не только принятие решений судами различных инстанций, но и обоснование участниками судебного производства своих позиций. В то же время полностью проблема не будет решена. Во-первых, если перечень общепризнанных принципов является относительно небольшим (хотя и в данном случае речь идет о десят-

ках международных норм), то количество общепризнанных норм международного права достаточно велико и нельзя быть полностью уверенным в том, что все они будут проанализированы и учтены Конституционным судом РФ в конкретном постановлении. Во-вторых, общепризнанные принципы и нормы международного права находятся в постоянном развитии в связи с расширением международно-правовых контактов, появлением новых договоров и иных документов международного характера.

Кроме отмеченной выше проблемы, некоторые авторы обращают внимание на то, что Конституция РФ не содержит ответа на вопрос, чем руководствоваться в случае возникновения коллизии между общепризнанной нормой международного права и законом⁴. Действительно, согласно ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора. Однако эта норма ничего не говорит об общепризнанных принципах и нормах международного права.

На сегодняшний день большинство авторов признают приоритет общепризнанных принципов и норм перед национальным законодательством⁵. Отсутствие же прямого указания на это в Конституции РФ, на наш взгляд, следует рассматривать как дефект юридической техники.

Согласно ст. 126 Конституции РФ, Верховный суд РФ является высшим судебным органом по гражданским, уголовным, административным и иным делам, подсудным судам общей юрисдикции, осуществляет в предусмотренных федеральным законом процессуальных формах судебный надзор за их деятельностью и дает разъяснения по вопросам судебной практики.

Судебная практика постановлений Пленума Верховного суда РФ является образцом обязательного применения судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права. Следовательно, постановления должны быть высокого качества. Важно разъяснять в постановлениях детальный порядок дальнейшего применения тех или иных общепризнанных принципов и норм международного права.

Судебная практика Верховного суда РФ создается в том числе президиумом, судебными коллегиями при рассмотрении конкретных дел по первой инстанции, в кассационном и надзорном порядке. От их решений зависит правильное применение судами общепризнанных принципов и норм международного права.

Формально суд не связан правовой позицией вышестоящего суда, высказанной по аналогичному делу. Однако в условиях действия принципа единообразия судебной практики, если высшие судебные инстанции определили содержание оценочного понятия в той или иной конкретной ситуации, можно ожидать, что судьи не будут отступать от этого образца, иначе велика вероятность изменения или отмены соответствующего акта. Поэтому, безусловно, разъяснения высших судебных инстанций предназначены не только для ознакомления с ними судов, но и для использования в качестве руководства при разрешении аналогичных дел.

В связи с тем, что в России нижестоящие суды традиционно следуют инструкциям Верховного суда РФ, развитие ситуации в этих областях будет главным образом зависеть от того, сформулирует ли Верховный суд РФ четкие инструкции, разъясняющие полномочия обычных судов по непосредственному применению международного права⁶.

Для успешного применения общепризнанных принципов и норм международного права в судах общей юрисдикции необходимо принятие более детальных разъяснений Пленума Верховного суда РФ, наличие соответствующей судебной практики Президиума, судебных коллегий Верховного суда РФ. От их решений зависит правильное применение судами общепризнанных принципов и норм международного права.

¹ См.: *О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия: постановление Пленума Верхов. суда РФ от 31 окт. 1995 г. № 8 // ВВС РФ. 1996. № 1. С. 1.*

² ВВС РФ. 2003. № 12.

³ *Бабай А.Н., Тимошенко В.С.* Роль общепризнанных принципов и норм международного права в правовой системе России // *Закон. 2006. № 11.*

⁴ *Зимненко Б.Л.* О применении норм международного права судами общей юрисдикции: *Справочное пособие.* М., 2005.

⁵ *Комментарий к Конституции РФ / под ред. проф. Л.А. Окунькова.* М., 1996; *Тиунов О.И.* Конституционный суд Российской Федерации и международное право // *Российский ежегодник междунар. права. 1995. С. 181; Зимненко Б.Л.* Указ. соч.

⁶ *Бурков А.Л.* Указ. соч. 2010. С. 271.

К ВОПРОСУ ОБ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ОРГАНИЗАЦИЙ В СВЯЗИ С БОРЬБОЙ С ТЕРРОРИЗМОМ

В связи с имплементацией международно-правовых требований, связанных с борьбой с терроризмом, в отечественное уголовное законодательство в научной литературе неоднократно поднимался вопрос о введении уголовной ответственности юридических лиц, в том числе и за деяния террористического характера¹. Так, например, А.В. Наумов, С.Г. Келина писали, что юридические лица должны быть признаны субъектом ответственности за совершение экономических, экологических преступлений и преступлений против мира и безопасности человечества, в том числе и террористического характера². Б.В. Волженкин, говоря о необходимости введения уголовной ответственности для организаций, подчеркивает, что вред, причиняемый ими, существенно выше вреда, который может причинить отдельное физическое лицо³.

В качестве обоснования необходимости данного шага приводятся, как правило, нормы ст. 5 Конвенции о борьбе с финансированием терроризма 1999 г. и ст. 10 Конвенции Совета Европы о предупреждении терроризма 2005 г.⁴

Анализ содержания данных статей не позволяет сделать однозначный вывод о конвенционном требовании ввести именно уголовного-правовой уровень ответственности для юридических лиц – участников терроризма. В обоих указанных выше актах говорится, что государства – участники конвенций обязуются в соответствии с принципами своего внутреннего права принять необходимые меры для установления ответственности для национальных юридических лиц, в случае совершения физическим лицом, ответственным за управление этим юридическим лицом, террористического преступления. При этом в международных актах специально указано, что такая ответственность может носить уголовный, гражданский или административный характер. Аналогичным образом изложено требование об установлении ответственности юридических лиц в Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности 2000 г.⁵

Таким образом, в антитеррористических конвенциях учитывается национальная специфика юридической правотворческой техники, допускается вариативность способов имплементации представленной договорной нормы в государственный правопорядок.

В отечественной практике возможность публичной ответственности юридических лиц за противоправное поведение в сфере борьбы с терроризмом в настоящее время предусматривается в рамках административного законодательства. Так, Кодекс об административных правонарушениях РФ содержит статью, посвященную установлению наказания за финансирование терроризма (ст. 15.27.1), действие которой распространяется и на юридические лица.

Включение юридических лиц в круг субъектов уголовной ответственности, исключительно в связи с требованием борьбы с исследуемым явлением, повлечет коренную реформу, с изменением принципиальной основы базовых отраслей российской правовой системы, причем как материальных, так и процессуальных. Дискуссия о целесообразности и возможности включения организаций в круг субъектов отечественного уголовного права имеет давнюю историю. Известный дореволюционный юрист Н.С. Таганцев в начале XX в. отмечал, что возможное введение уголовной ответственности юридических лиц противоречит «основным началам уголовной наказуемости», не соответствует российской правовой традиции⁶. Думается, что с этой точкой зрения можно согласиться. Подобная новелла требует существенного и комплексного пересмотра институционального механизма в правоохранительной сфере в целом и исполнительной в частности. Такая реформа имела бы под собой основания, если бы было невозможно осуществить оптимизацию механизма привлечения к публичной ответственности юридических лиц в рамках существующего порядка.

В. Михайлов обоснованно считает, что проблема ответственности организаций кроется не в отсутствии мер уголовного воздействия для данного вида субъектов, а в неиспользовании уже имеющихся механизмов⁷. Российская система в этом плане способна показывать успешность и эффективность применения мер административного воздействия за деяния юридических лиц, имеющих террористическую окраску. Совершенствование административно-правовых конструкций может оказать

более быстрый и эффективный вариант привлечения к ответственности организаций, чем кардинальная перестройка базовых основ уголовного права и процесса. Так, например, Т.В. Мельник предлагает создать административную процедуру ареста имущества лиц и организаций, включенных в официальный перечень причастных к террористической деятельности.⁸

В отечественной ситуации, с учетом национальных правовых традиций и сложившихся моделей расследования преступлений, вряд ли можно прогнозировать качественный рывок в предупреждении преступности в целом и терроризма в частности в случае включения организаций в круг субъектов уголовного права. Об этом свидетельствует и имеющаяся мировая практика привлечения юридических лиц к данному виду ответственности в других странах романо-германского права. Так, Г.И. Богуш, проанализировав практику работы ст. 422-5 Уголовного кодекса Франции, предусматривающую привлечение к ответственности юридических лиц за акты терроризма, пришла к выводу, что она практически не действует, не создает позитивной правовой защиты, показывает спорность и неоднозначность правоприменения⁹.

В завершении анализа данного аспекта представляется логичным привести точку зрения У. Крастиньш: «Уголовная ответственность должна быть установлена только в исключительных случаях, когда другие виды юридической ответственности не обеспечивают защиту важных интересов государства и общества, являются недействительными, исчерпали свои возможности и не дали желаемого результата»¹⁰.

¹ Дворецкий М.Ю. Международный терроризм: эффективность уголовной ответственности и перспективы ее оптимизации // Вестник ТГУ. 2011. Вып. № 1. (93). С. 338; Абашина Л.А. Юридическое лицо как субъект уголовной ответственности: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Орел, 2008. С. 123; Сальников В.П. Российское законодательство в сфере борьбы с терроризмом и проблемы его применения // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. 2000. № 1. С. 9–10.

² Курс российского уголовного права. Общая часть / под ред. В.Н. Кудрявцева, А.В. Наумова. М.: Спарк, 2001. С. 258; Келина С.Г. Ответственность юридических лиц в проекте нового Уголовного кодекса Российской Федерации // Уголовное право: Новые идеи. М.: ИПП РАН. 1994. С. 59–60.

³ Волженкин Б.В. Уголовная ответственность юридических лиц. – СПб., 1998. С. 6–9.

⁴ Широков В.А. Уголовная ответственность юридических лиц: Опыт зарубежных стран и перспективы применения в России. URL: <http://law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1252244> (дата обращения: 13.01.2015).

⁵ Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности Принята резолюцией 55/25 Генеральной Ассамблеи от 15 ноября 2000 г. URL: <http://www.un.org/russian/terrorism/instruments.shtml> (дата обращения: 13.01.2015).

⁶ Таганцев Н.С. Уголовное право (Общая часть). Ч.1. По изданию 1902 года. 2003. URL: <http://www.allpravo.ru/library/doc101p0/instrum105/item835.html> (дата обращения: 13.01.2015).

⁷ Михайлов В. Нужна ли уголовная ответственность юридических лиц в Российской Федерации? URL: www.tpp-inform.ru/economy_business/3244.html (дата обращения: 13.01.2015).

⁸ Мельник Т.В. Международно-правовое регулирование борьбы с финансированием терроризма на универсальном уровне: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.10. С. 8.

⁹ Богуш Г.И. К вопросу об уголовной ответственности юридических лиц // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2005. №4. С. 27, 30.

¹⁰ Крастиньш У.Я. Коллективный субъект в уголовном праве // Уголовное право в XXI веке. М., 2002. С. 45. Цит. по: Богуш Г.И. К вопросу об уголовной ответственности юридических лиц // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2005. №4. С. 29.

Х. АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ГУМАНИТАРНОГО ОБРАЗОВАНИЯ

Е. П. Бурдо

*Марийский государственный университет,
г. Йошкар-Ола*

И. Г. Гаранина

*Марийский государственный университет,
г. Йошкар-Ола*

ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ ИНКЛЮЗИВНОГО ОБРАЗОВАНИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ И В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ

О необходимости изменений в сфере образования свидетельствует растущий международный интерес к инклюзивным образовательным учреждениям, которые вовлекают в свою орбиту всех детей, независимо от их потребностей и возможностей.

С учетом принципов и стандартов в области прав человека, международно-правовые акты находят отражение в дискуссиях, обсуждаются на совещаниях, что обеспечивает развитие безотлагательного императива прекращения сегрегации в отдельных образовательных учреждениях для лиц с ограниченными возможностями или тех, кто испытывает трудности в обучении.

Основные концепции реформ с точки зрения международного права прав человека предусматривают следующее:

- включение вопросов инклюзивного образования в первую очередь не в сам процесс образования или профессиональную область, а в сферу основных прав человека без какой-либо дискриминации;
- преобладание прав детей над выбором родителей;
- активное участие взрослых инвалидов и детей должно играть ключевую роль в развитии интеграции.

Несомненно, все дети имеют право на образование. За последние годы появилось огромное количество международных документов, направленных на реализацию принципа инклюзивного образования, а также подтверждающих важность действовать в направлении обучения всех, без различия, с учетом индивидуальных потребностей (Саламанкская декларация о принципах, политике и практических действиях в сфере образования лиц с особыми потребностями, 1994 г. (далее – Саламанкская декларация)).

Конвенция ООН о правах ребенка (1989), Стандартные правила ООН по обеспечению равных возможностей для инвалидов (1993) и Саламанкская декларация – это первооснова в борьбе за отмену сегрегации в сфере образования, которая ущемляет права детей с ограниченными возможностями быть частью образования и укрепляет предрассудки общества и дискриминацию по отношению к ним. Эти документы вместе составляют веские основания для регулирования инклюзивного образования, предоставляют уникальную возможность поставить вопрос об имплементации положений инклюзивного образования на повестку дня национальных правительств, включая Российскую Федерацию.

Права, закрепленные в Конвенции ООН 1989 года, применимы ко всем детям, без их дискриминации, включая право на образование на основе равных возможностей. Данное правило требует, чтобы государства-участники обеспечили образование для людей с ограниченными возможностями в интегрированных структурах. Но Саламанкская декларация обеспечивает высокую четкость и самым недвусмысленным образом указывает на обязанности для обычных школ принимать всех детей, независимо от их физических, интеллектуальных, эмоциональных, социальных, языковых и других особенностей. Все направления политики в области образования, в соответствии с сопроводительным письмом к Саламанкской декларации, должны предусматривать, чтобы дети-инвалиды посещали школу по месту жительства.

Согласно современному международному праву дети-инвалиды не должны быть исключены из обычных образовательных учреждений и общественных институтов и, тем более, отделены от всего общества на основании их инвалидности. Инклюзивное образование, утверждает Питер Ньюэлл, «не является образовательным или профессиональным вопросом, это вопрос соблюдения прав человека»¹. Споры об инклюзивном образовании слишком часто тонут в дискуссиях об образовательной политике, о профессиональных ролях и обязанностях. Конечно, эти вопросы тоже актуальны при ре-

ализации инклюзивных стратегий в области образования, но факт остается фактом, что дети с ограниченными возможностями сталкиваются чаще других с дискриминацией.

Сама по себе Саламанкская декларация придерживается точки зрения, что «инклюзивное образование и инклюзивное участие необходимы для реализации уважения человеческого достоинства и прав человека». Саламанкская декларация и Конвенция ООН о правах ребенка дают четкое понимание того, что международно-правовые стандарты в сфере инклюзивного образования следует рассматривать как международно-правовые стандарты в области прав человека и как принцип современного международного права.

Конвенция ООН о правах ребенка закрепляет много положений, относящихся к борьбе за инклюзивное образование. В Конвенции ООН о правах ребенка 1989 г. утверждается, что дети – это лица, имеющие право чувствовать себя самостоятельно.

Права детей-инвалидов изложены в ст. 23 Конвенции ООН о правах ребенка и напоминают политикам и другим лицам, принимающим решения, что каждый ребенок с инвалидностью имеет право на образование и не должен быть исключен из данного процесса по какой-либо причине и/или признаку дискриминации. Данное положение толкуется в свете ст. 2, которая гласит, что все права распространяются на всех детей без дискриминации. Другими словами, ст. 23 поддерживает ст. 2 – но не заменяет ее – и служит признанием того факта, что дети с ограниченными возможностями зачастую исключаются из обычного образовательного процесса.

Продолжать сегрегацию детей и взрослых с ограниченными физическими и иными возможностями совершенно неприемлемо в гражданском обществе, которое не терпит разделения по какому-либо признаку. Дети, не являющиеся инвалидами и дети-инвалиды часто отграничены друг от друга и, как результат, общество страдает от предрассудков, увековечивающих это разделение.

Существует удручающая тенденция использования своеобразного языка, который заставляет нас чувствовать более комфортно, когда нарушаются права человека. Так, легче говорить о «специальном» образовании, а не допускать мысли о реальной «обязательной сегрегации». Мы все хотели бы чувствовать себя «особенными», но дети-инвалиды и их семьи могут свидетельствовать, что для них сформировано так называемое «специальное образование», что исключает их из общего образования. Отказ от обычных, повседневных отношений, возникающих между теми, кто физически полнокроен, и людьми, кто имеет определенные физические особенности, является нездоровым симптомом и неприемлемым фактом.

Конвенция ООН о правах ребенка также подчеркивает ответственность родителей за благополучие своих детей, за заботу о них, но большее внимание уделяется в ней родительским правам, закрепленным в законодательстве об образовании, за счет интересов детей и их прав, особенно права быть услышанным и права, чтобы их мнение учитывалось.

Политика в области образования устанавливает принцип соблюдения прав родителей, а не детей, которые не получают права на участие и принятие решений. Здесь можно утверждать о прямом нарушении ст. 12 Конвенции о правах ребенка, когда мнение детей не принимается во внимание при принятии решений в таких ключевых областях, как выбор школы, специальные оценки образовательных потребностей, размещения или исключения.

Инклюзивное образование предполагает принципиальное переосмысление цели образования для всех детей и молодых людей, реструктуризацию обычных школ и образовательных учреждений всех типов. Большинство необходимых изменений не относится исключительно к включению детей с особыми образовательными потребностями в общую схему образования. Они являются частью более широкой реформы образования. Образование для лиц с ограниченными возможностями должны составлять неотъемлемую часть национального образовательного планирования, разработки учебных программ и организации учебного процесса.

Инклюзивное образование не может рассматриваться в отрыве от образования в целом. Принцип инклюзивности затрагивает фундаментальные вопросы о природе и цели нашей системы образования и роли, которую школы/университеты играют в жизни общества. Образовательные учреждения не существуют в вакууме – они являются частью общественной жизни.

Саламанкская декларация напоминает нам о том, если мы хотим иметь инклюзивные образовательные учреждения, которые способствуют равным возможностям, то необходимы согласованные усилия не только педагогов и сотрудников, но и сверстников, родителей, семей, добровольцев.

Инклюзивная школа – это элемент инклюзивного общества, но это и краеугольный камень в создании инклюзивных сообществ. Как говорится в Саламанкской декларации, «заслуга таких [инклюзивных] школ не только то, что они способны обеспечить качественное образование для всех детей;

их создание является важным шагом в содействии изменению дискриминационных подходов, в создании благоприятной атмосферы в обществе и в развитии инклюзивного общества».

¹ Farrell P. & Ainscow M. (2002). *Making Special Education Inclusive: From Research to Practice*. London: David Fulton Publishers.

О. Г. Зенина

*Институт права Челябинского государственного университета,
г. Челябинск*

О. В. Кузнецова

*Институт права Челябинского государственного университета
г. Челябинск*

ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО О ВЫСШЕМ ОБРАЗОВАНИИ КАК ЭЛЕМЕНТ ЕДИНОГО ПРАВОВОГО ПРОСТРАНСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Единое правовое пространство – это формируемое государством пространство, созданное на основе общих для всех субъектов российского права условий и требований осуществления юридически значимой деятельности. Оно предполагает единую правовую систему на всей территории Российской Федерации. Традиционно единое правовое пространство понимают в широком и узком смысле.

В широком смысле создание и обеспечение единого правового пространства связано с определением не только правовых предписаний, но и единых социальных условий для их реализации в рамках определенной территории (пространства). К социальным условиям реализации единых правовых предписаний можно отнести факторы экономического (уровень развития экономики, выравнивание экономического положения субъектов территориального образования и т. п.), идеологического (условия духовно-культурной сферы, менталитет общества и т. п.), политического (степень интеграции российского общества, осознание субъектами Федерации себя составной частью единого государства и т. п.), организационного (степень развития информационных технологий) и иного характера¹

В узком смысле под единым правовым пространством понимается создание государством единого, не противоречащего Конституции РФ системного законодательства.

В настоящее время единое правовое пространство РФ имеет сложную структуру, включающую в себя нормы различных отраслей права. Постоянное совершенствование действующего законодательства позволяет сохранять единое правовое, в том числе образовательное, пространство в условиях инновационных изменений, носящих системный характер.

С обеспечением единого правового пространства связаны все основные институты государства и права как в сфере правотворчества, так и в сфере правоприменения. Основными элементами механизма обеспечения единого правового пространства являются законодательные, судебные органы, органы юстиции и прокуратуры и т. д.

По мнению С.Н. Быкова², в настоящее время единое правовое пространство страны в ряде случаев размывается вследствие несоблюдения принципа приоритета норм Конституции Российской Федерации над иными правовыми нормами, федеральных правовых норм над нормами субъектов Российской Федерации. Так, причины, вызывающие появление противоречий в законодательстве субъектов Федерации, подразделяются на:

- обусловленные действительными особенностями этнического, исторического, культурного характера;
- вызванные политико-экономическими интересами регионов, не обусловленные какими-либо историческими или культурными особенностями;
- носящие субъективный характер, обусловленные воздействием таких факторов, как политические интересы конкретных сил или даже личностей, действующих в том или ином субъекте Федерации. В данном случае преодоление противоречий не только допустимо, но и обязательно.

О.В. Балмасов³ считает, что одним из факторов, снижающим эффективность обеспечения единства правового пространства, выступает непоследовательность законотворческой работы. И с этим стоит согласиться. Для совершенствования обеспечения единого правового пространства следует систематизировать законодательство в различных областях государственной деятельности, устранить конкуренцию нормативных правовых актов.

Законодательство о высшем образовании, несомненно, является частью единого правового пространства. В ежегодном Послании Федеральному собранию Президент РФ В.В. Путин подчеркнул, что укрепление Российского государства и обеспечение в нем единого правового пространства рассматривается в качестве приоритетной задачи общества на современном этапе. Выделив в качестве одной из ключевых проблем необходимость значительно улучшить качество образования, президент поручил Правительству разработать и внедрить национальную систему оценки качества профессионального образования⁴.

Законодательство об образовании – это сложный правовой комплекс, включающий различные нормы, например, акты, регулирующие вопросы приема на обучение по образовательным программам высшего образования; устанавливающие требования к профессорско-преподавательскому составу; перечень направлений подготовки (специальностей) высшего профессионального образования, отношения между образовательными учреждениями и обучающимися и т. д.

Законодательство в сфере образования разграничивает компетенцию между федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов Федерации и органами местного самоуправления. Отношения в сфере образования регулируются Конституцией Российской Федерации, Федеральным законом «Об образовании», а также

другими федеральными законами, иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации, содержащими нормы, регулирующие отношения в сфере образования (ст. 4 ФЗ «Об образовании»)⁵.

Таким образом, в структуре законодательства о высшем образовании можно выделить три уровня – федеральный, региональный и муниципальный.

В.Р. Цурпалюк выделяет еще и локальный уровень законодательства об образовании⁶.

Основное отличие между этими уровнями состоит в различном содержании и объеме законодательной компетенции федеральных органов, органов субъектов РФ и муниципальных органов.

Согласно ст. 43 Конституции РФ каждый имеет право на образование. Каждый вправе на конкурсной основе бесплатно получить высшее образование в государственном или муниципальном образовательном учреждении и на предприятии.

В ст. 72 определено, что общие вопросы воспитания, образования, науки (...) находятся в совместном ведении Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. При этом по предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации издаются федеральные законы и принимаемые в соответствии с ними законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации, которые не могут противоречить федеральным законам (ст. 76)⁷.

Среди базовых законов можно выделить профильные и непрофильные законы, содержащие правовые нормы, регулирующие отношения в сфере образования.

Федеральный закон от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» следует отнести к профильным законам.

Для непрофильных законов характерны: а) множественность; б) разный удельный вес образовательной проблематики (от двух-трех статей до целых глав); в) достаточно высокая степень частотности коллизий норм таких законов с нормами, содержащимися в «профильных» законах об образовании и др.⁸

Доктор юридических наук А.Н. Козырин⁹ делит эти законы на определенные группы:

а) федеральные законы, в которых регламентируются общие вопросы организации образования в Российской Федерации, например, Закон РФ от 25 октября 1991 г. № 1807-1 «О языках народов Российской Федерации»; Федеральные законы от 26 сентября 1997 г. № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях»; от 17 июня 1996 г. № 74-ФЗ «О национально-культурной автономии»;

б) федеральные законы, в которых содержатся нормы о специальных видах (направлениях) образования, например, военное образование и военная подготовка – в Федеральных законах от 27 мая 1998 г. № 76-ФЗ «О статусе военнослужащих», от 28 марта 1998 г. № 53-ФЗ «О воинской обязанности и военной службе»; профессиональное образование осужденных к лишению свободы – в Уголовно-исполнительном кодексе РФ;

в) федеральные законы, в которых устанавливаются различные льготы участникам образовательных правоотношений, например, Закон РФ от 15 мая 1991 г. № 1244-1 «О социальной защите граждан, подвергшихся воздействию радиации вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС»; Федеральные законы от 21 декабря 1996 г. № 159-ФЗ «О дополнительных гарантиях по социальной поддержке детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей», от 24 ноября 1995 г. № 181-ФЗ «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации»;

г) федеральные законы, регулирующие трудовые отношения и определяющие порядок социального обеспечения субъектов образовательных правоотношений, например, Федеральный закон от

7 августа 2000 г. № 122-ФЗ «О порядке установления размеров стипендий и социальных выплат в Российской Федерации», Трудовой кодекс РФ;

д) федеральные законы, регулирующие отношения в сфере экономики и финансов образования, например, Гражданский кодекс РФ, Налоговый кодекс РФ, Бюджетный кодекс РФ и др.

Кроме того, к нормативным актам, регулирующим широкий круг отношений в области высшего образования и входящим в состав единого правового пространства, относятся:

1. Указы Президента РФ, в частности, устанавливающие перечень федеральных государственных образовательных организаций высшего образования, которые вправе разрабатывать и утверждать самостоятельно образовательные стандарты по всем уровням высшего образования. Например, Указы Президента РФ от 9 сентября 2008 г. № 332 «Об утверждении перечня федеральных государственных образовательных организаций высшего образования, которые вправе разрабатывать и утверждать самостоятельно образовательные стандарты по всем уровням высшего образования»; от 7 мая 2012 г. № 599 «О мерах по реализации государственной политики в области образования и науки», от 14 февраля 2010 г. № 182 «О стипендиях Президента Российской Федерации для студентов, аспирантов, адъюнктов, слушателей и курсантов образовательных учреждений высшего профессионального образования».

2. Постановления Правительства РФ. Так, Правительство РФ устанавливает порядок разработки, утверждения федеральных государственных образовательных стандартов и внесения в них изменений; порядок конкурсного отбора программ развития образовательных организаций высшего образования (в том числе условия их финансового обеспечения); порядок размещения на официальном сайте образовательной организации в сети Интернет и обновления информации об образовательной организации, в том числе ее содержание и форма ее предоставления, утверждает правила оказания платных образовательных услуг; устанавливает квоту на образование иностранных граждан в Российской Федерации, устанавливает порядок и условия проведения экспериментов в сфере образования и пр. Например, Постановления Правительства РФ от 3 июня 2013 г. № 466 «Об утверждении Положения о Министерстве образования и науки Российской Федерации», от 15 апреля 2014 г. № 295 «Об утверждении государственной программы Российской Федерации "Развитие образования" на 2013–2020 годы», от 15 августа 2013 г. № 706 «Об утверждении Правил оказания платных образовательных услуг».

3. Приказы, письма, регламенты и т.п., принимаемые и издаваемые Министерством образования и науки РФ (свыше 300)¹⁰. Так, Минобрнауки РФ утверждает федеральные государственные образовательные стандарты, принимает нормативные правовые акты по вопросам осуществления переданных полномочий, в том числе административные регламенты предоставления государственных услуг и исполнения государственных функций в сфере переданных полномочий, утверждает перечни профессий, специальностей и направлений подготовки с указанием квалификации, присваиваемой по соответствующим профессиям, специальностям и направлениям подготовки, порядок формирования этих перечней, устанавливает порядок разработки примерных основных образовательных программ, проведения их экспертизы и ведения реестра примерных основных образовательных программ, устанавливает порядок организации и осуществления образовательной деятельности по соответствующим образовательным программам различных уровня и (или) направленности или по соответствующему виду образования и пр. Например, Письма Минобрнауки РФ от 20 августа 2014 г. № АК-2666612/05 «О федеральных государственных образовательных стандартах», от 10 июня 2015 г. № 05-3485 «О контрольных цифрах приема», от 3 июня 2015 г. № АК-1505/05 «О приеме на обучение по программам бакалавриата и программам специалитета», Приказ Минобрнауки РФ от 2 мая 2012 г. № 367 «Об утверждении Административного регламента исполнения Федеральной службой по надзору в сфере образования и науки государственной функции по осуществлению федерального государственного надзора в области образования».

4. Акты иных федеральных органов исполнительной власти, например, Письмо Министерства труда и социальной защиты РФ от 8 ноября 2013 г. № 14-1-187 «О предоставлении учебного отпуска работникам, получающим второе высшее образование».

Второй уровень законодательного регулирования отношений в сфере высшего образования составляет региональное законодательство.

Законодательные акты субъектов Российской Федерации по вопросам образования должны состоять из оригинальных норм субъекта Российской Федерации и не противоречить федеральному законодательству. В форме законов субъектов Российской Федерации могут устанавливаться первичные нормы регионального законодательства по вопросам образования, нормы, закрепляющие с учетом особенностей конкретного субъекта Российской Федерации элементы системы образования, особенности организации образовательной деятельности, социальные и иные гарантии обучающихся и педагогиче-

ских работников. Указанные нормы могут быть урегулированы как в рамках единого базового регионального закона об образовании, так и отдельными законодательными актами субъектов Российской Федерации, регулируемыми различные вопросы построения региональной системы образования¹¹.

В литературе выделяются следующие основные группы региональных законов и подзаконных актов¹²:

1. Региональные законы, регулирующие общие вопросы образовательной деятельности, например, Закон Челябинской области от 29 августа 2013 г. № 515-ЗО «Об образовании в Челябинской области»;

2. Законы и подзаконные акты субъекта Российской Федерации, касающиеся общих вопросов образовательной деятельности, например, постановление Правительства Челябинской области от 29 января 2016 г. № 8-П «Об общем объеме контрольных цифр приема на обучение по профессиям, специальностям и направлениям подготовки за счет бюджетных ассигнований областного бюджета на 2016–2017 учебный год в организациях, осуществляющих образовательную деятельность по образовательным программам среднего профессионального и высшего образования, расположенных на территории Челябинской области»;

3. Законы и подзаконные акты, регулирующие экономические отношения в сфере образовательной деятельности, например, постановление Губернатора Челябинской области от 23 апреля 2014 г. № 336 «Об утверждении Положения о ежегодных именных стипендиях Губернатора Челябинской области лучшим студентам образовательных организаций высшего образования, расположенных на территории Челябинской области»;

4. Законы и подзаконные акты, регулирующие трудовые, социальные и иные отношения работников образовательных учреждений, регулируемых субъектами Российской Федерации, например, Закон Челябинской области от 27 августа 2009 г. № 457-ЗО «О содействии занятости выпускников профессиональных образовательных организаций и образовательных организаций высшего образования в Челябинской области»;

5. Законы и иные нормативные правовые акты, осуществляющие правовое регулирование деятельности образовательных учреждений в сферах, смежных с образовательной, например, Закон Воронежской области от 09.10.2007 № 98-ОЗ «О науке и научно-технической политике в Воронежской области», Закон Пермского края от 2 апреля 2008 г. № 220-ПК «О науке и научно-технической политике в Пермском крае» и т. д.

Следует отметить, что современный период развития российского законодательства об образовании характеризуется возрастанием роли субъектов в законотворчестве по подготовке и принятию региональных законов и иных подзаконных актов. По мнению И.Г. Дудко¹³ значительное координационное влияние на развитие регионального законодательства оказывают федеральные законы, которые устанавливают формы региональных актов в рамках регулируемых отношений, определяют вопросы, подлежащие правовому регулированию в региональных актах.

Третий уровень нормативного правового регулирования представляют муниципальные правовые акты в сфере высшего образования. К ним относятся Уставы и иные правовые акты муниципальных образований, касающиеся создания и осуществления деятельности муниципальных бюджетных образовательных учреждений профессионального образования.

Образовательные учреждения принимают локальные акты, регулирующие отношения внутри самой организации. Например, ФГБОУ ВО «Челябинский государственный университет» (далее – ЧелГУ) были приняты следующие локальные акты:

– Устав; Коллективный договор; Правила внутреннего трудового распорядка; Правила внутреннего распорядка обучающихся; Концепция стратегического развития университета на 2014–2020 гг., и др.;

– локальные нормативные акты о социальной поддержке обучающихся, например, Положение об Объединенном совете обучающихся, Положение о стипендиальном обеспечении и других формах социальной поддержки обучающихся, Положение о портфолио студента, Положение о комиссии по урегулированию споров между участниками образовательных отношений и др.;

– локальные нормативные акты о работе учебных структурных подразделений, например, Положение о порядке проведения аттестации работников, занимающих должности научно-педагогических работников ФГБОУ ВО);

– локальные нормативные акты университета по реализации программ подготовки научно-педагогических кадров в аспирантуре и др.

Подводя итог, можно сказать, что законодательство о высшем образовании, интегрированное в единое правовое пространство России, проработано, целостно, нормы согласованы между собой. Возможно, стоит поддержать предложение некоторых специалистов в сфере образования, в частно-

сти В.М. Сырых¹⁴, принять Кодекс об образовании РФ, который бы аккумулировал положительные моменты в существующем законодательстве и стал бы единым законом прямого действия на территории всего государства.

¹ Азизова В.Т. Общетеоретические проблемы обеспечения единого правового пространства в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. URL: <http://www.disscat.com/content/obshcheteoreticheskie-problemy-obespecheniya-edinogo-pravovogo-prostranstva-v-rossiiskoi-fed#ixzz45Vz12CVm> (дата обращения: 29.07.2016).

² URL: www.zonazakona.ru/law/comments/468/ (дата обращения: 29.07.2016).

³ Балмасов О.В. Обеспечение единого правового пространства как функция современного российского государства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2006. 27 с. Библиогр.: с. 27.4.

⁴ URL: kremlin.ru/events/president/news/17118 (дата обращения: 29.07.2016)

⁵ Собрание законодательства Российской Федерации. 2012. № 53 (ч. 1), ст. 7598.

⁶ pravo-mag.com/journal/article320/ (дата обращения: 29.07.2016).

⁷ Собрание законодательства РФ. 2014, № 31, ст. 4398.

⁸ URL: mybiblioteka.su/1-31367.html (дата обращения: 29.07.2016).

⁹ URL: kozyrin.ru/userfiles/documents/march.doc (дата обращения: 29.07.2016).

¹⁰ URL: минобрнауки.рф (дата обращения: 29.07.2016).

¹¹ О Федеральном законе «Об образовании в Российской Федерации»: Письмо Министерства образования и науки РФ от 1 апреля 2013 г. № ИП-170/17 // Администратор образования. № 11.

¹² URL: www.lexed.ru/obrazovatelnoe-pravo/knigi/yagofarov2005/421.php. (дата обращения: 29.07.2016).

¹³ URL: pravo.news/konstitutsionnoe.../sistema-zakonodatelstva-ponyatie.html. (дата обращения: 29.07.2016).

¹⁴ Сырых В.М. Введение в теорию образовательного права. М.: Центр образовательного законодательства РФ, 2002. 340 с.

А. А. Кириченко

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

РАЗВИТИЕ НОВОЙ ДОКТРИНЫ БЕСПЛАТНОГО И ДОСТУПНОГО ЧЕТЫРНАДЦАТИСТУПЕНЧАТОГО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ

Одна из последних редакций разработанной автором и Ю.А. Ланцедовой новой доктрины бесплатного и доступного четырнадцатиступенчатого образования и науки может быть представлена в виде следующей системы образовательно-квалификационных уровней (ОКУ):

1. *Дошкольный ОКУ*, который должен быть общеобязательным и направленным на получение ребенком с 2 до 6 лет включительно *таких компетентностей, которые необходимы для того, чтобы наиболее эффективно, рационально и качественно начать обучение по школьному (неквалифицированному рабочему) ОКУ.*

2. *Школьный (неквалифицированный рабочий) ОКУ*, который также должен быть общеобязательным и направленным на получение с 7 до 17 лет включительно такой *совокупности базисных компетентностей*, как: 2.1. *Неквалифицированная рабочая компетентность*, которая должна обеспечить эффективное, рациональное и качественное выполнение неквалифицированной рабочей деятельности по производству материальных благ и предоставлению услуг. 2.2. *Общечеловеческая образовательная компетентность*, благодаря которой лицо должно обладать такой совокупностью доктринальных, прикладных и аналитических компетенций, которые на минимальном уровне определяют образованность населения как определенного государства. 2.3. *Потенциальная образовательная компетентность*, которая должна позволить каждому, кто имеет способности и желание, продолжить образование.

3. *Облегченный школьный ОКУ*, который должен быть обязательным для лиц, имеющих психические и умственные ограничения, и предусматривать получение этими лицами также с 7 до 17 лет такой компетентности, которая состоит из минимально возможной совокупности доктринальных, прикладных и аналитических компетенций, позволяющих лицу как включиться в художественно-культурное и образовательное пространство государства, так и выполнять неквалифицированные рабочие производственные функции.

4. *Особенный ОКУ*, который должен быть обязательным для лиц, имеющих такие физические ограничения (глухонемые, слепые, инвалиды конечностей, передвижения и т. п.), которые обуславливают необходимость создания особых условий для получения школьного и иных уровней образования и последующей их практической деятельности и предусматривать достижение этими лицами полноценной школьной, а в случае продолжения образования и соответствующей компетентности.

5. *Внеформативный ОКУ*, который должен осуществляться параллельно иным ОКУ, но не за счет их времени, и преследовать цель в течение, прежде всего, школьного ОКУ обеспечить как выбор будущего направления общественной деятельности и уровня образования по нему, так и удовлетворения внутренних художественных, культурных, эстрадных, спортивных и иных потребностей саморазвития, что в дальнейшем может сопровождать и иные ОКУ и частично или полностью может быть вытеснено самообразовательным ОКУ, в котором уже преобладает самоинициатива.

6. *Квалифицированный рабочий ОКУ*, который должен осуществляться уже на конкурсной основе (с учетом наличия у абитуриента соответствующих способностей и исходя из прогноза количественной потребности в кадрах соответствующего направления общественной деятельности или его специальности и специализации либо субспециализации на момент завершения обучения по этому ОКУ) самостоятельно на протяжении 1,5–2 лет или параллельно завершающему этапу школьного (неквалифицированного рабочего) ОКУ в течение 3 лет и преследовать цель получения такой компетентности, которой достаточно для наиболее эффективного, рационального и качественного выполнения определенной квалифицированной рабочей деятельности по производству материальных благ и оказанию услуг с прогрессирующей разрядностью (квалификацией) этой деятельности.

7. *Специализированный школьный ОКУ*, который также должен осуществляться на конкурсной основе (с учетом наличия у абитуриента соответствующих способностей и исходя из прогноза количественной потребности в кадрах соответствующего направления общественной деятельности или его специальности и специализации либо субспециализации на момент завершения обучения по этому ОКУ) самостоятельно в течение 2 лет или параллельно завершающему этапу школьного (неквалифицированного рабочего) ОКУ в течение 3 лет и преследовать цель получения такой компетентности, которой должно быть достаточно для наиболее эффективного, рационального и качественного выполнения вспомогательных интеллигентных функций помощника госслужащего, педагога, юриста, врача, инженера и др.

8. *Базовый университетский (бакалаврский) ОКУ*, который должен осуществляться на конкурсной основе (с учетом наличия у абитуриента соответствующих способностей и исходя из прогноза количественной потребности в кадрах соответствующего направления общественной деятельности по этому ОКУ), быть направлен на получение в течение 3 лет стационарного вузовского (институтского, университетского) обучения базовых компетенций по определенному направлению общественной деятельности и должен предоставлять возможность не работать по этому направлению, а только осуществить один из следующих шагов: 8.1. Избрать по окончании данного ОКУ специальность и специализацию или, при необходимости, субспециализацию по этому же направлению общественной деятельности и поступить по ней уже на специализированный университетский ОКУ. 8.2. Убедиться в том, что необходимо изменить выбранное направление общественной деятельности на иное, по которому уже заново поступить на базовый университетский ОКУ. 8.3. Начать или продолжить работать до достижения пенсионного возраста по диплому ранее оконченного основного ОКУ, в любом случае школьного или, не исключено, и облегченного школьного, а при наличии соответствующего образования и желания – и квалифицированного рабочего или специализированного рабочего ОКУ.

9. *Специализированный университетский ОКУ*, на который лицо поступает на основе диплома об окончании базового университетского ОКУ на конкурсной основе (с учетом наличия у абитуриента соответствующих способностей и исходя из прогноза количественной потребности в кадрах выбранной специальности и специализации или субспециализации в направлении общественной деятельности на момент завершения обучения по этому ОКУ), и который должен быть направлен на получение в течение 2 лет стационарного университетского обучения таких компетенций, которые вместе с базовыми компетенциями, полученными по базовому университетскому ОКУ, позволили бы выпускнику наиболее эффективно, рационально и качественно работать до пенсионного возраста по определенной специальности, специализации или субспециализации того направления общественной деятельности, по которому лицо обучалось по базовому университетскому ОКУ.

10. *Академический (магистерский) ОКУ*, который направлен на получение в течение 2 лет руководящих или педагогических либо научных компетенций и на который лицо должно поступать на основе конкурса и при наличии таких дополнительных условий: 1. Стажа положительной практической работы не менее 3–5 лет по той специальности и специализации или субспециализации определенного направления общественной деятельности, по которой лицо обучалось по специализирован-

ному университетскому ОКУ. 2. Желания по этой же специализации или субспециализации определенной специальности и направления общественной деятельности осуществлять до достижения пенсионного возраста: 2.1. Руководство соответствующим юридическим лицом, то есть учреждением, организацией или предприятием. 2.2. Образовательную деятельность, т. е. готовить соответствующих практических сотрудников.

11. *Научный ОКУ*, который является ситуативным (то есть только при наличии желания испытать силы сделать научное открытие по избранной ранее специальности и специализации или субспециализации направления общественной деятельности) и для получения которого лишь без отрыва от производства (когда прикрепление к определенной кафедре и научный руководитель не обязательны, а стационарная или заочная докторантура либо иная плановость или вузовская, то есть лицензионная либо аккредитационная, заинтересованность в выпускниках данного ОКУ – недопустимы) достаточно наличия: 1. Диплома о завершении академического или специализированного университетского ОКУ. 2. Научного результата лишь уровня открытия.

12. *Последипломный ОКУ*, который не имеет самостоятельного предназначения и призван обеспечить любой основной ОКУ теми новейшими достижениями науки и образования в области теоретических знаний, практических навыков и уровня аналитического мышления, которые появились за каждые 5 лет, прошедших после завершения обучения по соответствующему ОКУ конкретным выпуском практических работников.

13. *Самообразовательный ОКУ*, который может сопровождать человека всю жизнь и должен преследовать целью самостоятельное овладение определенными компетенциями специальности и специализации или субспециализации конкретного направления или направлений общественной деятельности, либо повысить уровень этих компетенций, или удовлетворить собственные внутренние потребности художественного, культурного, эстрадного, спортивного, иного направления саморазвития и самореализации.

14. *Образование социоокружением*, которое сопровождает человека всю жизнь в виде «образования» улицей, производством, средствами массовой информации, семьей и иными проявлениями социоокружения, которые не являются составными частями процесса получения образования по любым из перечисленных ОКУ, но может положительно или негативно влиять на содержание и качество образования по этим ОКУ.

А. С. Тунтула

*Черноморский национальный университет им. П. Могилы,
г. Николаев*

РАЗВИТИЕ НОВОЙ ДОКТРИНЫ УЧЕБНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЧЕТЫРНАДЦАТИСТУПЕНЧАТОГО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ

Один из последних авторских вариантов новой доктрины учебного обеспечения четырнадцатиступенчатого образования и науки может быть представлен в виде следующей системы учебных курсов:

Все предложенные учебные курсы должны быть едиными и должны разрабатываться и обновляться специальной комиссией Министерства образования на каждый учебный год с учетом результатов диссертационных и иных фундаментальных исследований.

1. *Ретроспективный специальный учебный курс определенной науки* (который должен содержать все устаревшие положения соответствующей науки и иметь значение для целенаправленного проведения научных исследований, понимания того, что и на каком именно уровне и когда и собственно кем было разработано и т. п.).

2. *Эталонный учебный курс той же науки*, положения которого должны:

2.1. Исчерпывающее распределяться между такими специальными курсами, как:

2.1.1. *Базисный специальный учебный курс для бакалавров*, который должен представить те положения соответствующей науки, которые нужны всем без исключения специальностям и специализациям или субспециализациям данного направления подготовки специалистов, и фактически представить базисные доктринальные знания, например, для юристов – базисный специальный курс теории юриспруденции, базисный специальный курс антикриминальной отрасли права, базисный

специальный курс антикриминального судопроизводства, базисный специальный курс криминалистики, базисный специальный курс ординатуры и др.

2.1.2. Система университетских специальных учебных курсов для каждой специальности и специализации или субспециализации специалистов.

Все вузовские ОКУ должны иметь в юриспруденции единое направление «Юриспруденция», что может уже объединить два базисных объекта и все базисные задачи данной отрасли общественного знания, а также определить обоснованность соответствующих специальностей, а именно «Правоведение» (специалист-правовед) и «Антиделиктология» (специалист-антиделиктолог).

Любая наука существует не ради себя (науки), а для того, чтобы на основании широкого обобщения соответствующей практики разработать и применить те научные категории и рекомендации, которые смогут превратить эту практику в более эффективную, рациональную и качественную. А это возможно лишь путем реализации соответствующей образовательной деятельности – подготовки необходимых специалистов прикладного (прежде всего, практического) направления.

В таком аспекте в контексте юриспруденции правоведческими специализациями должны признаваться только: юрисконсульт, нотариус, регистратор актов гражданского состояния, регистратор прав на недвижимое имущество, регистратор юридических лиц и др.

Антиделиктными специализациями в этом смысле выступает значительно более широкий перечень: судебная, прокурорская, следственная, экспертная, адвокатская, чекистатурная, парачекистатурная, ординатурная, фискально-турная (налоговая), таможенная, эмчаэстатурная и др., аналогично соответствующим названиям антиделиктных органов, которых имеется или может быть не менее пятидесяти.

Экспертные субспециализации фактически представляют следующие:

- а) криминалистическую (трассологическая, почерковедческая, оружейная),
- б) медицинскую,
- в) психиатрическую (психологическая, психиатрическая, наркологическая).

Эти субспециализации в ряде случаев должны иметь и более детальную субспециализацию в рамках, например, криминалистической и психиатрической экспертизы.

Ординатурные субспециализации: ординатура общей компетенции, ординатура БАП, ординатура БЭП, ординатура БНОП, ординатура БПН, ординатура-техник, ординатура-разведчик, ординатура-контрразведчик и т. п.

Могут быть и иные специализации и субспециализации, а аналогичные специальности и специализации или субспециализации должны иметь и академический (магистерский) ОКУ.

2.1.3. Система академических специальных учебных курсов для каждой специальности, специализации и субспециализации магистров.

2.2. Стать основой для комплектации системы:

2.2.1. Суммативных специальных учебных курсов определенного научного направления или определенной группы наук одного научного направления науки, которые предназначены для суммативной научной подготовки по каждому из довузовских ОКУ и, в частности, для юриспруденции они могут быть такими:

2.2.1.1. Суммативный специальный учебный курс по юриспруденции для дошкольного ОКУ (который должен содержать самые общие сведения о правовом статусе ребенка).

2.2.1.2. Суммативный специальный учебный курс по юриспруденции для школьного ОКУ (который должен содержать основы теории юриспруденции и по основным отраслям права и судопроизводства, что более правильно именовать как «Основы юриспруденции» и что должно составить такой фундамент юридической подготовки лица, который необходим ему для наиболее эффективно, рационально и качественно осуществления правоприменения и в случае необходимости восстановления с помощью юриста своего нарушенного правового статуса).

2.2.1.3. Суммативный специальный учебный курс по юриспруденции для облегчения школьного ОКУ (который должен содержать несколько облегченные по сравнению со школьным ОКУ суммативные положения юриспруденции для выполнения аналогичных задач при более усиленной помощи юриста).

2.2.1.4. Суммативный специальный учебный курс по юриспруденции для особенного ОКУ (который должен содержать адаптированные к особенностям физических ограничений обучаемых лиц суммативные положения юриспруденции для выполнения аналогичных задач при более усиленной помощи юриста).

2.2.1.5. Система суммативных специальных учебных курсов по юриспруденции для каждой из специальностей и специализации или субспециализации квалифицированного рабочего ОКУ (который должен содержать основы юриспруденции и задачи по его изучению аналогичные школьному ОКУ, но с акцентом внимания на правовом регулировании тех сторон общественной деятельности, в пре-

делах которых осуществляется избранная квалифицированная рабочая специальность и специализация или субспециализация и осуществляется восстановление нарушенного правового статуса).

2.2.1.6. Система суммативных специальных учебных курсов по юриспруденции для каждой из специальностей и специализации или субспециализации специализированного школьного ОКУ (который должен содержать основы юриспруденции и задачи по его изучению аналогичные школьном ОКУ, но с акцентом внимания на более широком правовом регулировании тех сторон общественной деятельности, в рамках которых осуществляется избранная специальность и специализация или субспециализация специализированного школьного ОКУ и осуществляется восстановление нарушенного правового статуса).

2.2.1.7. Система суммативных специальных учебных курсов по юриспруденции для вненормативного ОКУ (который должен содержать такие положения юриспруденции, которые не входят в основные довузовские ОКУ и имеют целью раскрыть, прежде всего школьнику, сущность основных специальностей и специализаций или субспециализаций юридической деятельности).

2.2.2. Последипломные специальные учебные курсы, которые должны разрабатываться под каждый выпуск учебного заведения по каждому из основных ОКУ с тем, чтобы охватить только те необходимые новейшие положения и навыки, которые появились после окончания данного ОКУ и необходимы для наиболее эффективного, рационального и качественного осуществления практической деятельности по соответствующей ее специальности и специализации или субспециализации либо с тем, чтобы обеспечить качественную переквалификацию сотрудника по близкой специализации или субспециализации.

В. И. Шмыков

*Пермский государственный национальный исследовательский университет
г. Пермь*

ЮРИДИЧЕСКАЯ ПСИХОЛОГИЯ В ПГНИУ – НЕКОТОРЫЕ ИТОГИ ИССЛЕДОВАНИЙ

Предлагаем вниманию предварительные итоги исследований в области юридической психологии. Юридическая психология в университете развивалась на основе теории интегральной индивидуальности В.С. Мерлина¹ под началом научных руководителей пермской школы психологии – Б.А. Вяткина, М.Р. Щукина, Л.Я. Дорфмана.

В теории интегральной индивидуальности (ИИ) для изучения формирования индивидуальных свойств человека при взаимодействии с окружающей действительностью необходим поиск опосредующего звена – индивидуального стиля (например, деятельности, общения, активности)². И, следовательно, задачей изучения влияния социальной системы является развитие индивидуальности³.

1. Профессиональная деятельность и стиль деятельности сотрудников органов внутренних дел

Стиль деятельности (СД) и его динамики в связи с профессиональным развитием у сотрудников ОВД изучался Е.Г. Кузнецовой под руководством М.Р. Щукина⁴. Выборка: сотрудники ОВД со стажем до 3 лет (I группа), до 10 лет (II группа) и свыше 10 лет (III группа). В каждой из выборок выделено по 3 стиля деятельности. В первой группе: *стиль 1* – освоение деятельности (в основе коммуникативные склонности); *стиль 2* – активной профессиональной деятельности (в основе инициативность, адаптивность деятельности); *стиль 3* – самостоятельной профессиональной деятельности (в основе вариативность рациональных приёмов). Уровень развития СД в первой группе: стили недостаточно сформированные – нормативно-репродуктивный уровень (ведущие приёмы: самоконтроль). На начальном этапе профессиональной деятельности происходит освоение профессии. Уровень развития СД во второй группе (стаж до 10 лет): дальнейшее развитие выявленных стилей – уровень индивидуализации (ведущие приёмы: планирование, инициативность, вариативность и гибкость в работе). С увеличением стажа работы и с приобретением опыта индивидуальные качества человека приспособляются к требованиям деятельности в ОВД, развивается СД, происходит становление профессионального мастерства. Развитие СД в третьей группе (стаж свыше 10 лет): *позитивно-негативные изменения стилей* – уровень ведомственного «штампа» (жёсткой регламентации) и «двойного» (позитивно-негативного) влияния опыта (ведущие приёмы: организаторские склонности, «ведомственный» конформизм):

- позитивное влияние – профессиональный рост в узкой специализации;
- негативное влияние – самоуспокоенность, стереотипизация в работе, прекращение профессионального роста.

Вывод: профессиональная деятельность в ОВД является полифункциональным образованием. Фактором, влияющим на развитие СД, является единоначалие (жесткое следование предписаниям, нормативность поведения), которое сужает (ограничивает) выбор эффективного стиля деятельности и ограничивает результативность труда.

2. Условия лишения свободы и коммуникативный стиль осуждённых

Стили коммуникативной активности (СКА) осуждённых в «особых» условиях жизнедеятельности мест лишения свободы изучались нами под руководством Б.А. Вяткина⁵. Фактором, определяющим формирование форм поведения (просоциальных, асоциальных и антисоциальных), является коммуникативная активность (организация общения, взаимодействия и отношений). Выборка: осуждённые к лишению свободы – «изгой», «нейтральные», «отрицательной направленности».

У «изгоев» СКА выражена в пассивно-конформной форме: неустойчивое взаимодействие (неадекватные тенденции: зависимость, потребность в помощи и соперничество), выполнение унижительных обязанностей, преобладание мягких операций общения. Профиль личности: по Р. Кэттеллу – беспечность (F), тревожность (Q); по К. Леонгарду – дистимность, циклотимность, экзальтированность, возбудимость.

У «нейтральных» СКА проявляется в активно-конформной форме: целесообразная система взаимодействия (недоверчивость и скептицизм, реалистичность), положительное отношение к принудительному труду (подчинение уголовно-исполнительным требованиям), соблюдение субкультуры осуждённых (как проявление саморегуляции в группе осуждённых), гибкие операции общения. Профиль личности: по Р. Кэттеллу – тревожность (Q), самоконтроль (Q3); по К. Леонгарду – гипертимность, дистимность, циклотимность, застреваемость, возбудимость.

У «отрицательной направленности» СКА проявляется в активно-жесткой форме: система взаимодействия устойчивая (властно-независимые тенденции), «гиперсоциальные» установки к субкультуре осуждённых, противостояние администрации исправительной колонии, подавление осуждённых, преобладание жестких (авторитарных) операций общения. Профиль личности: по Р. Кэттеллу – эмоциональная устойчивость (C), самоконтроль (Q3); по К. Леонгарду – гипертимность, застреваемость, возбудимость.

В каждой из групп выделено по 3 стиля коммуникативной активности (СКА).

Группа «изгой» (отверженные, опущенные):

1. *Стиль А* – неустойчивый, неконформно-авторитарный, с низкой саморегуляцией: скептицизм, неконформность, подавление других осуждённых, избегание непрестижного труда, поддержание субкультуры осуждённых, авторитарные операции общения.

2. *Стиль Б* – властно-неустойчивый, пассивно-гибкий: социальная эмоциональность, положительное отношение к труду и участие в унижительном труде, подавление других осуждённых, поддержание субкультуры.

3. *Стиль В* – пассивно-обособленный, компромиссно-зависимый: обособленность, формальность, подчиняемость (не могут защитить свои интересы), ради выгоды способны на обман, безразличны к себе и другим, удовлетворены любым «положением дел» (даже унижительным статусом изгоя).

Группа «нейтральные» (мужики: «правильные», «красные»):

1. *Стиль А* – нейтрально-активный: авторитарные операции общения, отсутствие зависимостей и притязаний (нейтральность). Такие осуждённые надеются только на себя и свои силы: смелые, решительные, невосприимчивы к угрозе. В стрессогенной ситуации исполняют роль лидера.

2. *Стиль Б* – активно-независимый, уверенно-настойчивый: независимость, преобладание организаторских действий, поддержка субкультуры, «демократические» операции общения. Такие осуждённые отличаются настойчивостью, стремлением к независимости, выполняют распоряжения администрации и одновременно поддерживают субкультуру. В подавлении осуждённых не участвуют.

3. *Стиль В* – покорно-ответственный, гибкий: покорность, выполнение чужих обязанностей, склонность к помощи окружающим, ответственность, преобладают гибкие (смешанные) операции общения. Такие осуждённые нерешительны, неуверенны в себе.

Группа «отрицательной направленности» (заправилы, паханы, углы):

1. *Стиль А* – властно-независимый, гибко-жесткий (социальной мимикрии): властность, независимость, подавление других осуждённых отрицательное отношение к администрации, стремление к лидерству, способность к социальной мимикрии, гибкие операции общения (преобладание авторитарных). В экстремальной ситуации невозмутимы, легко ориентируются, «холодны» и расчетливы, рациональны, склонны к коварству.

2. *Стиль Б* – властно-активный, гибко-жесткий (скрытный): соблюдение и навязывание субкультуры, подавление осужденных, (властность), отрицательное отношение к администрации, гибкие операции общения. В среде осужденных обособлены, в общении сдержанны, подозрительны, осторожны, находятся в полной зависимости от норм субкультуры.

3. *Стиль В* – уверенно-реалистичный, гибко-активный: социальная детерминированность общения, уверенность в себе, сотрудничество с «референтной» группой, реалистичность суждений, склонность к организаторской деятельности. В среде осужденных внешне «мягкосердечны». Беспокоятся о себе и окружающих – поборники «арестантской справедливости». Смелые, не теряются в рискованной ситуации. В стрессе склонны к импульсивным действиям и ослаблению контроля (это может сопровождаться угрюмым состоянием). Отличаются высокой чувствительностью к оценкам окружающих людей и к влиянию субкультуры.

Вывод: Стиль коммуникативной активности обусловлен свойствами индивидуальности, вырабатывается осужденным в зависимости от объективных условий жизнедеятельности в местах лишения свободы. Выявление СКА осужденных имеет практическое значение – выбор пенитенциарного воздействия и способа взаимодействия при выборе задач исправления.

3. Комплексная обусловленность преступления и качества индивидуальности преступника

Концепция комплексной обусловленности преступления⁶ позволяет изучить полидетерминизм исследуемого явления и выявить качества индивидуальности преступника. Комплексная обусловленность преступления имеет конкретизированную правовую специфику изучаемого явления: сферы жизнедеятельности (экономическая, социальная, политическая, нравственно-духовная, правовая), полидетерминизм причинных факторов совершения преступлений, разграничение факторов (способствующих совершению преступления), *комплексный подход* (уголовно-правовой и криминологический) в системном анализе противоправного деяния. Комплексная обусловленность преступления позволяет составить социолого-психологический портрет личности преступника (преступление против нравственности – ст. 242, 242¹ УК РФ).

Психологический портрет преступника, совершившего преступление против нравственности

- Стратегии поведения и мотивация: характерны асоциальные стратегии поведения (заставить людей «врасплох», ставить свои интересы выше социальных норм, демонстрировать превосходство над людьми, с выгодой для себя поставить человека в неудобное положение и др.). Самореализация в жизни осуществляется посредством асоциальной деятельности.

- Стратегии поведения и межличностные отношения: стратегии не агрессивные, в межличностных отношениях недоверчивы. Такие личности во взаимодействиях с людьми реалистичны, их поступки не агрессивны, но они крайне недоверчивы к людям и склонны к скептицизму и критицизму в отношении норм и ценностей общества.

- Преобладающее настроение – дисфория. Такие личности воспринимают окружающих людей негативно – раздражены и неприветливы. Активность деструктивна, отрицают полезные социальные нормы. Негативные чувства – злость, ненависть, враждебность. В поступках безнравственны и циничны.

- Свойства личности: самоконтроль – хорошо контролируют поступки, проявляют упорство, осознают социальные требования. Действуют планомерно, доводят начатое дело до логического конца. Заботятся о впечатлении, которое производят, и о своей репутации «добропорядочного» гражданина.

Выводы: социолого-психологический портрет личности преступника возможен на основе полидетерминированности изучаемого противоправного деяния – изучение личности преступника в рамках концепции комплексной обусловленности преступления.

4. *Исследование в области юридической психологии в ПГНИУ* продолжается в направлении изучения профессиональной деятельности и психологии жизнедеятельности юристов⁷.

¹ Мерлин В.С. Очерк интегрального исследования индивидуальности. М.: Педагогика, 1986. 256 с.

² Системное исследование индивидуальности: стиль деятельности и общения. Пермь: Перм. гос. пед. ин-т, 1991. 128 с.

³ Дорфман Л.Я. Метаиндивидуальный мир. М.: Смысл, 1993. С. 52–53.

⁴ Кузнецова Е.Г. Стиль профессиональной деятельности и его динамика в связи с профессиональным развитием: автореф. дис. ... канд. психолог. наук. – Пермь, 2000. 24 с.

⁵ Шмыков В.И. Индивидуальный стиль коммуникативной активности осужденных // Психологический журнал. 1996. № 3. С. 44–52.

⁶ Шмыков Д.В. Противодействие обращению порнографических материалов или предметов: уголовно-правовой и криминологический анализ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2011. 18 с.

⁷ Шмыков В.И. Социально-профессиональные условия жизнедеятельности юристов // Вестник Пермского университета. Сер.: Юрид. науки. 2010. Вып. 3. С. 26–44.