

**ПРАВОВЫЕ
ПРОБЛЕМЫ
УКРЕПЛЕНИЯ
РОССИЙСКОЙ
ГОСУДАРСТВЕННОСТИ**



**ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ
УКРЕПЛЕНИЯ
РОССИЙСКОЙ
ГОСУДАРСТВЕННОСТИ**

Часть 45



**ИЗДАТЕЛЬСТВО ТОМСКОГО УНИВЕРСИТЕТА
2010**

УДК 342
ББК 67.92(99)2
П68

Редакторы:

д-р юрид. наук, проф. *Б.Л. Хаскельберг*,
д-р юрид. наук, проф. *В.М. Лебедев*,
д-р юрид. наук, проф. *Г.Л. Осокина*,
канд. юрид. наук, доц. *В.С. Аракчеев*

П68 Правовые проблемы укрепления российской государственности: Сб. статей. – Ч. 45 / Ред. Б.Л. Хаскельберг, В.М. Лебедев, Г.Л. Осокина, В.С. Аракчеев. – Томск: Изд-во Том. ун-та, 2010. – 202 с.

ISBN 978-5-7511-1955-3

В сборнике содержатся статьи преподавателей, научных сотрудников и аспирантов Юридического института ТГУ и юридических факультетов других университетов Западной Сибири. Сборник имеет три раздела: гражданское право; трудовое, природоресурсное, земельное и экологическое право; гражданский процесс. В каждом разделе исследуются вопросы состояния и развития указанных отраслей права, обобщается практика деятельности хозяйственных субъектов, государственных и судебных органов, вносятся предложения по совершенствованию действующего законодательства.

Для преподавателей, аспирантов и студентов высших юридических учебных заведений, практикующих работников.

УДК 342
ББК 67.92(99)2

ГРАЖДАНСКОЕ И СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

КОНСТРУКЦИЯ РЕАЛЬНОГО ДОГОВОРА: ОБ ИСТОРИЧЕСКОЙ СМЕНЕ ФУНКЦИЙ И ЗНАЧЕНИИ В СОВРЕМЕННОМ ПРАВЕ*

Д.О. Тузов

Истоки классического деления договоров на консенсуальные и реальные обнаруживаются в римском праве, в дошедшей до нас через Институции Гая четырехчленной системе, в рамках которой различаются реальные, вербальные, литеральные и консенсуальные контракты:

Gai. 3, 89: *Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.*

И сначала рассмотрим те [обязательства], которые возникают из контракта. Их же бывает четыре рода: ведь обязательство заключается или вещью, или словами, или письмом, или соглашением.

Зачастую данная классификация используется современными отечественными цивилистами в ракурсе нынешних юридических представлений, вне всякого исторического контекста. Более того, некоторые авторы, выступающие против деления сделок на консенсуальные и реальные, экстраполируют свое негативное отношение к нему на римскую классификацию, по-видимому стремясь таким путем показать его изначальную упречность.

«Данная систематизация страдает целым рядом недостатков, – констатируют применительно к римской классификации контрактов А.Б. Бабаев и Р.С. Бевзенко. – Два вида договоров, входящих в римскую систему контрактов, указывают на *форму* их заключения – вербальные (совершенные посредством произнесения формул) и литеральные (заключаемые посредством письменного изложения обязательства). На-

* В настоящей публикации использованы результаты исследований, выполненных на средства гранта Президента РФ для государственной поддержки молодых российских ученых докторов наук (МД-714.2010.6).

именования же “реальный” и “консенсуальный” указывают, скорее, на момент заключения договора – передача вещи или согласование волеизъявлений. Однако даже в этой паре противопоставление двух понятий отнюдь не явное – ведь совершение передачи вещи (т.е. ее отторжение и принятие получателем) также является проявлением взаимосогласованной воли участников договора»¹.

В этом рассуждении обнаруживаются широко распространенные убежденность в абсолютном превосходстве современного юридического мышления над древним и неосознанная склонность мыслить о римском праве с позиций и в терминах нынешней юриспруденции.

Оценивая римскую систему контрактов, дошедшую до нас в цитированном фрагменте Гая, необходимо понимать, что речь идет не о современном теоретическом построении, которое можно было бы критиковать с точки зрения привычных нам догматических постулатов. Эта классификация основана отнюдь не на критерии формы договора и не на критерии момента, с которого последний считается заключенным, как полагают, исходя из сегодняшних представлений, А.Б. Бабаев и Р.С. Бевзенко. В основе ее лежит признак источника возникновения контрактного обязательства.

Можно считать общепризнанным тот факт, что «для классических юристов *res, verba, litterae* не были формальными реквизитами действительности, которые бы добавлялись к соглашению как основному элементу договора, а скорее структурным элементом, из которого рождалось обязательство...»². Иногда источником обязательства являлись *verba*, торжественные слова (именно *слова сами по себе*, а не соглашение, выраженное в произнесении торжественных формул); иногда им были *litterae*, письмо (опять-таки *письмо как таковое*, а не соглашение, совершённое в письменной форме); иногда – передача *res*, вещи (обязательство, исчерпывающееся, как правило, в обязанности должника – заемщика, хранителя, ссудополучателя, залогопринимателя, – вернуть вещь возникало в силу того, что она была им получена, а не потому, что было заключено соглашение о ее возврате); иногда, наконец, – *consensus*, простое неформальное соглашение (обязательство возникало исключительно потому, что стороны так договорились). Лишь в последней группе, «в *obligationes consensu contractae*, было существенным само соглашение, ибо обязательство рождалось из *consensus*»³. В контрактах же других групп оно, хотя и имело место, с точки зрения цивильного права было иррелевантным для возникновения обязательства.

¹ Бабаев А.Б., Бевзенко Р.С. О реальных и консенсуальных договорах // Вестн. ВАС РФ. 2006. № 1. С. 158 и сл.

² *Talamanca M. Elementi di diritto privato romano. Milano, 2001. P. 274.*

³ *Ibidem.*

Таким образом, римская четырехчленная классификация контрактных обязательств видится логически безупречной и адекватно отражающей правовую реальность эпохи и общества, в которых она была создана и применялась.

Лишь в позднюю Античность, когда исчезают формальные и абстрактные контракты *ius civile*, соглашение (*conventio*) превращается в основу договора, а иные сопровождающие его действия – в дополнительный элемент. Однако идентификация *contractus* с *conventio* происходит лишь в постюстиниановском, византийском праве¹. И только в трудах глоссаторов окончательно закрепляется представление о *consensus*'е как основе и обязательном элементе всех контрактов и пактов.

В Средневековье, с утверждением в каноническом (*ius canonicum*) и торговом (*lex mercatoria*) праве, а также в обычном праве германских королевств принципа «*pacta sunt servanda*», намечается процесс девальвации модели реального контракта, достигший своего апогея в эпоху естественно-правовых кодификаций, проникнутых духом свободы договора и началом договорной атипичности, когда законодательно возводится в принцип консенсуальность. Правило договорной автономии, известное во Франции еще до кодификации, впервые закрепляется на законодательном уровне в Кодексе Наполеона: «Законно заключенные соглашения занимают место закона для тех, кто их заключил» (art. 1134 Code civil). При этом передача вещи не входит в число общих условий, существенных для действительности соглашения (art. 1108 Code civil). Согласно принципу договорной автономии «любое законное соглашение производит эффект в силу простого консенсуса, а... любое соглашение, не способное произвести эффект в силу консенсуса, ничтожно вследствие какого-либо недостатка его содержания, так что никакая передача не могла бы... исцелить его и сделать завершенным»².

Именно в этот период в доктрине закономерно возникает diskutированный еще и сегодня вопрос о том, возможно ли оправдать и если да, то каким образом, существование в современном праве конструкции реальных договоров. Между нею и принципами договорной автономии и свободы формы возникает, казалось бы, неразрешимое противоречие.

Поскольку реальные договоры все же продолжают оставаться данностью позитивного права, для теоретического преодоления указанного противоречия доктриной было предложено следующее догматическое объяснение. Во-первых, обязательство вернуть вещь, которое в реальных договорах является основным, не может возникнуть, прежде чем

¹ См.: Grosso G. Il sistema romano dei contratti. 3^a ed. Torino, 1961. P. 184; Talamanca M. Op. cit. P. 275.

² Sacco R., De Nova G. Il contratto. T. I. 3^a ed. Torino, 2005. P. 866 (автор – P. Сакко).

вещь получена, а потому нельзя представить себе реальный договор, если вещь не передана¹. Это суждение, однако, априорно ставит во главу угла обязательство возврата вещи, не отвечая на вопрос о том, почему ранее него из того же договора (но построенного по консенсуальной модели) не может возникнуть обязанность передать вещь тому, кто затем будет обязан ее возвратить². Во-вторых, сторонам ничто не препятствует договориться о передаче вещи, и такое соглашение в силу принципа свободы договора будет иметь исковую силу; тем не менее оно не будет собственно договором займа, ссуды, хранения и т.п., а составит иной, самостоятельный (непоименованный) договор, построенный по консенсуальной модели³. При таком подходе, однако, остается неясным, какой цели может служить подобное исключение консенсуального договора о передаче и принятии вещи из договорного типа соответственно займа, ссуды, хранения и т.п.⁴

Как бы то ни было, если в правопорядках Нового времени категория реальных договоров и сохраняется, а конститутивный характер передачи вещи продолжает служить для этих договоров видообразующим признаком, то ее выделение уже не связывается с той функцией источника обязательства, какую передача выполняла в римской системе. Единственным источником всех договорных обязательств теперь выступает именно консенсус, соглашение; передача же применительно к реальным договорам служит лишь дополнительным элементом, введенным позитивным правом, дополнительным условием их действительности, целесообразность которого можно оценивать критически.

Однако в современных правопорядках девальвация фигуры реального договора идет дальше. Так, хотя в абсолютном большинстве правовых систем континентальной Европы эта фигура, несмотря на обращенную против нее критику, продолжает сохраняться, некоторые страны, такие как Германия, Дания, ряд стран бывшей Югославии, а недавно также Эстония, отказались от нее на законодательном уровне, конструируя все договоры как консенсуальные. В праве других государств, в частности России, эта тенденция девальвации находит свое выражение в

¹ См.: *Pothier R.-J. Traité des contrats de bienfaisance. Traité du prêt à usage et du precaire.* Paris, 1807. I. 10. В этом же смысле ранее Жан Дома: *Domat J. Les loix civiles dans leur ordre naturel.* Paris, 1689-1691. Vol. I. Titre I, 1, 9.

² См.: *Benedetti G. Dal contratto al negozio unilaterale.* Milano, 1969. P. 69; *Sacco R., De Nova G. Op. cit.* P. 867.

³ См.: *Pothier R.-J. Op. et loc. cit.* Этот подход, как и первый, нашел признание у многих, в том числе современных, цивилистов, в частности российских (ср., напр.: *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. Ч. 3: Договоры и обязательства. М., 2003 [по изд. 1896 г.]. С. 110; *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 315).

⁴ *Sacco R., De Nova G. Op. cit.* P. 867.

законодательном «поглощении» договорными типами. традиционно конструируемыми по реальной модели (такими как ссуда или хранение), соответствующих консенсуальных договоров, порождающих *обязанность* передачи или принятия вещи (в безвозмездное пользование, на хранение и т. п.), которые исторически рассматривались, как было показано, в качестве предшествующих реальному договору ни к чему не обязывающих соглашений либо самостоятельных (непоименованных) договоров. Это приводит к появлению в рамках одного и того же договорного типа двух альтернативных моделей – реальной и консенсуальной, но одновременно означает кризис фигуры реального договора, которая становится чем-то второстепенным и даже излишним.

Означает ли рассматриваемая тенденция, что модель реального договора изжила себя и ее сохранение в законодательстве является лишь данью дивилистической традиции?¹

Дуается, что такой вывод был бы преждевременным. Как представляется, для некоторых имущественных отношений реальная модель является единственно оправданной. К таковым относится большинство *безвозмездных* отношений и, следовательно, договоров. Вспомним, что традиционно со времен римского права классическими примерами реальных договоров были и есть именно безвозмездные сделки, такие как заем (*mutuum*), ссуда (*commodatum*), хранение (*depositum*), к которым в отечественном праве впоследствии добавилось дарение. На протяжении всей истории права «безвозмездность шла в ногу с реальностью, возмездность... с достаточностью консенсуса»².

Конструирование безвозмездных договоров, предполагающих передачу вещи, по модели консенсуальной (хотя бы и в качестве альтернативной, используемой наряду с реальной) по меньшей мере спорно. Вряд ли отвечает духу права возложение на лицо, пообещавшее предоставить другому безвозмездную выгоду, например принять вещь на хранение, одолжить определенную сумму и т. п., юридической обязанности сделать это. К тому же подобные отношения, как правило, мыслятся и самими их участниками как сугубо бытовые, основанные на нормах морали и регулируемые последними. Их «юридизация» происходит лишь после передачи имущества, которое необходимо вернуть (при дарениях, разумеется, не возникает и такой обязанности).

«Юридизация» отношений, их превращение из юридически иррелевантных в юридически значимые может быть обусловлена различными факторами. Одним из них является возмездность. Вряд ли оправданно признание юридической силы за обещанием (соглашением) как таковым

¹ Как иногда полагают (см., напр.: *Бабаев А.Б., Бевзенко Р.С.* Указ. соч. С. 169).

² *Sacco R., De Nova G.* Op. cit. P. 870 (автор – *Р. Сакко*).

при безвозмездности отношений только лишь на том основании, что из невыполнения обещания может произойти убыток для стороны, на такое обещание положившейся. Ведь когда есть потребность построить отношения так, чтобы предоставление услуги или вещи в собственность было юридически обеспечено, естественно использовать модель возмездного договора: за гарантию следует платить. Думается, что как соображения справедливости, так и правовые воззрения участников гражданского оборота в большинстве случаев требуют признания обязательной силы лишь за такими обещаниями и соглашениями, не подкрепленными передачей вещи, исполнение которых предполагает встречное имущественное предоставление.

Конечно, на практике может возникнуть потребность юридически гарантировать и обещание безвозмездного предоставления, например для социально полезных целей, неисполнение которого повлечет убытки в виде расходов, произведенных бенефициаром в ожидании этого предоставления. В подобных случаях «юридизация» отношений достигается введением *формального* элемента, чаще всего установлением определенной формы сделки, например письменной формы консенсуального договора дарения – нотариальной (как предусмотрено art. 782 итальянского ГК) или простой (как это имеет место в п. 2 ст. 574 ГК РФ). Заметим, однако, что и тогда, когда допускается консенсуальная модель также для безвозмездных договоров, традиционно конструируемых как реальные, одновременно признается, что такие консенсуальные договоры производят ограниченный правовой эффект или дают правовой эффект лишь в некоторых случаях. Как бы то ни было, отрицается возможность удовлетворения иска о понуждении к исполнению подобных договоров в натуре.

Если соглашение не подкреплено ни одним из названных элементов – возмездностью, определенной формой или хотя бы простой передачей вещи – интерес бенефициара в исполнении, думается, не может претендовать на юридическую защиту, оставаясь за пределами права.

В связи со сказанным остаются непонятными мотивы, по которым законодатель ввел в ГК РФ альтернативную консенсуальную модель для такого безвозмездного по своей сути договора, как ссуда, не подкрепив ее требованием определенной формы, а в отношении другого – дарения – допустил иск о понуждении к исполнению в натуре (что следует из общего правила ст. 398 ГК РФ о возможности истребования индивидуально-определенной вещи и «молчания» на этот счет специальных норм о дарении). Данные законодательные решения не получили, насколько можно судить, какого-либо освещения в цивилистической литературе.

¹ Об этом см.: Sacco R., *De Nova G. Op. cit.* P. 869.

Представляется, таким образом, что законодательное конструирование ряда безвозмездных договоров по реальной модели не противоречит принципу свободы договора. Речь должна идти не об ограничении такими законоположениями договорной автономии, как видится критикам фигуры реального договора, а лишь об установлении границ, отделяющих защищаемые правом отношения от юридически irrelevantных, находящихся в бытовой или этической плоскости. Ведь при ином, вульгарно-абсолютном понимании свободы договора пришлось бы прийти к признанию юридически обязывающими также и таких, например, соглашений и обещаний, как обещание прийти в гости или пойти в кино, возлагая на нарушившего их ответственность в виде возмещения понесенных другой стороной убытков (в частности, расходов). Но, думается, к этому же разряду относятся и обещания безвозмездно одолжить деньги или дать «попользоваться» вещью, безвозмездно «присмотреть» за чужим имуществом и т. п. – до тех пор, пока соответствующая вещь не будет фактически передана.

Однако наряду с рассмотренной выше тенденцией девальвации фигуры реального договора, имеющей общеевропейский масштаб, в российском позитивном праве, особенно с принятием части второй ГК РФ, обнаруживается и прямо противоположная тенденция увеличения числа *возмездных* договоров, сконструированных по *реальной* модели. Наряду с ранее существовавшими реальными договорами страхования и перевозки таковыми теперь являются договоры ренты, финансирования под уступку денежного требования, доверительного управления имуществом (ст. 583, 824, 1012 ГК РФ). Анализ этой тенденции выходит за рамки настоящего исследования. Здесь следует отметить лишь то, что в современном праве выделение реальных договоров не связано уже ни с функцией передачи вещи как самостоятельного источника обязательства, что было характерно для римского права, ни с видообразующей функцией передачи, о чем свидетельствует появление дуалистических (реально-консенсуальных) моделей ряда договоров. Единственная функция, которую выполняют сегодня две модели договора – реальная и консенсуальная, – это определение момента, с которого тот или иной договор считается заключенным. Современный законодатель рассматривает эти две модели как инструмент правовой политики, который он может использовать по своему усмотрению, конструируя конкретные договоры как консенсуальные или как реальные и руководствуясь при этом теми или иными социально значимыми мотивами.

О МЕСТЕ СДЕЛОК С НЕДВИЖИМОСТЬЮ В СИСТЕМЕ КОНСЕНСУАЛЬНЫХ И РЕАЛЬНЫХ ДОГОВОРОВ*

Д.О. Тузов

В последнее время в ряде цивилистических работ можно встретить негативные высказывания в отношении традиционного деления сделок на консенсуальные и реальные. Эта классификация подвергается критике с точки зрения как политики права, так и действующего в настоящее время законодательства.

Для первого случая характерны рассуждения А.Б. Бабаева и Р.С. Бевзенко, по мнению которых «никаких серьезных практических оснований для проведения законодательного разделения между реальными и консенсуальными договорами нет»¹. «...Анализируемая классификация во многом утратила свое значение и нуждается в серьезном пересмотре. Сохранение же в действующем законе разделения договоров на реальные и консенсуальные является, скорее, данью цивилистической традиции, но не отражением действительных потребностей гражданского... оборота»².

С позиций действующего законодательства критическое отношение к рассматриваемому делению сделок выражает Е.А. Суханов. «Необходимо признать, – отмечает он, – что отечественная цивилистика и следующее за ее выводами и постулатами законодательство... иногда не вполне последовательно отражают современное состояние дел в некоторых отдельных сферах имущественных (гражданско-правовых) отношений»³. По мнению автора, «пример такого отставания, основанного на известной консервации традиционных подходов, в рассматриваемой сфере представляет собой давно ставшее у нас общепризнанным деление гражданско-правовых сделок (договоров) на реальные и консенсуальные»⁴.

С подобной критикой далеко не всегда можно согласиться. Думается, что выделение в системе сделок консенсуальных и реальных договоров отнюдь не утратило своего значения, более того, является весьма

* В настоящей публикации использованы результаты исследований, выполненных на средства гранта Президента РФ для государственной поддержки молодых российских ученых – докторов наук (МД-714.2010.6).

¹ Бабаев А.Б., Бевзенко Р.С. О реальных и консенсуальных договорах // Вестн. ВАС РФ. 2006. № 1. С. 169.

² Там же. Впрочем, в статье часто наблюдается смешение двух отмеченных выше уровней критики: *de lege lata* и *de lege ferenda*.

³ Суханов Е.А. О видах сделок в германском и в российском гражданском праве // Вестн. гражданского права. 2006. № 2. С. 7.

⁴ Там же.

важным, ибо позволяет достичь ряда целей правового регулирования договорных отношений с учетом тех или иных социально значимых мотивов. Конечно, не всегда законодательные решения в данной области заслуживают одобрения¹. Однако отношение мотивов законодателя к конкретному законодательному оперированию рассматриваемой классификацией – предмет отдельного исследования, которое не может быть здесь предпринято.

В данной статье остановимся лишь на догматической стороне вопроса, установим, насколько критика классического деления сделок на консенсуальные и реальные обоснованна с точки зрения действующего российского права, кроме того, ограничимся анализом только главного аргумента, используемого в этой критике, т.е. утверждения о том, что появление договоров, подлежащих государственной регистрации, будто бы в корне подорвало незыблемость рассматриваемого деления.

Эта группа договоров, которые условно обозначим как «регистраруемые»², располагается, в соответствии с логикой данной аргументации, вне традиционно выделяемых групп консенсуальных и реальных сделок, отнимая у них, казалось бы, приличную сферу, и прежде всего в области оборота недвижимости. Легальным основанием для такого вывода служит известное положение п. 3 ст. 433 ГК РФ, согласно которому «договор, подлежащий государственной регистрации, считается заключенным с момента его регистрации, если иное не установлено законом»³.

¹ Так, представляется совершенно необъяснимым введение законодателем консенсуальных моделей (хотя бы и в качестве альтернативных) для договоров, безвозмездных по самой своей природе, таких как дарение и ссуда (п. 1, 2 ст. 572; п. 1 ст. 689).

² В одном из исследований для таких договоров было предложено наименование «регистраруемые», произведенное автором от средневекового латинского термина «*registrum*» – регистрация (см.: Болтанова Е.С. Договор купли-продажи недвижимости (общие положения): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2001. С. 6, 11). В действительности термин «*registrum*» употребляется для обозначения (сборников) древних манускриптов (так называемых кодексов) и происходит от позднелатинского «*regesta*» (списки, перечень, реестр). Но и независимо от этого термин «регистраруемый» неудачен сам по себе, так как нарушает правила словообразования, осуществляемого путем заимствования из латинского языка, согласно которым окончания слов языка заимствующего присоединяются к латинскому *корню*, а не ко всему существительному, взятому вместе с окончанием: иначе вместо консенсуальных договоров пришлось бы говорить о договорах «консенсус-альных» (от «*consensus*»), а вместо реальных – о «рес-альных» (от «*res*»).

³ Также и для авторов, не сомневающихся в незыблемости традиционного деления сделок на реальные и консенсуальные, «данное правило, закрепляющее принципиально иной момент перфекции договора... является поводом для выделения особой, третьей, категории договоров...» (Хаскельберг Б.Л., Ровный В.В. Договоры консенсуальные и реальные: теоретические вопросы классификации и характеристика основных особенностей // Хаскельберг Б.Л. Гражданское право: Избранные труды. Томск, 2008. С. 182; Они же. Консенсуальные и реальные договоры в гражданском праве. М.: Статут, 2004. С. 26).

Указывается, что в связи с этим традиционное деление сделок на консенсуальные и реальные переживает кризис, поскольку оказывается неприменимым к обороту недвижимостей. «Практически не было уделено никакого внимания тому обстоятельству, – пишет Е.А. Суханов, – что с возрождением в отечественном праве категории недвижимости это деление договоров утратило всеобъемлющее значение, сохраняя его лишь для соответствующих сделок с движимыми вещами. Поскольку сделки с недвижимостью по прямому указанию закона (п. 1 ст. 131 ГК РФ) подлежат обязательной государственной регистрации и именно факт такой регистрации, а не передача вещи или заключение договора порождает соответствующий юридический эффект в виде возникновения, изменения или прекращения вещных прав на недвижимость (абз. 1 п. 2 ст. 223 ГК РФ), для этих сделок теряет смысл их квалификация в качестве консенсуальных или реальных. Такая классификация теперь сохраняет значение лишь для сделок с движимыми вещами или имущественными правами»¹.

Оставляя в стороне ошибочное утверждение о том, что «именно факт... регистрации (сделки. – Д.Т.), а не передача вещи или заключение договора (?) порождает соответствующий юридический эффект в виде возникновения, изменения или прекращения вещных прав на недвижимость...» – утверждение, в котором смешиваются два различных по объектам и правовым последствиям вида регистрации – регистрация сделок и регистрация прав², легко показать, что и в целом выводы автора не соответствуют реальному положению дел.

Во-первых, отнюдь не все сделки с недвижимостью подлежат обязательной государственной регистрации. Общепринятое в российской доктрине и практике (включая практику регистрирующих органов) толкование соответствующих положений ГК РФ и Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (далее – «Закон о госрегистрации») таково, что госрегистрации подлежат лишь те сделки с недвижимостью, относительно которых на этот счет есть прямое указание в законе³. Таких указаний в действующей

¹ Суханов Е.А. Указ. соч. С. 7 и сл.

² За пределами внимания в настоящей статье остается вопрос о целесообразности сохранения в отношении некоторых сделок с недвижимостью системы «двойной» регистрации – самой сделки и возникающего на ее основании права. Библиографию критики этой системы см., напр.: Хаскельберг Б.Л. Правовая природа и значение государственной регистрации сделок о приобретении недвижимости в собственность // Цивилистические исследования: Ежегодник гражданского права. Вып. 3 [2006] / Под ред. Б.Л. Хаскельберга, Д.О. Тузова. М.: Статут. 2007. С. 315, сн. 6.

³ Дабы избежать обширного цитирования, сошлемся лишь на одну из недавних работ на данную тему, согласно автору которой «это положение сегодня, пожалуй, можно считать господствующим в юридической литературе» (Хаскельберг Б.Л. Указ. соч. С. 317, сн. 9).

шем законодательстве не так уж много; из наиболее распространенных в обороте сделок с недвижимостью регистрации подлежат: договор продажи жилья (жилого дома или квартиры либо части жилого дома или квартиры), договор продажи предприятия, договор ипотеки, договор аренды здания или сооружения на срок не менее года. А такие довольно распространенные сделки с недвижимостью, как договор продажи нежилой недвижимости и договор аренды зданий и сооружений на срок менее года, госрегистрации не подлежат (при продаже недвижимости регистрируется только переход права). Не подлежит госрегистрации и менее распространенный на практике договор безвозмездного пользования недвижимостью (зданием, сооружением).

Все такие договоры считаются, следовательно, заключенными в зависимости от того, сформулированы ли их конструкции как консенсуальные или как реальные. Так, договор продажи нежилой недвижимости, а также договор аренды здания или сооружения на срок менее года, оба будучи консенсуальными, считаются заключенными с момента достижения соглашения по всем их существенным условиям. Договор же безвозмездного пользования недвижимостью будет считаться заключенным – в зависимости от содержания соглашения сторон – или в момент достижения самого соглашения, или в момент передачи ссудодателем ссудополучателю вещи, служащей предметом договора, поскольку конструкция ссуды альтернативно допускает две модели – консенсуальную и реальную (п. 1 ст. 689 ГК РФ).

Во-вторых, обязательность государственной регистрации некоторых сделок с недвижимостью могла бы позволить (хотя лишь на первый взгляд, о чем будет сказано ниже) говорить об устранении обсуждаемого классического деления из данной сферы только в том случае, если бы среди базовых (типовых) конструкций таких сделок были более или менее пропорционально представлены как консенсуальная, так и реальная модель. Но сделок с недвижимостью, базовая конструкция которых построена по реальной модели, ничтожно мало. Сюда относятся: договор безвозмездного пользования недвижимостью (который может быть как реальным, так и консенсуальным), договор ренты под передачу недвижимости в собственность, договор доверительного управления не-

«Системное толкование норм ст. 164 и 131 ГК, – справедливо указывает тот же автор, – приводит к выводу, соответствующему и лингвистическому анализу текста, о том, что не все сделки с недвижимостью подлежат государственной регистрации, а только те, относительно которых имеется специальное указание в законе» (Там же. С. 316 и сл.), хотя «встречаются и иные утверждения, например: “Государственная регистрация обязательна для любого договора с недвижимостью”» (Там же. С. 317, см. 9 со ссылкой на: *Егоров Ю.П.* Правовой режим сделок как средств индивидуального регулирования. Новосибирск, 2004. С. 213).

движимостью. Однако первый из них вообще не подлежит регистрации, а следовательно, как уже отмечено, бесспорно должен считаться консенсуальным или реальным в зависимости от того, как он сформулирован. Договор доверительного управления недвижимым имуществом также не подлежит госрегистрации (согласно ст. 1017 ГК РФ регистрируется лишь передача имущества в такое управление). Единственной регистрируемой реальной сделкой с недвижимостью в силу прямого указания закона является договор ренты при передаче плательщику недвижимого имущества (ст. 584 ГК РФ). Типовая же конструкция всех остальных подлежащих госрегистрации сделок с недвижимостью построена по консенсуальной модели. Этой статистики вполне достаточно, чтобы сделать вывод о том, что если бы требование о госрегистрации сделок действительно искажало бы – пусть лишь в части тех сделок, которые подлежат госрегистрации, – традиционные модели договоров, то это относилось бы по большей части к консенсуальной модели, поскольку пришлось бы признать, что, вопреки ее традиционной структуре, одного только соглашения для заключения договора недостаточно.

Однако оправданно ли вообще противопоставлять категорию регистрируемых договоров (т.е. даже не любых сделок с недвижимостью, как предлагает Е.А. Суханов) договорам консенсуальным и реальным? Думается, что нет. Ибо и внутри этой категории различие между консенсуальными и реальными сделками очевидно: для завершения фактического состава одних (продажа жилой недвижимости, аренда здания или сооружения на срок не менее года, ипотека), а следовательно, для их «готовности» к государственной регистрации (которая, будучи административным актом, не является элементом договора) требуется лишь достижение соглашения (в письменной форме – простой или нотариальной) по всем существенным условиям (консенсуальная модель), для завершения же фактического состава (и последующей регистрации) других (рента) помимо этого необходима передача имущества, подтвержденная актом передачи (реальная модель). Различие существенно,

¹ «...Реальная природа договора (ренты, подлежащего госрегистрации. – Д.Т.), поскольку его возникновение все равно связано не с соглашением как таковым, а с передачей вещи», верно отмечается М.И. Брагинским (см.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 2: Договоры о передаче имущества. М.: Статут, 2000. С. 633). Ср.: Хаскельберг Б.Л., Ровный В.В. Консенсуальные и реальные договоры в гражданском праве. С. 39: «...Даже нотариально оформленный и прошедший государственную регистрацию договор ренты сам по себе (без и до передачи имущества) считается незаключенным и ни к чему не обязывает»; Они же. Договоры консенсуальные и реальные... С. 167: «...Сами по себе действия по его (реального договора. – Д.Т.) надлежащему оформлению и государственной регистрации не обеспечивают его перфекцию, если имущество еще не передано». Если «передача имущества не произошла, договор ренты нельзя признать заключенным» (Там же. С. 182). Интерпретируя уже цитированное выше положение п. 3

ибо по-разному определяется момент накопления фактического состава договора как необходимой предпосылки его регистрации, а значит, и возникновения у сторон субъективного права требовать государственной регистрации и – в случае заявления такого требования – корреспондирующей этому праву административно-правовой обязанности регистрирующего органа произвести такую, равно как и возникновения взаимных прав и обязанностей сторон друг перед другом по совершению необходимых для государственной регистрации договора действий.

Таким образом, в-третьих, законодательное признание за некоторыми сделками с недвижимостью юридической силы лишь с момента их госрегистрации не стирает различия между консенсуальной и реальной моделями, не устраняет его правового значения.

Приведенных соображений, думается, уже достаточно, чтобы – даже не затрагивая проблемы толкования п. 3 ст. 433 ГК РФ – опровергнуть основной аргумент критиков классического деления сделок на консенсуальные и реальные. Вместе с тем фундаментальное значение имеет именно вопрос о *моменте заключения договора*, подлежащего государственной регистрации. Несмотря на, казалось бы, недвусмысленность установления в п. 3 ст. 433 ГК РФ, что «договор, подлежащий государственной регистрации, считается заключенным с момента его регистрации», эта недвусмысленность – лишь относительная. С данным

ст. 433 ГК РФ («Договор, подлежащий государственной регистрации, считается заключенным с момента его регистрации...»), заканчивающемся оговоркой «...если иное не установлено законом», авторы указывают, что «это “иное” как раз имеет место в реальном договоре ренты недвижимости, момент заключения которого всегда связан не только с государственной регистрацией, но еще и с передачей имущества...» (Там же). Нельзя, однако, согласиться с мнением, согласно которому существование различий «между моментами надлежащего оформления рентных отношений и перехода права собственности, с одной стороны, и передачей недвижимого имущества – с другой» будто бы «не препятствует тому, чтобы оформление договора ренты недвижимости и переход права собственности на нее могли *предшествовать* акту ее передачи» (Там же. С. 181). Представляется, что регистрация договора ренты (которую, видимо, авторы тоже подразумевают, говоря об «оформлении» договора) не может быть произведена до передачи вещи, поскольку регистрации подлежит сам реальный договор, а не один лишь его (пусть главный) элемент – соглашение, которое вряд ли верно именовать «договором», хотя бы и «с отодвинутым эффектом» (термин, широко используемый авторами. См.: Там же. С. 162 и сл.). Если передачи не последовало, то реального договора просто нет (без передачи последний, как справедливо отмечают и сами авторы, не является заключенным), а значит, и регистрировать нечего. В этих условиях регистрирующий орган, как представляется, должен отказать в регистрации сделки (отметим, что согласно п. 1 ст. 17 Закона о госрегистрации этот орган осуществляет проверку «юридической силы» представленных на государственную регистрацию правоустанавливающих документов). Тем более нельзя согласиться с тем, что до передачи недвижимой вещи, т.е. до момента *заключения* (реального) договора ренты, возможен переход права собственности: это означало бы приобретение собственности по *несуществующему* договору, а значит, в отсутствие какого-либо на то основания (*titulus adquirendi*).

положением вступают в противоречие другие нормы ГК РФ, рассматривающие незарегистрированный договор в качестве юридического факта, порождающего права и обязанности сторон по его регистрации, в частности допускающие возможность требовать вынесения судебного решения о государственной регистрации сделки в случае уклонения одной из сторон от такой регистрации (п. 3 ст. 165 ГК РФ), а также возлагающие на регистрирующий орган правовую экспертизу и проверку юридической силы представленных на регистрацию правоустанавливающих документов, проверку законности сделки (п. 1 ст. 13; п. 1 ст. 17 Закона о госрегистрации), т. е. исходящие из ее *заключенности*. Однако главное состоит в том, что, поскольку государственная регистрация не входит в состав сделки (ибо сделку совершают стороны, а не регистрирующий орган), ее отсутствие просто не может влиять на признание или непризнание сделки заключенной. Несмотря на отсутствие государственной регистрации сделка тем не менее *заключена* и соответствует закону, однако ее юридической силе в смысле основного (типичного) правового эффекта, ее действию препятствует отсутствие акта государственной регистрации (выступающего здесь в качестве *condicio iuris*)¹.

Итак, в-четвертых, подлежащие государственной регистрации договоры с недвижимостью заключаются не в момент их регистрации, как, казалось бы, следует из формулировки п. 3 ст. 433 ГК РФ, а в момент достижения сторонами соглашения или в момент передачи вещи, сопровождающей это соглашение, – в зависимости от того, идет ли речь о консенсуальной или реальной модели.

ОСНОВАНИЕ ПЕРЕХОДА ВЫМОРОЧНОГО НАСЛЕДСТВА К ПУБЛИЧНЫМ ОБРАЗОВАНИЯМ

Б.Л. Хаскельберг

Основанием динамики любого правоотношения и, следовательно, субъективного права, как одного из его элементов, является обстоятельство (обстоятельства), обуславливающее в соответствии с нормами объективно-

¹ Подробнее об этом см.: Тузов Д.О. Концепция «несуществования» в теории юридической сделки. Томск: Пеленг, 2006; Он же. О понятии «несуществующей» сделки в российском гражданском праве // Вестн. ВАС РФ. 2006. № 10. С. 4–26; Он же. Теория недействительности сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. М.: Статут, 2007. Гл. 2 (§ 4–14; с. 57–138); Он же. О последствиях несоблюдения требования о государственной регистрации сделки в проекте Концепции совершенствования общих положений ГК РФ // Правовые проблемы укрепления российской государственности: Сб. ст. Ч. 42 / Ред. Б.Л. Хаскельберг и др. Томск, 2009. С. 3–6.

го права наступление правовых последствий в сфере общественных отношений – возникновение, изменение, прекращение правовых связей между субъектами права, иначе говоря, юридический факт¹ или совокупность юридических фактов – фактический (юридический) состав.

Смерть физического лица – юридический факт (событие) влечет прекращение его правоспособности и как следствие этого – прекращение статуса участника правоотношений, в которых он при жизни был стороной. При наличии наследников и принятии ими наследства они вступают в правоотношения, участником которых был умерший – наследодатель.

Гражданский кодекс называет ряд обстоятельств, при наличии которых наследство никто из наследников по закону и (или) по завещанию не принял и оно признается выморочным и как таковое переходит к публично-правовым образованиям. В этой связи возникает ряд вопросов: об обосновании перехода наследства к публичным образованиям, о характере и правовой квалификации указанных в ГК РФ (п. 1 ст. 1151) обстоятельств, при наличии которых оно переходит к указанным субъектам, о правовой природе перехода выморочного наследства к публичным образованиям и др.

Под основанием перехода выморочного наследства к публичным образованиям следует понимать юридический факт, с которым связывается право публичных образований на наследство. Этим фактом является выморочность наследства как единственное основание, никакие иные факты в качестве оснований законом не предусмотрены². Нельзя смешивать основания выморочности наследства с основанием перехода его к публичным образованиям. В связи с этим, по крайней мере, не точной следует признать следующую формулировку: *«Основания признания имущества умершего выморочным являются основаниями наследования этого имущества государством»*³. Таким образом отождествляются

¹ Юридические факты, как известно, являются таковыми в силу того, что они предусмотрены нормами права (соответствующими гипотезами правовых норм), а правовые последствия, установленные ими (диспозиции), возникают с наступлением этих фактов.

² Согласно части третьей ГК РФ Российская Федерация может наследовать по закону, пишет М.Л. Шелютто, в одной лишь ситуации – при выморочности имущества. См.: *Наследственное право* / Под ред. К.Б. Ярошенко. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 158.

³ *Комментарий к Гражданскому кодексу РФ. Часть третья* / Отв. ред. Л.П. Ануфриева. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 144. Авторы комментария к ст. 1151 Л.П. Ануфриева и Т.Д. Чепига. Не отличается необходимой точностью и утверждение о том, что «...наследственное имущество переходит к государству в силу открытия наследства при условии отсутствия или отпадения других наследников». (Рассказова М.Ю. Право на принятие наследства // Закон. 2006. № 10. СПС «КонсультантПлюс». «В силу» означает не что иное, как на основании. Но основанием перехода наследства к государству по закону является его выморочность).

основания выморочности и основания перехода выморочного имущества к публичным образованиям. Между тем в действительности основанием перехода наследства в собственность публичных образований, как отмечалось, является выморочность, а основанием последней – обстоятельства, как юридические факты, указанные в п. 1 ст. 1151 ГК РФ. Иначе говоря, юридические факты, свидетельствующие о невозможности передачи наследства наследникам по закону и (или) по завещанию.

Примечательно что и законодатель различает основания выморочности и основание перехода выморочного имущества в собственность публичных образований, формулируя их в различных правовых нормах. Основания выморочности закреплены в п. 1 ст. 1151 ГК РФ, а основание перехода наследства в собственность публичных образований, т.е. правовые последствия выморочности, в п. 2 ст. 1151.

Нормы п. 1 и п. 2 ст. 1151 ГК РФ предусматривают различные гипотезы и не совпадающие диспозиции: гипотеза нормы п. 1 выражена в установлении *условий (обстоятельств) выморочности* имущества, а диспозиция – в признании имущества выморочным. Гипотеза нормы п. 2 указывает на условия (факт) выморочности наследства, а диспозиция – на переход выморочного наследства к публичным образованиям.

Итак, необходимо различать юридические факты выморочности, основания выморочности и основание перехода наследства – выморочность – к публичным образованиям.

Небезынтересен вопрос о характере перечня обстоятельств (п. 1 ст. 1151 ГК РФ), с которыми связывается выморочность наследства: является он открытым или закрытым, исчерпывающим. Авторы, затрагивающие этот вопрос, полагают, что этот перечень исчерпывающий¹.

Из суждений К.Б. Ярошенко² может быть сделан другой вывод в случаях, когда трансмиссар умер, не успев осуществить перешедшее к нему право наследования. Как известно, наследование в порядке трансмиссии основано на том, что после смерти призванного к наследованию наследника, не успевшего принять наследство (трансмиттента), право наследования переходит к его наследнику (наследникам) – трансмисса-

¹ См.: *Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации*. Под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М., 2002. С. 202 (автор комментария к ст. 1151 А.А. Рубанов); *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть третья (постатейный)* / Отв. ред. Л.Г. Ануфриева. М., 2004. С. 141 (авторы комментария к ст. 1151 Л.Г. Ануфриева, Т.Д. Чепига); *Гражданское право: В 4 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2005. Т. 2. С. 240* (автор главы 27 Е.В. Кулагина); *Колтухова М.В.* Выморочное имущество: история и актуальные вопросы современности // *Наследственное право*. 2000. № 2. СПС «КонсультантПлюс».

² См.: *Ярошенко К.Б.* Вопросы применения законодательства о наследовании (о сроках принятия наследства) // *Комментарий судебной практики*. Вып. 8 / Под ред. К.Б. Ярошенко. М.: Юрид. лит., 2002. СПС «КонсультантПлюс».

рам (трансмиссару). Трансмиссар наследует, как пишет Барон, «...не по собственному праву, а на основании права призванного, не в силу своего отношения к наследодателю, а на основании своего отношения к призванному»¹.

В случае смерти трансмиссара, не успевшего реализовать свое право, это право к его наследникам не переходит, по прямому указанию закона (п. 1 ст. 1156 ГК РФ) в состав наследства после него не входит. Возникает вопрос о судьбе нереализованного права трансмиссара. Это право переходит к другому трансмиссару (другим трансмиссарам), а в случае его (их) отсутствия – к наследникам основного наследодателя, призванным вместе с трансмиссаром. Если таковых нет, наследство (наследственная доля трансмиттента) является выморочным наследством и переходит к публичным образованиям². Описанный случай выморочности наследства в п. 1 ст. 1151 не упомянут. И если он не охватывается перечнем п. 1 ст. 1151, то последний нельзя считать исчерпывающим.

ОСНОВАНИЯ ВЫМОРОЧНОСТИ НАСЛЕДСТВА КАК ЮРИДИЧЕСКИЕ ФАКТЫ

Б.Л. Хаскельберг

Основания выморочности наследства установлены в п. 1 ст. 1151 ГК РФ. Указанные в нем обстоятельства в качестве юридических фактов, к сожалению, в литературе, включая комментарии к Гражданскому кодексу, не анализируются.

Прежде всего, отметим, что текстуально перечень этих обстоятельств сформулирован таким образом, что позволяет считать каждое указанное в нем обстоятельство самостоятельным юридическим фактом, способным выступать в качестве основания выморочности наследства. Такой вывод позволяют сделать два обстоятельства лингвистического характера. Во-первых, употребление в п. 1 ст. 1151 при перечислении юридических фактов – оснований выморочности наследства раз-

¹ Система римского права профессора Бернского университета Барона. Вып. 4, кн. 5: Семейное право. Кн. 6: Наследственное право. Киев, 1889. § 42 I. С. 112.

² «...Если наследник, к которому перешло право на принятие наследства, умер, не успев осуществить это право, его наследники такого права уже не имеют. В таком случае наследство основного наследодателя (либо соответствующая доля в наследстве) перейдет к его наследникам по закону или по завещанию, а при отсутствии наследников выморочное имущество в порядке наследования перейдет к государству» (Ярошенко К.Б. Вопросы применения законодательства о наследовании...). См. также: *Наследственное право* / Отв. ред. К.Б. Ярошенко. С. 179-180.

делительных союзов «или», «либо» означает, что закон придает правовое значение каждому из называемых юридических фактов. Следовательно, обстоятельства п. 1 ст. 1151 не образуют сложного фактического состава.

Во-вторых, употребление таких словосочетаний, как «отсутствие наследников», «никто из наследников», «все наследники», означает, что называемые в п. 1 ст. 1151 обстоятельства относятся ко всем потенциальным наследникам в данном конкретном случае, за одним исключением, когда отсутствуют наследники как по закону, так и по завещанию. В этом случае нельзя говорить о потенциальных наследниках, так как таковых просто нет.

Итак, для признания наследства выморочным достаточно наличия хотя бы одного из юридических фактов, указанных в п. 1 ст. 1151. Возможны и исключения в зависимости от конкретных обстоятельств, когда требуется не один, а два или более юридических факта (например, если из трех потенциальных наследников один недостойный наследник, другой отказался от принятия наследства без указания лица, в пользу которого совершен отказ).

В качестве обстоятельств, при наличии которых наследство считается выморочным, названы *отказ всех наследников от принятия наследства без указания других лиц, в пользу которых совершается отказ, либо непринятие наследства всеми наследниками*. Эти обстоятельства представляют собой два самостоятельных юридических факта, о чем свидетельствует употребляемый разделительный союз «либо».

Отказ от принятия наследства – односторонний волевой акт, односторонняя сделка. Оба юридических факта относятся к юридическим фактам отрицательного характера: отказаться от наследства или не принимать наследство может лицо, призванное к наследованию, у которого возникло право принять наследство или отказаться от наследства (ст. 1152, 1157, 1158 ГК РФ). Это юридические факты правопрекращающие (утрачивается право на принятие наследства) и одновременно правопорождающие (порождают право на выморочное наследство у публичных образований).

Отказ от наследства – бесспорно юридический акт – правомерное волевое действие потенциального наследника. Непринятие наследства – правомерное воздержание от действия или бездействие, которое, как писал Я.М. Магазинер, также является действием: «Под действием надо понимать не только положительный акт воли... но и отрицательный акт той же воли, т.е. воздержание от действия...»¹.

¹ Магазинер Я.М. Избранные труды по общей теории права. СПб.: Изд-во Р. Асланян «Юридический центр Пресс», 2006. С. 134.

Никто из наследников не имеет права наследовать или все наследники отстранены от наследования. Каждый из этих юридических фактов имеет самостоятельное значение как основание выморочности наследства. В ст. 1117 эти потенциальные наследники характеризуются как недостойные наследники и к наследованию не призываются.

Различие между этими двумя группами возможных наследников состоит в том, что одни по прямому указанию закона (п. 1 ст. 1117) не наследуют ни по закону, ни по завещанию, а другие отстраняются от наследования *по закону* судом по требованию заинтересованных лиц (п. 2 ст. 1117 ГК РФ).

Непризнание законом определенных лиц потенциальными наследниками может быть охарактеризовано как юридический факт – состояние.

Отстранение возможных наследников от наследования по закону возможно только на основании судебного решения по требованию заинтересованного лица. Фактически основанием судебного решения является установленный судом факт, указанный в гипотезе нормы п. 2 ст. 1117 (злостное уклонение от выполнения возложенной в силу закона обязанности по содержанию наследодателя), а юридическим основанием – предписание правовой нормы об отстранении от наследования.

Судебное решение основывается на установленных судом фактических обстоятельствах и соответствующих правовых нормах, подлежащих применению при разрешении конкретного спора, не может ни создавать, ни прекращать права. Суд, осуществляя правосудие, установив фактические обстоятельства спорного правоотношения, своим решением от имени государства подтверждает возникновение, изменение или прекращение права или обязанности¹. Судебное решение об отстранении от наследования следует признать юридическим фактом, порождающим правовое последствие – отстранение лица от наследования по закону (ср. подп. 3 п. 1 ст. 8 ГК РФ).

Отсутствие наследников по закону и по завещанию. Имеется в виду отсутствие на день открытия наследства возможных наследников по закону, и не только указанных в ст. 1142–1145, определяющих очередность призвания законных наследников к наследованию, но и наследников, наследующих в порядке, указанном в других статьях ГК РФ – 1146, 1147, 1148, 1158, а также ребенка, зачатого при жизни наследодателя и родившегося живым *после* открытия наследства *nastiturus* (абз. 1 п. 1 ст. 1116 ГК РФ).

¹ О роли судебного решения в динамике гражданского правоотношения см., в частности: Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. М., 1958. С. 129–143; Гурвич М.А. Судебное решение: Теоретические проблемы. М., 1976. С. 100–114; Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Особенная часть. М.: Норма, 2007. С. 225–230.

Наследники по завещанию отсутствуют в случаях, когда наследодатель не оставил завещания либо завещание признано недействительным (ст. 1131 ГК РФ). Отсутствие наследников – отрицательный правопорождающий юридический факт – состояние.

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ДОГОВОРА ЖИЛИЩНОГО НАЙМА В ОБЩЕЖИТИИ

В.М. Чернов

Общежития как жилые помещения, предназначенные для временно-го проживания граждан на период работы (учебы, службы), являются одним из видов специализированных жилищных фондов, следовательно, в соответствии со ст. 92 ЖК РФ могут находиться только в составе государственного и муниципального жилищных фондов. Этот же вывод следует из положений Постановления Правительства РФ от 26 января 2006 г. № 42 «Об утверждении правил отнесения жилого помещения к специализированному жилищному фонду» и Типового договора найма жилья в общежитии, утвержденного этим постановлением.

Однако в ходе приватизации имущества государственных и муниципальных предприятий нередко допускаются случаи передачи зданий и помещений общежитий, заселенных работниками этих предприятий, в уставный капитал частных обществ (ООО, ОАО). Нередко при этом возникают споры. Судебная практика по этим спорам неустойчива: встречаются решения (в том числе и решения Высшего Арбитражного Суда РФ), в которых передача общежитий в собственность частных компаний признается соответствующей закону. Однако основания таких решений приводятся хотя и разные, но не убедительные. Чаще всего встречаются ссылки на план приватизации, встречаются ссылки и на то, что приватизация не приводит к изменению статуса общежития и не влечет изменений договорных отношений с жильцами. (Определения ВАС РФ от 25 мая 2008 г.)

Представляется, что подобная практика противоречит не только современному законодательству, но и тем законодательным актам, которые действовали на начальной стадии процесса приватизации. Так, в Постановлении Верховного Совета РСФСР от 27 декабря 1991 г. прямо говорилось о том, что жилищный фонд должен передаваться в муниципальную собственность (приложение № 3). Конечно, это постановление не отличается ни полнотой, ни особой ясностью при решении такой сложной проблемы, что, видимо, и вызвало разноречивость при решении конкретных случаев.

Видимо, одной из причин разного подхода к этому вопросу является потребность частных компаний в жилье, и в частности в общежитиях. Но эту проблему надо решать на законодательном уровне, иначе допущенные нарушения повлекут серьезные нарушения прав граждан, проживающих в таких «приватизированных» помещениях. Так, если гражданин, проживающий в общежитии, прекратит работу из-за достижения пенсионного возраста или из-за профессионального заболевания или трудового увечья, он может быть выселен только с предоставлением другого жилого помещения, а это другое помещение должно быть предоставлено лишь по договору социального жилищного найма (п. 42 Постановления Пленума ВС РФ № 14 от 02.07.09), так как только этот вид договора жилищного найма обеспечивает постоянство в решении жилищных дел гражданина.

Но такого жилья у частных лиц нет и быть не может. Если оставить такого нанимателя в том же помещении, где он проживал, то это не решит проблему, так как его положение как нанимателя оказывается совершенно неопределенным, что в жилищных отношениях недопустимо.

Нуждается в уточнении правовое положение члена семьи нанимателя (речь идет об общежитиях семейного типа). С одной стороны, Типовой договор в разделе, посвященном правам нанимателя, не упоминает о праве нанимателя вселять других лиц в качестве членов семьи, а с другой – содержит в себе правило: если у нанимателя прекратились семейные отношения, то бывшие члены семьи сохраняют право на проживание. На каком же праве они проживают в таких случаях? Неизвестно, так как в данном договоре за членами семьи нанимателя не признается самостоятельное право на жилое помещение (как это сделано в договоре социального жилищного найма).

Получается, что бывший член семьи нанимателя уже не член его семьи, и если теперь наниматель уволится с работы, его выселят. А вот чтобы выселить бывшего члена семьи, законных оснований не усматривается. Видимо, вопрос о положении членов семьи, прекративших семейные отношения с нанимателем жилого помещения в общежитии, должен быть решен так же, как в договоре найма служебного жилого помещения: такой гражданин подлежит выселению (п. 12 Типового договора найма служебного жилого помещения). Эти жилые помещения во многом имеют одинаковое назначение, и разное решение вопроса о судьбе бывшего члена семьи ничем не обосновано.

Круг лиц, которые признаются членами семьи нанимателя жилого помещения в общежитии, определяется по правилам ст. 69 ЖК РФ. Представляется, что распространение правил, предусмотренных в этой статье, рассчитанной на условия договора социального жилищного

найма, на договоры найма жилья в специализированных жилищных фондах ничем не обосновано. В договорах социального жилищного найма контроль наймодателя за теми лицами, которых наниматель желает вселить к себе, имеет смысл, так как члены семьи после их вселения приобретают самостоятельное право на жилье и не теряют его, если наниматель выселяется (или его выселяют). В специализированных жилищных фондах (за исключением маневренного) положение иное: утратил наниматель право на проживание – подлежат выселению и наниматель, и все те, кто проживал вместе с ним. В этих условиях контроль наймодателя следует сохранить только в той сфере, которая касается количества проживающих, чтобы не допустить излишнего переуплотнения.

ПРИРОДА ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ПОСЛЕДСТВИЙ ПРИЧИНЕНИЯ ВРЕДА ЛИЦОМ С ПСИХИЧЕСКИМ РАССТРОЙСТВОМ

Т.В. Шепель

С увеличением количества лиц с психическими расстройствами возрастает вероятность причинения ими вреда, в том числе и без вины. В России не ведется статистический учет случаев невиновного причинения вреда. Такому учету подвергаются только общественно опасные деяния невменяемых. Данные Министерства юстиции РФ, а также Государственного научного центра социальной и судебной психиатрии им. В.П. Сербского свидетельствуют о постоянном увеличении их числа. Но по этим данным нельзя судить об истинных размерах имущественного вреда, причиненного лицами с психическими расстройствами, – это только «вершина айсберга». Другие же сведения о количестве их противоправных действий отсутствуют.

Невменяемые не привлекаются к уголовной ответственности и при наличии к тому оснований направляются на принудительное лечение. По советскому гражданскому законодательству, ориентированному прежде всего на защиту психически больных, невиновные лица с патологией психики также безоговорочно освобождались от возмещения причиненного ими вреда. *С принятием Гражданского кодекса РФ законодатель в целях защиты самого общества от опасных действий психически больных отступил от традиционных подходов к ним только как к субъектам охраны и заботы. Впервые после 1917 г. в законодательстве смещен акцент с самого психически больного на негативные для общества последствия его поведения.*

Гражданский кодекс РФ для характеристики правовых последствий причинения вреда невиновным использует разную терминологию, называя их ответственностью, обязанностью по возмещению вреда, а иногда, избегая упоминания этих терминов, говорит о возмещении вреда за счет причинителя вреда. Насколько оправданно такое различие в терминологии?

Представляется, что природа последствий причинения вреда невиновным действительно различна и зависит от ряда факторов: 1) отношения законодателя к поведению, предшествовавшему невиновному причинению вреда, и цели, которая преследуется при возложении на него последствий; 2) признания лица недееспособным к моменту причинения вреда; 3) способности невиновного причинителя до причинения вреда осознавать свои действия.

Применение в законодательстве терминов «ответственность» и «обязанность» для обозначения неблагоприятных имущественных последствий невиновного причинения вреда представляется совершенно оправданным. И дело не только в терминологии. *Различна сущность названных правовых категорий:*

а) субъективным условием ответственности без вины является риск, который наряду с объективными условиями (противоправностью поведения, причинной связью и вредом) составляет правонарушение. В отличие от ответственности без вины возникновение обязанности невиновного возместить вред закон ставит в зависимость от иных обстоятельств: во-первых, наличия вреда жизни или здоровью потерпевшего; во-вторых, его имущественного положения и реальной возможности возмещения вреда за счет имущества причинителя. Вина и противоправность поведения причинителя решающего значения не имеют;

б) привлечение невиновного к ответственности является проявлением негативного отношения государства к его поведению, предшествовавшему причинению вреда. При возложении обязанности по возмещению вреда законодатель лишь акцентирует внимание на необходимости защиты прав потерпевшего;

в) из числа субъектов ответственности исключен недееспособный. Психически больной, который может быть признан таковым, освобождается от неё в связи с отсутствием риска. Он освобождается и от обязанности по возмещению, но только при наличии установленных п. 3 ст. 1078 ГК РФ условий;

г) кроме того, при привлечении к невиновной ответственности причиненный вред возмещается в полном объеме, в отличие от обязанности, предполагающей возмещение реального ущерба, но не упущенной выгоды.

Предусмотренное законом возложение на имущество недееспособного последствий причиненного им вреда не может квалифицироваться как ответственность или обязанность. Оно является формой локализации случайных убытков на стороне причинителя.

ПРАВОВЫЕ ВОПРОСЫ СТРОИТЕЛЬСТВА НА ЧУЖОМ ЗЕМЕЛЬНОМ УЧАСТКЕ

С.В. Скороходов

В предпринимательской практике чрезвычайно распространены ситуации, когда в целях реализации производственной программы либо выполнения определенных обязательств перед государством или обществом у предприятий, планирующих выполнить строительство необходимых объектов (производственных установок, коммуникаций, подземных сооружений – скважин, хранилищ и т.п.), возникает объективная потребность в пользовании земельным участком, принадлежащим другим лицам, как на период возведения, так и для последующей эксплуатации недвижимости.

Для случая, когда этот участок относится к частной собственности, действующее законодательство не предусматривает эффективного прямого механизма, позволяющего при получении права пользования землей обеспечить баланс прав и интересов собственника участка и потенциального застройщика. Первый из них по общему правилу не имеет обязанностей предоставить участок второму и заключить соответствующий договор (купли-продажи, аренды, безвозмездного пользования и т.п.), а поэтому зачастую, пользуясь таким положением и фактически злоупотребляя своими правомочиями, зачастую навязывает заинтересованному субъекту крайне невыгодные для последнего нерыночные условия относительно формы, условий и стоимости пользования. При этом общий порядок, направленный на борьбу с подобными действиями (п. 2 ст. 10 ГК РФ), заключающийся в судебном отказе в защите права, к рассматриваемой ситуации совершенно не приспособлен.

Однако это положение не является безвыходным. Если договорный процесс урегулирования отношений между вышеуказанными участниками гражданского оборота заходит в тупик, можно предположить следующие варианты разрешения спора, которые претендуют на универсальность:

1. Поскольку действующее гражданское и земельное законодательство допускает осуществление строительства на земельном участке,

полученном в аренду (п. 1 ст. 263 ГК РФ; п. 1 ст. 41, п. 1 ст. 40 ЗК РФ), на первоначальном этапе имеет смысл заключить краткосрочный договор аренды на максимально приемлемых условиях, с которыми согласится собственник земли. Указанное позволит в установленном порядке получить необходимые для выполнения работ разрешения и согласования, а также обеспечить ввод в эксплуатацию и оформление права собственности на законченный строительством объект. В результате сложится достаточно «классическое» для современного отечественного гражданского оборота состояние раздельной собственности за участок и расположенную на нем недвижимость. Для этой ситуации действующий Гражданский кодекс РФ предусматривает 2 механизма урегулирования взаимоотношений между собственниками, закрепленных в ст. 271–272 и 274–276 ГК РФ и связанных соответственно с получением права пользования земельным участком собственником недвижимости¹ и установлением частного сервитута. Первое согласно п. 1 ст. 271 ГК РФ заключается в том, что собственник здания, сооружения или иной недвижимости, находящейся на земельном участке, принадлежащем другому лицу, имеет право пользования предоставленным таким лицом под эту недвижимость земельным участком². Второе предполагает возможность собственника недвижимого имущества (земельного участка, другой недвижимости) требовать от собственника соседнего земельного участка, а в необходимых случаях и от собственника другого земельного участка (соседнего участка) предоставления права ограниченного пользования соседним участком, в том числе для прокладки и эксплуатации линий электропередачи, связи и трубопроводов, а также других нужд собствен-

¹ См., например: *Плотникова И.* Переход прав на участок // *ЭЖ-Юрист*. 2004. № 26; *Чубаров В.В.* Проблемы правового регулирования недвижимости. М.: Статут, 2006; *Маковская А.А., Козырь О.М.* «Единая судьба» земельного участка и расположенных на нем иных объектов недвижимого имущества (реальность и перспективы) // *Вестн. ВАС РФ*. 2003. № 2. С. 108–110; *Земельный участок: вопросы и ответы* / Под ред. С.А. Боголюбова. М.: Юстицинформ, 2006; *Ахмадзязов И.С.* Проблемы регулирования ограниченных вещных прав на землю // *Правовые вопросы недвижимости*. 2008. № 1. В отношении природы данного права единого мнения в литературе нет. Существует позиция, квалифицирующая его как секундарное право – право на приобретение права пользования земельным участком (см.: *Торкин Д.А.* О праве пользования земельным участком собственником недвижимости // *Нотариус*. 2008. № 5), самостоятельное ограниченное вещное право, арендное право и даже как сервитут.

² См., например: Постановление Президиума ВАС от 15.04.2008 г. № 17616/07, п. 8.2. Рекомендации Научно-консультативного совета при ФАС Уральского округа № 1/2007 «По вопросам рассмотрения дел о защите права собственности и других вещных прав», Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 11.12.2009 г. по делу № А67-2203/2009 // *КонсультантСудабнаяПрактика: Решения высших судов, КонсультантАрбитраж: ФАС всех округов: справ. правовая система. Версия Проф*. М., 2009. Доступ из локальной сети Науч. 6-ки Том. гос. ун-та.

венника недвижимого имущества, которые не могут быть обеспечены без установления сервитута (п. 1 ст. 274 ГК РФ).

В обоих случаях предполагается договорное регулирование отношений, а в случае недостижения согласия предусматривается процедура судебного разрешения возникшего спора (в том числе через признание или установление соответствующего права судом – п. 2 ст. 272 ГК РФ и п. 3 ст. 274 ГК РФ).

Однако рассмотренные способы имеют определенные недостатки.

Во-первых, несмотря на то, что после внесения изменений в ст. 271 ГК РФ¹ правовая природа права пользования земельным участком собственником недвижимости немного проявилась (теперь оно точно не тождественно, как ранее утверждалось многими исследователями², праву постоянного (бессрочного) пользования земельным участком), до конца понятной она не стала³. Этому способствует скудное законодательное регулирование, из которого невозможно определить момент и основания возникновения соответствующего права, а также однозначно очертить его содержание, выявив круг правомочий, принадлежащих правообладателю. А это, в свою очередь, не позволяет однозначно отграничить это право от смежных ограниченных вещных прав. Кроме того, действующими нормативными актами не урегулирован порядок регистрации указанного обременения права собственности, что на практике приводит к невозможности его надлежащего оформления.

Во-вторых, в силу п. 2 ст. 272 ГК РФ существует опасность судебного признания права собственника земельного участка на приобретение расположенного на нем здания и сооружения.

В-третьих, судебный порядок установления частного сервитута отличается сложностью в связи со значительным количеством обстоятельств, которые в силу сложившегося подхода к данному вопросу обязан доказать потенциальный пользователь чужим земельным участком⁴.

¹ Федеральный закон от 26.06.2007 № 118-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2007. № 27. Ст. 3213.

² См., например: *Научно-практический комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный)* / Под ред. В.П. Мозолина, М.Н. Маленкой. М.: НОРМА, 2004; *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный)* / Под ред. О.Н. Садикова. 3-е изд., испр., перераб. и доп. М.: КОНТРАКТ; ИНФРА-М: 2005; *Лопухин Д.А.* Проблемные аспекты применения источников правового регулирования оборота земельных участков // *Гражданское право*. 2005. № 4.

³ См.: *Торкин Д.А.* О праве пользования земельным участком собственником недвижимости // *Нотариус*. 2008. № 5; *Ахмадгазизов И.С.* Проблемы регулирования ограниченных вещных прав на землю // *Правовые вопросы недвижимости*. 2008. № 1.

⁴ Так, в судебных актах отмечается, что доказыванию подлежат: объективная невозможность использования объектов недвижимости без установления сервитута, отсутствие иных возможностей (как фактических, так и юридических) для обеспечения интересов заинтересованного собственника в пользовании чужим земельным участком, отсутствие

2. Второй вариант предполагает использование рычагов антимонопольного законодательства. Однако это возможно только в случае, когда собственником земельного участка выступает хозяйствующий субъект, т.е. юридическое лицо или предприниматель (п. 5 ст. 4 Федерального закона «О защите конкуренции»).

Сферу отношений по возмездному предоставлению конкретного земельного участка в пользование допустимо квалифицировать как товарный рынок в смысле ст. 4 Федерального закона РФ «О защите конкуренции», если у потенциального землепользователя отсутствует возможность замены соответствующего участка на другой исходя из экономической, технической или иной возможности или целесообразности. Такое «узкое» понимание границ товарного рынка поддерживается практикой как антимонопольных органов, так и судов¹. Соответственно, собственник участка фактически занимает доминирующее положение на указанном товарном рынке, поскольку полностью отвечает критериям ст. 5 Федерального закона РФ «О защите конкуренции». Следовательно, условия предоставления земельного участка в пользование, и прежде всего условие о цене, которые не соответствуют рыночным условиям, подпадают под регулирование ст. 6 и подп. 3, 5 п. 1 ст. 10 Федерального закона РФ «О защите конкуренции» («монопольно высокая цена товара», «условия договора, явно невыгодные для контрагента», «экономически необоснованный отказ либо уклонение от заключения договора»). Поэтому действия собственника, навязывающего порядок пользования, значительно отклоняющийся от общепринятого и явно обременительный для заинтересованного в участке лица, должны квалифицироваться как злоупотребление доминирующим положением (п. 1 ст. 10 Федерального закона РФ «О защите конкуренции»). Таким образом, хозяйствующий субъект, столкнувшийся с указанными действиями (например, получивший проект договора или иное предложение, содержащие дискриминационные положения), может воспользоваться правами, установленными подп. 2 п. 4 ст. 25.1, ст. 42 Федерального закона РФ «О защите конкуренции», – инициировать проверку соблюдения анти-

существенного ущемления прав собственника земельного участка при установлении на него сервитута и препятствий для дальнейшей его хозяйственной деятельности (се развития) и т.п.

¹ См., например: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 05.10.2009 г. по делу № А75-1314/2009. Постановление ФАС Московского округа от 02.06.2008 № КА-А40/4723-08 по делу № А40-52124/07-96-311. Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 29.05.2008 г. № А19-5796/07-Ф02-2121/08 по делу № А19-5796/07, Постановление ФАС Поволжского округа от 09.08.2007 по делу № А55-19814/06, Постановление ФАС Уральского округа от 06.03.2008 № Ф09-711/08-С1 по делу № А07-20200/06 // КонсультантАрбитраж: ФАС всех округов: справ. правовая система. Версия Проф. М., 2009. Доступ из локальной сети Науч. 6-ки Том. гос. ун-та.

монопольного законодательства и добиться вынесения в соответствии со ст. 49, 50 указанного закона предписания об устранении допущенных нарушений, в том числе о заключении договора (аренды, купли-продажи и т.п.) или его изменении (абз. «и» подп. 2 п. 1 ст. 23 Федерального закона РФ «О защите конкуренции»). Последнее в силу ст. 51 Федерального закона РФ «О защите конкуренции» является обязательным для исполнения, а собственник земельного участка, проигнорировавший данный акт, будет нести установленную Кодексом об административных правонарушениях РФ довольно существенную административную ответственность (п. 2.2 ст. 19.5 КоАП РФ). Кроме того, в соответствии с п. 3 ст. 51 Федерального закона «О защите конкуренции» весь доход, полученный от вышеуказанных незаконных действий, должен быть перечислен в федеральный бюджет. Дополнительной гарантией прав обратившегося в антимонопольный орган потенциального пользователя земельным участком является закрепленная в абз. «в», «г» подп. 6 п. 1 ст. 23 Федерального закона РФ «О защите конкуренции» возможность обращения данного органа в суд с требованием о заключении соответствующего договора либо его изменении.

В качестве основного недостатка рассмотренного способа следует отметить его значительную зависимость от усмотрения и инициативности антимонопольного органа. Соответственно, срок достижения необходимого для потенциального застройщика результата в таком случае прогнозировать достаточно сложно.

С учетом вышеизложенного следует поддержать инициативу Концепции развития гражданского законодательства РФ, утвержденной Советом по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства при Президенте РФ 07.10.2009 г. (разд. IV подразд. 6), направленную на введение в гражданское законодательство и хозяйственный оборот нового ограниченного вещного права на земельный участок – права застройки (суперфиция), предназначенного для случаев, когда земельный участок используется для строительства на нем различного вида объектов с их последующей эксплуатацией¹. Большинство предложений относительно содержания, порядка и оснований возникновения указанного права, содержащихся в Концепции, являются адекватными текущему положению, сложившемуся в гражданском обороте по исследуемой в настоящей статье проблеме. Однако явным недостатком указанного раздела Концепции является, во-первых, отсутствие возможности судебного установления права застройки при наличии определенных установленных законом условий и, во-вторых, однозначное

¹ Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2009. № 11. С. 55–56.

утверждение о том, что право собственности на объекты недвижимости, возведенные на участке, полученном по праву застройки, возникает у собственника участка.

СВОБОДА ДОГОВОРА КАК ПРИНЦИП, ЭЛЕМЕНТ ПРАВОСПОСОБНОСТИ И СУБЪЕКТИВНОЕ ПРАВО

М.В. Кратенко

Свобода экономической деятельности, единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, а также равная защита всех форм собственности составляют основы конституционного строя современной России. В свою очередь, элементами конституционного статуса гражданина являются право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом деятельности, право на свободное распоряжение своими способностями к труду, выбор рода деятельности и профессии (ст. 34, 37 Конституции РФ). Перечисленные права неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения.

Провозглашенный в Гражданском кодексе РФ принцип свободы договора, с одной стороны, является логическим продолжением вышеуказанных конституционных основ, а с другой стороны, имеет собственное содержание и правоприменительное значение¹.

Законодатель раскрывает принцип свободы договора путем перечисления тех возможностей («правомочий»), которыми наделены субъекты гражданского права. Такой прием законодательной техники способствовал появлению в научной литературе подхода, согласно которому свободу договора следует рассматривать не только в качестве принципа гражданского права, но и как своеобразное субъективное гражданское право. В частности, Ю.Л. Ершов обращает внимание на то, что в контексте ст. 421 ГК РФ свобода договора определяется как *мера возможного поведения управомоченного лица*². Такое определение характерно именно для субъективного права¹.

¹ Конституционный характер свободы договора означает, что данное благо (свобода) может быть ограничено федеральным законом лишь в той мере, в какой это необходимо для защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (п. 3 ст. 55 Конституции РФ).

² См.: Ершов Ю.Л. Принцип свободы договора и его реализация в гражданском праве России: Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург. 2001. С. 47-48. Сходной позиции при-

Взгляд на свободу договора как субъективное право присущ и представителям зарубежной доктрины. По словам проф. К. Осаке, в контексте договорного права свобода договора должна рассматриваться в качестве субъективного гражданского права с точно выверенными границами и пределами осуществления².

Анализ свободы договора с позиции традиционных признаков субъективного гражданского права (наличие корреспондирующей праву субъективной обязанности и конкретного юридического факта, порождающего указанное право) приводит к довольно неожиданным выводам. По мнению Ю.Л. Ершова, субъективное право свободного заключения договора является абстрактным и не исчерпывается заключением или не заключением какого-либо конкретного договора с каким-либо определенным лицом. Конкретизация правоотношения, связанного с реализацией данного права, неизбежно потребует установления конкретного юридического факта, лежащего в основании возникновения данного права, что не представляется возможным. В силу указанных причин автор относит свободу договора к числу конституционных, неотчуждаемых и неимущественных по своему характеру прав гражданина, возникающих с момента его рождения³.

Между тем все вышеперечисленные свойства (абстрактность, неисчерпаемый характер, возникновение с момента рождения гражданина и прекращение со смертью) присущи в большей степени гражданской правоспособности, которая традиционно рассматривается в качестве абстрактной и всеобщей предпосылки для приобретения конкретных гражданских прав и обязанностей, т.е. как суммарное выражение всех возможных прав и обязанностей⁴. В соответствии со ст. 18 ГК РФ правоспособность гражданина включает в себя способность иметь имущество на праве собственности, наследовать и завещать имущество; свободу заниматься предпринимательской и иной не запрещенной законом деятельностью; возможность совершать любые не противоречащие закону сделки. Из процитированной нормы следует, что способность со-

держивается М.Ю. Козлова, исследуя некоторые аспекты злоупотребления свободой договора на товарных рынках. См.: *Козлова М.Ю.* Проблема свободы договора и антимонопольное законодательство РФ: Дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград. 2002. С. 115 и сл.

¹ См., например: *Теория государства и права: Курс лекций* / Под ред. Н.И. Матузова. А.В. Малько. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2002. С. 525.

² См.: *Осаке К.* Свобода договора в англо-американском праве: понятие, сущность и ограничения // *Журнал российского права*. 2006. № 7. С. 85.

³ См.: *Ершов Ю.Л.* Указ. соч. С. 64–66.

⁴ См.: *Бритусь С.Н.* Субъекты гражданского права. М., 1950. С. 8–10.

вершать сделки, включая двусторонние и многосторонние договоры, является одним из элементов гражданской правоспособности¹.

В отличие от правоспособности, субъективное гражданское право существует в рамках конкретного гражданского правоотношения. В структуру любого субъективного права входит правомочие требовать определенного поведения от обязанного лица². Однако вполне очевидно, что праву (свободе) заключать договор не противостоит обязанность какого-либо конкретного лица или нескольких лиц³.

Обоснование свободы договора в качестве классического субъективного права (с корреспондирующей ему субъективной обязанностью) возможно лишь при условии обращения к теории преддоговорной ответственности (*culpa in contrahendo*), хорошо известной зарубежной доктрине. Именно эта теория объясняет существование субъективных прав и обязанностей на стадии, предшествующей заключению договора, – после начала переговоров или схожих деловых контактов. Для примера обратимся к немецкому законодательству. После реформы обязательственного права и внесения соответствующих изменений в Германское гражданское уложение в конце 2001 г., к числу оснований возникновения обязательств были прямо отнесены *преддоговорные контакты сторон* – вступление в переговоры о заключении договора, обмен соответствующей информацией и схожие деловые контакты (§ 311). Изменилось и само понятие обязательства, в содержание которого могут включаться обязанности каждой из сторон учитывать права, правовые блага и интересы друг друга (§ 241)⁴.

В противоположность вышеуказанному подходу российский законодатель предусмотрел лишь несколько частных случаев возникновения преддоговорных обязанностей: урегулировать разногласия при заключении договора поставки (ст. 507 ГК РФ), предоставить необходимую информацию потребителю при заключении договора розничной купли-

¹ Будучи составной частью гражданской правоспособности, свобода договора не может быть ограничена посредством совершения субъектом каких-либо сделок, кроме предусмотренных законом случаев (п. 3 ст. 22 ГК РФ). К числу таких исключений можно отнести конструкцию предварительного договора (ст. 429 ГК РФ), а также условия о неконкуренции в договорах посреднического типа (п. 2 ст. 990, п. 1, 2 ст. 1007, п. 1 ст. 1033).

² См.: Власова А.В. Структура субъективного гражданского права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1998. С. 4.

³ В теории гражданского права выделяют и промежуточные правовые явления, находящиеся на пути от правоспособности к субъективному гражданскому праву. Примером могут служить секундарные права (права на односторонние действия): право акцептовать оферту, право отказаться от исполнения договора. Подробнее см.: Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». М., 2000. С. 290.

⁴ См.: *Гражданское уложение Германии: Пер. с нем.* / Науч. ред. А.Л. Маковский (и др.). М., 2004. С. 48, 70.

продажи (ст. 495) и договора бытового подряда (ст. 732). С некоторой долей условности к случаям преддоговорной ответственности можно отнести санкцию в форме возмещения реального ущерба пострадавшей стороне недействительной сделки, заключенной под влиянием заблуждения (ст. 178), обмана, угрозы или насилия (ст. 179). Однако в целом институт преддоговорной ответственности не сформирован ни в законодательстве, ни в доктрине¹.

Учитывая вышеизложенное, попыткам обосновать свободу договора в качестве субъективного права следует предпочесть взгляд на свободу договора как одно из проявлений гражданской правоспособности или охраняемый законом интерес². В некоторых случаях этот законный интерес может обрести качество субъективного права — когда закон возлагает на лицо определенные обязанности на стадии заключения договора (ст. 495, 507, 732 ГК РФ). Однако чаще всего свобода договора не нуждается в наделении её обладателя какими-либо конкретными правомочиями, адресованными к обязанным субъектам. Достаточно предоставления правовой охраны на случай возможных посягательств на данное благо — создание тех или иных препятствий в реализации свободы договора.

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВЫХ ПОСЛЕДСТВИЙ, ПОРОЖДАЕМЫХ ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫМ ДОГОВОРОМ

М.Ю. Кайгородова, Н.Д. Титов

1. Предварительный договор был известен цивилистической доктрине дореволюционной России. В трудах известных русских ученых Г.Ф. Шершеневича, К.П. Победоносцева, Д.И. Мейера и других имеются представляющие интерес высказывания о данном договоре.

¹ Отсутствие полноценной нормативной базы для регулирования преддоговорных отношений объясняет немногочисленность отечественных научных исследований в данной области. Исключение составляют следующие работы: *Глицев К.В.* Преддоговорная ответственность в российском гражданском праве // Вестн. ВАС РФ. 2009. № 3; *Кучер А.Н.* Теория и практика преддоговорного этапа. М.: Статут. 2005; *Овчинникова К.Д.* Преддоговорная ответственность // Законодательство. 2004. № 3-4.

² По способу правовой охраны свобода договора имеет некоторое сходство с личными неимущественными правами и нематериальными благами гражданина, перечисленными в ст. 150 ГК РФ. По мнению некоторых авторов, данные блага выступают в качестве охраняемых законом неимущественных интересов. Подробнее см.: *Апринич М.П.* Охраняемые законом личные неимущественные интересы // Правоведение. 2001. № 2. С. 126-127; *Ланач В.А.* Система объектов гражданских прав в законодательстве России: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2002. С. 4-5.

В гражданском законодательстве РСФСР отсутствовала общая норма о предварительном договоре. Это, по-видимому, предопределило отсутствие и исследований этого договорного вида. Не содержал общей нормы о предварительном договоре и ГК РСФСР 1964 г. Пробел в правовом регулировании был восполнен в Основых гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1991 г. В ст. 60 Основ закреплена легальная конструкция предварительного договора. В более развернутом виде определение предварительного договора дается в ст. 429 ГК РФ. Значение включения в ГК РФ специальной статьи о предварительном договоре трудно переоценить. Тем не менее договорная и правоприменительная практика нуждаются в подробном правовом регулировании, в частности отношений, опосредствующих имущественный оборот на стадии до заключения договоров.

Несмотря на множество публикаций по проблематике о предварительном договоре, общая теория предварительного договора отсутствует и ее разработка – задача ближайшего будущего. Отсутствие таковой затрудняет выработку предложений, относящихся как к реализации норм субъектами гражданского права, так и направленных на совершенствование законодательства и правоприменительной практики. Е.А. Суханов на основании анализа судебно-арбитражной практики разрешения споров, возникающих из предварительного договора, при заключении и исполнении договора аренды недвижимого имущества, пришел к выводу, что наиболее существенной ошибкой, допускаемой судами, является признание недопустимым заключения договоров аренды в отношении имущества, которое на дату заключения договора отсутствует у арендодателя¹.

Критическая оценка судебной практики представляется обоснованной. Подобные решения свидетельствуют о непонимании сущности предварительного договора, особенностей отношений, которые им опосредствуются.

Предварительный договор по правовой природе является неимущественным соглашением, порождающим обязательство неимущественного содержания, устанавливающим обязанность сторон в будущем заключить договор имущественного характера (основной договор). Если предметом основного договора является вещь, которая подлежит передаче, то ее отсутствие на момент заключения предварительного договора не препятствует его заключению. Предварительный договор – это правовая форма акта будущего товарообмена, имущественных прав или обязанностей предварительный договор не устанавливает².

¹ Суханов Е.А. О действительности предварительного договора аренды недвижимого имущества // Вестн. ВАС РФ. 2009. № 1. С. 14–19.

² Там же. С. 15.

В литературе высказана и иная позиция, с которой трудно согласиться. Так, В.В. Груздев утверждает, что поскольку предварительный договор предшествует заключению основного договора о передаче имущества, выполнении работ, оказании услуг, т.е. совершению действий имущественного характера, то и обязательство, порожаемое предварительным договором, также должно считаться имущественным¹.

Системная связь предварительного договора с рядом важнейших институтов гражданского права, таких как предмет гражданского права, сделки, способы обеспечения исполнения обязательств и др., обуславливает необходимость ее учета при применении правовых положений о предварительном договоре.

Понять сущность этой связи, определить влияние особенностей того или иного института на гражданское правоотношение, разрешение конкретного спора в случае допущенного правонарушения не всегда просто. Вместе с тем то обстоятельство, что предварительный договор предшествует совершению действий имущественного характера, не означает, что данный договор порождает правоотношение имущественного характера.

Из легально закрепленных основных признаков предварительного договора следует, что является правовым средством закрепления условий будущего обязательства. Оборот имущественных благ данный договор не опосредствует, правовой формой товарного обмена не является. Отношения, опосредствуемые данным договором, – неимущественные. Условия о каких-либо взаимных или односторонних имущественных предоставлениях в рамках данного договора не соответствуют легальной конструкции договора, закрепленной в ст. 429 ГК РФ. Правовые последствия таких условий должны определяться либо по ст. 168 ГК РФ, либо по ст. 180 ГК РФ и нормами гл. 60 ГК РФ.

Определение природы отношений, опосредствуемых предварительным договором, имеет важное правовое значение. В судебной практике нередко встречаются случаи, когда на основании предварительного договора стороны передают друг другу материальные блага, денежные средства (нередко в качестве задатка), выполняют работы, совершают иные имущественные предоставления. Передача по предварительному договору денежных средств в качестве задатка признана правомерной Верховным Судом РФ в определении судебной коллегии по гражданским делам от 22.07.2008 №53-В08-З².

¹ Груздев В.В. Возникновение договорного обязательства по российскому гражданскому праву. М., 2010. С. 185.

² *Бюллетень Верховного Суда РФ*. 2009. № 1. С. 9.

Позиция судебной коллегии, по существу, позволяет сделать вывод о возможности обеспечения исполнения предварительного договора и иными способами, предусмотренными ст. 329 ГК РФ, а также устанавливаемыми сторонами договора, в том числе и имущественного предоставления по предварительному договору (передача вещей, уплата денег и т.п.).

Такая позиция позволяет положительно ответить на вопрос о возможности перехода по наследству прав на переданное или полученное имущество на основании предварительного договора. Представляется, что неимущественная природа отношений, опосредствуемых предварительным договором, исключает любые имущественные предоставления по договору, а следовательно, и наследование имущественных предоставлений, произведенных сторонами предварительного договора. Включение последних в состав наследственного имущества возможно лишь по решению суда как имущества, переданного без правовых оснований.

3. Предварительный договор тесно связан с основным договором, обязанность заключения которого установлена законом, а условия определяются предварительным договором. Обязанность заключить основной договор возлагается на обе стороны договора и не ставится в зависимость от того, предусмотрена ли такая обязанность в предварительном договоре или нет.

Предварительный и основной договор образуют юридический состав, необходимый для возникновения соответствующих правовых последствий. В случае уклонения стороны предварительного договора от его заключения возникает охранительное правоотношение, в рамках которого правонарушитель решением суда обязывается к заключению основного договора. В этом случае юридический состав, порождающий обусловленные предварительным договором правовые последствия, пополняется еще одним юридическим фактом – решением суда. В механизме возникновения соответствующих правовых последствий, определяемых предварительным договором, возможны и иные юридические факты.

О ТЕНДЕНЦИЯХ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ ПО РАЗРЕШЕНИЮ СПОРОВ, ВОЗНИКАЮЩИХ ИЗ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО ДОГОВОРА

М.Ю. Кайгородова, Н.Д. Титов

Предварительный договор нередко является предметом специальных исследований в периодических изданиях. При этом в основном анализу подвергаются проблемы прикладного характера, преимущественно в сфере создания и оборота недвижимости.

Внимание в большинстве случаев уделяется обоснованию возможности (или невозможности) обеспечения исполнения предварительного договора предусмотренными в гражданском законодательстве России традиционными способами (гл. 23 ГК РФ), прежде всего, задатком, неустойкой, а также не поименованными в ст. 329 ГК РФ способами обеспечения исполнения обязательств (гарантийными платежами, выплатами и иного рода имущественными предоставлениями).

Глубокие научные исследования данного договора отсутствуют, его теория не разработана, что негативно влияет на практику как арбитражных судов, так и судов общей юрисдикции. Практика применения ст. 429 ГК РФ судами является нестабильной, противоречивой, не отличается определенностью. Это вызывает обоснованное опасение в эффективности судебной системы по защите нарушенных прав и законных интересов субъектов, вовлеченных в сферу судебной юрисдикции, по данной категории споров.

Так, определением судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 22 июля 2008 г. № 53-В08-5¹ сформирована правовая позиция о допустимости обеспечения исполнения обязательства, возникающего из предварительного договора, задатком. По мнению судебной коллегии, ст. 429 ГК РФ не исключает возможности обеспечения задатком предварительного договора, предусматривающего определенные обязанности по заключению в будущем основного договора, и применения последствий, определенных п. 2 ст. 380 ГК РФ, на случай уклонения стороны предварительного договора от заключения основного договора. В обоснование данного вывода указано, что задатком в рассматриваемом коллегией деле обеспечивалось возникшее из предварительного договора обязательство сторон заключить в определенный срок основной договор – договор купли-продажи квартиры на согласованных условиях и в определенный срок. Судебная коллегия указала, что денежным являлось одно из обязательств покупателя по основному договору купли-продажи квартиры, в зачет которого и поступила бы внесенная сумма задатка в случае его заключения. Таким образом, по мнению коллегии, задаток выполнял и платежную функцию.

Данная правовая позиция повлекла резкое изменение практики разрешения судами общей юрисдикции споров, возникающих из предварительного договора, в целом по Российской Федерации, которая, как представляется, являлась взвешенной, логичной, адекватно отражавшей реалии общественных отношений, соответствовала сущности задатка и предварительного договора и, на наш взгляд, теоретически обоснованной.

¹ *Бюллетень Верховного Суда РФ*. 2009. № 1. С. 9.

Приведенное обоснование решения судебной коллегией, мягко говоря, представляется весьма сомнительным, позиция коллегии не выдерживает критики. Объективности ради следует отметить, что позиция судебной коллегии отражает существующее в литературе мнение о возможности «расщепления» функций, выполняемых задатком, а следовательно, о допустимости обеспечения исполнения предварительного договора задатком. Суть данной позиции заключается в том, что с момента заключения предварительного договора до момента заключения основного договора задаток выполняет лишь две функции: доказательственную и обеспечительную; при заключении основного договора задаток выполняет и присущую ему платежную функцию.

Однако, как представляется, идея «расщепленных» функций задатка в предварительном и основном договоре теоретически необоснованна, не вытекает из легальных конструкций задатка и предварительного договора. Данная идея не имеет обоснования и в принципе свободы договора, в том числе и почившем в анналах истории Российского государства и цивилистической доктрины в принципе «все, что не запрещено, — разрешено», в настоящее время практически не упоминаемом в учебной литературе и научных исследованиях в качестве действующего принципа современного гражданского права.

Между тем такая попытка предпринята Г.А. Карапетовым¹.

Принцип свободы договора имеет границы, в самой общей форме определяемые ст. 421 ГК РФ. За пределами ограничений, устанавливаемых указанной нормой закона, действуют общие и специальные запреты, императивные предписания, применяются легальные конструкции и иные формы и способы, направленные на упорядочение гражданского оборота, в том числе устанавливающие определенные ограничения свободного поведения субъектов соответствующих отношений.

Невозможность использования легальной конструкции в определенных правоотношениях является одним из ограничений свободы поведения участников таких правоотношений.

Прямо противоположную позицию в отношении применения задатка в качестве способа обеспечения исполнения предварительного договора занимает Высший Арбитражный Суд РФ.

В Постановлении № 13331/09 от 19.01.2010 Президиум ВАС РФ указал, что из содержания п. 1 ст. 380 ГК РФ следует, что задатком может обеспечиваться исполнение денежного обязательства, должником по которому является или будет являться сторона, передавшая задаток. Оценивая в конкретном деле предварительный договор и дополнитель-

¹ См.: *Карапетов Г.А.* Свобода договора и пределы императивности норм гражданского права // Вестн. ВАС РФ. 2009. № 11. С. 113.

ное соглашение к нему, Президиум ВАС РФ пришел к выводу, что указанные соглашения не содержат каких-либо денежных обязательств сторон друг перед другом. В связи с этим он сформулировал позицию о невозможности применения задатка в качестве обеспечения исполнения обязательств по предварительному договору, а также применения к возникшим из него отношениям последствий, предусмотренных п. 2 ст. 381 ГК РФ.

Полагаем, что решение Президиума ВАС РФ, по существу, правильное, четко определившее судебную практику по данной категории споров, однако его обоснование нельзя признать безукоризненно точным. Предварительный договор в принципе не может содержать денежных обязательств, как и вообще условий о каких-либо имущественных предоставлениях. В связи с этим ссылку Президиума ВАС РФ на то, что предварительный договор и дополнительное соглашение не содержат денежных обязательств, нельзя признать соответствующей буквальному содержанию, смыслу и существу предварительного договора.

Создавшееся положение в обеих ветвях судебной власти по делам, связанным с разрешением споров, возникающих из предварительного договора, является недопустимым. Нарушаются основополагающие требования определенности, стабильности, непротиворечия судебной практики. Создавшееся положение следует исправить. Наиболее предпочтительной формой устранения существующих противоречий является принятие совместного постановления высших судебных инстанций Российской Федерации.

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ПОСЛЕДСТВИЙ НЕСОБЛЮДЕНИЯ ПИСЬМЕННОЙ ФОРМЫ СДЕЛКИ*

К.П. Татаркина

В современной литературе вопрос о правовой природе последствий несоблюдения формы сделки часто остается без внимания¹. В цивилистической науке о правовой природе последствий несоблюдения формы сделки высказывались разные мнения. Одни ученые считают

* В статье использованы результаты выполнения работ в качестве соисполнителя на средства гранта Президента РФ для государственной поддержки молодых российских ученых (МД 714.2010.6).

¹ Исключение составляют, пожалуй, только работы Д.О. Тузова. См., например: Тузов Д.О. Реституция при недействительности сделок и защита добросовестного приобретателя в российском гражданском праве. М.: Статут, 2007. С. 30.

последствия несоблюдения формы сделки санкцией¹, другие не признают их таковой².

Основанием для применения санкции является неисполнение субъектом юридической обязанности, возложенной законом или соглашением сторон. Требование закона о волеизъявлении в определенной форме юридической обязанностью не является. С соблюдением формы сделки законодатель связывает наступление правового результата, предусматриваемого данным видом сделки и желаемого сторонами, или возможность доказывания совершения сделки, в том числе свидетельскими показаниями в случае возникновения спора. Субъекты оборота не обязаны заключать сделки, равно как и отстаивать свои права в суде, они вправе совершать или не совершать соответствующие действия³. Устанавливая требование соблюдения определенной формы сделки, законодатель допускает вариативность поведения сторон: если требование о форме выполнено, сделка доказуема и/или действительна, а если нет – факт заключения сделки может не быть доказан сторонами либо сделка ничтожна (п. 1, 2 ст. 162, п. 1 ст. 165 ГК РФ). Закрепляя правило о форме сделки, законодатель не запрещает сторонам действовать способом, отличающимся от указанного в законе, но достижение желаемого ими результата связывает с соблюдением установленных условий.

Цели установления санкции и последствия несоблюдения формы сделки также существенно различаются. Санкция устанавливается в целях защиты нарушенных прав и интересов. Так, при нарушении договорной обязанности одной стороной санкция направлена на защиту прав контрагента. Например, отказ покупателя оплатить приобретенный товар нарушает право продавца (п. 1 ст. 454 ГК РФ). В целях защиты интересов последнего к покупателю возможно применение санкции, например, в виде неустойки (п. 1 ст. 330 ГК РФ).

Форма сделки устанавливается в интересах всех её участников. Она призвана реализовать ряд функций (доказательственную, консультативную, ясности факта совершения сделки, подтверждения серьезности намерений сторон, четкости формулирования содержания сделки и

¹ См.: *Новицкий И.Б., Луниц Л.А.* Общее учение об обязательстве. М.: Госюриздат, 1950. С. 179; *Красивчиков О.А.* Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве // Категории науки гражданского права: Избранные труды. М.: Статут, 2005. Т. 2. С. 267; *Жицинский Ю.С.* Санкция нормы советского гражданского права. Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1968. С. 41, 42; *Сатина Э.А.* Основные аспекты правового санкционирования: Дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2001. С. 110.

² См.: *Лейст О.Э.* Санкция в советском праве. М.: Госюриздат, 1962. С. 56; *Ответственность по советскому гражданскому праву.* Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1973. С. 13.

³ См.: *Тузов Д.О.* Реституция при недействительности сделок... С. 31.

т.д.¹), каждая из которых направлена на обеспечение в равной мере интересов всех её участников. Несоблюдение формы сделки противоречит интересам всех её участников. В случае несоблюдения письменной формы сделки нельзя с уверенностью говорить, что стороны хорошо обдумали своё решение заключить сделку, её условия, сложно судить о подлинности их воли. Но такое нарушение лишено общественно опасного характера, не приводит к умалению прав иных субъектов оборота.

Последствия несоблюдения формы сделки побуждают стороны выполнять требования о надлежащей форме, стимулируя тем самым реализацию указанных выше функций формы сделки. Поэтому цель установления последствий несоблюдения формы сделки – защита интересов всех участников сделки².

Форма сделки представляет собой условие возникновения определенных прав и обязанностей у сторон сделки, которые закон связывает с заключенной в установленной форме сделкой. Устанавливая последствия несоблюдения формы сделки, законодатель побуждает субъектов гражданского оборота действовать наиболее выгодным для них способом. Последствия несоблюдения формы сделки не являются санкцией.

РЕОРГАНИЗАЦИЯ КАК СПОСОБ СОЗДАНИЯ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ

А.Н. Кукарцева

Правовой институт реорганизации юридических лиц является относительно новым в системе российского законодательства. В действующем гражданском законодательстве не содержится понятия «реорганизация юридического лица»; ГК РФ определяет лишь формы реорганизации. В советской и современной юридической литературе отсутствует единое направление в вопросе определения данного понятия.

Достаточно часто встречающимся в работах современных цивилистов является определение реорганизации как одной из форм прекращения юридического лица, сопровождающегося правопреемством. Например, Е.А. Суханов отмечает, что реорганизация – это «прекращение,

¹ См.: *Татаркина К.П.* Форма сделок в гражданском праве России: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2009. С. 13–14.

² Подобный вывод сделал Б.Т. Базылев, рассуждая о несоблюдении формы сделки, он писал: «Несоблюдение... подобных юридических правил не может влечь за собой применение санкции, поскольку такого рода «правонарушения» причиняют вред самим нарушителям. ... Действительное правонарушение всегда причиняет вред интересам других лиц...» (*Базылев Б.Т.* Сущность санкции в советском праве // *Правоведение.* 1976. № 5. С. 35).

вляющееся, переход прав и обязанностей ранее существовавших юридических лиц к другим юридическим лицам, т.е. правопреемство». Подобные точки зрения отражают порядок, закрепленный еще в ГК РСФСР 1964 г., согласно которому реорганизация признавалась одним из способов прекращения юридического лица (ст. 37 ГК РФ 1964 г.).

На мой взгляд, такой подход не отражает всех процессов, происходящих при реорганизации, не охватывает все ее формы, поскольку, в частности, при выделении реорганизуемое общество не прекращается. При реорганизации юридические лица могут не только прекращаться, но и возникать вновь.

Представляется, однако, что целесообразнее придерживаться мнения, согласно которому *реорганизация – это специальный способ образования юридических лиц*. Этот вывод основывается на цели самой реорганизации – создание нового субъекта права; кроме того, он подтверждается положениями действующего законодательства. Так, согласно ст. 51 ГК РФ юридическое лицо считается созданным со дня внесения соответствующей записи в Единый государственный реестр юридических лиц (ЕГРЮЛ). В Федеральном законе «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» гл. V озаглавлена «Государственная регистрация юридических лиц, создаваемых путем реорганизации». В ст. 5 этого же закона закреплено, что в ЕГРЮЛ вносятся сведения о способе образования юридического лица, а именно: создание или реорганизация, а для организаций, созданных в результате реорганизации, – сведения о правопреемстве. Статья 8 Федерального закона «Об акционерных обществах» содержит положения о том, что общество может быть *создано* путем учреждения вновь и путем реорганизации существующего юридического лица.

Согласно общеправовому подходу суть любого явления выражается в его функциях и основных направлениях его деятельности. С экономической точки зрения реорганизация предприятия может быть обусловлена различными факторами. В частности, анализ современных бизнес-процессов позволяет отнести к их числу необходимость реструктуризации бизнеса, стремление найти инвесторов, упрощение корпоративной структуры, объединение ряда проблемных организаций, чтобы избежать их ликвидации. Подобные цели достигаются за счет перераспределения активов одной или нескольких компаний в пользу одного или нескольких вновь создающихся юридических лиц, которые позволят по-новому организовать бизнес и будут свободны от долгов.

Юридическая суть реорганизации заключается несколько в ином, а именно в создании нового юридического лица путем проведения нормативно закрепленного комплекса мероприятий. Это также проявляется в

последствиях реорганизации – возникает новое юридическое лицо, которое заменяет реорганизованное по всем перешедшим к нему обязательствам (или происходит существенное изменение имущественного положения уже существующего реорганизованного субъекта, который уже не может быть отождествлен с существовавшим до реорганизации). При этом прекращение деятельности одного юридического лица выступает не как цель реорганизации, а лишь как сопутствующее ей явление, внешнее по отношению к цели реорганизации. Следует отметить, что при необходимости полного прекращения юридического лица целесообразной будет его ликвидация.

Особенности процедуры реорганизации как *специального* способа создания юридических лиц, в том числе хозяйственных обществ, заключаются в том, что новое юридическое лицо:

1) создается на базе уже существующей организации, являющейся юридическим лицом;

2) является правопреемником реорганизуемого юридического лица, которое после реорганизации прекращает свое существование (кроме реорганизации в форме выделения).

Таким образом, исходя из содержания действующего законодательства, а также целевой направленности реорганизации, допустимо дать следующее определение: *реорганизация – это специальный способ создания новых юридических лиц на базе существующих организаций, сопровождающийся правопреемством между ними.*

ОПРЕДЕЛЕНИЕ НАЧАЛА ТЕЧЕНИЯ СРОКОВ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ: ЗАКОН И ПРАКТИКА

Е.В. Лазарева

Вопрос о начале течения сроков в гражданском праве, несмотря на определенность в ст. 190 ГК РФ, является довольно сложным на практике и как следствие дискуссионным в теории.

В некоторых гражданско-правовых договорах (договор поставки, договор подряда) срок является существенным условием, поэтому срок в договоре должен быть четко определен, поскольку в противном случае договор будет считаться незаключенным.

Согласно ст. 190 ГК РФ срок может быть определен календарной датой или истечением периода времени, который исчисляется годами, месяцами, неделями, днями или часами. Кроме того, согласно данной статье срок может определяться также указанием на событие, которое должно неизбежно наступить.

Согласно ст. 708 ГК РФ в договоре подряда указываются начальный и конечный сроки выполнения работ. На протяжении многих лет практикующие юристы, заключая договоры подряда, определяли начальный срок выполнения работ путем указания на совершение действий по перечислению аванса, предоставлению документации, подписанию договора. В данном случае и сами стороны, и судебная практика считали, что условие о сроке согласовано, начальный срок выполнения работ достаточно определен. Так, при перечислении аванса есть дата платежа, при подписании договора есть дата подписания договора, следовательно, исходя из общих правил течения сроков приступить к работам подрядчик должен на следующий день после совершения указанного действия.

В Постановлении ФАС Западно-Сибирского округа от 06.12.2006 г. дело № Ф04-7986/2006(28858-А45-38) сказано, что суды первой и апелляционной инстанций пришли к правильному выводу о том, что договор подряда является заключенным, поскольку в договоре перечень и сроки выполнения этапов приведены в календарном плане работ, являющемся неотъемлемой частью договора, кроме того, договором предусмотрено, что длительность выполнения работ составляет 270 дней с начала финансирования работ заказчиком в соответствии с предусмотренным порядком оплаты работ заказчиком.

Постановлением ФАС Уральского округа от 22.01.2009 г. по делу № А60-11405/2008-СЗ договор подряда также был признан заключенным, при этом срок выполнения работ установлен сторонами с момента заключения контракта до 31.10.2007 г.

Однако в настоящее время судебная практика пошла по иному пути, она признает незаключенными договоры, в которых начальный срок определен моментом совершения действия. Так, например, Восемнадцатый Апелляционный арбитражный суд РФ установил, что в договоре указано, что работы должны быть выполнены в течение 45 дней со дня оплаты заказчиком работ и предоставления им полного комплекта исходных материалов и документов к заявке. В этой связи суд указал, что в силу абз. 2 ст. 190 ГК РФ срок может определяться указанием на событие, которое должно неизбежно наступить. По мнению суда, в рассматриваемом случае обстоятельства наступления срока выполнения работы, указанные в договоре, не обладали качеством неизбежности наступления, т.е. вне зависимости от волеизъявления сторон (Постановление Восемнадцатого Апелляционного арбитражного суда РФ от 19.01.2009 № 18АП-8326/2008, 18АП-8327/2008 по делу № А07-10500/2008).

Суды при вынесении решений не учитывают тот факт, что ст. 190 ГК РФ говорит о таком юридическом факте, как событие, наступление и

течение которого по своей сущности не может зависеть от воли людей, стороны же в нарушение этого требования начало течения срока приурочивают к моменту совершения действия. Судебная практика исходит из того, что недопустимо определять срок путем указания на совершение определенного действия.

Это положение основано на одном из основных принципов гражданского права – принципе свободы договора. Данный принцип не только закреплен в ст. 1 и 421 ГК РФ, но и пронизывает большое количество других норм.

Принцип свободы договора заключается не только в свободе выбора контрагента, вида договора, но и условий, на которых он заключается. Об этом не раз высказывал свое мнение Конституционный Суд РФ, в частности, он подчеркивает, что свобода гражданско-правовых договоров в ее конституционно-правовом смысле предполагает соблюдение принципов равенства и согласования воли сторон. Следовательно, регулируемые гражданским законодательством договорные обязательства должны быть основаны на равенстве сторон, автономии их воли и имущественной самостоятельности, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела. Субъекты гражданского права свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора (п. 1 и 2 ст. 1 ГК РФ)¹.

И.А. Покровский писал, что «вместе с началом частной собственности этот принцип служит одним из краеугольных камней всего современного гражданского строя. Уничтожение этого принципа обозначило бы полный паралич гражданской жизни. обречение ее на неподвижность»².

Из принципа свободы договора следует принцип, который характерен именно для гражданского оборота, – принцип «разрешено все, что прямо не запрещено законом».

Согласно ст. 190 ГК РФ срок может определяться календарной датой, а также путем указания на событие, которое должно неизбежно наступить.

Однако данная норма права не содержит прямого запрета на то, что срок не может быть определен указанием на совершение определенного действия.

Рассматривая вопрос об ограничении свободы договора, В.М. Лебедев и Р.П. Мананкова приходят к выводу, что можно назвать только два

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 23 января 2007 г. № 1-П по делу о проверке конституционности положений п. 1 ст. 779 и п. 1 ст. 781 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами общества с ограниченной ответственностью «Агентство корпоративной безопасности» и гражданина В.В. Махеева [Электронный ресурс].

² Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. С. 250, 257.

критерия ограничения свободы договора – право (закон) и общественные интересы¹. В частности, нельзя не считаться с интересами лиц, которые заключают договоры подряда и определяют начало работ именно с момента перечисления аванса, поскольку это защищает их интересы, служит определенной гарантией.

Полагаем, что акцент при решении вопроса об определенности или неопределенности срока начала и окончания работ в договоре необходимо делать не на том, как стороны определили этот момент, а на том, является ли этот срок достаточно определенным и можно ли считать данное условие о сроке согласованным.

ЭКОНОМИКО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ СУЩНОСТИ ИННОВАЦИОННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

М.П. Митяшина

Инновационная деятельность рассматривается как одно из условий диверсификации российской экономики, которое, в частности, позволит увеличить конкурентоспособность российских товаров на мировых рынках, обеспечит устойчивый экономический рост. В настоящее время существует острая необходимость закрепления на законодательном уровне понятия инновационной деятельности, инновации. Однако соответствующий федеральный закон до настоящего времени так и не был принят.

Понятие инновационной деятельности традиционно рассматривается экономической доктриной и связано с теорией длинных волн Н.Д. Кондратьева². Автор утверждал, что продолжительность длинной волны связана со сроком обновления доминирующих основных фондов³, который обуславливается техническими нововведениями. Развитие теории длинных волн получила в инновационном направлении, родоначальником которого является Й. Шумпетер, связывавший долговременные колебания с инновациями. Причину смены фаз Й. Шумпетер видел в рассеивании получаемой предпринимателями прибыли, по мере того как инновации охватывают все большую часть производства. Под

¹ См.: *Лебедев В.М., Мананкова Р.П.* Ограничение свободы субъектов трудового договора // *Вестн. Том. гос. ун-та.* 2009. № 328. С. 98.

² См.: *Кондратьев Н.Д.* Большие циклы конъюнктуры и теория предвидения. М.: Экономика, 2002. С. 399.

³ См.: *Фокина А.В.* Циклы Кондратьева в экономике России. СПб., 2005. С. 16.

инновациями автор понимал воплощение научного открытия или технического изобретения в новой технологии (процессе) или новом продукте¹. Инновационная деятельность представляет собой процесс создания нового товара от формирования его идей до освоения производством, выпуска, реализации и получения коммерческого эффекта. Последователь Й. Шумпетера Г. Менш разделил инновации на базисные (создают новую продукцию) и улучшающие (порождают улучшение существующей продукции или отрасли). Г. Менш дополнил теорию Й. Шумпетера идеей жизненного цикла инновации².

Правовая доктрина придерживается классического определения, предложенного Й. Шумпетером, дополняя его рядом существенных признаков. М.В. Волюнкина под инновацией понимает вовлечение в экономический оборот результатов интеллектуальной деятельности, содержащих новые, в том числе научные, знания с целью удовлетворения общественных потребностей и (или) получения прибыли³. Автор подчеркивает интегративную сущность понятия инновационной деятельности: инновационная деятельность включает весь процесс от получения новых знаний до внедрения их в производство. По мнению Л.А. Евсеевой, инновационная деятельность – хозяйственная, в том числе предпринимательская деятельность в сфере организации, управления и непосредственного осуществления инновационного процесса⁴.

На основании изложенного отметим ключевые признаки инновационной деятельности: 1) цель – создание и реализация продукта, имеющего экономическую форму товара, т.е. обладающего такими внешними признаками и качественными характеристиками, которые позволяют включить данный продукт в гражданский оборот и получить имущественную выгоду; 2) новизна продукта, под которой, полагаем, следует понимать неизвестность, выявляющуюся в сравнении с общедоступными сведениями на дату введения продукта в гражданский оборот; 3) устойчивость признаков, позволяющих определить продукт как новый, на протяжении определенного периода. В целях эффективного развития инновационной деятельности необходимо закрепить ключевые признаки указанного явления на законодательном уровне.

¹ См.: *Шумпетер Й.* Теория экономического развития. М.: Экономика, 1982. С. 134.

² См.: *Фокина А.В.* Циклы Кондратьева в экономике России. СПб., 2005. С. 23.

³ См.: *Волюнкина М.В.* Инновации и предпринимательство // Закон. 2006. № 4. С. 33.

⁴ См.: *Евсеева Л.А.* Правовой регулировании инновационной деятельности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. 24 с.

ПРЕДМЕТ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО ДОГОВОРА: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ

Н.А. Лактионова

Предмет предварительного договора на первый взгляд четко определен в п. 1 ст. 429 ГК РФ: «По предварительному договору стороны обязуются заключить в будущем договор о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг (основной договор) на условиях, предусмотренных предварительным договором». Данная норма послужила основой для квалификации предварительного договора в качестве организационного договора, который, в отличие от имущественных договоров, не преследует цели передачи или получения имущества, но устанавливает взаимосвязи участников будущего товарообмена¹. Такая же позиция подтверждается и судебной практикой.

Так, Президиумом ВАС РФ в п. 14 Обзора практики разрешения споров, связанных с применением Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»², отмечается, что предметом предварительного договора является обязательство сторон по поводу заключения будущего договора. Большинство рассматриваемых арбитражными судами споров, связанных с заключением и исполнением предварительных договоров, разрешается согласно указанному положению, позволяющему квалифицировать предварительные договоры как обязательства сторон по подготовке и заключению в последующем основных договоров³.

Однако не всегда сущность предварительного договора однозначно воспринимается участниками гражданского оборота, заключающими предварительные договоры. К примеру, судебная практика сталкивается с договорами, условиями которых устанавливается обязанность ответчика осуществить работы в отношении имущества, которое необходимо в последующем передать согласно предварительному договору в аренду. Условия предварительного договора предусматривали производство улучшений арендованного имущества в период, когда стороны не были связаны арендными отношениями в силу того, что основной договор –

¹ См.: *Гражданское право: В 2 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп.* М.: БЕК, 2002. Т. 2. С. 158.

² Обзор практики разрешения споров, связанных с применением Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»: Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 16. 02. 2001 № 59 // *Вестн. ВАС РФ*. 2001. № 4.

³ Определения ВАС РФ от 8 мая 2009 г. №5142/09, 19 октября 2009 г. № ВАС-13238/09 [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс: [справочно-поисковая система].

договор аренды – не был заключен. В данном случае требования истца о возмещении стоимости строительных работ в здании, принадлежащем ответчику, были удовлетворены на основании доказанности факта неосновательного обогащения¹.

О том, что предварительный договор не порождает имущественных последствий, свидетельствует и Определение ВАС РФ от 11 марта 2008 г. № 2620/08². Отменяя судебные акты судов первой и апелляционной инстанций, удовлетворяющие требования о признании права собственности на имущество и оставляющие данное решение без изменений, суд кассационной инстанции исходил из того, что основанием возникновения права собственности на спорные объекты не могут служить предварительные договоры. Суд указал, что свои намерения по продаже имущества путем заключения основного договора стороны не реализовали.

Полагаю, предмет предварительного договора не имеет имущественного содержания. Его суть сводится к выполнению обязательства по заключению основного договора. Предмет предварительного договора выражает исключительно намерения сторон обеспечить реализацию своих имущественных интересов при помощи заключения основного договора, но не сами имущественные интересы. Подобный подход вполне согласуется с принципом свободы договора, особенно в ситуациях, когда стороны в силу различных обстоятельств лишены возможности сразу заключить основной договор.

ПРИНЦИПЫ РАЗМЕЩЕНИЯ ЗАКАЗА ДЛЯ ГОСУДАРСТВЕННЫХ НУЖД

К.А. Канунникова

Закупки для государственных нужд являются важнейшим сектором экономики любой страны. Большинство западных стран имеют богатейший опыт проведения закупок для государственных нужд и выработали свои системы размещения заказа. В России современная система осуществления закупок для государственных нужд только начинает формироваться. Правовой основой размещения заказа для государственных нужд стал Федеральный закон от 21.07.2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание ус-

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 17 июля 2007 г. №3056/07 // Вестн. ВАС РФ. 2007. № 10.

² Документ опубликован не был [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс: [справочно-поисковая система].

луг для государственных и муниципальных нужд» (далее Закон), который с учетом мирового опыта закрепил следующие национальные принципы размещения заказа.

1. Принцип единого порядка размещения заказа. Данный принцип направлен на реализацию конституционного положения о единстве экономического пространства на территории Российской Федерации. Установлен единый для всех порядок размещения заказа, который позволяет сформировать единый рынок с едиными правилами размещения заказа.

2. Принцип эффективного использования средств бюджетов и внебюджетных источников финансирования. Суть принципа заключается в том, чтобы максимально полно удовлетворить потребности государства с минимальными затратами на проведение процедур размещения заказа и максимальной экономической выгодой от проведенных процедур.

3. Принцип расширения возможностей для участия физических и юридических лиц в размещении заказов и стимулирования такого участия. До принятия Закона возможность участия поставщиков в процессе размещения заказа для государственных нужд в России ограничивалась жесткими законодательными рамками, а именно: в торгах могли участвовать только поставщики, обладающие необходимыми профессиональными знаниями, финансовыми средствами, трудовыми ресурсами и производственными мощностями, опытом работы и положительной репутацией, теперь принять участие в размещении заказов может любое физическое и любое юридическое лицо.

4. Принцип развития добросовестной конкуренции. В сфере размещения заказа для государственных нужд развитие добросовестной конкуренции должно выражаться в обеспечении равных возможностей для всех участников размещения заказа: «одинаковые правила игры» для всех, а также равное и справедливое отношение ко всем участникам размещения заказа, недопущение дискриминации и установления незаконных ограничений.

5. Принцип предотвращения коррупции и других злоупотреблений в сфере размещения заказов. Для реализации этого принципа Закон устанавливает приоритет конкурентных способов размещения заказа, подотчетность действий заказчика контролирующим органам, систему ответственности заказчика за нарушения при размещении заказа.

6. Принцип обеспечения гласности и прозрачности размещения заказа. Каждый этап размещения заказа с момента размещения извещения и до момента исполнения контракта является открытым и доступным любому. Именно открытость является одним из действенных механизмов, направленных на борьбу с коррупцией.

7. Принцип совершенствования деятельности органов государственной власти и органов местного самоуправления в сфере размещения заказов. Реализация этого принципа осуществляется за счет того, что законодательство в сфере размещения заказов постоянно совершенствуется, а процедуры размещения заказов вправе проводить только специалисты, прошедшие специальную подготовку в сфере размещения заказов.

В заключение следует отметить, что закрепленные в Законе принципы являются правовой основой для формирования в Российской Федерации новой системы государственных закупок, в основе которой лежат открытые конкурентные торги.

ОТГРАНИЧЕНИЕ СДЕЛОК, СОВЕРШАЕМЫХ В ПРОЦЕССЕ ОБЫЧНОЙ ХОЗЯЙСТВЕННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ, ОТ КРУПНЫХ СДЕЛОК

О.С. Филиппова

На практике достаточно часто встречается признание крупных сделок недействительными в связи с несоблюдением порядка их заключения. Одним из оснований отказа судом в признании сделки недействительной является не отнесение ее к крупной вследствие совершения в процессе обычной хозяйственной деятельности.

В законодательстве критерии отнесения сделок к «обычным», т.е. совершенным в процессе обычной хозяйственной деятельности, отсутствуют. Такая ситуация не позволяет дать точного ответа на вопрос, какие сделки общество должно одобрять с соблюдением определенного порядка, а какие нет.

Федеральные законы от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее – ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью») и от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее – ФЗ «Об акционерных обществах»), давая определение крупных сделок в ст. 46 и 78 соответственно, указывают на то, что сделки, совершенные в процессе обычной хозяйственной деятельности, не относятся к крупным сделкам.

Д.В. Ломакин разделяет сделки, совершаемые в процессе обычной хозяйственной деятельности, на две группы: а) сделки, являющиеся неотъемлемым элементом содержания такой деятельности; б) иные сделки, сопутствующие им (например, кредитный договор). Залог и поручительство, следуя логике Д.В. Ломакина, тоже будут являться сопутствующими сделками, если кредитор и залогодатель/поручитель совпадают в одном лице.

В п. 30 Постановления Пленума ВАС РФ № 19 от 18.11.2003 г. разъяснено, что к сделкам, совершаемым в процессе обычной хозяйственной деятельности, могут относиться, в частности, сделки по получению кредитов для оплаты текущих операций.

С позицией Д.В. Ломакина и с п. 30 Постановления Пленума ВАС РФ № 19 от 18.11.2003 г. нельзя согласиться по следующим причинам.

Во-первых, необходимо различать «обычную деятельность» и «деятельность уставную». Уставы хозяйственных обществ содержат весьма пространный перечень видов деятельности. Фактически же общества занимаются несколькими либо одним основным видом деятельности.

Во-вторых, законодательство об АО и ООО не содержит положений, которые позволяли бы толковать «обычные» сделки как включающие в себя какие-то сопутствующие сделки. Если и осуществлять деление «обычных» сделок на группы, то по принципу «общности и специфичности»:

1. Обычные сделки для всех коммерческих организаций (заключения соответствующих договоров с целью оплаты аренды офиса, транспортных расходов, услуг связи, клининговых услуг и пр.).

2. Обычные сделки для конкретной организации. Такие сделки могут частично или полностью совпадать с уставной деятельностью.

В-третьих, коммерческие организации чаще всего заключают договоры с банками не на один день, а на несколько лет, и сумма кредита зачастую превышает 25% балансовой стоимости активов или имущества общества. Поэтому, кроме кредитного договора, заключается еще договор залога и поручительства, а в некоторых случаях и тот и другой. В кредитной заявке общества фраза «пополнение оборотных средств» в строке «целевое назначение кредита» в определенной степени условна. Ни одна кредитная организация не имеет возможности отследить полное целевое использование кредитных средств каждым клиентом. В связи с этим нет никаких оснований считать получение кредитов «обычной» сделкой.

ПРИРОДА ПРАВ НА ОДНОСТОРОННЕЕ ИЗМЕНЕНИЕ И РАСТОРЖЕНИЕ ДОГОВОРОВ

К.С. Безик

Глава 29 ГК РФ посвящена изменению и расторжению договора. Согласно позиции законодателя *одностороннее* изменение и расторжение договоров является *исключением* из общего правила о недопустимости одностороннего отказа от исполнения обязательства. Данное ис-

ключение может быть осуществлено в двух формах: судебной и внесудебной. При этом изменение и расторжение договора в судебном порядке прямо называются в законе «изменением» и «расторжением», а для обозначения внесудебной формы используется термин «*односторонний отказ* от исполнения договора полностью или частично» (п. 3 ст. 450 ГК РФ). Для обоснования единства форм одностороннего изменения и расторжения договоров представляется необходимым рассмотрение природы прав на совершение данных действий.

Односторонний отказ от исполнения договора является *односторонней сделкой*, поскольку он: влечет изменение или прекращение договорного обязательства, следовательно, является юридическим фактом; осуществляется стороной по договору, поэтому представляет собой действие, а не событие; является правомерным действием; наконец, *направлен* на изменение или прекращение договорного обязательства, а потому полностью соответствует определению сделки, закрепленному в ст. 153 ГК РФ.

Возможность совершать гражданско-правовые сделки входит в содержание гражданской правоспособности (ст. 18 ГК РФ). Однако вследствие исключительного характера отказа от исполнения договора для его совершения недостаточно наличия одной правоспособности, а необходимо обладание особым правом. Право на отказ от исполнения договора можно охарактеризовать как *секундарное*. Особенностью такого права является отсутствие корреспондирующей ему обязанности. Пассивный субъект «связан» правом управомоченного лица, которое может быть реализовано только активными действиями последнего. Именно такая ситуация возникает при отказе от исполнения договора: контрагент отказывающегося от договора лица не может повлиять на осуществление этого действия и в то же время не обязан даже воздерживаться от чего-либо, поскольку не претерпеть действий управомоченного субъекта невозможно¹.

Изменение и расторжение договоров в судебном порядке на первый взгляд существенно отличаются от отказа от исполнения договора, поскольку необходимым элементом фактического состава здесь выступает решение суда. Однако по своей сути эти явления схожи. Суд не может отказать в удовлетворении иска об изменении или расторжении договора при наличии у него фактического основания. Поэтому данный иск выступает *ведущим элементом* фактического состава. Этот иск – *преобразовательный*, поскольку направлен на вынесение решения суда, которое изменит или прекратит правоотношение. Представляется, что с ма-

¹ См.: *Бибеев А.Б.* Очерк 19. Секундарные права // *Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики* / Под. ред. В.А. Белова. М., 2007. С. 764.

териально-правовой точки зрения данный иск можно квалифицировать как *одностороннюю сделку*, поскольку он также соответствует определению ст. 153 ГК РФ. Такой подход не является новым: еще М.А. Гурвич рассматривал обращенное к суду требование о расторжении договора как «одностороннюю сделку в форме иска»¹. Судебное решение, удовлетворяющее данный иск, подобно акту государственной регистрации сделки, только на более высоком уровне.

Материальное право на предъявление иска в суд всегда является правом на защиту (или *притязанием*). Представляется, что в случае с иском об изменении или расторжении договора нельзя считать, что данное право обращено к ответчику (поскольку у него, как и в ситуации с отказом от исполнения договора, нет обязанностей) или к суду (поскольку это право носит материальный, а не процессуальный характер). Поэтому право на обращение в суд с иском об изменении или расторжении договора – это право на собственное действие, которое можно назвать *секундарным притязанием*.

КОНЦЕПЦИИ ДОГОВОРА ПЕРЕВОЗКИ ГРУЗОВ ЖЕЛЕЗНОДОРОЖНЫМ ТРАНСПОРТОМ

А.С. Мартынов

Следует отметить, что особенностью обязательств по перевозке является то, что субъектный состав на стадии заключения договора и на стадии исполнения обязательства может не совпадать.

Обратимся к определению договора перевозки грузов. В соответствии со ст. 785 ГК РФ сторонами договора перевозки груза являются перевозчик и отправитель. Поскольку в данном случае лицом, которое согласовывает существенные условия и вверяет груз, и лицом, которое также согласовывает существенные условия и принимает груз, являются соответственно перевозчик и отправитель.

Большинство цивилистов, исследовавших в свое время отношения по перевозке, делали попытки той или иной квалификации договора перевозки груза, в котором фигура грузоотправителя не совпадает с фигурой грузополучателя.

Первая группа авторов рассматривала грузоотправителя и грузополучателя как одну сторону договора перевозки грузов. Однако грузоотправитель и грузополучатель обладают различными правами и обязан-

¹ Гурвич М.А. Виды исков по советскому гражданскому процессуальному праву // Изв. Академии наук СССР. Отд-ние экономики и права. 1945. № 2. С. 6.

ностями, осуществляют их самостоятельно и столь же самостоятельно несут ответственность перед транспортными организациями. Помимо этого грузополучатель может предъявить иск грузоотправителю, если с грузом произойдут негативные события, которые нельзя будет поставить в вину перевозчику.

Другая группа авторов квалифицирует договор перевозки грузов как договор о вручении исполнения третьему лицу. Опровержением выступают нормы ГК РФ и Устав железнодорожного транспорта (УЖТ РФ), которые предоставляют грузополучателю право предъявить в первую очередь претензию, иск в случае, если произошло любое из обстоятельств, закрепленное в законе, как-то: утрата груза, недостача, повреждение груза.

Господствующей в доктрине является позиция относительно природы договора перевозки грузов как договора в пользу третьего лица. Этой точки зрения придерживаются А.Г. Гусаков, О.С. Иоффе, Б.Л. Хасельберг, Б.Б. Черепяхин, Х.И. Шварц и др.

Если проанализировать определение договора перевозки груза (ст. 785 ГК РФ), то можно обнаружить все признаки, указанные в ст. 430 ГК РФ. Грузополучатель (третье лицо) является кредитором перевозчика в том, что имеет право потребовать выдачи ему груза. В литературе встречается возражение, суть которого заключается в том, что у грузополучателя помимо прав существуют и обязанности. Однако это кажущееся несоответствие. Следует учитывать тесную взаимозависимость прав и обязанностей, характерную для современного гражданского права.

В связи с высказанной позицией считаю возможным изменить п. 3 ст. 308 ГК РФ, который будет звучать следующим образом: «Обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон (для третьих лиц), за исключением случаев, предусмотренных законом». Такими законами следует считать нормы ГК РФ, УЖТ РФ, которые возлагают на грузополучателя обязанности. Данные изменения позволят создать определенность статуса грузоотправителя в договоре перевозки грузов.

ОДНОСТОРОННИЙ ОТКАЗ ОТ ИСПОЛНЕНИЯ ДОГОВОРА УПРАВЛЕНИЯ МНОГОКВАРТИРНЫМ ДОМОМ

Л.А. Юрьева

Особенностью договора управления многоквартирным домом является наличие у заказчика права на его расторжение путем одностороннего отказа от исполнения. В жилищном законодательстве названо два случая: заключение договора по результатам открытого конкурса (ч. 8.1

ст. 162 ЖК РФ) или неисполнение управляющей организацией условий договора (ч. 8.2 ст. 162 ЖК РФ).

В первом случае ЖК РФ не ограничивает усмотрение собственников какими-либо дополнительными основаниями. Во втором случае односторонний отказ связывается с нарушением обязательства управляющей организацией. Названный в законе способ нарушения (неисполнение условий договора), как представляется, выражается в неисполнении или ненадлежащем исполнении возложенных на управляющую организацию обязанностей. Каких-либо дополнительных критериев оценки нарушения обязательств управляющей организацией (существенность, грубость, систематичность) закон не устанавливает. Практику включения их в тексты договоров с собственниками жилых помещений следует признать незаконной, а соответствующие условия договоров – недействительными по ч. 1 ст. 16 Закона РФ «О защите прав потребителей».

И в первом и во втором случае право на односторонний отказ от исполнения договора в силу прямого указания закона предоставлено собственникам помещений в многоквартирном доме. Другие контрагенты управляющей организации (ТСЖ, ЖК и др.) таким правом не наделены. Подобный подход законодателя для второго случая представляется несправедливым. Своеобразный экономический статус названных некоммерческих организаций, характеризующийся отсутствием самостоятельных интересов, отличных от интересов его членов, был принят во внимание субъектами нормотворчества при определении тарифов на коммунальные ресурсы и установлении налогового режима. Думается, что эту тенденцию законодателю необходимо продолжить при регламентации вопросов расторжения договора управления многоквартирным домом. Возможность одностороннего отказа от его исполнения в соответствии с ч. 8.2 ст. 162 ЖК РФ должна быть предоставлена заказчику и в том случае, когда в его роли выступает ТСЖ (ЖК, иной специализированный потребительский кооператив).

В литературе называется и третий случай расторжения договора управления многоквартирным домом по инициативе собственников помещений: при реализации ими своего права на выбор или изменение способа управления многоквартирным домом. Между тем ЖК РФ, закрепив такое право собственников (ч. 3 ст. 161), оставил без внимания вопрос о влиянии этого решения на судьбу действующего договора. Это повлекло возникновение двух различных подходов к решению рассматриваемого вопроса в литературе и судебной практике. В соответствии с первым из них выбор или изменение способа управления многоквартирным домом на общем собрании является безусловным основанием

для прекращения договора¹. Сторонники второго подхода считают, что в этом случае должна быть соблюдена общая процедура расторжения договора². Представляется, что наличие у сторон права в любое время отказаться от исполнения договора, не вызывая для себя каких-либо негативных последствий, является характерной чертой фидуциарных договоров, каковым договор управления многоквартирным домом не является. Вместе с тем квалификация исследуемого договора в качестве договора услугового типа открывает возможность субсидиарного применения к возникающим на его основе правоотношениям положений ст. 782 ГК РФ об одностороннем отказе от договора. Таким образом, заказчик по договору управления многоквартирным домом вправе в любое время отказаться от исполнения договора при условии соблюдения установленного порядка и принятия на себя неблагоприятных последствий в виде возмещения понесённых исполнителем расходов.

ПОНЯТИЕ И УСЛОВИЯ ИНВЕСТИЦИОННОГО ДОГОВОРА

А.И. Бычкова

Упоминание об инвестиционном договоре имеется в ст. 7 Закона РСФСР от 26 июня 1991 г. «Об инвестиционной деятельности в РСФСР», где установлено, что отношения между участниками инвестиционной деятельности осуществляются на основе договора и (или) государственного контракта, заключаемых между ними в соответствии с ГК РФ. Известно, что в доктрине к непоименованным договорам относят те, которые не имеют законодательно определенных предмета и существенных условий. Присоединяясь к этой точке зрения, можно констатировать, что инвестиционный договор относится к категории непоименованных договоров, возможность заключения которых предусмотрена ст. 421 ГК РФ.

По инвестиционному договору одна сторона (инвестор) обязуется передать инвестиции (определенные объекты гражданских прав), а другая сторона (организатор инвестирования, далее – ОИ) за соответст-

¹ См., например: *Постатейный комментарий к Жилищному кодексу Российской Федерации [Электронный ресурс]* / Под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2005. Электрон. версия печат. публ. // КонсультантПлюс: справ. правовая система. Версия Проф. М., 2009. Доступ из локальной сети Кем. гос. уп-та.

² См., например: *Афонина А.В.* Управляющая компания в жилищной сфере: правовые, экономические и финансовые аспекты // *Жилищное право*. 2006. № 11. С. 25; *Михайлов В.К.* Место договора управления многоквартирным домом в общей системе гражданско-правовых договоров // *Жилищное право*. 2008. № 3. С. 42.

вующее вознаграждение обязуется осуществить их использование на основе инвестиционного проекта с целью получения инвестором в будущем от ОИ прибыли (дохода и положительного социального эффекта) в срок, установленный договором.

Квалифицировать гражданский договор – значит установить, какие признаки, с которыми законодатель связывает те или иные особенности правового регулирования, присутствуют в правоотношении. Наиболее существенный для права нормообразующий признак – это направленность обязательства, означающая конечный экономический (и юридический) результат, на достижение которого направлены основные действия участников договора¹.

Цель (направленность) инвестиционного договора – это получение прибыли (дохода) и достижение положительного социального эффекта путем совершения определенных действий. На наш взгляд, эта особенность в какой-то мере сближает возникающее обязательство с обязательствами по оказанию услуг. Ключевым признаком услуги является отсутствие овеществленного результата. Понятие «прибыль» с позиции гражданского права уже предполагает приращение имущества лица, т.е. передачу материального результата, который зависит от качества действий ОИ. Однако в литературе особо отмечаются услуги из смешанных договоров, в рамках которых возможно возникновение устойчивого овеществленного результата, что следует из самой природы смешанного договора, поскольку объект обязательств из подобных договоров может включать в себя действия, направленные на изготовление или переработку вещи. Появление овеществленного результата из смешанного договора не приводит к смешению работ и услуг: законченный результат здесь есть следствие работы. Если выполняемые услуги и способствовали его появлению, тем не менее он возникает не напрямую из услуг.

Нельзя не отметить и еще одну цель действий участников договора: передача имущества (инвестируемых средств) в собственность или пользование ОИ (в зависимости от того, наделено ли передаваемое имущество соответственно родовыми или индивидуально-определенными признаками). Данная часть обязательства схожа с обязательствами, возникающими из договоров оказания финансово-кредитных услуг, а также с обязательствами по передаче имущества в пользование.

Предметом договора являются действия собственников или титульных владельцев средств по финансированию предпринимательской и других видов деятельности ОИ, действия ОИ по реализации инвестиционного проекта и передаче созданного результата инвести-

¹ См.: Романец Ю.В. Направленность договора как основа его квалификации // Право и экономика. 1999. № 9. С. 8.

ционной деятельности. Согласно ст. 432 ГК РФ единственным существенным условием инвестиционного договора, предусмотренным законом, будет его предмет.

В связи с этим в случае возникновения споров между контрагентами инвестиционного договора их взаимоотношения регулируются подразделом 2 ГК РФ (общие положения о договорах), гл. 22 ГК РФ и по аналогии закона нормами, регулирующими обязательство, схожее с обязательством, возникшим из инвестиционного договора.

СОДЕРЖАНИЕ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ НА ЦЕННЫЕ БУМАГИ

К.С. Зиновьев

Ценные бумаги, будучи объектом гражданских прав, несомненно относятся к категории имущества. Известен тезис о наличии права на бумагу и права из бумаги. Держатель ценной бумаги является управомоченным субъектом сразу двух правоотношений: собственности на бумагу и конкретных обязательственных правоотношений, удостоверенных бумагой.

Правомочия собственника вещи так или иначе связаны с её материальными особенностями. Ценная бумага выбивается из этой череды, ибо, будучи формально материальным объектом, никакими материальными полезными свойствами не обладает, а несёт в себе только право. Однако собственник ценной бумаги не обладает правом на право, ибо фактически эти возможности есть у него именно как у кредитора по обязательству по бумаге, и своё право требования он реализует или передаёт именно как кредитор.

Представляется необоснованной позиция современного законодателя, определившего ценные бумаги как разновидность вещей. Ценная бумага не вещь, поскольку не обладает необходимыми физико-химическими свойствами, способными удовлетворять потребности собственника. Содержание права собственности на ценную бумагу определяется прежде всего природой этого объекта гражданских прав. Сущность ценной бумаги видна из её легального определения: документ, удостоверяющий права. Ценная бумага как объект права собственности прежде всего – документ. Но документ, позволяющий реализовать обязательственные права.

Владение – это физическое обладание документом, позволяющим реализовать обязательственное право. При этом законодатель прямо указывает на необходимость именно физического обладания. Лучше

всего владение раскрывается через признак обязательной презентации ценной бумаги. При этом такая презентация осуществляется в отношении неопределённого круга лиц (в том числе налоговых, судебных финансовых органов). Презентация предназначена не только для последующей передачи и реализации прав, но и для обозначения потенциальных возможностей (меры возможного поведения) держателя бумаги.

Пользование ценной бумагой заключается в использовании документа в качестве доказательства наличия конкретных обязательствных прав, в том числе и в отношении неопределённого круга лиц. Бумага своими свойствами легитимирует конкретное лицо в качестве субъекта, способного реализовать требования по обязательственному праву. При этом такой документ отличается от процессуального письменного доказательства, только подтверждающего наличие факта. Ценная бумага прежде всего указывает на реальную потенцию конкретного держателя реализовать обязательственное право. Возникает вопрос, а чем, например, будет являться получение дохода по ценной бумаге? Видится, что представление держателю дохода будет действием конкретного лица в рамках обязательства, удостоверяемого бумагой. Платёж идёт лицу, рассматриваемому прежде всего в качестве кредитора. А статус кредитора определяется наличием статуса собственника.

Определение юридической судьбы ценной бумаги также может проявляться в разных вариантах. Они хорошо проявляются через функции бумаг. Товарная функция бумаги и наличие признака транзитивности говорит о возможности её отчуждения. При этом речь идёт об отчуждении именно симбиоза документа и права, тем более что для передачи права необходимы особые процедуры, без которых переход права собственности нельзя считать состоявшимся. Аналогичным является займ и залог ценных бумаг. Интересно происходит потребление (погашение) данного объекта. Распоряжение посредством потребления в данном случае есть возможность лишить себя права собственности, полностью реализовав свои права по удостоверяемому бумагой обязательству.

ОБ УСТАНОВЛЕНИИ СУЩЕСТВЕННЫХ УСЛОВИЙ ДОГОВОРА ОБ ОКАЗАНИИ УСЛУГ ПО ИСПОЛЬЗОВАНИЮ ИНФРАСТРУКТУРЫ ЖЕЛЕЗНОДОРОЖНОГО ТРАНСПОРТА ОБЩЕГО ПОЛЬЗОВАНИЯ

Е.В. Ткаченко

Существенными условиями договора об оказании услуг по использованию инфраструктуры железнодорожного транспорта общего пользования являются предполагаемые объем и сроки осуществления пере-

возок, перечень и стоимость оказываемых услуг, порядок расчетов и способы оплаты услуг, ответственность сторон за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, в том числе порядок возмещения ущерба, причиненного третьим лицам таким неисполнением или ненадлежащим исполнением¹. Кроме того, в данном соглашении должны быть определены положения об организации вагонопотоков, регулирование обращения локомотивов и вагонов, установлен порядок технического обслуживания и эксплуатации железнодорожного подвижного состава, а также закреплена ответственность сторон по обязательствам, вытекающим из договора перевозки железнодорожным транспортом. Как верно отмечают В.С. Бельх, М.Ф. Казанцев², в договоре должны быть определены его существенные условия, если они сформулированы неопределенно, то эта неопределенность не может быть восполнена в процессе исполнения договора. Нельзя согласиться с законодателем, относящим к существенным условиям ответственность сторон в договоре перевозки железнодорожным транспортом, объем и сроки осуществления перевозок. Данные условия целесообразнее закрепить в договоре перевозки. Владелец инфраструктуры не несет никакой ответственности по договору железнодорожной перевозки, т.к. он там не участвует, объем и сроки ее осуществления ему не столь важны, он представляет инфраструктурную услугу на срок, определенный в договоре.

Для установления в данном договоре такого существенного условия, как перечень оказываемых услуг, в Правилах целесообразно предусмотреть два вида основных услуг, по поводу которых перевозчики и владельцы инфраструктуры будут согласовывать свои отношения. В частности, это 1) предоставление ресурсов инфраструктуры на некоторый предстоящий период (количество ниток графика движения поездов по согласованным участкам; объем маневровых работ по выполнению начальных, конечных и транзитных операций); 2) услуги инфраструктуры по обеспечению прохождения конкретного поездного формирования перевозчика в определенную дату, с определенным грузом или пассажирами, по определенному маршруту.

Подытоживая изложенное, стоит отметить, что не следует относить к существенным условиям договора об оказании услуг по использованию инфраструктуры железнодорожного транспорта общего пользова-

¹ См.: *Постановление Правительства РФ от 20 ноября 2003г. № 703 «Об утверждении Правил оказания услуг по использованию инфраструктуры железнодорожного транспорта общего пользования»* // Собрание законодательства РФ. 2003. № 47. Ст. 4552.

² См.: *Бельх В.С.* Правовое обеспечение качества поставляемых машин и оборудования: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1980. С. 10; *Казанцев М.Ф.* Технико-юридические нормы в механизме договорного регулирования хозяйственных связей по поставкам: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1985. С. 15.

ния ответственность сторон в договоре перевозки железнодорожным транспортом, объем и сроки осуществления перевозок, т.к. владелец инфраструктуры не несет ответственности по договору железнодорожной перевозки. Он оказывает инфраструктурную услугу перевозчику в течение предусмотренного срока, определенного объема.

ИННОВАЦИОННАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ: КОНЦЕПЦИЯ ПОДДЕРЖКИ МАЛОГО ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА

Е.А. Фесенко

Основным содержанием инновационной деятельности является использование готовых научно-технологических достижений для создания и внедрения инноваций в практическую деятельность. Чтобы приобрести решающее конкурентное преимущество, обеспечивающее получение сверхприбыли, нужно разработать и вывести на рынок принципиально новую или усовершенствованную продукцию, аналогов которой нет ни у кого или, по крайней мере, у большинства участников рынка.

Инновационная деятельность отличается повышенным риском по сравнению с остальными видами предпринимательской деятельности, поэтому она остро нуждается в государственной поддержке, поскольку создание нового продукта требует привлечения дополнительных материальных и интеллектуальных ресурсов.

Одним из важнейших элементов является фактор экономической стабильности в России, поэтому следует тщательно готовиться к инвестиционным проектам, причем начать нужно с обучения административных властей всех уровней и изменения законодательной базы. Необходимо провести ряд реформ с целью развития как прямых, так и косвенных инструментов стимулирования инновационной деятельности¹. Также целесообразным шагом видится формирование инновационной активности самих предприятий и корпораций в России – для этого необходимо в ближайшее время решить ряд проблем, среди которых на первом месте стоит реформирование налогового законодательства в области инновационной деятельности.

В свою очередь, государство заинтересовано в направленном стимулировании инновационной деятельности, так как это является очень важной частью социально-экономических преобразований в государст-

¹ К числу таких мер можно отнести использование льготного налогообложения инновационного инвестирования, формирование управленческих консультативных служб, а также развитие фондовых рынков и т.п.

ве – ведь они производятся во многом именно за счет инновационной деятельности, а создание благоприятных условий для нее служит важнейшим компонентом экономической стратегии государственного управления.

Несомненный интерес должна представлять схема стимулирования научной и инновационной деятельности, включающая такую группу национальных приоритетов в научно-инновационной сфере, как фундаментальные исследования, оборонные разработки, работы в области охраны окружающей среды и формирования системы государственных эталонов.

Для улучшения ситуации, в целях повышения качества и обоснованности принимаемых решений на всех уровнях управления целесообразно включить в число обследуемых статистическими органами объектов малые инновационные и промышленные предприятия; сочетать периодическую отчетность со специально организованными выборочными предприятиями инновационной деятельности по более широкому кругу показателей; уточнить критерии новизны продукции, ввести понятие «принципиально новая (ранее неизвестная) продукция», использовать методы экспертных оценок для перевода качественных характеристик инноваций в количественные; апробировать и внедрить в управленческую практику типовую методику проведения инновационного анализа, что говорит о необходимости становления и развития инновационного учета и выработки концепции инновационной отчетности.

Таким образом, поскольку инновационная деятельность является высокорисковой и затратной, для ее эффективного развития необходимо сочетать усилия бизнеса и финансово-организационную поддержку со стороны государства. Именно поэтому целесообразным является создание нормативно-правового механизма, направленного на стимулирование инновационной деятельности. При этом для создания правовых условий предоставления государственной поддержки, налоговых и иных льгот необходимо определить основные понятия в данной сфере, такие как инновационная деятельность и инновация.

ОСОБЫЕ ЭКОНОМИЧЕСКИЕ ЗОНЫ ТЕХНИКО-ВНЕДРЕНЧЕСКОГО ТИПА: ПОНЯТИЕ

К.Л. Собянина

Особая экономическая зона технико-внедренческого типа (далее по тексту – ОЭЗТВТ) – определяемая Правительством Российской Федерации часть территории Российской Федерации, на которой в целях развития обрабатывающих отраслей экономики, высокотехнологичных от-

раслей, производства новых видов продукции и транспортной инфраструктуры действует особый режим осуществления предпринимательской технико-внедренческой деятельности¹.

Под технико-внедренческой деятельностью понимается создание, производство, реализация, внедрение и обслуживание научно-технической продукции; создание, реализация, внедрение и обслуживание программ для электронных вычислительных машин, баз данных, топологий интегральных микросхем, информационных систем².

ОЭЗТВТ создаются сроком на двадцать лет и не более чем на трех участках территории, общая площадь которых составляет не более четырех квадратных километров, находящихся в государственной и (или) муниципальной собственности. ОЭЗТВТ не может располагаться на территориях нескольких муниципальных образований и не должна включать в себя полностью территорию какого-либо административно-территориального образования³.

На момент создания ОЭЗТВТ земельные участки, образующие ее территорию, а также объекты на них, за исключением земельных участков, которые предоставлены для размещения и использования объектов инженерной и транспортной инфраструктур и на которых размещены такие объекты, не должны находиться во владении и (или) в пользовании граждан и юридических лиц, за исключением образовательных и (или) научно-исследовательских организаций⁴.

Решение о создании ОЭЗТВТ на территориях субъекта Российской Федерации и муниципального образования принимается Правительством РФ по итогам конкурса среди претендентов на создание ОЭЗТВТ и оформляется постановлением Правительства РФ, однако в исключительных случаях на основании решения Правительства РФ допускается создание данных территорий без проведения конкурса по отбору заявок⁵.

Индивидуальный предприниматель или коммерческая организация (кроме унитарных предприятий, которые исключены из числа лиц, имеющих право осуществлять хозяйственную деятельность в качестве резидентов, поскольку не являются собственниками закрепленного за ними имущества и не могут им распоряжаться), зарегистрированные в соответствии с законодательством России на территории ОЭЗТВТ и заключившие соглашение о ведении технико-внедренческой деятельности на данной территории с органами управления ОЭЗТВТ, являются ее

¹ См. ст. 2, 3, 10 Федерального закона от 22 июля 2005 г. № 116-ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации» (Рос. газ. 2005. 27 июля).

² Там же. Ст. 10, п. 2.

³ См.: Там же. Ст. 4-6.

⁴ См.: Там же. Ст. 5.

⁵ См.: Там же. Ст. 6.

резидентами. Индивидуальные предприниматели и коммерческие организации, которые не являются резидентами ОЭЗТВТ, могут осуществлять предпринимательскую деятельность на данной территории на общих условиях без предоставления особого режима хозяйственной деятельности¹.

Особый налоговый режим (комплекс налоговых льгот, предоставляемых инвесторам); особый таможенный режим (режим свободной таможенной зоны); право аренды земельного участка на территории зоны для ее резидентов с правом последующего выкупа земли в собственность; гарантии защиты прав инвесторов (неизменность предоставляемых законодательством льгот и др.) – эти и другие льготы и преференции определяют в совокупности особый правовой режим осуществления предпринимательской технико-внедренческой деятельности на территории ОЭЗТВТ.

РАЗВИТИЕ ОТЕЧЕСТВЕННОГО СТРАХОВОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

А.В. Чебунин

По данным Высшего Арбитражного Суда РФ, в первом полугодии 2009 г. арбитражные суды рассматривали 34 671 дело, связанное с исполнением договоров страхования, что в четыре раза (!) превышает количество таких споров в первом полугодии 2008 г. (8 698 дел). В Федеральную службу страхового надзора РФ поступило около 31 000 жалоб страхователей на действия страховых компаний (в 2008 г. около 14 000 жалоб). Страховой рынок покинуло около 100 страховых компаний, и их осталось около 700. Достаточно сильно снизились объемы сбора страховой премии по имуществу, что в не меньшей степени связано с сокращением (на 50%) объема продаж, в частности автомобилей (около 1,46 млн), поскольку именно автомобильный рынок при приобретении автомобиля в кредит давал большие поступления страховых премий при так называемом вмененном страховании. Такие договоры, заключенные в 2006–2007 гг. преимущественно на 3 года, при их окончании в условиях сегодняшнего кризиса вряд ли будут продлеваться.

В итоге можем констатировать, что неблагоприятные экономические явления сказались и на страховом рынке, которому, по утверждению специалистов, угрожает даже кризис неплатежей. В этих условиях

¹ См.: Рос. газ. 2005. 27 июля. Ст. 10, п. 2.

приоритетной задачей правовой науки становится адекватная подготовка законодательства к предстоящим сложным временам.

Помимо застарелых правовых проблем страхового права и страхового законодательства, как, например, унификация страховой терминологии или правовая квалификация значимых страховых категорий (страховой риск, страховой интерес), наука гражданского права начинает решать и эти новые задачи. Работа ведется по нескольким заслуживающим внимания и поддержки направлениям.

Во-первых, это развитие законодательства о финансовой устойчивости страховых организаций, а также повышение эффективности законодательства об их несостоятельности. Интересным предложением является, например, универсальное применение механизма компенсационных выплат при банкротстве страховщика, а не только в системе страхования ответственности владельцев транспортных средств¹.

Во-вторых, это подготовка концепции законодательства об обязательном страховании, поскольку в условиях кризиса, несмотря на недавний приоритет развития страхования добровольного, страховой рынок пока может развиваться только за счет страхования обязательного. Несмотря на небольшое увеличение страховой премии в абсолютных цифрах (на 2% по итогам 9 месяцев 2009 г.), структура рынка изменилась в пользу увеличения процента обязательного страхования. Данная задача вполне оправданна, поскольку разрозненность законодательства об обязательном страховании приводит к отсутствию единообразия в подходах к регулированию.

В-третьих, это развитие законодательства о договоре страхования. Здесь предложения многообразны. Начиная от различных точечных изменений, предложением которых наполнено большинство, в частности диссертационных, исследований по гражданскому праву на страховую тематику, заканчивая разработкой экспертным советом при страховом надзоре проекта принципиально нового закона о договоре страхования.

В-четвертых, немаловажны также и общие предложения о развитии страхового законодательства, например об интеграции его с европейским страховым правом².

¹ См.: *Шилина А.Н.* Несостоятельность (банкротство) страховых организаций: проблемы теории и правоприменения: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 11.

² См.: *Абрамов В.Ю.* Проблемы гражданско-правового регулирования страховой деятельности в Российской Федерации: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2009. С. 23–24.

СТРАХОВОЙ СЛУЧАЙ ПО ДОГОВОРУ СТРАХОВАНИЯ ПРОФЕССИОНАЛЬНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

С.Л. Сотников

В действующем законодательстве страховой случай определяется как «совершившееся событие, предусмотренное договором страхования или законом, с наступлением которого возникает обязанность страховщика произвести страховую выплату страхователю, застрахованному лицу, выгодоприобретателю или иным третьим лицам» (п. 2 ст. 9 Закона «Об организации страхового дела в Российской Федерации» от 27 ноября 1992 г. № 4015-1¹).

Сформулированная в законе модель страхового случая рассчитана на событие – конкретный юридический факт, что вполне подходит для большинства видов страхования, в которых страховой случай действительно является определенным событием (например, в страховании имущества – его повреждение в результате пожара). Однако для страхования профессиональной ответственности такая модель не подходит, поскольку в нем страхуется ответственность, являющаяся по своей правовой природе правоотношением, а не событием.

В отдельных федеральных законах, а также правилах страхования, разработанных страховыми компаниями, страховой случай по договору страхования профессиональной ответственности определяется по-разному: как совершение профессиональной ошибки, как причинение вреда, как наступление ответственности и др.

На наш взгляд, страховой случай в страховании профессиональной ответственности носит особый характер, поскольку представляет совокупность юридических фактов, включающую совершение ошибки, причинение вреда и возложение ответственности. Если рассматривать страховой случай только как совершение профессиональной ошибки либо как причинение вреда, то тогда нельзя говорить о том, что страхуется ответственность, поскольку перечисленные события еще не являются ответственностью, они лишь отдельные условия ее наступления.

Исходя из положений ст. 957 ГК РФ совершение профессиональной ошибки, причинение вреда и возложение ответственности должны произойти во время действия срока страхования. Вместе с тем указанное требование закона практически исключает возможность выплаты страхового возмещения по договору страхования ответственности, поскольку от момента совершения профессиональной ошибки до момента при-

¹ Об организации страхового дела в Российской Федерации: Закон РФ от 27 ноября 1992 г. № 4015-1 (ред. от 30. 10. 2009 г.) // Рос. газ. 1993. 12 янв.; 2009. 3 нояб.

чинения вреда и предъявления требования к страхователю, как правило, проходит значительное время. Высока вероятность того, что один или несколько юридических фактов, образующих в совокупности с другими страховым случаем, могут произойти за пределами срока страхования (например, профессиональная ошибка совершена до заключения договора страхования, вред причинен во время действия договора страхования, а ответственность установлена за пределами срока страхования). В большинстве случаев это приведет к отказу в выплате, поскольку страховой случай произойдет за пределами срока страхования.

Для решения этой проблемы представляется необходимым на законодательном уровне предусмотреть, что страхованием покрывается ответственность, требования о привлечении к которой заявлены в пределах сроков исковой давности, при условии, что основание ответственности возникло во время действия договора страхования.

Предложенная нами конструкция страхового случая обеспечивает сохранение подлинной правовой природы договора страхования ответственности и исключает возможность его квалификации как договора страхования имущества или предпринимательского риска.

К ВОПРОСУ О РАЗГРАНИЧЕНИИ СООРУЖЕНИЯ И СТРОЕНИЯ (ПОСТРОЙКИ) В ИНТЕРЕСАХ ГРАЖДАНСКОГО ОБОРОТА

Д.В. Сураев

Одним из условий устойчивости гражданского оборота является определенность его регламентации нормами гражданского права. Этому условию в течение длительного времени не отвечали нормы, определяющие критерии отнесения объектов гражданских к специфической группе объектов – недвижимых вещей (недвижимому имуществу).

Общие критерии, которые позволяют в совокупности определить, является имущество недвижимым или нет, были установлены законодателем в ст. 130 ГК РФ: связанность с землей и невозможность перемещения вещи без несоразмерного ущерба ее назначению. Недостаточность этих критериев проявляется в том, что невозможность перемещения без несоразмерного ущерба носит оценочный характер, а связанность с землей присуща в той или иной степени любой вещи (материальному объекту), созданной в результате строительной деятельности.

Эта неопределенность нашла свое отражение и в специальных нормативных правовых актах, регулирующих отношения в сфере строительной и смежных отраслях деятельности (Градостроительный кодекс

РФ, Закон об ипотеке (залоге недвижимости) и др.), в виде указания в качестве равнозначных объектов наряду с сооружениями (зданиями) и иных объектов – строений, построек, объектов капитального строительства и др.

Непоследовательность законодателя заставляла и участников гражданского оборота, и правоприменителей (суды, органы регистрации и технической инвентаризации) искать возможность для определения дополнительных критериев для разрешения вопроса об отнесении конкретной вещи к объектам недвижимого имущества и использовании нормативных правовых актов, относящихся к иным отраслям законодательства (Закон о регистрации прав на недвижимое имущество, Правила бухгалтерского учета и др.).

Такое определение являлось жизненной необходимостью для участников гражданского оборота, поскольку правовой режим, установленный для недвижимых вещей, существенно отличается от правового режима вещей движимых.

Большая определенность правового режима недвижимых вещей, в частности сооружений, делает более предпочтительным для большинства участников гражданского оборота установление такого режима для объектов гражданских прав, находящихся в их собственности или на иных законных основаниях.

В качестве значительного шага в деле решения указанной проблемы можно рассматривать Технический регламент о безопасности зданий и сооружений, которым установлено, что сооружение – это «результат строительства, представляющий собой объемную, плоскостную или линейную строительную систему, имеющую наземную, надземную и (или) подземную части, состоящую из несущих, а в отдельных случаях и ограждающих строительных конструкций и предназначенную для выполнения производственных процессов различного вида, хранения продукции, временного пребывания людей, перемещения людей и грузов»¹.

Наряду с легальным определением в Техническом регламенте содержатся и дополнительные признаки, связанные с созданием и назначением объектов, на основании которых имеется возможность для отграничения сооружений, а также зданий от иных объектов, созданных в процессе строительной деятельности. Отсутствие этих признаков (например, проекта, необходимого для создания только здания или сооружения), позволит отграничить строения и постройки от объектов недвижимости и придаст большую определенность данному сегменту гражданского оборота.

¹ Федеральный закон Российской Федерации от 30 декабря 2009 г. № 384-ФЗ «Технический регламент о безопасности зданий и сооружений» // Рос. газ. 2009. 31 дек.

О ВЕЩНЫХ ПРАВАХ НА ЗЕМЕЛЬНЫЕ УЧАСТКИ В КОНЦЕПЦИИ РАЗВИТИЯ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Е.А. Грызыхина

Одобренная Президиумом Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства Концепция развития гражданского законодательства (далее – Концепция) содержит немало новелл. Не является исключением и раздел Концепции, посвященный вещным правам. Применительно к земельным участкам наряду с правом собственности предлагаются две базовые модели вещных прав. При использовании земельного участка по сельскохозяйственному назначению или иным образом извлекая пользу из природных свойств и качеств земли не меняя ее субстанции, отношения следует опосредовать правом владения и пользования (эмфитевзисом). Земельный участок под застройку планируется предоставлять на праве суперфициарного типа, поименованном в Концепции как право застройки.

И право застройки, и право владения и пользования предполагаются платными, отчуждаемыми (переходят в порядке сингулярного или универсального правопреемства); срочными (для права застройки – от 50 до 199 лет (срок обосновывается сроком службы зданий), для эмфитевзиса – не менее 50 лет либо бессрочно), возникающими на основании договора, подлежащими государственной регистрации.

Содержание права застройки – владение и пользование земельным участком при условии возведения в срок, предусмотренный договором, зданий и сооружений и их последующей эксплуатации, а также обязанность использовать незастроенную часть участка по целевому назначению. Право собственности на возведенные объекты приобретает собственник земельного участка с момента их создания (что соответствует концепции «единого объекта», но противоречит сознанию граждан). В то же время практических сложностей это создавать не должно в силу отчуждаемости права. Распорядиться такими объектами можно, в том числе и возмездно, путем уступки. Суперфициар может сдавать в аренду самостоятельно и от своего имени построенные им здания. После прекращения права застройки земельный участок со всеми постройками и иными улучшениями возвращается собственнику. Кроме того, делается оговорка о возможности выкупа земельного участка и построек суперфициарием и льготном характере такого выкупа для государственных и муниципальных земельных участков.

Право постоянного владения и пользования предназначено, прежде всего, для ведения сельскохозяйственного производства на земельном

участке. Содержание этого права – владение и пользование земельным участком с извлечением плодов и доходов, поступающих в собственность обладателя вещного права.

Таким образом, разновидности арендных отношений придается статус вещного права, характеризующегося правом следования и правом преимущества, снабженным вещно-правовой защитой. Реальная экономическая потребность и, соответственно, целесообразность введения для земельных участков новых правовых форм, о которых говорят авторы Концепции, неясна.

Рассматривая аналогичные правовые формы на примере римского права, отечественного дореволюционного и советского, современного зарубежного опыта, можно сделать вывод об их востребованности только в условиях ограниченного оборота земельных участков. Их введение в России было бы возможно только до принятия Земельного кодекса РФ и введения в действие главы 17 Гражданского кодекса РФ как переходных моделей в процессе приватизации. При современном неразвитом состоянии оборота земли создание новых конструкций вряд ли даст нужный эффект.

СОГЛАШЕНИЯ О РЕЗЕРВИРОВАНИИ И СЕРВИТУТЕ КАК ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ СДЕЛКИ

А.А. Конушкина

По мнению О.М. Козырь, резервирование представляет собой правовой институт, первоначально введенный Федеральным законом «Об особо охраняемых природных территориях»¹, а затем закрепленный Земельным кодексом Российской Федерации. Однако в этом правовом институте не меньшее значение имеет гражданско-правовой аспект, на который, к сожалению, мало обращают внимание.

В связи с тем, что цели резервирования участков предполагают проведение разного рода проектно-изыскательских работ, земельный участок в процессе резервирования фактически предоставляется не только в пользование, но и во владение заинтересованному лицу. При этом право собственности на участок не переходит. Следовательно, в процессе резервирования происходит ограниченное распоряжение земельным участком в виде передачи его использования на относительно небольшой срок. Из анализа норм ГК РФ и ЗК РФ можно предположить, что такие отношения следует квалифицировать как сделки, следовательно,

¹ *Собрание законодательства РФ*. 1995. № 12. Ст. 1024.

требуется соблюдение предусмотренных законодательством правил к их форме, порядку совершения и т.д. Поэтому для резервирования земельного участка недостаточно, как считают Д.В. Королев и А.И. Окунев¹, принятия акта уполномоченного органа, так как на первое место выходит факт передачи права, достаточный для квалификации правоотношения и применения гражданско-правовых норм. Для резервирования участка требуется оформление согласованного волеизъявления как минимум двух формально равных субъектов – собственника земли и будущего землепользователя. Иначе говоря, налицо необходимость заключения двусторонней сделки (договора), но каким именно должен быть этот договор, гражданское законодательство ответа не дает.

В силу ФЗ РФ от 25.10.2001 г. № 137-ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации» не предусмотренное ЗК РФ право (титул) возникнуть не может. Перечень вещных прав, в том числе прав на землю, строго определен в законе. С учетом того, что договор ссуды по своей правовой природе очень близок к договору аренды и их главное отличие в безвозмездности договора ссуды, а также учитывая то, что на стороне арендатора и ссудополучателя в соответствии с положениями гл. 36 ГК РФ может выступать государство в лице органа государственной власти или органа местного самоуправления, можно предположить возможность заключения специального договора ссуды (безвозмездного пользования) земельных участков для проведения изыскательских работ.

Не менее сложным является вопрос об определении правовой природы сервитута. Земельный кодекс в ст. 23 определяет понятие сервитута как право ограниченного пользования чужим земельным участком. Согласно нормам ЗК РФ и ГК РФ о сервитуте последний относится к категории вещных прав. Данные права существуют до тех пор, пока существует сама вещь. В случае утраты (гибели) вещи прекращается и само действие сервитута. Как и другие вещные права, сервитут следует за вещью. Из п. 1 ст. 275 ГК РФ следует, что сервитут сохраняется в случае перехода прав на земельный участок, который обременен этим сервитутом, к другому лицу. Причем данное правило применимо как к частным, так и к публичным сервитутам. Несмотря на то, что сервитут является вещным правом, само соглашение о сервитуте обладает рядом признаков сделки. В соответствии со ст. 153 ГК РФ сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. Для

¹ Королев Д.В., Окунев А.И. Административно-правовые аспекты резервирования земель для государственных и муниципальных нужд // Правовые вопросы строительства. 2008. № 2.

заключения договора необходимо выражение согласованной воли двух сторон (двусторонняя сделка) либо трех или более сторон (многосторонняя сделка) (п. 3 ст. 154 ГК РФ). Соглашение об установлении сервитута в полной мере обладает вышеуказанными признаками: оно направлено на установление и изменение гражданских прав и обязанностей, для его заключения необходимо выражение воли двух сторон, на основе данного соглашения возникают обязательства, принятые на себя одним субъектом по отношению к другому. Все это в полной мере характерно для гражданско-правовой сделки. На основании сказанного полностью согласимся с мнением Д.А. Лучникова о том, что соглашение об установлении сервитута относится к категории обязательственных прав и, как следствие, его необходимо рассматривать в качестве разновидности гражданско-правовой сделки.

ПРАВОВОЙ СТАТУС КОНКУРСНЫХ КРЕДИТОРОВ В ПРОЦЕДУРАХ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ В РОССИИ И ГЕРМАНИИ

Т.П. Шишмарева

Особый статус в процедурах несостоятельности имеют конкурсные кредиторы. Легальные определения понятия «конкурсные кредиторы» в ст. 2 Закона «О несостоятельности (банкротстве)»¹ и в § 38 *Insolvenzordnung* (*InsO*)² не совпадают. Анализ указанных понятий позволяет выделить их признаки: характер требования (притязания) к должнику, срок возникновения требования (притязания), основание возникновения обязательства, личные кредиторы.

По характеру требования (притязания) и по признаку личного кредитора конкурсные кредиторы по российскому и немецкому законодательству отличаются весьма существенно.

В Германии согласно § 45 *InsO* возможно преобразование имущественных притязаний в денежные при введении *Insolvenzverfahren*. Закон «О несостоятельности (банкротстве)» и *Insolvenzordnung* различаются в этой части принципиально: в основу *Insolvenzordnung* положена кон-

¹ О несостоятельности (банкротстве): ФЗ от 26.10.2002 г. № 127-ФЗ (в ред. от 17.12.2009 г.) // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190; 2009. № 52 (1). Ст. 6450.

² *Insolvenzordnung* vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S 2866) zuletzt geändert durch Art. 9 JustizkommunikationsG v. 22.3.2005 (BGBl. I S. 837).

цепция сводного исполнительного производства¹, в котором участвуют все кредиторы несостоятельного должника; по Закону «О несостоятельности (банкротстве)» участниками процедур несостоятельности (банкротства) признаются кредиторы с денежными требованиями, т.к. процедуры несостоятельности есть некие самостоятельные процессуальные процедуры, близкие, но не тождественные исполнительному производству².

В Германии кредиторы, требования которых обеспечены залогом, не могут быть отнесены к Insolvenzgläubiger³, т.к. они не являются личными кредиторами должника⁴, а притязают на определенный предмет в составе имущества должника, поэтому их следует относить к особой группе кредиторов с обособленными требованиями (Absonderungsberechtigte Gläubiger)⁵, поскольку залог отнесен к числу вещных прав (§ 1113–1203, 1204–1296 BGB⁶). Между тем залогодержателей признают одновременно и Insolvenzgläubiger, т.к. они имеют право на удовлетворение своих требований за счет принадлежащего должнику имущества, а не посредством изъятия имущества предъявлением виндикационного иска⁷.

Залогом могут быть обеспечены как частноправовые обязательства (§ 3 гл. 23 ГК РФ), так и обязанности публичного характера (п. 5 ст. 61, 63, 73 Налогового кодекса РФ, ст. 341 Таможенного кодекса РФ).

Исходя из этого, следует различать среди залогодержателей конкурсных кредиторов и уполномоченные органы: как лиц, участвующих в деле о банкротстве, при том что в Законе «О несостоятельности (банкротстве)» залогодержатели наделены статусом конкурсных кредиторов (ст. 18.1). Залогом могут обеспечиваться требования текущих кредиторов, а также требования кредиторов, удовлетворяемых в послеочередном порядке, и кредиторов с имущественными требованиями, не признаваемых участвующими в деле лицами. К тому же залогодержатели

¹ Gerhard W. Grundbegriffe des Vollstreckungs- und Insolvenzrecht: eine Einführung an Hand von Fällen. Stuttgart: Kohlhammer, 1985. S. 147.

² В ФЗ «Об исполнительном производстве» регулируется сводное исполнительное производство (ст. 34) возбужденные как в отношении одного должника несколько исполнительных производств имущественного характера, так и в отношении нескольких должников по солидарному взысканию в пользу одного взыскателя.

³ В Insolvenzordnung выделены следующие группы кредиторов несостоятельного должника: Insolvenzgläubiger (§ 38), nachrangige Insolvenzgläubiger (§ 39), Massegläubiger (§ 3), Aussonderungsberechtigte Gläubiger (§ 47), Absonderungsberechtigte Gläubiger (§ 49, 50, 51).

⁴ В § 38 Insolvenzordnung, где дано легальное определение Insolvenzgläubiger, законодатель указывает следующие признаки этой группы кредиторов: имущественный характер притязания, срок возникновения притязания и то, что они являются личными кредиторами.

⁵ Becker Ch. Insolvenzrecht. Köln: Berlin; München: Carl Heymanns Verlag KG, 2005. S. 95, 98.

⁶ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2.01.2002. 60, überarb. Auflage. Deutscher Tachsenbuch Verlag, 2007.

⁷ Bork R. Einführung in das Insolvenzrecht. 4., neu bearb. Auflage. Mohr Siebeck, 2005. S. 37.

имеют иные интересы по сравнению с конкурсными кредиторами. требования которых не обеспечены залогом.

Легальное определение понятия «конкурсные кредиторы» требует изменения и совершенствования.

МЕДИЦИНСКАЯ ПОМОЩЬ, МЕДИЦИНСКАЯ УСЛУГА И МЕДИЦИНСКОЕ ВМЕШАТЕЛЬСТВО: СООТНОШЕНИЕ ПОНЯТИЙ

М.П. Романов

Для совершенствования регулирования отношений по оказанию медицинской помощи важно проанализировать содержание понятий «медицинская помощь», «медицинское вмешательство», «медицинская услуга» и соотнести их между собой. В законодательстве не содержится четкой формулировки указанных понятий. Так, ни в одном нормативном акте, в том числе в Гражданском кодексе РФ, нет определения понятия «медицинская услуга». Характеристика медицинской помощи содержится лишь в ведомственном нормативном акте – постановлении Минздрава РФ, согласно которому она представляет собой комплекс мероприятий, направленных на удовлетворение потребностей населения в поддержании и восстановлении здоровья.

В научной литературе имеется большое количество различных трактовок указанных понятий, однако ни один автор не делал попыток их соотнести. Разграничить данные понятия можно по следующим критериям: направленности, основанию возникновения, содержанию, субъекту, характеру возмездности.

Базовым понятием является «медицинская помощь». Проанализировав термины, «медицинская помощь» и «медицинская услуга», можно сделать следующие выводы. Одним из общих элементов указанных понятий является направленность на полезный результат – здоровье. Здоровье – это та цель, с которой лицо обращается в лечебное учреждение, и тот результат, которого оно ожидает. При этом важно отметить не гарантированность результата, а именно направленность действий на положительный результат, который подразумевается, но не обязателен. При этом медицинская услуга, как и медицинская помощь, может быть направлена на достижение данной цели как косвенно так и напрямую. Основанием возникновения правоотношений по поводу медицинской услуги является договор на оказание медицинских услуг, обязательный элемент которого – волеизъявление сторон. Основанием возникновения отношений по оказанию медицинской помощи могут быть администра-

тивный акт об изоляции больного, судебный акт о помещении лица на принудительное лечение, а также в случае, когда в силу своего беспомощного состояния оно не может выразить свою волю, действие в чужом интересе без поручения.

Категория «медицинская помощь» представляет собой комплексный объект, состоящий из разного рода действий, в том числе направленных на достижение положительного результата не непосредственно, а опосредованно (организационно-технические мероприятия и др.). Субъект медицинской услуги должен быть профессиональным медицинским работником. Наличие специальной медицинской подготовки для оказания медицинской помощи не обязательно. Указанные понятия различаются и по характеру возмездности. Медицинская помощь и медицинская услуга носят возмездный характер. Однако в первом случае источником финансирования являются средства соответствующего бюджета, а во втором случае пациент производит оплату из собственных средств.

Медицинское вмешательство, как и описанные выше понятия, ориентировано на достижение положительного результата – восстановление здоровья. Поскольку медицинское вмешательство является составной частью как медицинской услуги, так и медицинской помощи, то и основания возникновения у них общие: договор оказания возмездных медицинских услуг, действия в чужом интересе без поручения, административный акт и судебный акт. Содержанием медицинского вмешательства всегда являются однородные действия, имеющие прямую связь с достижением положительного результата. Критерий возмездности также не является для медицинского вмешательства квалифицирующим. Оно может финансироваться как непосредственно пациентом, так и из иных источников. Субъектом медицинского вмешательства может быть только профессиональный медицинский персонал.

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЕ ЗНАЧЕНИЕ «НЕСЧАСТНОГО СЛУЧАЯ В МЕДИЦИНЕ»

М.С. Берилло

Непосредственным предметом нашего исследования является категория «несчастный случай в медицине». В медицинской литературе его называют основанием освобождения медицинского учреждения от деликтной ответственности. На сегодняшний день не только отсутствует законодательное закрепление понятия несчастного случая в медицине, но не представляется возможным отыскать следы каких-либо попыток урегулирования отношений, с ним связанных.

Ряд авторов называют в качестве обязательного признака несчастного случая отсутствие противоправности в действиях (бездействии) врача (И.Ф. Огарков, С.Г. Стеценко, Ю.С. Сидорович, А.П. Громов). Так, по мнению И.Ф. Огаркова, к несчастным случаям следует относить такие неудачные исходы лечения, при которых создается объективная невозможность предвидеть последствия; при этом неудача не зависит от чьих-либо упущений или ошибок, а является следствием трудности случая.

Вместо правомерности поведения медицинских работников мы предлагаем считать основным отличительным признаком несчастного случая в медицине отсутствие прямой причинной связи между действиями (бездействием) медицинского работника и неблагоприятными последствиями для жизни и здоровья больного. Действительно, отсутствие прямой причинной связи само по себе исключает противоправность деяния. В этой связи под несчастным случаем следует понимать неблагоприятные для жизни и здоровья пациента последствия, обусловленные обстоятельствами, не находящимися в прямой причинной связи с действиями (бездействиями) медицинских работников.

Несчастный случай в медицине нельзя считать разновидностью гражданско-правовой категории «случай» (казус). Субъективному случаю (казусу) присущи следующие признаки: во-первых, отсутствие вины лица, причинившего вред; во-вторых, противоправность поведения лица; в-третьих, наличие прямой связи между поведением лица и противоправными последствиями. Несчастный случай же не обладает этими признаками, следовательно, он не может быть разновидностью субъективного случая (казуса).

Сравнивая несчастный случай в медицине и несчастный случай на производстве, стоит отметить различия данных категорий: несчастный случай на производстве применяется в трудовых и страховых отношениях, несчастный случай в медицине – исключительно в отношениях, связанных с деятельностью медицинских работников и медицинских учреждений. Отличаются они и по правовым последствиям. В результате несчастного случая на производстве работнику (его семье) возмещаются его утраченный заработок (доход), а также связанные с повреждением здоровья дополнительные расходы на медицинскую, социальную и профессиональную реабилитацию либо соответствующие расходы в связи со смертью работника (ст. 184 ТК РФ). Последствием же несчастного случая в медицине является исключение любого вида ответственности медицинских работников или медицинских учреждений.

Вопрос о несчастном случае в медицине должен найти своё отражение в российском законодательстве. Может быть, ему найдётся место в Основах законодательства об охране здоровья граждан либо в пока

«виртуальном» Медицинском кодексе РФ. К примеру, можно дополнить названные Основы тринадцатым разделом, содержащим нормы об основаниях освобождения от гражданско-правовой ответственности за причинение вреда здоровью или её исключения. Тем более что такая необходимость назрела, ведь гражданско-правовое значение несчастного случая как обстоятельства, исключающего ответственность, при отсутствии чёткой регламентации может быть недопустимо использовано в целях уклонения от ответственности путём подмены понятий.

ИМУЩЕСТВЕННЫЕ ПРАВА ОБРАЗОВАТЕЛЬНОГО УЧРЕЖДЕНИЯ: ПРОБЛЕМЫ И ВОЗМОЖНЫЕ ПУТИ РЕШЕНИЯ

Ю.А. Козлова

Понятие и общие положения, определяющие правовой статус учреждения, закреплены ст. 120 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ). Учреждением признается некоммерческая организация, созданная собственником для осуществления управленческих, социально-культурных или иных функций некоммерческого характера.

В ст. 120 установлено, что права учреждения на имущество, закрепленное за ним собственником, а также на имущество, приобретенное учреждением, определяются в соответствии со ст. 296 ГК РФ. Имущество закрепляется за учреждением на праве оперативного управления, и учреждение не является собственником имущества, которое закреплено за ним учредителем.

Статья 298 ГК РФ регламентирует порядок распоряжения имуществом учреждения, который в зависимости от типа учреждения имеет свои особенности. Поправками, внесенными в законодательство Федеральным законом от 03.11.2006 № 175-ФЗ, установлено три типа учреждений: учреждение частное, учреждение государственное и учреждение муниципальное. Для государственных и муниципальных учреждений законом, в зависимости от участия в финансировании деятельности учреждения, определено деление на бюджетное или автономное.

Гражданский кодекс устанавливает лишь общие черты имущественных прав учреждений, закрепляя в п. 3. ст. 120, что особенности правового положения отдельных видов государственных и иных учреждений определяются законом и иными правовыми актами. Право оперативного управления как ограниченное вещное право получает иное содержание, обусловленное особенностями статуса и имущественного положения отдельных видов учреждений.

Особенности имущественных прав образовательного учреждения установлены в Законе от 10.07.92 № 3266-1 «Об образовании», ФЗ от 22.08.96 № 125-ФЗ «О высшем и послевузовском профессиональном образовании». Указанными нормативными актами образовательным учреждениям предоставляются право осуществлять платную образовательную деятельность, а также широкие полномочия по ведению предпринимательской и иной приносящей доход деятельности. Показательным примером является право образовательного учреждения выступать в качестве арендатора и арендодателя имущества и предоставление негосударственным образовательным учреждениям права обладать имуществом на праве собственности.

Ведение образовательным учреждением предпринимательской и иной приносящей доход деятельности, а также приобретение имущества за счет полученных доходов повлекло за собой возникновение споров о правовой природе права образовательного учреждения на доходы, полученные от ведения предпринимательской деятельности и права самостоятельного распоряжения этими доходами. Закрепленное в п. 2 ст. 298 ГК РФ правило, что доходы, полученные от такой деятельности, и приобретенное за счет этих доходов имущество поступают в самостоятельное распоряжение учреждения и учитываются на отдельном балансе, не позволяет однозначно ответить на этот вопрос. В науке существует несколько мнений. Одни характеризуют право самостоятельного распоряжения доходами как расширенное право оперативного управления. Другие отождествляют его с правом хозяйственного ведения, третьи полагают, что это особое ограниченное вещное право.

В данном случае вопрос о правовой природе права образовательного учреждения на доходы от предпринимательской деятельности должен решаться с учетом того, учреждением какого типа является образовательное учреждение.

Думается, что данный спор может быть разрешен в случае унификации норм гражданского кодекса, посвященных ограниченным вещным правам в соответствии с Концепцией развития гражданского законодательства РФ, утвержденной решением Совета по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009 г. Так как концепция предусматривает оставление только одного ограниченного вещного права – права оперативного управления; устанавливает, что субъектами права оперативного управления могут являться только государственные или муниципальные юридические лица, для частных учреждений исключается право оперативного управления и предусматривается модель права собственности.

Внесение соответствующих изменений в Гражданский кодекс РФ позволит решить существующий спор о правовой природе права образовательного учреждения на доходы, полученные от ведения предпринимательской деятельности.

НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ БРАЧНОГО ДОГОВОРА, СТАВЯЩЕГО ОДНОГО ИЗ СУПРУГОВ В КРАЙНЕ НЕБЛАГОПРИЯТНОЕ ПОЛОЖЕНИЕ

Н.В. Багрова

Нормы, посвященные признанию брачного договора недействительным, закреплены в ст. 44 СК РФ. Согласно п. 2 ст. 44 «суд может также признать брачный договор недействительным полностью или частично по требованию одного из супругов, если условия договора ставят этого супруга в крайне неблагоприятное положение». В последние пять лет число исков об оспаривании брачных договоров, ставящих одного из супругов в крайне неблагоприятное положение, возросло. При разрешении спора суд должен установить ряд фактов: во-первых, предъявлен ли иск надлежащим лицом. Оспорить такой договор, исходя из формулировки п. 2 ст. 44 СК РФ, может только супруг, чьи права нарушены. В судебной практике неоднократно встречались случаи, когда иск об оспаривании брачного договора по данному основанию предъявляли иные лица, в частности кредиторы одного из супругов. Однако суды правомерно отказывали в рассмотрении таких исков, ссылаясь на положения п. 2 ст. 44 СК РФ. Тем не менее ограничение круга истцов лишь супругом, чьи права нарушены заключением такого договора, не всегда отвечает его интересам. На практике может сложиться ситуация, когда супруг уже после заключения брачного договора был признан недееспособным. Психическое заболевание, повлекшее недееспособность, могло развиваться длительное время. И хотя в момент заключения договора он не находился в состоянии, когда не мог осознавать значение совершаемых им действий или руководить ими (ст. 177 ГК РФ), болезнь могла повлиять на формирование воли супруга, что позволило заключить договор на крайне невыгодных для него условиях. В связи с этим было бы логично предоставить право оспаривания брачного договора по основанию, закрепленному в п. 2 ст. 44 СК РФ, опеку-ну недееспособного супруга.

Во-вторых, суд должен установить, что брачный договор не просто устанавливает некоторое неравенство имущественных прав супругов, а

ставит одного из них в крайне неблагоприятное положение. Категория «крайне неблагоприятное положение» является оценочной, ее содержание не раскрывается в законодательстве, весьма скудны и разъяснения Пленума Верховного суда РФ.¹ Можно констатировать, что такое положение имеет место, когда супруг полностью лишается нажитого в период брака имущества либо иным образом существенно ущемляются его имущественные права, например он лишается всего ценного имущества, нажитого в браке (допустим, супруги в брачном договоре определили, что в случае расторжения брака по инициативе любого из них в личную собственность жены перейдут трехкомнатная квартира и автомобиль, а в собственность мужа – стиральная машина), либо у одного из супругов будет значительный объем обязанностей, а у другого – лишь права.

В-третьих, условие должно ставить супруга в крайне неблагоприятное положение изначально, поскольку договор признается недействительным с момента заключения. Порой условия брачных договоров сформулированы таким образом, что однозначно определить, ставило ли супруга в момент заключения договора то или иное условие в крайне неблагоприятное положение, не представляется возможным.

Заинтересованная сторона должна доказать лишь тот факт, что договор ставит ее в крайне неблагоприятное положение, но не должна доказывать, что он был заключен под влиянием стечения тяжелых обстоятельств, поскольку в данном случае речь не идет о признании такого договора кабальной сделкой (п. 1 ст. 179 ГК РФ).

БИОЛОГИЧЕСКИЕ ЗАВЕЩАНИЯ И ПОСМЕРТНОЕ СУРРОГАТНОЕ МАТЕРИНСТВО: МИФ ИЛИ РЕАЛЬНОСТЬ?

Е.В. Стеблева

Среди всего многообразия завещаний особое место занимают биологические завещания. Необходимо отметить, что данный термин в юридической науке появился сравнительно недавно и широко используется на территории Израиля. Биологические завещания представляют собой документ, юридически закрепляющий право использовать хранящиеся в «банках спермы» замороженные мужские половые клетки после смерти их обладателя. Термином «биологическое завещание» охватываются также документы, содержащие волеизъявление наследода-

¹ См.: п. 15 Постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации от 05.11.1998 № 15 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака» // ВВС РФ. № 1. 1999.

теля распорядиться принадлежащими ему репродуктивными тканями (в данном случае – спермой) после его смерти для использования при применении методов вспомогательных репродуктивных технологий.

Специфика биологических завещаний проявляется в их содержании. Особенностью завещательных распоряжений, касающихся использования репродуктивных тканей (спермы) наследодателя на случай его смерти, является то, что последние рассматриваются с позиции судебной практики Израиля, а также в некоторых штатах США как имущество, подлежащее наследованию наравне с иным имуществом (движимым и недвижимым). Последнее обстоятельство заслуживает особого внимания.

Уже более четырех лет семья Захаровых находится в правовом «вакууме». Суды и органы ЗАГС отказываются признавать Екатерину Захарову бабушкой ребенка, рожденного суррогатной матерью, которой был имплантирован эмбрион, полученный при оплодотворении донорских ооцитов и замороженной спермы сына Екатерины Захаровой, умершего в Израиле от онкологического заболевания. Суд мотивирует свою позицию тем, что в соответствии с положениями п. 4 ст. 51 Семейного кодекса Российской Федерации единственным родственником ребенка и единственной его матерью является суррогатная мать.

В российской правовой науке нет единой позиции о правовом режиме половых клеток человека.

Одни авторы¹ предлагают законодательно признать посмертную репродукцию в качестве одного из вариантов разрешения проблемы бесплодия и продолжения потомства и, следовательно, признать репродуктивные ткани (сперму) в качестве объектов гражданских прав, не ограниченных в обороте.

Другие² считают, что органы и ткани человека нельзя рассматривать в качестве имущества, вещи, так как они образуются в результате естественного биологического процесса, не имея при этом рыночного эквивалента.

Третьи авторы³, чья точка зрения для нас наиболее приемлема, выступают за признание половых клеток в качестве объектов гражданских прав, ограниченных в гражданском обороте, что в свою очередь предполагает соблюдение ряда требований, касающихся их использования

¹ См.: *Свитнев К.Н.* Жизнь после смерти: Юридические и этические аспекты посмертной репродукции // Научные труды IV Всероссийского съезда (национального конгресса) по медицинскому праву, Москва, 10-11 декабря 2009 г. М., 2009. С. 219.

² См.: *Красновский Г.Н.* Биоэтические и уголовно-правовые проблемы в законе Российской Федерации о трансплантации органов и (или) тканей человека // Государство и право. 1993. № 12. С. 74-75.

³ См.: *Малеина М.Н.* Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление и защита. 2-е изд., испр. и доп. М.: МЗ Пресс, 2001. С. 87-88.

при применении вспомогательных репродуктивных технологий, и в частности суррогатного материнства.

Вместе с тем до тех пор, пока законодатель не выразит свое отношение к правовому режиму тела человека, его органов и тканей, в данном случае генетического материала, сфера применения вспомогательных репродуктивных технологий останется нормативно неурегулированной.

Ведь именно от того, какое будет отношение законодателя к развитию современных биомедицинских технологий, зависит как судьба отдельно взятой семьи (в нашем случае семьи Захаровых), так и демографическая ситуация в стране в целом.

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ГОСУДАРСТВА И ПУБЛИЧНЫХ ОБРАЗОВАНИЙ ЗА ВРЕД, ПРИЧИНЕННЫЙ НЕЗАКОННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬЮ ДОЛЖНОСТНЫХ ЛИЦ ОРГАНОВ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ

А.А. Коваленко

Конституция Российской Федерации провозгласила требование охраны законом прав потерпевших от преступлений, доступ их к правосудию и компенсацию причиненного ущерба (ст. 52). Установление указанных положений в Конституции соответствует Декларации основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотреблений властью, принятой Генеральной Ассамблеей ООН в 1985 г. В этом международно-правовом акте сделана попытка дать понятие жертв преступления: ими являются лица, которым преступлением причинен вред в виде телесных повреждений, морального ущерба, эмоциональных страданий, материального ущерба, существенного ущемления основных прав (п. 1 разд. «А»). Указанные последствия преступлений в основном охватываются сложившимися представлениями о моральном, физическом, имущественном вреде¹.

Так, каждому гражданину Российской Федерации гарантируется судебная защита его прав и свобод (п. 1 ст. 46 Конституции РФ). Решения и действия (или бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления и должностных лиц могут быть обжалованы в суд (п. 2 ст. 46 Конституции РФ).

¹ См.: *Уголовный процесс: Учеб. для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция»* / Под ред. В.П. Божьева. М.: Спарк, 2002.

Для достижения этих целей в ст. 53 Конституции РФ в самой общей форме закреплено право граждан на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц независимо от сферы действия.

Гражданское законодательство в развитие положений Конституции по-разному решает вопросы возмещения вреда в зависимости от сферы деятельности государственных органов.

Гражданско-правовые отношения по обеспечению имущественных интересов личности и возмещению вреда, причиненного актами власти, регулируются ст. 1069 и 1070 ГК РФ.

Однако институт ответственности государства за вред, причиненный незаконной деятельностью органов государственной власти и их должностных лиц, по своему содержанию является комплексным, который использует как гражданско-правовые средства (возмещение вреда), так и уголовно-правовые средства (реабилитация), а на стадии исполнения решений по возмещению вреда – нормы финансового права. Несмотря на то, что возмещение вреда в рассматриваемых случаях регулируется нормами различных отраслей права, не всегда обеспечивается возможность и доступность его реального возмещения. Зачастую положения, закрепленные в Конституции РФ (ст. 52, 53), носят исключительно декларативный характер, помимо этого, существующие различные правовые позиции Верховного Суда РФ¹ и Высшего Арбитражного Суда РФ² по вопросам применения положений ст. 1070, 1071 ГК РФ, а также неоднозначная позиция Конституционного Суда РФ³ свидетельствуют о несовершенстве законодательства, непоследовательности, а также неготовности государства и публичных образований нести гражданско-правовую ответственность за вред, причиненный незаконной деятельностью органов государственной власти и их должностных лиц.

¹ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 4 февраля 2003 г. № 93-Г03-3 // СПС «КонсультантПлюс».

² Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13 марта 2001 г. №1092/01 // Вестн. Высшего Арбитражного Суда РФ. 2001. № 4. С. 18.

³ Постановление Конституционного Суда РФ от 25.01.2001 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности положения пункта 2 статьи 1070 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан И.В. Богданова, А.Б. Зернова, С.И. Кальянова и Н.В. Труханова» // СЗ РФ. 2001. № 7. Ст. 700.

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ВОЗМЕЩЕНИЯ ВРЕДА, ПРИЧИНЕННОГО ЖИЗНИ И ЗДОРОВЬЮ ГРАЖДАН МУНИЦИПАЛЬНЫМИ БЮДЖЕТНЫМИ УЧРЕЖДЕНИЯМИ В СФЕРЕ ЗДРАВООХРАНЕНИЯ

И.В. Ершова

Муниципальное образование самостоятельно владеет, пользуется и распоряжается муниципальным имуществом на основании Конституции РФ, федеральных законов и принимаемых в соответствии с ними нормативных актов органов местного самоуправления. Органы местного самоуправления вправе наделять таким имуществом создаваемые ими некоммерческие юридические лица в целях осуществления ими управленческих, социально-культурных или иных функций некоммерческого характера. Именно муниципальные бюджетные учреждения являются основными субъектами гражданско-правовой ответственности за вред, причиненный жизни или здоровью пациентов в связи с тем, что они на рынке оказания социальных услуг являются основными «игроками».

Финансовое обеспечение выполнения функций бюджетного учреждения осуществляется за счет средств соответствующего бюджета на основе бюджетной сметы. Права бюджетных учреждений на закрепленное за ними имущество основано на праве оперативного управления, представляющего собой разновидность производных вещных прав юридических лиц. В соответствии с п. 2 ст. 298 ГК РФ доходы муниципального бюджетного учреждения, полученные от предоставления платных услуг, поступают в его самостоятельное распоряжение. В рамках специальной правоспособности бюджетных учреждений им предоставляется право заниматься деятельностью, приносящей доходы, которые относятся к неналоговым доходам бюджетов, согласно п. 1 ст. 62 Налогового кодекса РФ¹. Такими видами деятельности является, например, оказание платных медицинских услуг.

В настоящее время реализации п. 2 ст. 298 ГК РФ препятствуют положения бюджетного законодательства, изменившего с 2007 г. механизм распоряжения бюджетным учреждением денежными средствами от деятельности, приносящей доходы. Все доходы, полученные из различных источников, должны использоваться как целевые средства, выделенные в рамках бюджетного финансирования². Таким образом, не-

¹ Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31.07.1998 № 145-ФЗ // СЗ РФ 1998. № 31. Ст. 3823.

² Письмо Минфина РФ от 10.11.2002 № 03-01-01/12-403 «О доходах бюджетных учреждений, полученных от предпринимательской и иной приносящей доход деятельности» // Финансовый вестник. Финансы, налоги, страхование, бухгалтерский учет. 2003. № 1.

обходимое финансирование сокращается на сумму средств от дополнительных доходов, которые рассматриваются в качестве основных в ущерб основному бюджетному финансированию учреждений. Тем самым средства от приносящей доходы деятельности бюджетных медицинских учреждений преобразуются в целевые бюджетные средства, что не согласуется с соответствующими положениями ГК РФ, предусматривающими самостоятельное распоряжение такими средствами.

Внедоговорная (деликтная) ответственность бюджетного учреждения в соответствии со ст. 1095, 1079 ГК РФ наступает при причинении вреда жизни и здоровью пациентов. Повышенная ответственность за причинение вреда ненадлежащим оказанием социальных услуг может быть возложена на бюджетное учреждение: во-первых, в соответствии со ст. 1095 ГК РФ за вред, причиненный жизни и здоровью вследствие недостатков услуги, а также вследствие недостоверной или ненадлежащей информации о ней; во-вторых, по ст. 1079 ГК РФ за причинение вреда источником повышенной опасности; в-третьих, повышенная ответственность за причинение вреда жизни или здоровью может быть предусмотрена договором.

Исследование законодательства и теоретических концепций позволило сделать следующие выводы.

В соответствии со ст. 120 ГК РФ бюджетное учреждение отвечает по своим обязательствам только находящимися в его распоряжении денежными средствами. Такие денежные средства выделяются собственником только по смете, следовательно, *доходы учреждения являются недостижимыми для кредиторов*. Вред, причиненный жизни и здоровью потерпевших, возмещается только в пределах денежных средств, находящихся на счетах бюджетных учреждений.

Представляется, что ст. 161 Бюджетного кодекса РФ противоречит п. 2 ст. 298 Гражданского кодекса РФ в части определения объема прав бюджетного учреждения по самостоятельному распоряжению имуществом и средствами, полученными в результате приносящей доходы деятельности. Указанную статью ГК РФ необходимо привести в соответствие с п. 2 ст. 298 ГК РФ и восстановить принципиальное положение о самостоятельном распоряжении бюджетным учреждением денежными средствами, полученными им в результате приносящей доходы деятельности.

Представляется необходимым изменить редакцию подп. 4 п. 2 ст. 120 ГК РФ следующим образом: «Частное или бюджетное учреждение отвечает по своим обязательствам находящимися в его распоряжении денежными средствами и иным имуществом, полученным в результате приносящей доход деятельности. При недостаточности указанных денежных средств и имущества субсидиарную ответственность по обязательствам такого учреждения несет собственник его имущества».

Понятие субсидиарности (от лат. *subsidium* – помощь, резерв) достаточно хорошо знакомо отечественному гражданскому праву, где оно имеет специальное значение и используется в области регулирования обязательственных отношений.

На сегодня широкое применение получила правовая конструкция «субсидиарной ответственности», предполагающая возможность возложения обязанности, имеющей дополнительный (субсидиарный) характер по отношению к охранительной обязанности основного должника. Данная конструкция легально закреплена в ст. 399 ГК РФ¹.

Поскольку речь в таких случаях идет о субсидиарности на стороне должника, условно обозначим ее как «пассивную».

Особый интерес в связи с этим представляют два вопроса: является ли субсидиарность одной из моделей множественности лиц в обязательстве² и возможна ли так называемая «активная» субсидиарность, т.е. может ли она иметь место на стороне кредитора.

Для ответа на первый из поставленных вопросов необходимо иметь в виду, что реализация мер гражданско-правовой ответственности происходит в рамках особых, охранительных правоотношений, имеющих относительный, обязательственный характер. Как и любое обязательство, такое правоотношение существует между конкретными лицами – должником и кредитором. На стороне должника и кредитора могут выступать одновременно несколько лиц. В последнем случае имеет место множественность лиц в обязательстве.

¹ Примерами могут послужить предусмотренные ГК РФ случаи ответственности лиц, вызвавших несостоятельность юридического лица при недостаточности его имущества (п. 3 ст. 56 ГК РФ), участников полного товарищества, участников общества с дополнительной ответственностью, членов производственного или потребительского кооператива, ассоциации (союза) по обязательствам товарищества, общества, кооператива, ассоциации (п. 1 ст. 75, п. 1 ст. 95, п. 2 ст. 107, п. 4 ст. 116, п. 4 ст. 121 ГК РФ), основного общества в случае его виновности в несостоятельности дочернего (п. 2 ст. 105 ГК РФ), собственника имущества казенного предприятия при недостаточности имущества предприятия (п. 6 ст. 63, п. 5 ст. 115 ГК РФ), собственника имущества учреждения при недостаточности денежных средств (п. 6 ст. 63, п. 2 ст. 120 ГК РФ).

² Указания на субсидиарность как на одну из разновидностей множественности лиц в обязательстве встречаются в литературе, не сопровождаясь при этом подробным обоснованием (см., например: *Гражданское право*. Т. 1 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2000. С. 519; *Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право*. Кн. 1: Общие положения. М.: Статут, 2001. С. 370). Противоположную точку зрения см.: *Гражданское право*. Ч. 1 / Отв. ред. В.П. Мозолин, А.И. Масляев. М.: Юрист, 2005. С. 550.

В силу п. 1 ст. 399 ГК РФ до предъявления требований к лицу, несущему субсидиарную ответственность, кредитор должен предъявить требование к основному должнику.

И в том случае, если основной должник отказался удовлетворить требование кредитора (или кредитор не получил от него в разумный срок ответ на предъявленное требование), это требование может быть предъявлено лицу, несущему субсидиарную ответственность.

Приведенное законоположение устанавливает четкую очередность действий кредитора, из чего следует, что право предъявить требование должнику возникает у него только с момента, когда после обращения к основному должнику им был получен отказ либо его требование по истечении разумного срока было оставлено без ответа¹. Требование кредитора, таким образом, поставлено под условие, до наступления которого кредитор не вправе требовать, а субсидиарный должник не обязан предоставлять исполнение.

Можно ли считать, что в этом случае (т.е. до выполнения указанного условия) субсидиарный должник не состоит в правоотношении с кредитором? Отсутствие взаимно корреспондирующих прав и обязанностей (права требования кредитора и соответствующей ему обязанности субсидиарного должника) позволяет дать утвердительный ответ.

Практическое значение рассматриваемого вопроса нетрудно продемонстрировать на примере отдельных случаев прекращения обязательств.

Так, если предположить, что субсидиарный должник изначально (т.е. еще до предъявления требования к основному должнику) является стороной охранительного правоотношения, прекращение такого обязательства в связи с ликвидацией юридического лица – основного должника (ст. 419 ГК РФ) невозможно, так как в обязательстве останется субсидиарный должник, который, по существу, займет место основного.

Напротив, если исходить из того, что субсидиарный должник до наступления известных условий не является участником спорного правоотношения, то ликвидация юридического лица – основного должника, наступившая до момента предъявления ему требования кредитора, будет означать прекращение соответствующего обязательства и, как следствие, невозможность предъявления требования субсидиарному должнику.

¹ В отдельных случаях для субсидиарной ответственности предусматриваются дополнительные условия, ограничивающие возможность предъявления требования субсидиарному должнику. Так, в силу п. 6 ст. 63, п. 5 ст. 115 и п. 2 ст. 120 ГК РФ удовлетворение требований кредиторов за счет субсидиарного должника – собственника имущества казенного предприятия или учреждения возможно лишь при недостаточности у ликвидируемого казенного предприятия имущества, а у ликвидируемого учреждения – денежных средств для удовлетворения требований кредиторов.

С учетом изложенных выше соображений теоретического порядка об отсутствии в подобных случаях взаимно корреспондирующих прав и обязанностей между кредитором и субсидиарным должником, последний из двух подходов представляется наиболее последовательным и предпочтительным¹. Кроме того, свое подтверждение он находит и в судебно-арбитражной практике. Как отмечается в п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21.12.2005 г. № 104², с момента завершения ликвидации учреждения кредиторы данного учреждения, не заявившие своих требований в процессе ликвидации учреждения, утрачивают право удовлетворения таких требований за счет собственника имущества этого учреждения. При этом правило п. 6 ст. 63 ГК РФ, предусматривающее субсидиарную ответственность собственника имущества учреждения, не применяется. В обоснование такого вывода указано, что в силу ст. 419 ГК РФ обязательство учреждения является прекратившимся с момента его ликвидации³.

Существенные изменения в отношениях сторон становятся возможны лишь по предъявлении кредитором требования к основному должнику. После отказа последнего исполнить обязательство или в случае неполучения от него ответа в предусмотренный срок субсидиарный должник, в силу прямого указания закона, *обязан* удовлетворить требование кредитора. Поскольку в этом случае налицо существование корреспондирующих права и обязанности, следует признать, что между кредитором и субсидиарным должником имеет место относительное правоотношение обязательственного характера. Содержание этого правоотношения составляют право кредитора и охранительная обязанность, возникшая вследствие правонарушения основного должника. Однако имеет ли при этом место множественность лиц в обязательстве?

Если ответить отрицательно, то придется признать, что с момента своего отказа (или истечения разумного срока при оставлении требова-

¹ Косвенно в пользу такого подхода свидетельствует и положение п. 2 ст. 399 ГК РФ, в силу которого кредитор не вправе требовать удовлетворения своего требования к основному должнику от лица, несущего субсидиарную ответственность, если это требование может быть удовлетворено путем зачета встречного требования к основному должнику либо бесспорного взыскания средств с основного должника. Это правило фактически закрепляет необходимость первостепенного учета названных оснований прекращения обязательства, если таковые имеют место в отношениях между кредитором и основным должником.

² См.: Информационное письмо Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 21.12.2005 г. № 104 «Обзор практики применения арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о некоторых основаниях прекращения обязательств» // Вестн. ВАС РФ. 2006. № 4.

³ См. также: Постановление ФАС Дальневосточного округа от 10.07.2007 г. по делу № Ф03-А24/07-1/2483 // СПС «КонсультантПлюс».

ния кредитора без ответа) основной должник выбыл из спорного правоотношения, которое теперь приобрело обновленный субъектный состав и существует между кредитором и субсидиарным должником. Иными словами, в обязательстве на стороне должника произошла перемена лиц. Однако очевидно, что это не так.

То обстоятельство, что основной должник уже отказался предоставить кредитору требуемое исполнение, само по себе не может и не должно приводить к таким последствиям.

Поэтому основной должник не утрачивает своей обязанности, но в правоотношении появляется дополнительный субъект, к которому как в полном объеме, так и в части может быть предъявлено требование кредитора. А поскольку это так, почему не признать в таком случае наличие вполне узнаваемой конструкции солидарного обязательства¹?

В силу ст. 323 ГК РФ, при солидарной обязанности должников кредитор вправе требовать исполнения как от всех должников совместно, так и от любого из них в отдельности, притом как полностью, так и в части долга. Именно так и может поступить кредитор в отношении основного и субсидиарного должника. Другое дело, что ввиду отказа основного должника для кредитора теперь более логичным представляется акцентировать свое внимание на субсидиарном. Тем не менее ничто не мешает ему настаивать на исполнении обязательства основным должником либо требовать от того или другого исполнения лишь в части долга.

Также очевидно, что оба должника остаются обязанными до тех пор, пока обязательство не будет исполнено в полном объеме (п. 2 ст. 323 ГК РФ).

Таким образом, сама по себе субсидиарная ответственность не является одной из разновидностей множественности лиц в обязательстве, но представляет собой правовой механизм, приводящий к такой множественности при выполнении определенных условий.

Отдельного рассмотрения заслуживают случаи так называемой субсидиарной ответственности при поручительстве.

В силу п. 1 ст. 363 ГК РФ «при неисполнении или ненадлежащем исполнении должником обеспеченного поручительством обязательства поручитель и должник отвечают перед кредитором солидарно, если законом или договором поручительства не предусмотрена *субсидиарная ответственность поручителя*».

¹ Конечно, при этом остается открытым вопрос об особенностях, складывающихся в отношениях сторон в случаях, когда в качестве субсидиарного должника выступает не одно, а несколько лиц и обязаны они не солидарно, а каждый лишь в определенной доле (как может случиться, например, в случаях, предусмотренных ст. 107, 116 ГК РФ).

Можно было бы предположить, что в случае «субсидиарной ответственности» поручитель становится на место основного должника в охранительном обязательстве. Значит, исполнение поручителя следовало бы признать исполнением охранительного обязательства, приводящим к его прекращению. Однако ст. 387 ГК РФ, предусматривающая переход прав кредитора к исполнившему обязательство поручителю, не оставляет сомнений в том, что вывод о прекращении охранительного обязательства был бы преждевременным.

Действительно, в силу ст. 408 ГК РФ надлежащее исполнение прекращает обязательство. Однако исполнение кредитору, предоставленное поручителем, не прекращает охранительное обязательство основного должника.

Представляется, что речь в данном случае не идет о каком-либо исключении из правила ст. 408 ГК РФ, поскольку между поручителем и кредитором существует самостоятельное обязательственное правоотношение, вытекающее из договора поручительства. Именно в рамках этого обязательства поручитель обязан предоставить кредитору требуемое исполнение. Объем такого исполнения определяется объемом охранительной обязанности основного должника по обеспечиваемому обязательству. Поручитель исполняет именно свою собственную обязанность. Будучи надлежащим, такое исполнение приводит, в полном соответствии со ст. 408 ГК РФ, к прекращению обязательства. Только не обеспечиваемого, а обеспечивательного обязательства. Обеспечиваемое обязательство продолжает существование и в силу императивного правила ст. 387 ГК РФ поручитель занимает в нем место кредитора.

Таким образом, в случае с поручительством какой-либо множественности на стороне должника вообще не возникает, поскольку поручитель не становится стороной обеспечиваемого обязательства¹.

Таков в общих чертах ответ на первый из поставленных вопросов. Теперь необходимо выяснить, возможна ли субсидиарность на стороне кредитора и известны ли подобные случаи отечественному законодательству².

¹ Этот вывод вполне применим и к большинству случаев поручительства, при которых, в силу общего правила п. 1 ст. 363 ГК РФ, предполагается «солидарная ответственность» основного должника и поручителя. Здесь также не возникает множественности лиц, поскольку как основной должник, так и поручитель остаются субъектами различных обязательств. Солидарность здесь следует рассматривать как прием юридической техники, позволяющий кредитору предъявить требование как должнику по основному обязательству, так и поручителю.

² В учебной литературе отрицательно: например: *Гражданское право*. Т. 1 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2000. С. 519. Положительно: *Сарбаш С.В.* Исполнение договорного обязательства С. 255-256.

Интерес в связи с этим представляет конструкция договора в пользу третьего лица.

В силу п. 1 ст. 430 ГК РФ «договором в пользу третьего лица признается договор, в котором стороны установили, что должник обязан произвести исполнение не кредитору, а указанному или не указанному в договоре третьему лицу, имеющему право требовать от должника исполнения обязательства в свою пользу».

Из текста приведенного законоположения следует, что на стороне «третьего лица» возникает субъективное право требования к должнику, являющемуся стороной договора. Таким образом, тот, кто в ст. 430 ГК РФ назван третьим лицом в договоре, становится полноправным кредитором по возникшему из этого договора обязательству.

Этого, однако, нельзя сказать о том, кого та же статья называет кредитором. Анализ положений названной статьи приводит к выводу, что такой «кредитор» изначально не приобретает права требования к должнику, вследствие чего не может признаваться стороной возникающего обязательства. Исключения составляют предусмотренные п. 4 ст. 430 ГК РФ случаи, когда «третье лицо» отказалось от права, предоставленного ему по договору. Только тогда сторона договора (кредитор) может воспользоваться этим правом, если это не противоречит закону, иным правовым актам и договору.

Таким образом, до тех пор, пока выгодоприобретатель не откажется от предоставленного ему права, сторона-«кредитор» по договору не является участником возникающего обязательственного правоотношения, но может вступить в него в качестве кредитора при определенных обстоятельствах. Складывающаяся при этом модель взаимоотношений сторон по существу является зеркальным отражением той, что складывается в рассмотренных случаях субсидиарной ответственности, только она характеризуется тем, что субсидиарность здесь имеет место не на пассивной, а на активной стороне (на стороне кредитора).

ФОРМА ЛИЦЕНЗИОННОГО ДОГОВОРА НА ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ПРОГРАММ ДЛЯ ЭВМ И БАЗ ДАННЫХ

А.Ю. Копылов

В соответствии с п. 2 ст. 1235 ГК РФ лицензионный договор должен быть заключен в письменной форме под страхом его недействительности. Однако данная норма носит диспозитивный характер. Иное может быть предусмотрено только ГК РФ. В частности, исключение из обязательности письменной формы содержится в п. 2 ст. 1235 ГК РФ. Речь

идет о предоставлении права использования произведения в периодическом печатном издании по лицензионному договору, заключаемому в устной форме. Конечно, по договоренности сторон данный вид лицензионного договора может быть обременен и в письменную форму.

На лицензионные договоры о предоставлении права использования программы для ЭВМ или базы данных распространяются общие правила о форме его заключения. Согласно п. 2. ст. 434 ГК РФ договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа, подписанного сторонами, а также путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору.

Заключение такого договора путем составления единого документа, подписанного сторонами, или же посредством обмена *«волеосодержащими»* документами особых сложностей не вызывает в тех случаях, когда будущие контрагенты заранее вступают в определенные преддоговорные отношения, но в тех случаях, когда организация в силу основной деятельности осуществляет продажу материальных носителей программного обеспечения в отношении «массового пользователя», классические формы фиксации волеизъявления сторон, предусмотренные п. 2. ст. 434 ГК РФ, объективно неприменимы. Объясняется это необходимостью стандартизации всех существенных условий в отношении потенциальных «лицензиатов», что неизбежно влечет за собой использование лицензиаром конструкции договора присоединения, предусмотренной нормами ст. 428 ГК РФ.

Поэтому п. 3 ст. 1286 ГК РФ допускает заключение лицензионного договора, предметом которого выступает право использования программ для ЭВМ и баз данных не только путем составления договора в письменной форме, но и путем заключения каждым пользователем с соответствующим правообладателем договора присоединения. Такой вид договоров называют «оберточными» лицензиями (*shrink-wrap license*)¹. При этом все существенные условия лицензионного договора лицензиар определяет самостоятельно, фиксируя их на упаковке экземпляра программного обеспечения, вскрытие упаковки покупателем означает его согласие со всеми предложенными условиями лицензионного договора (полный и безоговорочный акцепт), с этого момента договор считается заключенным.

¹ См.: *Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный)* / Под редакцией Ю.А. Дмитриева, А.А. Молчанова. М.: Деловой двор, 2008 // СПС ГАРАНТ.

С развитием в России и за рубежом интернет-технологий программное обеспечение все чаще распространяется через специальные сетевые ресурсы. В этих случаях используется форма «виртуальных лицензий», при которой правообладатель (лицензиар) размещает на сайте демонстрационную версию программного обеспечения и стандартные условия лицензионного (пользовательского) соглашения. Потенциальный пользователь, ознакомившись с демонстрационной версией и предложенными условиями, подтверждает свое согласие на заключение договора нажатием «виртуальной» кнопки «*Получить лицензионный ключ*» и заранее производит оплату по одной из предложенных правообладателем схем: либо через банк, либо через так называемый «вебмани – кошелек»,¹ либо посредством отправки SMS-сообщения на указанный правообладателем номер.

Необходимо отметить, что законодательно «виртуальные лицензии» не урегулированы, в то же время запрет в законодательстве на использование «виртуальных лицензий» также отсутствует. Подобное состояние «неурегулированности» отношений с использованием «виртуальных лицензий» порождает значительные проблемы для пользователей, это и возможность столкнуться с «сетевыми мошенниками», не получив лицензионный ключ, это значительный риск приобрести нелегальное программное обеспечение, распространяемое в сети Интернет так называемыми «компьютерными пиратами».

УДОСТОВЕРЕНИЕ ЗАВЕЩАНИЙ В БОЛЬНИЦАХ

М.А. Язова

В соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 1127 Гражданского кодекса Российской Федерации завешания граждан, находящихся на излечении в больницах, госпиталях, других стационарных лечебных учреждениях или проживающих в домах для престарелых и инвалидов, удостоверенные главными врачами, их заместителями по медицинской части или дежурными врачами этих больниц, госпиталей и других стационарных лечебных учреждений, а также начальниками госпиталей, директорами

¹ Вебмани (webmoney) – это электронная платёжная система. Применяется для расчётов внутри сети Интернет: покупка сайтов, баз данных, оплата выполненной работы по оптимизации, оформлению и наполнению сайтов и т.д. Используется также для оплаты услуг операторов связи или кредитных организаций, а также товаров, приобретённых через Интернет. Положить наличные на счёт в электронной системе или вывести их из неё можно с помощью банков, подключённых к сети Интернет, или других учреждений, о которых сообщается на сервере системы.

или главными врачами домов для престарелых и инвалидов, приравниваются к нотариально удостоверенным завещаниям.

Совершение приравненных к нотариальным завещаний имеет особенности. Во-первых, законодатель четко определяет круг лиц, могущих удостоверить завещание гражданина, находящегося на излечении в больнице. Из смысла приведенной нормы права следует, что завещание граждан, составленное в больнице, может быть удостоверено либо главным врачом, либо его заместителем, либо дежурным врачом и этими же лицами направлено соответствующему нотариусу.

Следует особо отметить, что право удостоверения завещаний имеют только те должностные лица, которые прямо указаны в законе.

Практика показывает, что случаи удостоверения завещаний должностными лицами лечебных учреждений встречаются крайне редко. Мною предпринят небольшой опрос врачей некоторых лечебных учреждений г. Кемерово: Областной клинический госпиталь для ветеранов войн, Кемеровская областная клиническая больница, МУЗ «Отделенческая больница на станции Кемерово» ОАО РЖД». Например, за весь период существования Областного клинического госпиталя для ветеранов войн не было ни одного такого случая. В Кемеровской областной клинической больнице за 12 последних лет подобных случаев также не встречалось. Думается, что это, прежде всего, связано с юридическими познаниями медиков в области наследственного права.

Кроме того, мною проведен опрос нотариусов г. Кемерово по исследуемому вопросу. Выборочно взяты данные у нотариуса одного из нотариальных участков Заводского района г. Кемерово, из которых видно, что не было ни одного случая, чтобы из больницы поступало завещание, удостоверенное врачом. Это связано, на мой взгляд, не только с тем, что граждане боятся, что завещание в последующем в судебном порядке может быть признано недействительным, но и с тем, что сами врачи стараются избегать заверения завещаний.

Существующая проблема удостоверения завещаний в больницах, госпиталях, других стационарных лечебных учреждениях и в домах для престарелых и инвалидов обусловлена тем, что ни граждане, находящиеся на излечении, в общем-то, не знают своих наследственных прав, которые могут быть реализованы, ни врачи, ответственные за осуществление реализации таких прав, не знают своих обязанностей. Либо, чтобы ст. 1127 Гражданского кодекса Российской Федерации все-таки «заработала», надо срочно скорректировать действующее законодательство по этому вопросу.

Дополнительно правовым выходом из сложившейся ситуации будет разработка и принятие рекомендаций по применению и использованию

данных норм на уровне субъектов Российской Федерации, корректировка юридического образования врачей.

ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ РОДИТЕЛЬСКИМИ ПРАВАМИ И ПРАВО РЕБЁНКА НА ЗАЩИТУ

А.Р. Бахман

Хотя Семейный кодекс РФ не раскрывает конкретное содержание субъективных родительских прав и обязанностей по воспитанию детей, главенствующее место отведено заботе родителей о физическом, психическом, духовном здоровье и нравственном развитии детей. Потому уместно обратиться к п. 1 ст. 18 Закона Российской Федерации «Об образовании», где установлено, что родители являются первыми педагогами. Они обязаны заложить основы физического, нравственного и интеллектуального развития личности ребенка в раннем детском возрасте.

В этих целях родителям предоставляется свобода выбора средств и методов воспитания своего ребенка с соблюдением ограничений, предусмотренных п. 1 ст. 65 СК РФ, а именно:

«Родительские права не могут осуществляться в противоречии с интересами детей. Обеспечение интересов детей должно быть предметом основной заботы их родителей.

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.

Родители, осуществляющие родительские права в ущерб правам и интересам детей, несут ответственность в установленном законом порядке».

Следовательно, речь идет о злоупотреблении родительскими правами, которые являются, в свою очередь, негативно-ограничительными пределами реализации определенными участниками семейных отношений своих прав и обязанностей по отношению к другим их участникам, если это противоречит (наносит ущерб) интересам последних. Именно такая диспозиция присутствует в п. 1 ст. 65 СК РФ. За нарушение содержащихся в ней требований предусмотрена ответственность, предполагающая такие меры, как лишение и ограничение родительских прав (ст. 69, 73 СК РФ) с целью защиты законных интересов ребенка. При применении ст. 69, 73 СК РФ особое внимание должно уделяться соотношению обстоятельств, предусмотренных в указанных статьях, с требо-

ваниями, содержащимися в п. 1 ст. 65 СК РФ, поскольку «злоупотребление своими родительскими правами» (ст. 69 СК РФ) и поведение, опасное для ребенка (ст. 73 СК РФ), конкретизируются в п. 1 ст. 65 СК РФ как «вред физическому и психическому здоровью детей, их нравственному развитию», не сводящийся только к жестокости, насилию и непосредственной опасности, т.е. только к экстремальным обстоятельствам.

Представляется правильным мнение профессора В.П. Грибанова, что «о злоупотреблении правом речь может идти лишь в случае, когда уполномоченный субъект, действуя в границах принадлежащего ему субъективного права, в рамках тех возможностей, которые составляют содержание данного права, использует такие формы его реализации, которые выходят за установленные законом пределы осуществления права»¹, попирая права иных лиц.

Под злоупотреблением родительскими правами имеется в виду использование родительских прав вопреки их назначению и интересам ребенка. Обычно оно выражается в актах жестокости по отношению к ребенку, которые иногда мотивируются допущенными ребенком нарушениями (дисциплины, например). К числу таких случаев относится, например, истязание, которое не только вредит здоровью ребенка, но и приучает его к жестокости, уродует нравственно. Жестокое обращение с детьми как основание лишения родительских прав может выражаться и в моральном издевательстве (систематическое унижение человеческого достоинства ребенка в связи с каким-либо его физическим недостатком и др.).

Следует определить, в чем выражается аморальное антиобщественное поведение родителей? Предполагается, что оно выражается в пьянстве, попрошайничестве, занятии проституцией, совершении преступлений и т.п. Такое поведение может оказывать прямое вредное воздействие на ребенка (например, совершение в отношении него развратных действий, вовлечение его в пьянство, преступную деятельность, азартные игры и т.д.). Такое поведение крайне отрицательно влияет и в том случае, если дети его только наблюдают. Аморальное поведение родителей может привести к деморализации личности ребенка и вредным последствиям, поэтому оно является основанием для лишения их родительских прав. Оно не может применяться только в том случае, если поведение отца или матери не воспринимается ребенком непосредственно (например, он не видит пьяного отца, живущего в другой местности).

Исследуя проблему злоупотребления родительскими правами, Г.Ф. Шершеневич отмечал, что «юридическое господство над детьми вручается родителям не ради одного удовольствия, а ввиду общественных задач воспитания. Отношение родителей к детям, обнаруживающее

¹ Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2000. С. 43.

недостаточное понимание первыми своих обязанностей, должно повести к отнятию у недостойных власти»¹.

М.В. Антокольская полагает, что противоправное злоупотребление всегда предполагает совершение родителями активных действий и характеризуется умышленной формой вины. В отдельных случаях трудно определить, является ли поведение родителей правомерным или имеет место злоупотребление родительскими правами².

А.М. Нечасва считает, что злоупотребление родительскими правами имеет множество форм выражения и на практике встречается достаточно часто, сочетаясь с иными видами противоправного действия (бездействия) либо выступая в самостоятельной роли³.

По мнению А.А. Малиновского, злоупотребление родительскими правами связано с осуществлением этих прав в противоречии с их назначением и причинением вреда интересам детей⁴.

Таким образом, можно сделать вывод, что злоупотребление родительскими правами или правами лиц, заменяющих родителей, надо понимать как умышленное противоправное использование этими лицами своих прав во зло детям, т.е. с целью причинения вреда либо создания угрозы причинения вреда.

Границы между правомерным поведением и злоупотреблением правами установить сложно, а порой невозможно. Но все же необходимо определить четкие критерии признания поведения законных представителей злоупотреблением семейными правами.

К ним следует отнести противоправность, вред либо создание угрозы причинения вреда, причинную связь, вину, а также использование прав в противоречии с интересами детей.

Статья 65 СК РФ устанавливает запреты на злоупотребление родительскими правами: они не могут осуществляться в противоречии с интересами детей; родители не вправе причинять вред физическому и психическому здоровью детей, их нравственному развитию.

Аналогичное правило содержалось в ст. 33, 46 Кодекса законов о браке, семье и опеке РСФСР и ст. 52 КоБС РСФСР.

Ребенок имеет право на защиту от злоупотреблений со стороны родителей (лиц, их заменяющих). При их нарушении он вправе самостоятельно обращаться за защитой в органы опеки и попечительства, а по достижении возраста 14 лет в суд (ст. 56 СК РФ).

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М.: Юрист, 1995. С. 450.

² См.: Антокольская М.В. Семейное право: Учеб. М.: Статут, 1996. С. 230.

³ См.: Нечасва А.М. Правонарушения в сфере личных семейных отношений. М.: Статут, 1991. С. 93.

⁴ См.: Малиновский А.А. Злоупотребление правом. М.: Статут, 2000. С. 63.

И поскольку право на воспитание ребенка является личным неотъемлемым правом родителя, следует помнить, что нигде ребенку не может быть так комфортно, как в семье. Однако не все семьи являются одинаково благополучными, а потому в целях укрепления института семьи государство должно с помощью законных инструментов воздействовать на семьи, где усматривается угроза полноценному развитию ребенка.

ПОНЯТИЕ «ДЕЛОВАЯ РЕПУТАЦИЯ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА»

О.Ш. Аюпов

Понятие репутации (вообще) в гражданском законодательстве России отсутствует, есть лишь понятие деловой репутации.

В абсолютном большинстве случаев деловая репутация определяется, прежде всего, как общественная оценка (мнение) каких-либо качеств лица. Остановимся на данных признаках подробнее.

Первое, что хотелось бы отметить, более точным представляется понимание деловой репутации не просто как общественной оценки или общественного мнения, а именно как **образа лица, существующего в общественном сознании.**

В юридической литературе справедливо утверждается, что объектом судебной защиты, по смыслу ст. 152 ГК РФ, является деловая репутация, сопровождающаяся положительной общественной оценкой. Только такая деловая репутация может ущемляться распространением порочащих, не соответствующих действительности сведений¹.

Один из самых сложных вопросов формулирования понятия «деловая репутация» в настоящий момент – это выявление тех качеств юридического лица, которыми руководствуется общественное сознание при формировании образа лица. Многие авторы ограничиваются указанием на профессиональные (деловые) качества лица². Другие идут ещё дальше и ставят знак равенства между терминами «предпринимательская» и «деловая». Основным аргументом сторонников такой позиции является то, что в ст. 5 (обычай делового оборота) и некоторых других статьях ГК РФ термины «деловая» и «предпринимательская» употребляются

¹ См., например: *Потапенко С.* Диффамационные судебные споры // *ЭЖ-Юрист*. 2004. № 44.

² См., например: *Большой юридический словарь* / Под ред. А.Я. Сухарева, В.Е. Крутских. 2-е изд., перераб. и доп. М.: ИНФРА-М. 2002. С. 145.

как тождественные¹. На наш взгляд, такой подход является не совсем верным по следующим причинам. Во-первых, не всегда автономное рассмотрение отдельных терминов целого понятия без учета их взаимоотношений приводит к верному выводу. Во-вторых, в данном случае такие субъекты права, как некоммерческие организации, лишаются права на справедливую защиту своего имени. В-третьих, из анализа действующей системы национального законодательства, в особенности п. 5 ч. 1 ст. 33 АПК РФ, вывод об исключительно предпринимательском характере деловой репутации представляется весьма спорным. Кроме того, из тех международных актов, участником которых на настоящий момент является Россия, в частности Европейской конвенции о защите прав и основных свобод 1950 г., можно сделать однозначный вывод о том, что в нашей стране государством гарантируется защита репутации безотносительно к той деятельности, которой занимается лицо.

В связи с этим более корректным будет понимание деловой репутации юридического лица как положительного **образа** юридического лица, существующего в сознании людей и формирующегося общественной оценкой профессиональных и **общесоциальных** его качеств.

Поскольку сам термин не совсем точно передает содержание именуемого им понятия, законодателю следует рассмотреть вопрос о замене его на более точный. Например, на такой, как «доброе имя». Во-первых, он отражает тот факт, что государством защищается лишь положительный образ лица. Во-вторых, из него не вытекает ограничительный подход к определению его содержания, исключающий некоммерческую деятельность. В-третьих, есть его нормативное закрепление в Конституции РФ.

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ЭЛЕКТРОННОГО ДОКУМЕНТА В БЕЗДОКУМЕНТАРНЫХ ЦЕННЫХ БУМАГАХ

М.А. Балабин

В традиционном понимании согласно ст. 128, 142 ГК РФ под ценной бумагой понимается документ-вещь, который обладает определенной ценностью в силу удостоверенных им с соблюдением установленной формы и реквизитов имущественных прав. Между тем по смыслу ст. 2, 16 ФЗ «О рынке ценных бумаг» под бездокументарной ценной

¹ См.: *Плотников В.* Деловая репутация как объект гражданско-правовой защиты // *Хозяйство и право.* 1995. № 11. С. 95; *Никуличева Н.Ю.* Право юридических лиц на деловую репутацию и его гражданско-правовая защита. Новосибирск, 2005. С. 73–81.

бумагой понимается не классическая ценная бумага – документ, а сам комплекс гражданских прав, который ценная бумага призвана удостоверить.

Изложенное вызывает множество вопросов. Так, саму принадлежность бездокументарных ценных бумаг (совокупности обязательственных прав) к ценным бумагам – вещам многие авторы обоснованно ставят под сомнение. На практике наиболее остро стоит вопрос по защите прав владельца бездокументарных ценных бумаг в случае их незаконного списания со счета владельца. В частности, использование виндикационного иска как традиционного способа защиты абсолютного права подвергается значительной критике. Иные абсолютно-правовые способы защиты прав на бездокументарные ценные бумаги в настоящее время не разработаны, а обязательно-правовые способы защиты гражданских прав в силу своей природы не могут полностью защитить интересы лица, незаконно лишённого бездокументарных ценных бумаг. Разрешение изложенных проблем возможно путем использования в конструкции бездокументарной ценной бумаги электронного документа.

В силу ст. 11 ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», ст. 3 ФЗ «Об электронной цифровой подписи» под электронным документом признается электронное сообщение, подписанное электронной цифровой подписью или иным аналогом собственноручной подписи; информация в электронном документе должна быть представлена в электронно-цифровой форме.

Таким образом, присущие обычному выполненному на бумажном носителе документу признаки в виде закрепления в нем определенной информации и наличия подписи с определенными особенностями характерны и для электронного документа. Закрепление электронного документа не на бумажном, а на ином носителе не может иметь в данном случае решающего значения.

Классические ценные бумаги – это документы, удостоверяющие определенные права. Бездокументарные ценные бумаги в настоящее время – это сами права, лишённые документа, на котором они закреплены. Предлагается внести коррективы в конструкцию последних и установить, что под бездокументарной ценной бумагой понимается электронный документ, удостоверяющий с соблюдением установленной формы и обязательных реквизитов имущественные права, осуществление или передача которых возможны только при его предъявлении. Передача указанных бездокументарных ценных бумаг от владельца владельцу, а также предъявление их обязанному лицу будет осуществляться путем использования средств электронно-вычислительной техники.

Изложенное позволит решить вопросы как теоретического, так и практического характера: 1) при сохранении всех преимуществ по срав-

нению с обычными ценными бумагами вернуть бездокументарным ценным бумагам классическую форму документа; 2) сделать возможным распространение на бездокументарные ценные бумаги положений о владении и, следовательно, использование в отношении них виндикационного иска; 3) отказаться от предлагаемых некоторыми авторами сложных конструкций в виде: а) прав, которые ценными бумагами не являются, но на которые распространяются положения о ценных бумагах; б) абсолютных прав, сходных с правом собственности на бездокументарные ценные бумаги; в) специальных, отличных от виндикационного иска абсолютно-правовых способов защиты бездокументарных ценных бумаг.

ГРАНИЦА КАК ОПРЕДЕЛЯЮЩЕЕ СВОЙСТВО ЗЕМЕЛЬНОГО УЧАСТКА

А.В. Гилёва

В науке гражданского права неоднократно отмечалось, что земельный участок как вещь материальная, телесная обладает пространственными границами и физическими характеристиками (это утверждали такие ученые, как О.А. Суханов, С.А. Степанов, О.И. Крассов и др.). Законодатель указывает в качестве обязательных сведений о земельном участке, позволяющих судить о его уникальности, данные о типе объекта недвижимости, о местоположении его границы и о вещных правах на него¹.

Стоит отметить, что именно граница выступает определяющим признаком земельного участка, дающим возможность индивидуализировать его, выделить из абстрактной категории «земля».

Только при наличии границы можно говорить о местоположении участка и о его площади. В настоящее время законодатель всё чаще использует оборот «местоположение границы»², подчеркивая тем самым важность не просто адреса земельного участка, а адреса, присвоенного уже обособленному, т.е. имеющему границы, участку. Признак «местоположение» связывается законодателем с признаком «граница».

В общеупотребительном значении «граница» – это линия раздела между двумя владениями, областями³. Важность установления границы

¹ Приказ Минюста РФ от 20.02.2008 № 35 (с изм. от 23.03.2009).

² Приказ Минэкономразвития РФ от 24.11.2008 № 412.

³ *Словарь современного русского языка* / Под. ред. К.С. Горбачевич. М.: Рус. яз., 1992. С. 313.

связана с тем, что никаких физических, материальных воплощений пространственной обособленности земельного участка как вещи телесной изначально в природе не существует. Необходим некий признак, позволяющий рассматривать участок земли именно в гражданско-правовом аспекте. Таким признаком является граница участка.

По логике законодателя для надлежащего установления границы земельного участка достаточно определить её координаты. Выноса границы на местность (в натуру) по общему правилу не требуется. Это означает, что граница земельного участка является умозрительной и не воспринимаемой органами чувств человека. Такой подход отчасти расходится с теорией цивилистики: любая вещь (в том числе и недвижимая) как предмет материального мира должна быть осязаема физически. Поэтому для земельного участка как объекта недвижимости особого рода должно устанавливаться иное понимание его границы по сравнению с прочими объектами недвижимости.

Следует согласиться, что физическое существование границы (забор, межевые знаки) не должно выступать обязательным признаком «дискретности» (по выражению В.А. Лапача) земельного участка.

Индивидуализацией земельного участка можно считать скорее не физическую, а учетную обособленность. Материальность земельного участка как вещи не должна связываться с осязаемостью его границ. Установление координат точек его границ следует признать достаточным проявлением телесности.

Также стоит отметить, что к земельному участку законодатель не предъявляет требование изолированности (как, например, для помещений важна конструктивная обособленность).

Кроме того, образование земельного участка не связано с физическим воздействием на него, с изменением его конструктивных характеристик и внешнего вида – оно происходит путем внесения соответствующей записи в учетный реестр (Государственный кадастр недвижимости). Поэтому существование земельного участка возможно и в исключительно абстрактном виде – в виде записи о нем в Государственном кадастре недвижимости.

Установление границ участка в натуре не должно являться принципиальным и определяющим признаком его индивидуализации. При этом он не прекращает быть вещью в гражданско-правовом понимании – объективной и материальной. В этом и проявляется особое понимание телесности земельного участка.

ПОНЯТИЯ «МЕСТО ЖИТЕЛЬСТВА» И «МЕСТО ПРЕБЫВАНИЯ» В ИНСТИТУТАХ БЕЗВЕСТНОГО ОТСУТСТВИЯ И ОБЪЯВЛЕНИЯ ГРАЖДАНИНА УМЕРШИМ

П.И. Тишкин

Порядок признания лица безвестно отсутствующим и объявления его умершим законодательно урегулирован ст. 42–46 ГК РФ и некоторыми другими нормативными правовыми актами. Пункт 1 ст. 42 ГК РФ содержит два ключевых понятия – «место жительства» и «место пребывания».

Определение места жительства дано в ст. 20 ГК РФ, под которым признается «место, где гражданин постоянно или преимущественно проживает». Одновременно ГК РФ в ч. 1 ст. 150 ГК РФ использует понятие «выбор места пребывания и жительства».

Статья 2 ФЗ «О праве граждан на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации», конкретизируя понятия «место жительства» и «место пребывания», связывает их с материальным объектом – конкретным жилищем¹. В юридической литературе широко применяется понятие «жилище» в значениях вида помещения (жилого или нежилого помещения) и как определенного места на конкретной территории, имеющей адресно-географические координаты. Законодатель применяет данные понятия в узком смысле слова, недостаточном для целей гражданско-правового регулирования, так как они не раскрывают полностью эти понятия как гражданско-правовые категории.

При исследовании института безвестного отсутствия и института объявления гражданина умершим слово «место» в значении «участок земной поверхности, местность» необходимо применять с целью определения смыслового содержания понятий «место жительства» и «место пребывания». В данном смысле место жительства и место пребывания будут характеризовать географическое местонахождение лица на территории государства с привязкой его к конкретному населенному пункту (местности), территории.

В качестве временного критерия законодатель выделяет «постоянное проживание» как непрерывное, а «преимущественное проживание» как проживание большей части определенного периода времени. Но временной критерий, так же как и объект нахождения, цель нахождения

¹ Федеральный закон «О праве граждан на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации» от 25.06.1993 г. № 5242-1 // СПС «КонсультантПлюс».

физического лица в жилом помещении, конечное или промежуточное место передвижения, не позволяет однозначно определить, является ли место нахождения местом жительства или местом пребывания.

Фактическая связь личности с местом нахождения может быть выражена через совокупность обстоятельств, свидетельствующих об обосновании (обустройстве) физического лица в определенном месте, при этом временной критерий не будет иметь существенного значения. Юридическая связь субъекта с местом нахождения реализуется в результате государственной регистрации личности по месту жительства или пребывания и в ряде случаев может служить доказательством факта нахождения физического лица по месту пребывания или жительства.

В случае, если фактическое место жительства и место пребывания совпадают с местом регистрационного учета, то место жительства и место пребывания будут характеризовать фактическое адресно-географическое местонахождение лица на территории государства с привязкой его к конкретной территории, населенному пункту, улице, номеру дома и квартиры, а в случае их несовпадения – формальное адресно-географическое местонахождение лица.

Место жительства и место пребывания необходимо рассматривать во взаимосвязи с субъектом правоотношения – физическим лицом, так как только через совокупность юридических и фактических связей субъекта можно сделать однозначный вывод о том, является ли место нахождения местом жительства или местом пребывания.

В целях унификации понятийного аппарата, полагаю, необходимо внести изменения в п. 1 ст. 20 Гражданского кодекса Российской Федерации: «Местом жительства признается место, где гражданин постоянно или преимущественно проживает, **определенное в порядке и на основаниях, установленных законом**».

ДОГОВОР ОБ УСТАНОВЛЕНИИ СЕРВИТУТА

Я.С. Солодова

Современная российская история сервитутных отношений достаточно краткая, и это наложило свой отпечаток на существующие законодательные решения. Как показало время, главной его чертой стала незавершенность, происходящая от недостатка норм, относящихся к содержанию сервитутов, их видов, оснований возникновения. Сервитуты оказались полностью оторванными от такого основного начала гражданского законодательства, как свобода договора. Ущербность такого отрыва очевидна: ни доктрина, ни судебная практика не восприняли

возникновение сервитутных прав на основании договора, заключаемого в письменной форме, как общее правило гражданского оборота.

Известно, что сервитутное обязательство возникает в силу необходимости более полного регулирования отношений сторон вещного правоотношения, не нашедших отражения в законе, т.е. для надлежащего осуществления вещного права сервитута.

Тем не менее фактически сервитутный договор остается непознанным наукой. Исследуя этот вид договора, соотнося его с уже известными практике договорными конструкциями, автор пришел к следующим выводам.

1. Сервитутный договор следует отнести к группе обязательств, направленных на предоставление права активного или пассивного пользования имуществом без передачи соответствующего объекта.

2. Договору об установлении сервитута свойствен особый субъектный состав. Сторонами сервитутного договора могут быть лишь лица, специально названные такими в ГК РФ и иных федеральных законах.

3. Объектом сервитутного договора может быть только недвижимое имущество, притом юридическая недвижимость в этот перечень не входит.

4. Предметом сервитутного договора является предоставление права ограниченного пользования, которое, по общему правилу, выражается в воздержании от совершения действий, способных воспрепятствовать сервитуарию осуществлять свое право.

5. К существенным условиям сервитутного договора помимо предмета относится также условие о цене, отсутствие которого исключает возможность исполнения возмездного договора в силу его невосполнимости. По опыту законодательного регулирования можно увидеть, что все договорные конструкции, связанные с недвижимостью, включают в число существенных условие о цене.

6. Договору об установлении сервитута присуща особая цель, только при наличии которой может быть заключен такой договор. Эта цель заключается в предоставлении возможности осуществлять право на свою недвижимость за счет чужого имущества. То есть договор может быть заключен, а право возникнуть только при наличии объективных причин, препятствующих собственнику либо иному владельцу осуществлять полный комплекс прав на свое имущество.

7. Договор об установлении сервитута отличает специфика прав и обязанностей сторон. В силу одновременного возникновения вещного и обязательственного правоотношения на основании договора об установлении сервитута собственник служащей недвижимости должен только воздерживаться от пользования, если это нарушает права сервитуария. Обязанность по содержанию имущества в пользу сервитуария

на собственника, по общему правилу, не возлагается, если в соглашении сторон не установлено иное.

8. Для договора об установлении сервитута характерно наличие взаимных ограничений сторон. Так, сервитутарий должен осуществлять свое право с наименьшим обременением собственника, тогда как собственник должен при осуществлении своих прав на участок претерпевать действия иного лица и не нарушать их.

Сервитутный договор, имея длящуюую природу и действуя на протяжении действия установленного на основании договора права сервитута в силу вещности сервитута, носит бессрочный (неограниченный по сроку) характер.

ПРАВОВОЙ РЕЖИМ ЖИЛЫХ ПОМЕЩЕНИЙ В ОБЩЕЖИТИЯХ

С.Я. Сорокина

Жилые помещения в общежитиях относятся к специализированному жилищному фонду (ч. 1 ст. 92 Жилищного кодекса Российской Федерации; далее – ЖК РФ). В качестве специализированных используются жилые помещения государственного и муниципального жилищных фондов. Жилые помещения в общежитиях предназначены для временного проживания граждан в период их работы, службы или обучения. На период трудовых отношений, прохождения службы или обучения с ними заключается договор найма жилого помещения в общежитии (ст. 105 ЖК РФ). Наниматель жилого помещения в общежитии имеет ограниченные права пользования и распоряжения жилым помещением: он не вправе осуществлять обмен и замену жилого помещения, сдавать его в поднаем и приватизировать.

В настоящее время можно говорить о существовании нескольких видов жилых помещений в общежитиях, различаемых с учетом их правового режима. Во-первых, жилые помещения в государственных общежитиях. В первую очередь речь идет об общежитиях государственных образовательных, медицинских учреждений. Такие общежития приватизации не подлежат (ст. 4 Закона РФ от 04.07.1991 г. № 1541-1 «О приватизации жилищного фонда в РФ»). Между тем Конституционный Суд РФ в своих решениях неоднократно указывал, что суды, разрешая вопрос о правомерности распространения на жилое помещение особого правового режима, не должны ограничиваться лишь формальным подтверждением целевого назначения данного помещения и обязаны проверять факты, обосновывающие в каждом конкретном случае

такое распространение¹. Таким образом, не исключается вариант положительного решения вопроса о заключении договора социального найма и признании в порядке приватизации права собственности на жилое помещение в государственном общежитии.

Во-вторых, жилые помещения в муниципальных общежитиях. Нормативные правовые акты органов местного самоуправления, входящие в структуру жилищного законодательства, расширяют перечень лиц, могущих проживать в общежитиях. Муниципальные общежития предназначаются для временного проживания работников муниципальных предприятий и учреждений, муниципальных служащих в период работы или службы, а также работников предприятий, учреждений и организаций других форм собственности в соответствии с договорами социального партнерства и граждан, не обеспеченных жилыми помещениями, если они признаны или могут быть признаны нуждающимися в жилых помещениях по основаниям, установленным ЖК РФ².

В-третьих, особый режим имеют жилые помещения, которые находились в жилых домах, принадлежавших государственным или муниципальным предприятиям (учреждениям) и использовавшихся в качестве общежитий и переданных в ведение органов местного самоуправления. К отношениям по пользованию такими помещениями применяются нормы ЖК РФ о договоре социального найма (ст. 7 ФЗ «О введении в действие Жилищного кодекса РФ» от 29.12.2004 г. № 189-ФЗ).

Такие жилые дома утрачивают статус общежития в силу закона, и к ним применяется правовой режим, установленный для жилых помещений, предоставленных по договору социального найма. Судебная практика судов общей юрисдикции единодушно идет по тому пути, что отсутствие договоров социального найма, а также решения органов местного самоуправления об исключении соответствующего дома из специализированного жилищного фонда не препятствует осуществлению гражданами прав нанимателя жилого помещения по договору социального найма, в том числе права на приватизацию. Суды считают, что их реализация не может быть поставлена в зависимость от оформления органами местного самоуправления указанных документов³.

¹ Определения от 24.01.2008 г. № 39-0-0, от 28.05.2009 г. № 769-0-0, от 23.06.2009 г. № 652 0-0 и др. // СПС «КонсультантПлюс».

² См.: *Положение о порядке предоставления жилых помещений в муниципальных общежитиях*: Решение Ачинского городского Совета депутатов Красноярского края от 31.05.2007 г. № 25-169р.

³ Определения Верховного Суда РФ от 30.06.2009 г. № 67-В09-4, от 28.07.2009 г. № 77-В09-5, от 15.05.2007 г. № 57-В07-6, от 18.07.2006 г. № 383-В06-7 и др. // СПС «КонсультантПлюс».

Вместе с тем Конституционным Судом РФ в определении от 03.07.2007 г. № 425-0-0 изложена правовая позиция, согласно которой указанная статья применяется для защиты прав только тех граждан, которые проживали в общежитиях, ранее принадлежавших государственным и муниципальным предприятиям (учреждениям), выполнявшим в отношении указанных граждан функцию и работодателя, и наймодателя. Передача этих общежитий органам местного самоуправления привела к изменению правового статуса граждан, что потребовало изменения правового режима занимаемых ими жилых помещений.

В-четвертых, речь идет о так называемых «частных» общежитиях. В нарушение законодательства о приватизации в состав приватизируемого имущества государственных и муниципальных предприятий были включены объекты жилищного фонда, в том числе и общежития. Такие объекты подлежали передаче в муниципальную собственность. Включение жилого дома (здания общежития) в состав приватизируемого имущества государственного и муниципального предприятия в нарушение действующего законодательства не должно влиять на жилищные права граждан, проживавших в данных жилых помещениях до приватизации, в том числе и на право бесплатной передачи жилья в собственность граждан на основании ст. 2 Закона РФ «О приватизации жилищного фонда Российской Федерации»¹.

ОГРАНИЧЕНИЕ ПРАВА НА РАСТОРЖЕНИЕ БРАКА В СВЕТЕ ПОЛОЖЕНИЙ ст. 17 СЕМЕЙНОГО КОДЕКСА РФ

А.Н. Глыбина

Среди неотъемлемых прав супругов действующее законодательство называет право на расторжение брака. Так, согласно п. 2 ст. 16 Семейного кодекса РФ (далее – СК РФ) брак может быть прекращен путем его расторжения по заявлению одного или обоих супругов, а также по заявлению опекуна недееспособного супруга. Формулировка данной статьи позволяет сделать вывод о том, что для реализации права на расторжение брака по общему правилу не требуется каких-либо условий, в том числе времени пребывания в зарегистрированных брачных отношениях. Единственным условием является наличие самого зарегистрированного брака.

¹ См.: *Определения Верховного Суда Российской Федерации* от 28.07.2009 г. № 46-В09-21; от 28.07.2009 г. № 46-В09-20; от 9.09.2009 г. № 5-В09-22 и др. // СПС «КонсультантПлюс».

Однако сегодня СК РФ в ст. 17 ограничивает право мужа на развод во время беременности жены, а также в течение года после рождения ею ребенка, если на расторжение этого брака не дано согласие жены. На первый взгляд данная норма является гарантией защиты интересов женщины в очень непростой для нее период: до рождения ребенка и в течение года с момента его рождения, дабы оградить ее от переживаний, связанных с бракоразводным процессом.

Обращаясь к истокам семейного права, следует отметить, что, как известно, спецификой его является то, что не все отношения, существующие или складывающиеся в рамках семьи, регулируются нормами права. Ведь невозможно урегулировать любовь, уважение, взаимопонимание, сочувствие, духовную поддержку, дружбу и прочие чувства участников данных отношений.

В свете сказанного разве поможет ограниченное СК РФ право мужа на расторжение брака любить свою супругу в период беременности и в течение года с момента рождения ею ребенка, поддерживать ее морально, уважать и пр., т.е. строить свои отношения на началах, предусмотренных ст. 1 СК РФ? Представляется, что нет.

На практике это происходит следующим образом. Будучи ограниченным в своем праве на расторжение брака в правовом смысле, муж реализует его фактически. Это проявляется в уходе мужа из семьи, смене им места жительства, отсутствии помощи и поддержки по отношению к своей жене и т.д.

На основании данных размышлений представляется, что существование ст. 17 СК РФ является нецелесообразным, поскольку не решит проблему расторжения брака в случае, если у супруга есть для этого хоть какие-нибудь основания, но нет согласия беременной супруги, а равно супруги, имеющей ребенка в возрасте до 1 года.

Другой аспект проблемы состоит в том, что конструкция ст. 17 СК РФ не позволяет четко, в отличие от, допустим, ст. 19, 21 СК РФ, сказать о том, чьим должен быть ребенок.

Иными словами, СК РФ ограничивает право на расторжение брака и в том случае, если ребенок не является общим. Это касается ситуаций, когда после заключения брака выяснилось, что супруга беременна от другого мужчины, о чем ее супруг не знал и не мог знать. Очевидно, что в данном случае права мужа будут нарушены, а ст. 17 СК РФ в настоящее время не позволяет ему реализовать право на расторжение брака в случае недобросовестности супруги.

Подводя итог вышесказанному, мною выделено два проблемных аспекта в реализации нормы об ограничении права на развод. Первый состоит в нецелесообразности существования этого ограничения в пра-

вовой норме, если это право однозначно при желании мужа реализуется им на практике в известных нам формах. Второй аспект состоит в отсутствии регламентации ситуаций, когда в силу ст. 17 СК РФ жена является недобросовестным супругом.

КООПЕРАЦИЯ КАК СПОСОБ ДОЛЕВОГО СТРОИТЕЛЬСТВА

К.С. Сысоев

Долевое строительство в целом можно определить как вид строительства, при котором привлекаются средства дольщиков (инвесторов, пайщиков) для создания объектов недвижимости. Это своего рода форма коллективного участия в капитальном строительстве с последующим получением в собственность доли объекта, соответствующей вкладу.

Все возможные способы участия в долевом строительстве, с учетом действующего российского законодательства, можно изначально подразделить на два типа: договорные, основанные на том или ином виде договора, и недоговорные, в основе которых договор отсутствует.

Для привлечения дольщиков на договорной основе заключаются договоры: долевого участия, инвестирования, простого товарищества (о совместной деятельности) и др. Без заключения соответствующего договора коллективное участие в капитальном строительстве возможно только путём кооперации, т.е. посредством членства в специализированных потребительских кооперативах. К таковым относят кооперативы: жилищно-строительные (ЖСК), жилищные накопительные (ЖНК), гаражно-строительные (ГСК) и иные потребительские строительные кооперативы.

Специализированный потребительский строительный кооператив можно определить как юридическое лицо, объединение граждан (и иногда юридических лиц) на основе членства с целью удовлетворения потребностей в различных объектах недвижимости, осуществляемое путем объединения его членами имущественных паевых взносов. Высшим органом управления кооператива является общее собрание его членов, каждый из которых демократично обладает одним голосом вне зависимости от размера пая (площади приобретаемого помещения). Правоотношения между кооперативом и его членами регулируются не договорами, а на основе устава кооператива, решений его органов управления и внутренних утвержденных документов и регламентов. Закрепление за членом кооператива конкретного объекта долевого строительства (квартиры, гаража и пр.), размеры и порядок внесения имущественных взносов членами кооператива также регулируются вышеуказанными документами.

К безусловному преимуществу идеи кооперации в долевом строительстве следует отнести то, что члены кооператива получают объекты долевого строительства в собственность по себестоимости строительства, так как кооператив-застройщик – некоммерческая организация и не вкладывает свою норму прибыли в суммы паевых взносов членов кооператива, в то время как, например, цена договора участия в долевом строительстве обязательно содержит норму прибыли застройщика. Именно указанное преимущество идеи кооперации позволяет сделать вывод о необходимости дальнейшего развития данного правового института в области долевого строительства.

На практике кооперативные стройки, как правило, связаны со значительной задержкой сроков окончания строительства и достаточно низким качеством построенного. Основные причины этого видятся, во-первых, в недостаточной правовой грамотности в области кооперативного движения и неумении органов управления кооператива оперативно и правильно организовать строительный процесс, а во-вторых, в недостаточной развитости существующего законодательства.

В решении первой проблемы целесообразно разработать и внедрить на базе правовых вузов спецкурс, обязательный для изучения лицами руководящего состава кооперативов, а также привлечь органы местного самоуправления в целях контроля деятельности таких кооперативов.

В части совершенства российского законодательства необходимо отметить, что на сегодня четко урегулирована деятельность только ЖНК, несколько хуже – ЖСК, а деятельность ГСК и иных потребительских строительных кооперативов вообще регламентируется весьма декларативно – только Гражданским кодексом РФ и Законом СССР «О кооперации в СССР» от 26.05.1988 г. № 8998-XI (действующим со значительными ограничениями), что на практике вызывает множество вопросов, проблем и споров. Необходимо в кратчайшие сроки устранить данные законодательные пробелы.

КОНФИСКАЦИЯ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Е.Н. Афанасьева*

Гражданский кодекс РФ содержит нормы, регулирующие вопросы конфискации в гражданском праве. Речь идет о ст. 235, 169, 179; п. 5 ст. 1252¹ ГК РФ, в соответствии с которыми в отношении недобросове-

* В публикации использованы результаты выполнения работ в качестве соисполнителя на средства гранта Президента РФ для государственной поддержки молодых российских ученых (МД-714.2010.6).

¹ Необходимо отметить, что п. 5 ст. 1252 ГК РФ также говорит об изъятии, однако такое изъятие, как уже отмечалось, будет отличаться от конфискации по иным основаниям.

стных сторон недействительных сделок (совершенных с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности; под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой стороной или стечения тяжелых обстоятельств) применяется недопущение реституции, а имущество, причитавшееся или переданное по таким сделкам, **подлежит изъятию в доход государства**, что, собственно говоря, и является конфискацией. Императивность рассматриваемой нормы определенным образом выделяется из общего числа диспозитивных гражданско-правовых норм. Бесспорно, нормы гражданского права в первую очередь защищают интересы частных лиц, но одновременно с этим обеспечивают защиту общих интересов, так как общество в целом, без сомнения, заинтересовано в нормальном упорядоченном функционировании. Как отмечал Р.З. Лившиц: «Природа рыночных отношений не предполагает сама по себе социальную защищенность человека. Чтобы обеспечить эту **социальную защищенность**, ее необходимо ввести извне. В этом одно из важнейших направлений деятельности государства и права как средства сохранения стабильности общества. Вот почему **публично-правовое вмешательство в экономику необходимо, ибо несет в себе социальную защищенность человека**»¹.

Помимо этого, нельзя забывать и превентивной функции, выполняемой гражданско-правовой конфискацией. Как отмечал В.П. Шахматов: «Применение санкций преследует цели борьбы с правонарушителями... меры государственного принуждения, выступая в качестве санкций, основаны на осуждении действий правонарушителя»². Т.И. Илларионова, говоря о гражданско-правовом охранительном понуждении, отмечала, что формируется оно «**в связи с потребностью в координации поведения участников особых социальных связей, содержанием которых является притязание**»³. Кроме того, применение конфискационных мер к правонарушителям является одним из источников дохода РФ (о чем сказано, в частности, в Бюджетном кодексе РФ).

Конфискация в гражданском праве – это одно из средств осуществления правоохранительной функции государства, главной целью выполнения которой и является обеспечение **точного и полного выполнения предписаний всеми гражданами, организациями, государственными органами**. Именно поэтому к нарушителям необходимо при-

так как здесь речь идет об «изъятии из оборота и уничтожении» определенного имущества, «если законом не предусмотрено их обращение в доход Российской Федерации».

¹ Лившиц Р.З. Теория права. М., 1994. С. 178.

² Шахматов В.П. Сделки, совершенные с целью, противной интересам государства и общества. Томск, 1966. С. 18–19.

³ Илларионова Т.И. Система гражданско-правовых охранительных мер. Томск., 1982. С. 4.

менять меры юридической ответственности. И если уголовное законодательство применяет конфискацию за уголовно наказуемые деяния, а административное законодательство – за административные проступки, то в обязанности гражданского законодательства входит закрепление норм, регулирующих вопросы ответственности за гражданские правонарушения. Конфискационная санкция в гражданском праве выполняет важную роль, это, прежде всего, **мера защиты интересов государства** (интересы граждан в основном защищаются реституцией), которая пусть опосредованно, но способна влиять на интересы конкретных лиц. К сожалению, современные нормы о конфискации не безупречны, и необходимость в их совершенствовании в настоящее время уже назрела.

‘LEX QUAE RESCINDIT’. НЕКОТОРЫЕ РАЗМЫШЛЕНИЯ О НИЧТОЖНОСТИ PER LEGEM В РИМСКОМ ПРАВЕ*

Д.О. Тузов

1. В римских юридических источниках иногда можно встретить тексты, толкование которых вызывает затруднения в связи с использованием в них в специфическом значении термина *‘rescindere’*¹. Речь идет о выражениях, где в качестве подлежащего или дополнения действующего лица (которое *rescindit*) функционирует закон (*lex publica*). Такое использование не является частым. Его можно обнаружить лишь в семи фрагментах, главным образом классических юристов, в составе следующих выражений: *‘lex ... rescindit’* (или *‘non rescindit’*) (Ulp. *ep.* 1, 1–2); *‘libertas per legem Aeliam Sentiam rescinditur’* (Iul. 64 *dig.*, D. 40, 9, 5, 2); *‘lex Fufia Caninia, quae in fraudem eius facta sint, rescindit’* (Gai. 1, 46); *‘specialia senatus consulta, quibus rescissa sunt ea, quae in fraudem eius legis excogitata sunt’* (там же); *‘eam obligationem lex rescindit’* (Marcian. 14 *inst.*, D. 48, 6, 5 *pr.*); *‘interpretandum ipso iure rescindi, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum’* (Terent. Clem. 5 *ad leg. Iul. et Pap.*, D. 35, 1,

* В настоящей публикации использованы результаты исследований, выполненных на средства гранта Президента РФ для государственной поддержки молодых российских ученых – докторов наук (МД-714.2010.6). По теме публикации автор выступил с научным докладом на русско-итальянском семинаре «Римское право – основа европейского частного права. Его влияние на системы юридического образования современности», состоявшемся 4 декабря 2009 г. в III Римском университете «Рома Тре» в рамках программы официального визита министра юстиции РФ А.В. Коновалова в Италийскую Республику.

¹ В юридическом значении: отменять, уничтожать, аннулировать, объявлять недействительным (*lat.*).

64, 1); 'libertates ut rescindantur...' (Iul. 49 dig., D. 42, 8, 15); 'fraudulenta divisio... legibus rescinditur' (Cons. 2, 5).

Именно на этих выражениях традиционно основывается доктрина, констатируя многозначное, нетехническое употребление термина 'rescindere'. Обычно отмечается, что в подобных случаях он используется для указания на н и ч т о ж н о с т ь *ipso iure* соответствующих актов, т.е. на их автоматическую ничтожность в силу закона, ими нарушенного¹. И это – в отличие от других случаев, когда тот же глагол используется в смысле устранения эффекта д е й с т в и т е л ь н о г о акта.

В связи с таким толкованием, утвердившимся в доктрине, возникает, однако, я бы сказал, практически неизбежно, следующий вопрос: как возможно, чтобы один и тот же термин в одно и то же время выражал два противоположных (по крайней мере в образе мышления современного юриста) юридических понятия, а именно, с одной стороны, устранение правового эффекта, уже произведенного актом, а с другой – объявление этого последнего *ab initio* ничтожным, неспособным, следовательно, производить какой-либо эффект?

2. Чаще всего эта проблема даже не ставится в доктрине. Среди же ученых, обращающих на нее внимание, есть такие, которые желают видеть в рассматриваемом особом употреблении 'rescindere' просто неточность римского юридического языка², или считают соответствующие фрагменты в части использования анализируемого термина интерполированными³, или, наконец, склоняются к тому, чтобы приписывать 'rescindere', когда этот термин связан с *lex*, значение несколько иное, чем то, которое утвердилось в господствующей доктрине, прибегая.

¹ При этом приводятся, главным образом, следующие фрагменты: Ulp. *ep.* 1, 1-2; Gai. 1, 46 и Iul. 64 dig., D. 40, 9, 5, 2 (см. выше). См., напр.: Kaser M. Studi sulla "in integrum restitutio" // Labeo. 12 (1966). S. 247: «Der Ausdruck wird für die Nichtigkeit auf Grund eines Gesetzes verwendet (Ulp. *ep.* 1.1.2; Gai. 1.46; Iul. D. 40.9.5.2)...»; *Id.* Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht. Wien, 1977. S. 12: «...auf solche Verbotsgesetze, bei denen das Verbotene, wenn es begangen worden ist, einem *rescindere*... zugänglich ist, also, wenn die *lex* eine *perfecta*... ist, von diesem Gesetz e n t k r ä f t e t wird»; S. 43: «Wenn... von einem G e s e t z gesagt ist, daß es einen Rechtsakt *rescindit*, war den Quellen zufolge damit stets Nichtigkeit gemeint»; Provera G. [Rec.] Luigi Raggi. *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti fra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano, Giuffrè, 1965 // Studia et documenta historiae et iuris. 32 (1966). P. 414: «*Rescindere, rescissio* fanno riferimento... a casi di nullità *contra legem* (Ulp. *ep.* 1, 1, 2; Gai. 1, 46; Iul. D. 40, 9, 5, 2)...»; Murga J.L. Nulidad o ilicitud en la enajenación de las «res sacrae» // Anuario de historia del derecho español. 41 (1971). P. 606 s. nt. 103; Fascione L. *Fraus legi*. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana. Milano, 1983. P. 143; Astolfi R. *La lex Iulia et Papia*. 4^a ed. Padova, 1996. P. 215 nt. 9; 360.

² См.: Murga J.L. *Op. et loc. cit.*

³ См.: Buigues Oliver G. La rescisión de los hechos y actos jurídicos en derecho romano (Premisas para un estudio de la *Restitutio in integrum*). Valencia, 1992. P. 106.

например, к весьма широко понимаемой категории недействительности и подменяя ею категорию ничтожности¹.

Думается, что двойное значение, которое имеет рассматриваемый глагол в языке римских юридических источников, в действительности обязано не предполагаемой неточности языка классических юристов или компиляторов и не некоему особому понятию недействительности, которое можно было бы приписать римлянам. Такое значение предопределяется, как кажется, скорее спецификой субъекта, действие которого обозначено этим глаголом и с которым этот последний в конкретном случае соотносен. Ибо, если это *lex*, ситуация должна оцениваться иначе, чем происходит, когда им является, например, частное лицо или магистрат.

Этот аспект отмечался уже более века назад Ф. Хельманом. Немецкий ученый писал: «Мы находим... для [термина] '*rescindere*', где он относится к дефектным составам, весьма четко дифференцированный дуализм значений: с одной стороны, можно было бы говорить о '*rescissio per hominem*', с другой — о '*rescissio ipso iure*' о '*per legem*'»². В первом случае речь идет, согласно автору, о субъективном праве одной из сторон требовать устранения уже наступившего правового эффекта: без этого требования, без, следовательно, «атаки» (*Angriff*) против наступившего эффекта он продолжает существовать. Во втором же недействительность не зависит от «атаки» стороны³.

Это разграничение, имеющее, как представляется, фундаментальное значение для нашей проблемы, не снискало, однако, особого внимания романистической доктрины и не имело последователей. Сам Хельман не исследовал его более глубоко и не попытался примирить существование '*rescissio per legem*', определенной, таким образом, с этимологическим значением анализируемого глагола.

Вновь обращаясь к данному разграничению в его существе, замечу, что рассматриваемое здесь значение глагола '*rescindere*', как указывающее на ничтожность в силу закона, не представляется несовместимым с его регулярным этимологическим значением. Ибо очевидно, что действие закона не может рассматриваться в том же аспекте, что действие человека, будь им частное лицо, магистрат или даже император, т.е.

¹ См.: Di Paola S. "*Leges perfectae*" // Synteleia Arangio-Ruiz. Vol. II. Napoli: Jovene, 1964. P. 1075 ss., особенно p. 1093 s.; *Id.* Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano. Milano: Giuffrè, 1966, *passim* (особенно p. 64 s.); Metro A. La «*lex Aelia Sentia*» e le manomissioni fraudolente // Labeo. 7 (1961). P. 147 ss. (*passim*).

² Hellmann F. Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Tatsachen // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. 24 (1903). S. 104.

³ См.: *Ibid.* S. 103.

действие, которое всегда происходит на уровне отдельных фактических составов и может иметь место лишь в отношении индивидуальных правовых явлений.

Действие, присущее закону, правовой норме, происходит на уровне нормативном, по своей сути отличным от юридико-фактического. Подобное действие правовой нормы характеризуется, как известно, абстрактностью и общностью. Оно непосредственно влияет не на отдельные индивидуальные правовые явления, а лишь на однородную их совокупность и лишь посредством общих правил, под которые данная совокупность может быть подведена. Действие правовой нормы полностью идентифицируется, следовательно, в ее установлении, а точнее, в ее вступлении в силу и ее последующем эффекте. Вот почему в случае, когда норма устанавливает ничтожность определенного типа актов, именно само это установление (независимо от того, выражено ли оно текстуально или является лишь плодом интерпретации) *rescindit* все акты, выполняющие абстрактную гипотезу предписания, предусматривающего (или из которого выводится) ничтожность. Следовательно, '*rescindi per legem*' означает, по существу, «быть лишенным эффекта в силу закона», «быть объявленным им ничтожным».

Именно в этом акте установления ничтожности и в его инвалидирующем эффекте следует усматривать, по моему мнению, то действие закона, которое обозначается в римских источниках выражением '*lex rescindit*'. Легко видеть, что такое употребление глагола '*rescindere*', понимаемое описанным образом, вовсе не вступает в противоречие с его этимологическим значением. Кроме того, всему, что было сказано, соответствует эквивалентное использование других выражений, которые должны были бы, на первый взгляд как и '*rescindere*', указывать на устранение чего-то уже юридически существующего, в то время как в действительности, будучи соотнесены с *lex*, обозначают, в точности как и '*rescindere*', ничтожность *ipso iure*. Речь идет о таких выражениях, как '*inutilem facere*', '*irritas facere*', '*revocare*' и т. п.¹

3. Было бы, конечно, неверно думать, что подобное словоупотребление явилось осознанным выбором римлян на основе того, что было только что сказано о различных уровнях действия лица и правовой нормы. Такого рода теоретизирование было бы, разумеется, чуждым мышлению *iuris prudentes*. Здесь необходимо отметить еще один важный лексический феномен. Дело в том, что рассматриваемое словоупотребление встречается в источниках только в отношении *lex*,

¹ См., напр.: D. 20, 6, 1, 1; D. 33, 1, 21, 1; D. 35, 2, 25, 1; D. 35, 2, 56, 4; D. 35, 3, 1, 11; D. 48, 11, 8, 1.

но не *ius* вообще, правовой нормы как таковой. Имело место, следовательно, нечто такое, что привело юридический язык римлян к использованию — в особом рассматриваемом здесь значении — глагола *'rescindere'* и подобных ему выражений для обозначения инвалидирующего эффекта, присущего исключительно *lex*, но не *ius*.

Данный факт объясняется, на мой взгляд, совершенно особым местом *lex* в системе источников римского права, а также специфическим отношением между *lex* и *ius*, являющимся отношением — здесь я заимствую слова Джованни Пульезе — «между двумя противоположными концепциями способов правотворчества»¹. Известно, что «до эволюции, произошедшей в конце республики, *lex* не являлась источником *ius civile*»². Различие между *lex* и *ius civile* основывалось, как следует из источников, на том, что *leges* носили «характер и з ъ я т и й... по отношению к тому *ius*, которое, напротив, представляло... последовательную систему принципов»³ (разрядка моя. — Д.Т.). Другими словами, и здесь я процитирую Николо Палаццоло, если *ius* «понимается как основная норма, комплекс принципов, основанных на *mores maiorum* и отфильтрованных через *interpretatio prudentium*», *lex* предстает «как инструмент по преимуществу и с к л ю ч и т е л ь н ы й...»⁴ (разрядка моя. — Д.Т.). Впрочем, еще Джованни Ротонди отмечал, что римские законы в области частного права были направлены на то, чтобы действовать как « ф а к т о р п р о р ы в а » по отношению к тому, что являлось «структурным иммобилизмом» определенных сфер, или к тому, что должно было стать естественной эволюцией определенных институтов в важных экономических и социальных сферах; законы, следовательно, всегда представляли собой « р а з р ы в с е с т е с т в е н н ы м х о д о м р а з в и т и я институтов»⁵.

И именно в этом исключительном и «дерогативном» характере закона по отношению к «вековой и гармоничной ткани принципов»⁶ *ius civile*, именно в его характере «прорыва», или «разрыва с естественным ходом развития институтов», мы должны различать, на мой взгляд, мотив, по которому инвалидирующий эффект только закона (разумеется,

¹ Pugliese G. Intorno al supposto divieto di modificare legislativamente il *ius civile* // Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto. Verona 27-28-29 — IX — 1948. Vol. 2. Milano: Giuffrè, 1951. P. 65.

² Ibidem.

³ Ibid. P. 83.

⁴ Le fonti della produzione del diritto romano. Catania, 2002. P. 126. Cp.: Serrao F. Legge (Diritto romano) // Enciclopedia del Diritto. Vol. 23. Milano: Giuffrè, 1973. P. 843.

⁵ Rotondi G. Osservazioni sulla legislazione comiziale romana di diritto privato // Scritti giuridici. Vol. 1. Milano, 1922. P. 1 ss., 17. Cfr. Cp.: Serrao F. Op. cit. P. 812, 843.

⁶ Pugliese G. Op. cit. P. 65.

если речь шла о запретительной *lex perfecta*, т.е. о так называемом совершенном законе) обозначался термином '*rescindere*' или другими подобными, передающими идею динамичности такого эффекта, динамичности, которая на первый взгляд могла бы дать современному юристу, что как раз и происходит весьма часто в доктрине, впечатление неточного использования этого термина, который кажется более подходящим для выражения эффекта оспаривания, а не установления ничтожности.

4. Остается, наконец, еще одна требующая своего разрешения проблема, относящаяся к использованию '*rescindere*' в сфере «совершенных законов» (*leges perfectae*) в обсуждаемом здесь смысле, т.е. как указывающего на ничтожность в силу закона. Может показаться удивительным, что такое использование имеет в источниках совершенно случайный и маргинальный характер. Действительно, семи фрагментов, упомянутых в начале настоящей статьи, слишком мало, чтобы говорить о подобном значении '*rescindere*' как технического, и особенно в сравнении со значением, прочно утвердившимся в римском юридическом лексиконе и встречающимся с исключительной частотой, устранения уже наступившего правового эффекта действительного акта посредством различных средств оспаривания, таких как *restitutio in integrum*, *querela inofficiosi testamenti*, *appellatio*, некоторые иски. В связи с этим можно, впрочем, заметить, что и применительно к иным выражениям, отличным от '*rescindere*', которые используются в источниках для обозначения недействительности актов, противоречащих законодательным запретам, источники также не демонстрируют более или менее стабильного или относительно превалирующего употребления.

Доктрина, как правило, ограничивается лишь констатацией этого факта, не стремясь дать ему объяснение. Обратим также внимание на то, что в литературе вопроса стало уже общим местом утверждение, что ничтожность актов и условий, противоречащих запретам, установленным *leges perfectae*, предусматривалась текстуально в самих этих *leges*¹.

¹ Здесь достаточно сослаться из старой литературы на Джованни Ротонди (см.: Rotondi G. *Leges publicae populi romani* [отдельный оттиск из *Enciclopedia Giuridica Italiana*]. Milano, 1912. P. 156 nt. 2: «La *lex perfecta* comminava testualmente la nullità degli atti compiuti contro il divieto...»), а из новейшей – на Мартина Авенариуса (*Avenarius M.* Der pseudo-ulpianische *liber singularis regularum*. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift. Analyse, Neuedition und deutsche Übersetzung. Göttingen: Wallstein Verlag, 2005. S. 163: «Bei der *lex perfecta* ergibt sich die Nichtigkeit aus dem Gesetzeswortlaut...»).

Представляется, что столь незыблемая убежденность должна быть поставлена под сомнение. Ибо имеются основания для предположения, что в отличие от того, как обычно полагают, римские запретительные законы в области частного права, включая *leges perfectae*, в действительности, как правило, ограничивались лишь запрещением того или иного акта или, самое большее, установлением также штрафа (*poena*) для нарушителей, но не устанавливали текстуально ни его ничтожности (или просто недействительности, вопреки встречающемуся утверждению), ни вообще последствий, в которых эта ничтожность выражается с точки зрения современной доктрины. Оценка актов, противных тому или иному закону, как лишенных эффекта, ничтожных, а значит, и оценка самого закона (*lex*) как совершенного (*perfecta*), была не чем иным, как плодом толкования со стороны римской юриспруденции.

В пользу этого тезиса свидетельствуют многочисленные признаки. И хотя они являются скорее косвенными и по большей части негативными, а потому каждый из них, будучи взят в отдельности, не может иметь доказательной силы, все в совокупности и взаимосвязи они приобретают, как представляется, весьма убедительное звучание. Рассмотрим их здесь лишь в самых общих чертах¹.

1) До нас не дошли тексты законов, которые устанавливали бы текстуально ничтожность актов, этим законам противных.

2) Римские юристы никогда не цитируют буквально – что могло бы показаться уже само по себе странным – отрывки из *leges perfectae*, предположительно содержащие положения о ничтожности.

3) Также и свободные парафразы законов в сочинениях юристов не передают нам того, что могло бы считаться законодательным установлением ничтожности.

4) Выражения, указывающие на инвалидирующий эффект, который производила бы та или иная *lex perfecta* в отношении противоречащих ей актов, не часто встречаются и при толковании юристами соответствующих законодательных предписаний.

¹ Подробно этот аспект раскрыт в только что вышедшей статье: Тузов Д.О. Ничтожность *per legem* в римском праве: гипотеза на тему *leges perfectae* // Цивилистические исследования: Ежегодник гражданского права. Вып. 4 (2007–2009) / Под ред. Б.Л. Хаскельберга, Д.О. Тузова. Томск, 2010. С. 74–116 (там же более подробно рассмотрены и вопросы, составляющие основной предмет настоящей публикации), а также в научном докладе на тему «Ничтожность *per legem*: римско-правовые основания и сравнительно-правовые аспекты», подготовленном в сотрудничестве с моим итальянским коллегой Пьеркарло Росси для Международной конференции по римскому и современному европейскому частному праву, состоявшейся 27–29 мая 2010 г. в Санкт-Петербургском университете, опубликование текста которого ожидается в «Материалах» конференции.

5) В случаях же, когда такие выражения все же встречаются, в языке юристов отсутствует какое бы то ни было единообразие и, напротив, бросается в глаза пестрота терминологии.

Подобная ситуация в римской юриспруденции могла бы показаться весьма странной, если бы мы желали следовать в данной области за господствующей доктриной. Действительно, был бы необъясним и даже загадочен тот факт, что римские юристы, зная в совершенстве, как следует думать, буквальное содержание *leges perfectae* с их предполагаемыми положениями о ничтожности, выраженными посредством термина *'rescindi'* или других слов, никогда их дословно не цитируют и не передают в форме парафраз и лишь в качестве толкования указывают на то, что можно определить как ничтожность, но делают это довольно редко, не используя сколько-нибудь единообразной терминологии. Если же учитывать, с одной стороны, что эта терминология не была законодательной, а значит, формализованной, а с другой – что юриспруденция также не знала рафинированного догматического понятия ничтожности, становится совершенно ясным, что здесь и не могло быть какого-либо единообразия или техничности в языке *iuris prudentes*.

Подводя итог сказанному, повторим, что римские законы, как представляется, не шли далее установления простого запрета определенных актов и – эвентуально – снабжения его угрозой штрафа для нарушителей. Хорошо известный процесс эволюции, который претерпели римские *leges publicae* и который я вовсе не имею намерения поставить здесь под сомнение, состоял поэтому (в том, что касается его основного направления¹), как думается, не в историческом преобразовании законов как таковых, в их буквальном содержании и в их текстуальных формулировках, а скорее в колоссальном прогрессе и н т е р п р е т а т и в - н о й т е х н и к и, развившейся с приходом классической юриспруденции. Иными словами, со временем юриспруденция достигла такого уровня, что могла рассматривать акты в области частного права, противные явно выраженному законодательному запрету, как недействительные, ничтожные, несуществующие.

¹ Единственное исключение составляет, возможно, *lex Aelia Sentia*, которая, по-видимому, устанавливала – хотя и весьма расплывчатым (конечно, с точки зрения современной юридической техники) способом – ничтожность манумиссий, совершенных в ее нарушение. Но это исключение лишь подтверждает то, что сказано выше, поскольку, очевидно, представляет собой решительный шаг вперед, сделанный августовской законодательной техникой благодаря, вне всякого сомнения, необычайному развитию юриспруденции той эпохи.

ТРУДОВОЕ, ПРИРОДОРЕСУРСНОЕ, ЗЕМЕЛЬНОЕ, ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО, ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА И МЕСТО ВАЛОРИЗАЦИИ В МЕХАНИЗМЕ ИСЧИСЛЕНИЯ РАЗМЕРОВ ПЕНСИЙ

В.С. Аракчеев

Термин «валоризация» был введен в правовой обиход Законом РФ от 24 июля 2009 г., тогда как до этого момента он использовался исключительно в качестве экономической категории и в переводе с французского понимался по-разному: например, как средство повышения основного капитала, как увеличение цены товаров при сокращении объема их производства, как мероприятия по поднятию курса бумажных денег. В праве, причем только в пенсионном, данный термин применяется как один из способов увеличения стоимости пенсионных прав застрахованных субъектов, как средство увеличения размера страховых пенсий. Представляется, что введение такого элемента механизма исчисления размеров страховых пенсий обусловлено явно заниженным уровнем пенсионирования соответствующих категорий граждан, который, в свою очередь, объясняется осознанием нормотворца несовершенства и социальной несправедливости проводимой в стране пенсионной реформы, в результате которой периоды трудовой деятельности на советском этапе существования нашего государства не нашли своего адекватного отражения в размерах трудовых пенсий. В этой связи возникает необходимость в оценке реальной ценности предпринятого шага законодателя, во-первых, и, во-вторых, в определении места валоризации в механизме исчисления страховых пенсий. так как на увеличение их размеров «работают» такие его элементы, как индексация, перерасчет и конвертация.

Разумеется, валоризация повысила уровень пенсионного обеспечения значительного числа пенсионеров, но, на наш взгляд, не столь существенно, как это преподносится представителями органов власти и в средствах массовой информации, тем более с учетом текущего уровня инфляции. Объясняется это тем, что валоризация увеличивает размер пенсии не непосредственно, а через расчетный пенсионный капитал,

который, как известно, исчисляется с учетом таких среднестатистических величин, как ожидаемый период выплаты пенсии и среднемесячная заработная плата по стране. Также показатели во многом нивелируют размеры страховых пенсий и должным образом не отражают реального трудового вклада бывших рабочих и служащих в собственное пенсионное обеспечение, тогда как в советское время продолжительность трудового стажа и индивидуальный размер заработка напрямую, а не опосредованно определяли уровень пенсионирования.

По своей юридической природе валоризация ближе всего стоит к конвертации (преобразованию) пенсионных прав, хотя в определенной степени она вполне соотносима и с такими элементами корреляции размеров пенсий, как индексация и перерасчет. С конвертацией ее сближает то, что она также направлена на увеличение исключительно страховой части пенсии, но одновременно указанное увеличение осуществляется различными способами: при валоризации за счет увеличения числа периодов общественно полезной деятельности, подлежащих включению в общий трудовой стаж, и восстановления правил его льготного исчисления, а конвертация проводится при установлении размера пенсии с учетом, по существу, только страхового стажа, т.е. предполагает не увеличение пенсии за счет продолжительности трудового стажа в расчетный пенсионный капитал, что автоматически не приводит к повышению размера трудовой пенсии.

Любое изменение размеров пенсии приводит к их перерасчету как арифметических (математических) операций, поэтому валоризация — это, конечно, перерасчет тех пенсий, которые были назначены до 1 января 2010 г. Однако в отличие от перерасчетов пенсий в специальном их понимании валоризация направлена исключительно в сторону увеличения их размеров, следовательно, предназначение этих способов изменения уровня пенсионного обеспечения не совпадает, т.к. перерасчет может быть произведен и в сторону снижения размера пенсии. По этому признаку валоризация сближается с индексацией пенсий, ибо этот инструмент также преследует цель повышения размеров пенсий в зависимости от уровня инфляционных процессов в стране. Однако в отличие от индексации валоризация пенсионных прав — это одноактная операция по увеличению размеров пенсий, тогда как индексация в нашей стране осуществляется периодически с учетом изменения индекса стоимости жизни.

Изложенное позволяет сделать вывод, что введение в правовой инструментарий понятия «валоризация» привело к его дополнению новым (оригинальным) элементом, который может расцениваться в качестве одноактной операции по повышению уровня пенсионного обеспечения и который утратит свое юридическое значение с перерасчетом пенсий тем категориям граждан, которые работали в советское время.

К ВОПРОСУ О ПРАВЕ РУКОВОДИТЕЛЯ ОРГАНИЗАЦИИ (ЕДИНОЛИЧНОГО ИЛИ КОЛЛЕГИАЛЬНОГО ИСПОЛНИТЕЛЬНОГО ОРГАНА) НА ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПО ОБЯЗАТЕЛЬНОМУ СОЦИАЛЬНОМУ СТРАХОВАНИЮ

Д.В. Агашев

1. Пунктом 1 ст. 2 Федерального закона от 29 декабря 2006 г. № 255-ФЗ «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством»¹ определены субъекты, относящиеся к числу застрахованных и имеющие право на обеспечение по данному виду обязательного социального страхования. Прежде всего речь в нем идет о лицах, включая руководителя организации, заключивших трудовой договор (служебный контракт), за которых работодатель должен уплачивать обязательные страховые взносы в Фонд социального страхования.

2. Главой 43 ТК РФ регламентируются особенности регулирования труда единоличного (коллегиального) исполнительного органа юридического лица (руководителя организации), т.е. определяется правовой статус специального субъекта трудового отношения. Однако абз. 2 ч. 2 ст. 273 ТК РФ определено, что положения указанной главы не распространяются на случаи, когда руководитель организации является единственным участником (учредителем) юридического лица, исключая тем самым возможность придания такому руководителю статуса работника и стороны трудового правоотношения. Таким образом, правоотношения между руководителем и организацией не являются трудовыми, не регламентируются нормами ТК РФ и, соответственно, не предполагают заключения трудового договора, а следовательно, и обеспечения по обязательному социальному страхованию.

3. Согласно п. 3 ст. 2 Федерального закона от 29 декабря 2006 г. № 255-ФЗ адвокаты, индивидуальные предприниматели, члены крестьянских (фермерских) хозяйств, физические лица, не признаваемые индивидуальными предпринимателями (нотариусы, занимающиеся частной практикой, иные лица, занимающиеся в установленном законодательством Российской Федерации порядке частной практикой), члены семейных (родовых) общин коренных малочисленных народов Севера подлежат обязательному социальному страхованию на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством в случае, *если они добровольно вступили в отношения по обязательному социальному*

¹ См.: *Собрание законодательства РФ*. 2007. № 1, ч. 1. Ст. 18. Далее по тексту – Федеральный закон от 29 декабря 2006 г. № 255-ФЗ.

страхованию на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством и уплачивают за себя страховые взносы самостоятельно в соответствии со ст. 4.5 данного Закона.

Однако нормы Федерального закона от 29 декабря 2006 г. № 255-ФЗ не определяют возможность добровольного вступления в регламентируемые им отношения по обязательному социальному страхованию руководителей организации, являющихся единственными участниками (учредителями) юридического лица¹. Следовательно, в системе действующего нормативного правового регулирования указанные руководители не могут получить статус застрахованных, т.е. по существу лишены такого права и в рамках отношений по добровольной уплате страховых взносов на обязательное социальное страхование на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством, поскольку такая возможность не предусмотрена законодательством.

Таким образом, в п. 3 ст. 2 Федерального закона от 29 декабря 2006 г. № 255-ФЗ необходимо внести соответствующие изменения путем включения указанной категории руководителей в число лиц, имеющих право на добровольное участие в рассматриваемых отношениях, что позволило бы создать для них равные возможности с индивидуальными предпринимателями в рамках данного вида обязательного социального страхования.

К ВОПРОСУ О ФОРМИРОВАНИИ ПРАВОВОГО ИНСТИТУТА ЮРИДИЧЕСКИХ ФАКТОВ В ПРАВЕ СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ РОССИИ

Е.И. Бутенко

Как известно, правовой институт представляет собой совокупность юридических норм, регулирующих определенный вид общественных отношений в рамках отрасли права. Всякий институт, в том числе институт юридических фактов, обладает достаточным комплексом средств и способов, при помощи которых достигается законченное правовое регулирование той или иной группы общественных отношений. Для института юридических фактов в праве социального обеспечения в науке уже сформировалась своя терминология – основание, условие предоставления социального обеспечения. Подобный «набор» юридиче-

¹ Отсутствуют указания об этом и в Постановлении ФСС РФ от 9 марта 2004 г. № 22 «Об утверждении Инструкции о порядке учета и расходования средств обязательного социального страхования» (Рос. газ. 2004. № 77).

ских фактов характерен для права социального обеспечения и, за редким исключением, не встречается в иных отраслях российского права.

По мнению С.С. Алексеева, одним из определяющих признаков правового института является своеобразная юридическая конструкция (закон связи элементов), свойственная данному институту¹. Составляющие институт нормы связаны таким образом, что образуют определенный «скелет», основу, при помощи которой достигается свойственное этому институту регулятивное воздействие на общественные отношения. Характерной особенностью конструкции института юридических фактов является такой способ воздействия на общественные отношения, как установление обстоятельств, порождающих право лица претендовать на помощь или содержание со стороны государства. Институт юридических фактов – это своего рода набор гипотез норм права социального обеспечения, определяющих момент их вступления в силу. Поэтому именно на данном институте лежит повышенная ответственность за состояние всей отрасли: от того, каким обстоятельствам законом будет придан юридический характер и насколько точно и однозначно они будут сформулированы, во многом зависит эффективность всего права социального обеспечения как инструмента оказания помощи и предоставления содержания нуждающимся гражданам. Ни один другой отраслевой институт права социального обеспечения не имеет подобной юридической конструкции, что говорит о несомненном существовании института юридических фактов как самостоятельного правового явления.

Во многих отраслях российского права юридические факты законодательно оформлены в виде самостоятельных структурных подразделений кодифицированных актов: институт договора в гражданском праве, институт преступления в уголовном праве, институт трудового договора – в трудовом и т.д. Право социального обеспечения пока лишено подобных нормативных обобщений, что оказывает негативное влияние на всю систему социального обеспечения и практику применения законодательства.

Как убедительно доказал в свое время В.С. Якушев, правовой институт должен обладать по меньшей мере двумя обязательными признаками: материальным – наличие определенного, относительно самостоятельного вида общественных связей и юридическим – правовое закрепление этих отношений. совокупность юридических норм².

Структура института юридических фактов включает в себя: 1) понятие оснований и условий предоставления социального обеспечения; 2) закрепление заявительного порядка предоставления социальных благ;

¹ См.: Алексеев С.С. Структура советского права. М., 1975. С. 123.

² См.: Якушев В.С. О понятии правового института // Изв. высш. учеб. заведений. Правоведение. 1970. № 6. С. 65.

3) формулирование оснований и условий применительно к отдельным видам и подвидам социального обеспечения.

АНАЛИЗ СООТНОШЕНИЯ ПОМОЩИ И СОДЕРЖАНИЯ В ОТЕЧЕСТВЕННОЙ НАУКЕ ПРАВА СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

А.В. Волошин

Современная теория права социального обеспечения в части видовой дифференциации содействия исходит из того, что все социально-обеспечительные предоставления по своему целевому назначению делятся на две группы – помощь и содержание¹. Помощь направлена на оказание дополнительного материального содействия, в связи с чем ее основными чертами являются временный характер и качество основного или ведущего источника средств к существованию. Конечное предназначение содержания состоит в том, чтобы предоставить: а) необходимые и б) достаточные для естественного жизнесуществования средства².

Категории помощи и содержания рассматриваются в науке права социального обеспечения как противоположные, но взаимосвязанные. При таком подходе отдельная разновидность алиментирования не может относиться к обеим категориям одновременно. Однако на самом деле четкой грани между рассматриваемыми группами предоставлений нет. Более того, при анализе сущностных признаков помощи обнаруживается третья (промежуточная) категория содействия.

Основным видом социально-обеспечительной помощи выступают пособия. Большинство из них помимо такой черты, как временность (либо разовость), характеризуются тем, что предоставляются наряду, а не вместо утраченного заработка или еще не приобретенного самостоятельного источника средств к существованию (пособия на погребение, на ребенка, безденцам и вынужденным переселенцам, по уходу за ребенком и т.д.).

¹ Сформулированный еще основоположником права социального обеспечения В.С. Андреевым подход нашел развитие в трудах современных исследователей. Он рассматривается преимущественно в контексте отграничения пенсий от пособий. Например, С.И. Кобзева, характеризуя пособия, отмечает: «В отличие от пенсий – постоянного и основного источника средств к существованию – пособия, как правило, являются помощью, временно заменяющей утраченный заработок или служащей дополнением к основному источнику средств к существованию (к заработку или пенсии)» (*Право социального обеспечения России: Учеб.* / М.О. Буянова, К.Н. Гусов и др.; Под ред. К.Н. Гусова. М., 2006. С. 282).

² См.: *Аракчеев В.С., Агашев Д.В., Гречук Л.А.* Право социального обеспечения России: Учеб. пособие. Томск, 2006. Ч. 1. С. 33.

Между тем целый ряд пособий являются для нуждающегося единственным, а потому основным источником дохода. Нередко эта особенность заложена в законе. Так, пособие по безработице не может в полной мере быть отнесено к категории социально-обеспечительной помощи, поскольку условием его получения является отсутствие у гражданина заработка (ст. 3 Закона РФ от 19 апреля 1991 г. «О занятости населения в РФ»¹). В этом случае на период безработицы пособие является содержанием. Также нельзя четко установить принадлежность к той или иной категории пособий по временной нетрудоспособности и по беременности и родам².

Во всех отмеченных случаях трудно отрицать наличие таких разновидностей социального обеспечения, которые вбирают сущностные признаки и помощи, и содержания. Они не могут быть отнесены ни к помощи в силу обладания свойством единственного источника средств к существованию, ни к содержанию, поскольку имеют временный характер.

Таким образом, исходя из принятых в науке права социального обеспечения определений помощи и содержания, их нельзя считать взаимоисключающими категориями. Создавшуюся теоретическую коллизию можно разрешить двумя способами: 1) не дополняя набор признаков помощи и содержания, признать наличие третьей (промежуточной) категории, требующей дальнейших научных изысканий, направленных, в частности, на определение ее отличительных признаков; нахождение термина, полно отражающего ее природу; установление видов и разновидностей обеспечения, входящих в нее, и др.; 2) уточнить сущностные признаки помощи и содержания так, чтобы две эти категории составляли исключительный объем социального обеспечения.

К ВОПРОСУ О ВЗАИМОТНОШЕНИИ СОЦИАЛЬНО-ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ И ЧАСТНО-ПРАВОВЫХ ЭЛЕМЕНТОВ ЗДРАВООХРАНЕНИЯ

И.В. Васильев, А.В. Калининченко

1. Формируя концепцию развития здравоохранения, государство связано императивными нормами Конституции и международных договоров РФ. В данном случае речь идет не только о конституционном

¹ *Собрание законодательства РФ*. 1996. № 17. Ст. 1915.

² К примеру, пособие по временной нетрудоспособности определяется как денежная выплата за счет средств Фонда социального страхования, компенсирующая утраченный работником заработок при временном освобождении от работы в связи с болезнью и иным причинам. См.: *Право социального обеспечения России: Учеб.* / М.О. Буянова, К.Н. Гусов и др.; Под ред. К.Н. Гусова. С. 284.

праве на охрану здоровья, но и об обязанности государства, корреспондирующей к частному праву человека на максимально достижимый уровень здоровья, гарантированный международным пактом от 16.12.1966 «Об экономических, социальных и культурных правах» и преамбулой Устава (Конституции ВОЗ) (Нью-Йорк, 22.07.1946): «Обладание наивысшим достижимым уровнем здоровья является одним из основных прав всякого человека без различия расы, религии, политических убеждений, экономического или социального положения. Правительства несут ответственность за здоровье своих народов, и эта ответственность требует принятия соответствующих мероприятий социального характера и в области здравоохранения».

Вторая правовая предпосылка направления реформирования здравоохранения содержится в ст. 41 Конституции РФ: «...Медицинская помощь в государственных и муниципальных учреждениях здравоохранения оказывается гражданам бесплатно за счет средств соответствующего бюджета, страховых взносов, других поступлений». Медицинская помощь в государственных и муниципальных лечебных учреждениях оказывается гражданам согласно программе государственных гарантий, включающей ограниченный объем бесплатной медицинской помощи. Правовая коллизия данной ситуации заключается в несоответствии права гражданина на максимально возможный уровень медицинской помощи и ограниченный программой государственных гарантий набор возможностей при ее получении в муниципальных и государственных лечебных учреждениях.

2. Вопрос о конституционности платных услуг в государственных и муниципальных лечебных учреждениях исследовался Государственной Думой, которая выразила позицию о принципиальной невозможности оказания платных услуг в государственных и муниципальных лечебных учреждениях (Запрос Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации в Конституционный Суд Российской Федерации «О толковании статьи 41 (часть 1) Конституции Российской Федерации», утвержденный Постановлением Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации от 19.02.99 № 3679-ПГД.)

Конституционный суд РФ оставил без рассмотрения этот вопрос. По мнению М.А. Ковалевского¹, «молчаливая» форма ответа свидетельствует о том, что запрет нельзя рассматривать как принципиальный, но вместе с тем существуют некие жесткие границы при оказании этими учреждениями платных услуг.

¹ Правовые позиции конституционного суда Российской Федерации, касающиеся оказания платной медицинской помощи: полный текст решения КС РФ и комментарии к нему // Главный врач. 2003. № 6.

На наш взгляд, подобная форма ответа лишь утверждает наличие неразрешимой в существующей системе здравоохранения правовой коллизии. Мог ли Конституционный суд истолковать прямо продекларированную в Конституции бесплатность как «непринципиальный» запрет платности? Молчаливая форма свидетельствует, что в сегодняшней ситуации отказ от платных услуг в государственных и муниципальных медицинских учреждениях приводит к ущемлению прав граждан на наивысший достижимый уровень здоровья, поскольку фактически вся российская медицина сосредоточена в государственном и муниципальном секторах. Именно эта правовая коллизия не позволяет сделать сегодня вывод ни о возможности, ни о невозможности оказания платных услуг в учреждениях государственной и муниципальной систем здравоохранения.

ПРОБЛЕМЫ ПОДТВЕРЖДЕНИЯ И ПОДСЧЕТА СТАЖА, НЕОБХОДИМОГО ДЛЯ НАЗНАЧЕНИЯ ТРУДОВОЙ ПЕНСИИ

Л.А. Евстигнеева

1. Нормами ст. 13 ФЗ от 27.12.2001 № 173-ФЗ «О трудовых пенсиях в РФ» определено: «Характер работы показаниями свидетелей не подтверждается»¹, «Правила подтверждения... стажа устанавливаются в порядке, определяемом Правительством РФ»². Казалось бы очевидно, что речь идет об изменении процедуры установления стажа Пенсионным фондом РФ (далее – ПФР), однако работники ПФР считают невозможным использовать и в суде в качестве доказательства специального стажа свидетельские показания. При аналогичной трактовке судами указанной новеллы весьма значительное число граждан, не имеющих уточняющих справок, иных документов, подтверждающих специфику их деятельности, не смогут реализовать свое право на досрочное пенсионирование в связи с работой во вредных, тяжелых условиях труда, в иных особых условиях³. Наиболее типичен отказ ПФР назначить пенсию по причине различия в наименовании должности в трудовой книж-

¹ Закон в данной редакции действует с 01.01.2010, см. п. 3 ст. 14 (КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Сетевая версия. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный).

² Указанная норма п. 4 статьи отсылает к единственному на данный момент постановлению Правительства РФ от 24.07.2002 № 555 «Об утверждении правил подсчета и подтверждения для установления трудовых пенсий (КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Сетевая версия. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. б-ки Том. гос. ун-та, свободный).

³ См. ст. 27 Закона «О трудовых пенсиях в РФ».

ке и должности, указанной в соответствующих Списках работ, должностей, с учетом которых назначается пенсия¹. До 01.01.2010 г. гражданин мог в судебном порядке с помощью своих коллег доказать, что он выполнял именно то, что указано в Списках, а не то, что, в силу безграмотности или халатности указал работник отдела кадров, подписал руководитель. Учитывая, что во время перестройки многие государственные, а тем паче «частные» предприятия при ликвидации не передали в архивы соответствующую документацию, получить письменные доказательства попросту невозможно.

Считаю, что допустимость этого вида доказательств была установлена для **процедуры, осуществляемой ПФР**, а не для суда. В анализируемой статье речь идет о подсчете стажа, что является полномочием ПФР. Кроме того, термин «характер работы» не определен легально, используется в Законе «О трудовых пенсиях в РФ», по существу один раз: «...лицам, осуществлявшим творческую деятельность... в зависимости от характера такой деятельности»². Следовательно, только в отношении указанной работы невозможно использовать показания свидетелей. Нет оснований для отождествления «характера работы» и «условий труда», поскольку эти термины используются одновременно, причем как в пенсионном законодательстве – вредные условия труда, тяжелые условия труда³, так и в Трудовом кодексе РФ – работа с вредными и (или) опасными условиями труда⁴. При этом в ТК РФ неоднократно упоминается характер работы (подвижной, разъездной, в пути, другой характер работы), особый характер работы, сезонный характер работы⁵.

2. Несмотря на нормы о **календарных годах работы**, о **календарном порядке исчисления стажа**⁶, ПФР учитывает в каждом месяце только 30 дней⁷. Ежегодная «потеря» равна 5 дням (365–360), «потеря» за 20 лет работы в местности, приравненной к районам Крайнего Севера

¹ Постановление Правительства РФ от 29 октября 2002 г. № 781 «О списках работ, профессий, специальностей и учреждений, с учетом которых досрочно назначается трудовая пенсия по старости в соответствии со ст. 28 Федерального закона «О трудовых пенсиях в РФ» (КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: Справочная правовая система. Сетевая версия. Режим доступа: Компьютер. сеть Науч. 6-ки Том. гос. ун-га. свободный).

² См. подп. 21 п. 1 ст. 27 Закона «О трудовых пенсиях в РФ».

³ См. подп. 1, 2 п. 1 ст. 27 Закона «О трудовых пенсиях в РФ».

⁴ Ч. 2 ст. 57, ст. 94, 116, 117, 124, 125 ТК РФ.

⁵ См. ч. 2 ст. 57, 100, 118, 294 ТК РФ. Более того, законодатель использует эти термины, например, в ч. 1 ст. 116 ТК РФ: «...дополнительные отпуска предоставляются работникам, занятым на работах с вредными и (или) опасными условиями труда, работникам, имеющим особый характер работы» (см. также ст. 58 ТК РФ).

⁶ См. п. 1 ст. 12, подп. 2, 6 п. 1 ст. 28, п. 2 ст. 28.1 «О трудовых пенсиях в РФ».

⁷ При этом возможность применения такого «упрощенного» порядка исчисления, по мнению работников ПФР, содержится в п. 35 указанного выше постановления Правительства РФ № 555.

составит свыше трех месяцев, что имеет существенное значение, если гражданин уже выехал из этих районов (или, например, прекратил деятельность во вредных условиях) и обратился за пенсией. «Подзаконное регулирование» недопустимо в данном случае по ряду причин, наиболее важная из которых содержится в Конституции РФ: «Пенсии устанавливаются законом»¹.

О НЕКОТОРЫХ АСПЕКТАХ СООТНОШЕНИЯ ФЕДЕРАЛЬНОГО И РЕГИОНАЛЬНОГО СОЦИАЛЬНО- ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

А.Ю. Непомнящая

В соответствии с п. «ж» ч. 1 ст. 72 Конституции Российской Федерации социальная защита, включая социальное обеспечение, находится в совместном ведении Российской Федерации и ее субъектов. Согласно ч. 2 ст. 76 Конституции РФ 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. Таким образом, субъекты РФ вправе осуществлять самостоятельное правовое регулирование в сфере социального обеспечения. Предел самостоятельности может быть выражен следующей конституционной формулировкой: законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации не могут противоречить федеральным законам, принятым по предметам ведения РФ и совместного ведения РФ и субъектов РФ (ч. 5 ст. 76 Конституции РФ).

Анализ системы законодательства РФ в сфере социального обеспечения свидетельствует о том, что региональные социальные законы имеют незначительный удельный вес. Во многих регионах не принят необходимый «пакет» социальных законов. Принятые же на уровне субъектов нормативные правовые акты либо полностью дублируют положения федерального законодательства, либо содержат декларативные положения. Нередки случаи, когда региональные нормативные правовые акты ущемляют права отдельных категорий граждан в сфере социального обеспечения.

Кроме того, в социальной сфере сложилась следующая ситуация: имея право на одинаковый набор льгот, люди в разных регионах получают их в разных объемах. Это вызвано тем, что региональные власти

¹ См. п. 2 ст. 39 Конституции РФ.

определяют круг мер социальной поддержки исходя из своих финансовых возможностей.

Принятие Федерального закона от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ, получившего неофициальное название «Закон о монетизации льгот», не способствовало изменению ситуации.

Представляется, что причина обозначенных проблем регионального законодательства в сфере социального обеспечения кроется в отсутствии должного правового регулирования на уровне Российской Федерации.

Конституцией РФ заложена лишь правовая база, фундамент для формирования регионального блока законодательства в сфере социального обеспечения. Однако реализация положений, закрепленных в указанных конституционных нормах, невозможна без «проводника», которым должно выступить федеральное законодательство.

Выход из сложившейся ситуации видится в следующем. Необходимо принятие федерального закона, который должен четко разграничить полномочия Российской Федерации и ее субъектов в социальной сфере. Данный федеральный закон должен обозначить круг вопросов, по которым необходимо принятие соответствующих региональных нормативных правовых актов, это позволит решить проблему отсутствия правового регулирования отдельных сфер социального обеспечения на уровне регионов.

В отношении мер социальной поддержки, предоставляемых за счет средств региональных бюджетов, на федеральном уровне должны быть закреплены критерии определения лиц, подлежащих обеспечению, а также минимальные стандарты обеспечения.

Для сглаживания неравенства в объеме обеспечения, предоставляемого регионами-донорами и регионами-реципиентами, необходимо ввести институт государственного софинансирования.

Представляется, что только при согласованном взаимодействии федерального и регионального законодательства возможно эффективное проведение социальной политики государства.

СОДЕРЖАНИЕ ТАРИФНЫХ ДОГОВОРОВ В ГЕРМАНИИ

М.Н. Амельченко

Отраслевые коллективные соглашения в Германии именуются тарифными договорами (*Tarifverträge*). В отличие от российского трудового права в науке немецкого трудового права выделяют две части тарифного договора – обязательственную и нормативную¹. Обязательст-

¹ См.: *Hromadka W., Maschmann F. Arbeitsrecht. Band 2. 4. Auflage. Heidelberg, 2007. S. 41.*

венная часть определяет права и обязанности сторон тарифного договора. Главным ее элементом является обязанность сторон соблюдать мир (die Friedenspflicht). Она заключается в неиспользовании во время действия тарифного договора мер борьбы. Нарушение этой обязанности влечет признание забастовки или локаута в целом противоправными.

Нормативная часть тарифного договора – это правовые нормы, которые определяют содержание, возникновение и прекращение трудовых отношений, а также производственные вопросы и вопросы внутреннего распорядка. Эти нормы действуют непосредственно и императивно для работников и работодателей. Отступление от положений договора возможно только тогда, когда это предусмотрено в самом договоре или изменения являются более благоприятными для работника (принцип благоприятствования). В нормативной части выделяют следующие группы норм.

1. Предметом «норм о содержании» могут быть любые вопросы, которые регулируются трудовым договором¹. В отличие от коллективных договоров в России в тарифных договорах практически не повторяются нормы законов. В них отсутствует так называемая информационная часть.

2. «Нормы о заключении трудовых договоров» определяют форму трудового договора, обязательность заключения трудового договора (например, с работниками предпенсионного возраста) или запрет заключения трудового договора (например, с надомниками, учениками производственного обучения, иностранными гражданами при превышении определенной квоты).

3. «Нормы о прекращении трудовых отношений» ограничены императивными положениями законодательства. В тарифном договоре прекращение трудовых отношений с предупреждением (ordentliche Kuendigung) по инициативе работодателя может быть осложнено или исключено. Так, в рамочном тарифном договоре Федеральной земли Бавария для работников розничной торговли 2006 г. установлено, что расторжение трудового договора с работником в возрасте от 55 до 65 лет, имеющим трудовой стаж на предприятии более 15 лет, возможно только при наличии «важного основания» или с согласия производственного совета.

Возможность расторжения трудового договора без предупреждения при наличии предусмотренного законом «важного основания» (ausserordentliche Kuendigung) не может исключаться договором. Стороны вправе лишь конкретизировать основания увольнения. Обычно «важ-

¹ См.: Решение Федерального суда по трудовым спорам ФРГ от 16.09.1986 г. [Электронный ресурс] // Das Internetportal fuer Arbeitsrecht und Sozialrecht. URL: <http://www.ausportal.de/rechtsprechung/entscheidungen> (дата обращения: 31.01.2010).

ными основаниями» в тарифном договоре называются отказ от работы, самовольный уход в отпуск, помощь конкурентам, моббинг, работа по совместительству в случае медицинских противопоказаний, применение физической силы на предприятии, имущественные преступления в отношении работодателя или других работников, умышленное занесение компьютерных вирусов, неразрешенное использование Интернета в частных целях или телефона для частных переговоров, симуляция болезни¹.

4. «Производственные нормы» регулируют вопросы организации труда (например, контроль на проходной) и условия труда (например, установка кондиционеров, запрет курения, организация рабочего места).

5. «Нормы о правовом статусе трудового коллектива» определяют порядок участия работников через избранные органы в управлении предприятием.

СИСТЕМА И СТРУКТУРА ЭКОЛОГИИ ТРУДА

С.В. Ведяшкин

1. В современных условиях многоаспектность понятия труда проявляется со всей остротой, что позволяет реализовать комплексный подход к анализу различных сторон этого явления. Экология труда является единственной наукой, которая позволяет совместить изучение экологических и правовых аспектов трудовой деятельности. Подобное объединение, взаимная обусловленность носит объективный характер, поскольку предполагает достижение следующей цели – формирование правового поля, обеспечивающего регулирование социально-трудовых и иных тесно связанных с ними отношений с учетом экологических стандартов и требований. В качестве объекта исследования экологии труда выступают труд, процесс труда как особая социальная экологическая система, к предмету относятся закономерности ее функционирования.

2. Экосистемность труда, в контексте изложенного, проявляется со всей очевидностью. Стало быть, она предполагает наличие определенных отдельных частей, поскольку «система – это не просто набор элементов, а такая их целостность, которая обладает определенной структурой»². К таковым в юридической литературе отнесены: субъект тру-

¹ Marschollek G. Arbeitsrecht. 15. Auflage. Muenster, 2006. S. 205–206.

² Молодцов М.В. Теоретические проблемы советского трудового права: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1983. С. 9.

да (работник, работодатель); технологический процесс (порядок, нормы, правила поведения участников совместного труда); средства, орудия труда; результат труда (товары, услуги и работы)¹. Составные части единой системы также характеризуются наличием устойчивых, упорядоченных связей между ними, качественную характеристику которых необходимо учитывать при анализе, поскольку «социальная структура представляет собой не само единство составных частей, а сеть устойчивых, упорядоченных известным образом связей между ними»². Следовательно, система предполагает наличие взаимодействующих ее частей, структура же – это устойчивые, упорядоченные связи между ними.

3. Необходимо подчеркнуть, что структура, организация любой социальной экосистемы, в том числе труда, может меняться. К основным причинам, вызывающим модификацию качественных характеристик связей между элементами одного целого, относятся внешние факторы. В их число входит государственный строй, идеологическая направленность, парадигма, правовые формы и средства воздействия на части системы. В этом смысле показательным является переход Российской Федерации к рыночным условиям хозяйствования и адаптация правового регулирования к новым условиям. Элементы труда как экосистемы остались прежние, но связи между ними получили иную качественную характеристику.

4. Неизменность элементов системы свидетельствует о ее закрытости и устойчивости к внешним воздействиям. Закрытость носит весьма условный характер. Она проявляется только в том, что посторонний элемент не может быть включен в нее, если для него не предусмотрено определенного места и он не подчинен общей программе управления, характерной для системы в целом. Выявление элементов, связей элементов свидетельствует о том, что труд представляет собой сложноорганизованный «организм», включающий человека, предметы материального мира и взаимодействие между ними. Человек в процессе труда опосредует, регулирует, контролирует обмен веществ между собой и природой. Он вынужден поддерживать «очеловеченную» природу в состоянии, которое обеспечит его существование. Инструментом, одним из основных средств, обеспечивающих поддержание рукотворного мира в благоприятном для общества и его индивидов качестве, выступает право.

¹ См.: Лебедев В.М. Экология труда. Томск, 2000. С. 242.

² Лебедев В.М. Лекции по трудовому праву России. Вып. 2. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2001. С. 43.

РАЗВИТИЕ ЭКОЛОГИЧЕСКОГО, ПРИРОДОРЕСУРСНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Т.А. Дедкова

Существенные изменения, которые произошли в российском обществе за последние годы, позволяют признать, что изменение государственного и общественного строя привело к необходимости переосмысления теоретических положений правовых норм и практики их применения. Пересмотр и переоценка экологического и природоресурсного законодательства, принятого в 1990-е гг., обусловлены необходимостью качественного изменения системы социально-экологического устройства, поиском форм и методов активного использования правовых резервов, особенностями развития российской юриспруденции.

Тенденцией развития экологического и природоресурсного законодательства становится стремление к отражению в нем принципов устойчивого развития. Для того чтобы упорядочить представление теоретиков и практиков об устойчивом развитии общества и экологической стабильности, представляется необходимым уделить особое внимание теории самоорганизации, которая может быть использована как методологическая база, позволяющая транслировать данные анализа биологических, экологических, рациональных (механических) и инновационных систем на социальную систему при разработке концептуальных основ экологического, природоресурсного законодательства.

Можно утверждать, что основные направления развития природоохранного, экологического, природоресурсного законодательства в новых условиях будут определяться задачами модернизации национальной экономики в рыночных условиях, увеличением консолидации общества на основе сильной государственной власти, борьбы с коррупцией. В отраслевом срезе система экологического законодательства РФ представляет собой совокупность законодательных актов об отдельных природных ресурсах и законодательных актов, направленных на реализацию комплексного (интегрированного) подхода к регулированию средозащитной деятельности.

Большое внимание на современном этапе российский законодатель уделяет законодательству субъектов Российской Федерации. Несмотря на это, анализ законодательства Российской Федерации позволяет выделить определённые этапы, обновлённые принятием соответствующих федеральных законов, на которых вопросы разграничения полномочий между Федерацией и субъектами Федерации разрешались по-разному. Так, вопросы разграничения и делегирования полномочий в области охраны окружающей среды в период с 2002 по 2006 г. не решены до сих

пор или решаются не по всем направлениям, подтверждая их правовую неурегулированность. Наконец, Указ Президента РФ от 12.05.2008 г. (в ред. 2010 г.) «Вопросы системы и структуры федеральных органов исполнительной власти» положил конец дублированию полномочий разными федеральными органами в сфере контроля и надзора охраны окружающей среды, рационального природопользования.

К ВОПРОСУ О РАЗРЕШЕННОМ ИСПОЛЬЗОВАНИИ ЗЕМЕЛЬНЫХ УЧАСТКОВ

Н.Л. Жигунова

Одной из актуальных проблем для земельного права является то, что многие базовые, основополагающие понятия не определены и нередко произвольно толкуются в правоприменительной практике. Примером такого рода служит неопределенность с базовым земельно-правовым понятием – разрешенным использованием земельных участков.

Попытки раскрыть содержание терминологической конструкции «разрешенное использование земельных участков» предпринимались в юридической литературе с середины 1990-х гг. Так, некоторые правоведы предлагали понимать под ней и целевое назначение земельного участка, и требования к использованию земельного участка, вытекающие из территориального планирования и зонирования, а также из установленных для данного участка ограничений и обременений¹.

Е.А. Сухова поясняет: «Использование земельного участка в соответствии с целевым назначением и разрешенным использованием предполагает фактическое использование участка в целях, установленных при его предоставлении»².

А.П. Анисимов отмечает: «Понятие разрешенного использования земельных участков является следствием совершенствования конструкции “целевое назначение земельного участка”»³.

На сегодняшний день содержание рассматриваемого понятия ни в земельном законодательстве, ни в юридической науке не раскрыто. Виды разрешенного использования земельных участков перечислены в ст. 37 Градостроительного кодекса РФ и лишь применительно к землям насе-

¹ Башмаков Г.С., Беляева З.С., Иконникова И.А. Современные проблемы нового земельного законодательства // Государство и право. 1995. № 8. С. 40.

² Сухова Е.А. Справочник юриста по земельному праву. СПб.: ООО «Питер Пресс», 2007 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Анисимов А.П. Зонирование территорий городских и сельских поселений: виды и правовое значение // Право и экономика. 2003. № 6. С. 5.

ленных пунктов, в которых приняты правила землепользования и застройки. Согласно подп. 2 и 3 п. 1 ст. 40 ЗК РФ целевое назначение и разрешенное использование – это правовая основа для осуществления правомочия по использованию земельного участка. В силу ст. 42 ЗК РФ собственники и обладатели иных вещных прав на земельный участок обязаны использовать землю как в соответствии с целевым назначением, так и с разрешенным использованием.

О.И. Крассов указывает, что попытка раскрыть содержание данного понятия, основываясь на анализе положений действующего законодательства, приводит к выводу, что суть разрешенного использования составляют права лица по использованию земельного участка, т.е. разрешенное использование – это конкретное разрешенное целевое использование земельного участка¹.

А.С. Трифонов отмечает, что «разрешенное использование представляет собой результат отнесения участка к соответствующей категории земель и территориального зонирования в отношении участка земли»².

Наиболее обоснованными, на мой взгляд, являются выводы А.П. Анисимова. Во-первых, он убедительно доказал, что «целевое назначение устанавливается земельным законодательством для всех категорий земель, указанных в ст. 7 ЗК РФ, а разрешенное использование земельных участков, конкретизирующее целевое назначение для участков в составе отдельных категорий и субкатегорий земель, определяется правилами землепользования и застройки в порядке, установленном градостроительным законодательством». Во-вторых, им было предложено заслуживающее внимания определение: «Разрешенное использование земельного участка – это совокупность параметров и видов допустимого использования полезных свойств земельного участка и расположенных на нем природных ресурсов, а также объектов недвижимости в хозяйственных или потребительских целях в соответствии с регламентом либо в ином порядке, предусмотренном законодательством»³.

К сожалению, несовершенство понятийно-категориального аппарата приводит к путанице в правоприменительной практике, в т.ч. и судебной, что не способствует повышению эффективности использования и охраны земель, в связи с чем земельное законодательство нуждается в дальнейшем совершенствовании.

¹ См.: Крассов О.И. Понятие и содержание правового режима земель // Экологическое право. 2003. № 1. С. 11.

² Трифонов А.С. О правовом режиме земель, входящих в категорию земель промышленности // Современное право. 2005. № 8.

³ Анисимов А.П. Разрешенное использование земельных участков: вопросы теории // Гражданское право. 2006. № 4. С. 32–35.

Государственный земельный контроль за соблюдением земельного законодательства, требований охраны и использования земель организациями независимо от их организационно-правовых форм и форм собственности, их руководителями, должностными лицами, а также гражданами осуществляется специально уполномоченными государственными органами в порядке, установленном уполномоченным Правительством Российской Федерации федеральным органом исполнительной власти (ст. 71 ЗК РФ).

В настоящий момент согласно нормам действующего законодательства таковыми органами являются: Федеральная служба государственной регистрации, кадастра и картографии, Федеральная служба по надзору в сфере природопользования, Федеральная служба по ветеринарному и фитосанитарному надзору и их территориальные органы¹, осуществляющие государственный земельный контроль в четко определенной для каждого органа сфере. Таким образом, законодатель, устанавливая круг субъектов, осуществляющих государственный земельный контроль, исключил из него органы власти субъектов Российской Федерации².

При анализе норм смежных отраслей права (водного, лесного, законодательства о недрах) видно, что государственный контроль за использованием и охраной водных объектов³, государственный лесной контроль и надзор⁴, государственный контроль за геологическим изучением, рациональным использованием и охраной недр⁵, государственный контроль за охраной атмосферного воздуха⁶ осуществляется как феде-

¹ См.: Постановление Правительства РФ от 15.11.2006 № 689 «О государственном земельном контроле» // Собрание законодательства РФ. 2006. № 47. Ст. 4919.

² Данное положение также подтверждается и ст. 23.21 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации, из которой следует, что государственными инспекторами, осуществляющими государственный контроль за использованием и охраной земель и обладающими полномочиями по привлечению виновных лиц к административной ответственности за совершение земельных правонарушений, являются только должностные лица вышеперечисленных федеральных органов исполнительной власти.

³ См.: Статьи 24, 25 Водного кодекса Российской Федерации от 03.06.2006 № 74-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2006. № 23. Ст. 2381.

⁴ См.: Постановление Правительства РФ от 22.06.2007 № 394 «Об утверждении Положения об осуществлении государственного лесного контроля и надзора» // Собрание законодательства РФ. 2007. № 27. Ст. 3282.

⁵ См.: Статьи 3, 4 закона Российской Федерации от 21.02.1992 № 2395-1 «О недрах» // Собрание законодательства РФ. 1995. № 10. Ст. 823.

⁶ См.: Статья 24 ФЗ от 04.05.1999 № 96-ФЗ «Об охране атмосферного воздуха» // Собрание законодательства РФ. 1999. № 18. Ст. 2222.

ральными органами власти, так и органами государственной власти субъектов Российской Федерации. Кроме того, земля является одним из компонентов природной среды, окружающей среды, охрана которой на государственном уровне охватывается понятием «государственный экологический контроль»¹, осуществляемый федеральными органами исполнительной власти и органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации. В период проведения реформы системы государственного управления в России, завершения процессов разграничения полномочий между федеральными органами исполнительной власти и органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации² и разграничения государственной собственности на землю, в результате которой будет зарегистрирована собственность субъектов Российской Федерации на землю, органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации в рамках правомочий собственника должны будут осуществлять контроль за принадлежащим им имуществом, в связи с чем необходимо на законодательном уровне наделить органы государственной власти субъектов Российской Федерации полномочиями по самостоятельному осуществлению функций государственного земельного контроля.

МЕХАНИЗМ ЗАЩИТЫ ТРУДОВЫХ ПРАВ РАБОТНИКОВ СТАРШИХ ВОЗРАСТНЫХ ГРУПП

Е.В. Киселева

Трудовое законодательство фактически не содержит специальных способов защиты трудовых прав работников старших возрастных групп. Представляется, что посредством фиксации дозволительных и обязывающих юридических норм (через регулятивную функцию права) могут создаваться определенные условия для реализации и защиты работниками данной категории своих трудовых прав.

Так, регулятивные нормы трудового права, характеризующие способы защиты трудовых прав и свобод работников старших возрастных групп, можно условно поделить на две группы. Первая будет преду-

¹ См.: Статьи 1, 65 Федерального закона от 10.01.2002 № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды» // *Собрание законодательства РФ*. 2002. № 2. Ст. 133; *Постановление* Правительства РФ от 27.01.2009 № 53 «Об осуществлении государственного контроля в области охраны окружающей среды (государственного экологического контроля)» // *Собрание законодательства РФ*. 2009. № 5. Ст. 625.

² См.: *Распоряжение* Правительства РФ от 25.10.2005 № 1789-р «О концепции административной реформы в Российской Федерации в 2006-2008 годах» // *Собрание законодательства РФ*. 2005. № 46. Ст. 4720.

смаатривать в действующем трудовом законодательстве общие нормы, направленные на поддержание и более длительное сохранение здоровья работников старших возрастных групп: 1) улучшать те условия труда и производственной среды, которые могут ускорять процесс старения; 2) изменять формы организации труда и упорядочения рабочего времени, если они ведут к чрезмерному в отношении возможностей соответствующих трудящихся напряжению и ритму, в частности путем ограничения сверхурочной работы; 3) приспособливать рабочее место и задания к трудящемуся, используя все имеющиеся технические средства, в частности принципы эргономики, чтобы сохранить здоровье и работоспособность, предупредить несчастные случаи; 4) предусматривать систематический контроль состояния здоровья трудящихся; 5) предусматривать на рабочих местах соответствующий контроль за обеспечением безопасности и гигиены труда трудящихся.

Кроме того, первую группу регулятивных норм можно связывать и с нормами о социальном обеспечении. Со стороны государственного пенсионного и дополнительного социального обеспечения (в том числе корпоративного) нужно гарантировать реальную возможность реализации принципа свободы труда лицами, достигшими пенсионного возраста (основываясь именно на желании трудиться, базируясь на нерастратенном трудовом (в т.ч. личностном) потенциале, а не из-за экономической незащищенности).

Что касается второй группы регулятивных норм трудового права, гарантирующих защиту трудовых прав и свобод работников старших возрастных групп, то она включает в себя непосредственно те положения, которые устанавливают субъективные трудовые права и законные интересы соответствующей категории работников в сфере труда.

Не во всех сферах жизнедеятельности человека возможно и необходимо осуществлять упорядочивание соответствующих общественных отношений с помощью традиционного позитивного нормирования через категорию субъективного права (по схеме «право – обязанность»).

Юридическая конструкция законного интереса иная, нежели у субъективного права: интересу управомоченного субъекта соответствует не обязанность, а право другого лица (схема «право – право»). В этом случае интересу субъекта не корреспондирует обязанность другого лица «ответить» конкретными действиями на законные притязания первого, лицо не имеет реальной возможности получить то, в чем оно заинтересовано. Вместе с тем у работников старших возрастных групп, как и у всех других работников, существует право на реализацию перечисленных законных интересов и их защиту.

Конечно, в рамках законного интереса любому притязанию индивида противостоит право (а не конкретная обязанность) другого лица, и

возникают сомнения в надобности формулирования категории законных интересов в нормативных актах. Необходимость закрепления высокого правового статуса лица в качестве одного из элементов дозволительного типа регулирования должна устранить данную неуверенность.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОЦЕНКИ КАЧЕСТВА ТРУДА НАЕМНОГО РАБОТНИКА

Н.Н. Ломовских

В рыночных условиях хозяйствования работодатель заинтересован в выпуске продукции, оказании услуг, производстве работ высокого качества. ФЗ от 27.12.2002 № 184-ФЗ (в ред. от 18.07.2009) «О техническом регулировании» закрепил право организаций самостоятельно разрабатывать и утверждать стандарты в целях повышения уровня безопасности жизни и здоровья граждан, обеспечения конкурентоспособности и качества товаров (ст. 17).

Крупные производители разрабатывают стандарты организации «Система менеджмента качества». Так, в ОАО «НЗРМК» (г. Новокузнецк) в рамках системы менеджмента качества в 2007 г. утверждены и введены в действие стандарты организации: «Планы качества. Изготовление стальных сварных конструкций», «Организация и проведение входного контроля», «Контроль и испытания в процессе производства». С учетом требований стандартов разработаны положения о структурных подразделениях завода, должностные и рабочие инструкции, в которых закрепляются права и обязанности работников по обеспечению качественного ведения технологического процесса. Таким образом, в организациях действует система локальных норм, позволяющих работодателю осуществлять контроль за качеством и безопасностью выпускаемой продукции, оказываемых услуг, выполняемых работ.

Работодатель стимулирует качественное выполнение работником трудовой функции, применяя различные формы оплаты труда, установленные коллективным договором, локальными нормативными правовыми актами. Положение о системе оплаты труда ЗАО «Новосибирск-продмаш» (г. Новосибирск) наряду с повременной закрепляет и премиальную форму оплаты труда. В соответствии с п. 4.1 этого Положения в зависимости от результатов деятельности работника ему может быть начислена премия за выполнение определенных качественных показателей по итогам работы за год, а также разовая премия (за особые заслуги перед организацией, в том числе и за повышение качества продукции).

С целью выявления механизма контроля за качеством труда в ста организациях были изучены локальные нормативные акты, содержащие нормы, обеспечивающие качество труда наемных работников, и практика их применения. В обследованных организациях действует система органов, осуществляющих контроль за качеством производимой продукции, оказываемых услуг, выполняемых работ. Это либо специально созданные подразделения в структуре организации (отделы технического контроля, службы качества, лаборатории), либо должностные лица, на которых возложены обязанности по осуществлению контрольных мероприятий (начальник цеха, инженер, технолог, лаборант и др.). В организациях малого бизнеса такие функции обычно осуществляет руководитель. Так, в ООО «КузнецкИнжиниринг» (г. Новокузнецк) согласно штатному расписанию трудятся четыре человека: два фрезеровщика и два жестянщика. Руководитель (директор) лично осуществляет приемку готовой продукции и проверяет ее качество.

Социологическое исследование позволяет сделать вывод, что в организациях функционирует система общественных отношений, которые обеспечивают качественное ведение технологического процесса, выпуск качественной продукции. Системе норм, регламентирующих эти отношения, свойственны нормативная обособленность, определенный субъектный состав, правовой механизм их реализации. Все это свидетельствует о наличии в системе трудового права специального института, который можно назвать «Качество труда» по аналогии с наименованием, например, таких институтов, как «Дисциплина труда», «Рабочее время», «Оплата и нормирование труда», «Охрана труда». Законодатель, именуя институты трудового законодательства в ТК РФ, исходит из содержания тех общественных отношений, которые регулируются нормами этих институтов, конечным результатом их применения.

О ГАРАНТИЯХ РАБОТНИКАМ, СОВМЕЩАЮЩИМ РАБОТУ С ОБУЧЕНИЕМ

А.В. Мужановская

В настоящее время получение высшего образования является в известной мере обязательным условием успешной карьеры. Закон РФ «Об образовании» устанавливает такие формы получения образования, как очная, очно-заочная (вечерняя) и заочная.

Получение высшего образования по заочной форме обучения нередко сопряжено с такими условиями, как наличие постоянного места работы, отдаленность вуза от места жительства студента, отсутствие достаточного

свободного времени для подготовки и др. В случае получения высшего образования впервые Трудовой кодекс РФ в гл. 26 устанавливает определенные гарантии лицам, совмещающим работу с обучением.

Так, в соответствии со ст. 173 Трудового кодекса РФ работникам, обучающимся в образовательных учреждениях высшего профессионального образования, имеющих государственную аккредитацию по заочной форме обучения, работодатель предоставляет дополнительные отпуска с сохранением среднего заработка для прохождения промежуточных аттестаций, защиты выпускной квалификационной работы и сдачи государственных экзаменов.

Основанием для предоставления такого рода учебных отпусков является справка-вызов, утвержденная приказом Минобрнауки России от 13.05.2003 № 2057, которая оформляется образовательным учреждением. На основании представленной работником справки-вызова работодатель издает приказ о предоставлении дополнительного отпуска на срок, установленный в трудовом законодательстве РФ и детализированный вузом.

Сроки в справке-вызове зависят от того, утверждены ли графики сессий, расписание экзаменов или иные документы, устанавливающие порядок и сроки прохождения аттестации, подготовки и защиты выпускной квалификационной работы и сдачи итоговых экзаменов.

На основании ст. 136 Трудового кодекса РФ оплата отпуска производится не позднее чем за 3 дня до его начала. Работодатель заранее оплачивает работнику учебный отпуск и, разумеется, ожидает его появления на рабочем месте в определенный день. Однако на практике могут возникать некоторые проблемы.

Так, подтверждением факта и периода нахождения работника в образовательном учреждении является отрывной талон к справке-вызову, который представляется работодателю по окончании учебного отпуска. Графики сессий или расписание экзаменов, как правило, утверждаются в начале учебного года. Однако в течение года в них могут вноситься изменения. Поэтому возможны ситуации, когда сроки в справке-вызове отличаются от сроков, указанных в отрывном талоне к справке-вызову.

В результате такого несоответствия сроков у работодателя могут возникать следующие вопросы: должен ли он произвести перерасчет оплаты дополнительного отпуска согласно данным отрывного талона и можно ли уволить работника, вовремя не вышедшего на работу в результате нахождения на сессии в другом городе, за прогул (подп. «а» п. 6. ст. 81 ТК РФ).

По общему правилу заработная плата, излишне выплаченная работнику (в том числе при неправильном применении трудового законода-

тельства или иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права), не может быть с него взыскана (ст. 137 ТК РФ). В этом случае работодатель не вправе удерживать излишне выплаченные работнику средства.

Порядок предоставления учебных отпусков целесообразно установить в нормативном правовом акте, принятом на уровне Правительства РФ. В нем можно более детально регламентировать вопросы, связанные с коллизиями, возникающими при определении сроков учебных отпусков.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ТРУДА ОСУЖДЕННЫХ

К.А. Мухаметкалиев

Проблема трудовой деятельности осужденных к лишению свободы постоянно находилась в центре внимания государства. Труд осужденных активно используется в России начиная с 1649 г. и по настоящее время. Институт принудительного труда осужденных как составная часть пенитенциарной политики Российского государства начинает формироваться с XVII в.¹ При этом многие вопросы правового регулирования труда осужденных остаются нерешенными и в настоящее время.

Во-первых, такое регулирование осуществляется нормами как трудового, так и уголовно-исполнительного права. Трудоправовой статус тесно переплетается со статусом осужденного. Это связано с тем, что уголовно-исполнительным законодательством на осужденного возложена обязанность трудиться. Он реализует свои трудовые права и исполняет трудовые обязанности с ограничениями, предусмотренными нормами уголовно-исполнительного законодательства². Лишение свободы подчиняется государственному регулированию, а трудовые отношения носят договорной характер³.

Но наличие особенностей в правовом регулировании трудовых отношений осужденных не меняет сущности этих отношений. Они являются трудовыми правоотношениями.

Во-вторых, регулирование труда осужденных характеризуется наличием специального правового регулирования отдельных правоотно-

¹ См.: Яковлев С.П. Организационно-правовые формы трудоустройства лиц, осужденных к лишению свободы в дореволюционной России: XVII – начало XX в.: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2005. С. 8

² См.: Калинин И.Б. Субсидиарное применение норм уголовно-исполнительного права в регулировании труда осужденных // Вестн. ВГУ. 2008. № 2. С. 273.

³ См.: Илюшин Н.И. Правовые и организационные вопросы стимулирования труда осужденных в исправительных колониях: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998.

шений. Данные правоотношения возникают в процессе привлечения осужденных к труду. Кроме того, существуют специфические особенности организации такого труда. Так, принцип свободы труда в отношении осужденных к лишению свободы действует с некоторыми особенностями. Осужденный к лишению свободы фактически лишен права выбора профессии и рода деятельности, но при этом не лишается права на труд.

В-третьих, стоит отметить проблему законодательного закрепления регулирования труда осужденных. Труд осужденных в настоящее время надлежащего правового оформления не получил. Регулированию труда осужденных посвящена отдельная глава Уголовно-исполнительного кодекса РФ – гл. 14. Некоторые аспекты порядка привлечения к труду таких лиц установлены Законом «Об учреждениях и органах, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы», а также Правилами внутреннего распорядка исправительных учреждений. В Трудовом кодексе РФ не упоминается о труде такой категории работников, как осужденные. Все это приводит к нарушениям при использовании труда осужденных. Так, фактически сужено право осужденных на судебную защиту их трудовых прав, установлен безусловный запрет осужденным прекращать работу для разрешения трудовых конфликтов.

Таким образом, правовое регулирование труда осужденных носит сложный, многоаспектный характер. Необходим системный подход к решению проблемы.

ТРУДОВОЕ ПРАВО СОЕДИНЕННЫХ ШТАТОВ АМЕРИКИ В СИСТЕМЕ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

Р.Р. Назметдинов

Особенностью трудового права США является то, что оно представляет собой 2 крупных блока правовых норм: *employment law* (индивидуальное трудовое право) и *labor law* (коллективное трудовое право). В Соединенных Штатах трудовое право не выделяется в качестве самостоятельной отрасли права, как в Российской Федерации. *Employment law* и *labor law* являются подотраслями предпринимательского права.

Индивидуальное трудовое право представляет собой совокупность правовых норм, которые регламентируют отношения между работником и работодателем, включая порядок заключения трудового (индивидуального) договора, теорию деликтов и теорию договора, а также большую группу правовых норм, касающихся подготовки и обсуждения коллективного договора, защиты от дискриминации, оплаты труда, рабочего времени и времени отдыха, обеспечения безопасности и условий

труда на рабочем месте. Основными законами, входящими в состав данной подотрасли предпринимательского права США, являются: Occupational health and safety act (Закон о гигиене и безопасности труда на рабочем месте 1970 г.), Civil rights act 1964 г. (Закон о гражданских правах 1964 г.), Equal pay act (Закон о равной оплате труда 1963 г.), Age discrimination in employment act (Закон о дискриминации по возрасту при найме 1967 г.), American with disabilities act of 1990 (Закон об инвалидах 1990 г.), Fair labor standards (Закон о справедливых условиях труда 1938 г.), Employee retirement income security act (Закон о пенсионном обеспечении наемных работников 1974 г.), Family and medical leave act (Закон об отпуске по семейным и медицинским обстоятельствам 1993 г.)¹.

Коллективное трудовое право связано с регулированием прав работников, работодателей и профсоюзных организаций. Labor law начало формироваться с принятием Wagner Act / National labor relation act (Закон Вагнера 1935 г., известный также как Национальный закон о трудовых отношениях). Конгресс также принял 2 основные поправки к названному закону: Taft-Hartley act / Labor management relations act (Закон Тафта-Хартли 1947 г. / Закон о регулировании трудовых отношений) и Landrum-Griffin act of 1959 / Labor management reporting and disclosure act (Закон Лэндрама-Гриффина 1959 г. / Закон об отчетности и раскрытии фактов в трудовых отношениях). Нормы, входящие в коллективное трудовое право, регулируют деятельность National labor relation board (Национальное управление по трудовым отношениям – НУТО) и administrative agency (административное агентство), на которые возложены полномочия по реализации законов о труде, принятых на федеральном уровне. Данная подотрасль предпринимательского права включает также деятельность окружных судов по разъяснению положения трудового законодательства и решений, принимаемых НУТО².

До настоящего времени в США отсутствует единый кодифицированный источник, который бы включал в себя основные нормы трудового права.

Таким образом, главной особенностью трудового права США является отсутствие единого кодифицированного источника и самостоятельной отрасли как таковой. Деление трудового права на индивидуальное и коллективное заимствовано из общего права Англии. В последние десятилетия наблюдается сближение романо-германской и англо-

¹ West's encyclopedia of American law: 2nd ed. Vol. 4 / Project editors Jeffrey Lehman. San Francisco: Tomson Gale, 2005. P. 129-134.

² См.: West's encyclopedia of American law: 2nd ed. Vol. 6 / Project editors Jeffrey Lehman. San Francisco: Tomson Gale, 2005. P. 171-177.

саксонской правовых систем как в области материальных отраслей права, так и в области процессуальных. С течением времени возможно постепенное сближение правовых систем.

О ПРАВОВОЙ ПРИРОДЕ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА, ЗАКЛЮЧАЕМОГО С РАБОТНИКОМ, НЕ ДОСТИГШИМ 14 ЛЕТ

Ю.А. Новикова

В соответствии с 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. Трудовой договор от имени работника в этом случае подписывается его родителем (опекуном). В разрешении органа опеки и попечительства указываются максимально допустимая продолжительность ежедневной работы и другие условия, в которых может выполняться работа.

Таким образом, законом определены условия вступления лица, не достигшего 14 лет, в трудовые отношения: во-первых, это закрытый перечень организаций, где малолетний работник может осуществлять свою трудовую деятельность; во-вторых, перечень допустимых работ; в-третьих, условие о том, что создание и (или) исполнение (экспонирование) произведений не должны причинять ущерб здоровью и нравственному развитию малолетнего работника; в-четвертых, особый порядок заключения трудового договора с малолетним, предполагающий наличие согласия одного из родителей (опекуна) и разрешения органа опеки и попечительства. Законом не определена форма согласия родителя (опекуна), однако приемлемой является письменная форма согласия, поскольку при возникновении спорных ситуаций доказать наличие такого согласия законного представителя, выраженного в устной форме, весьма проблематично. Следует отметить, что законодатель указал на необходимость получения согласия одного из родителей (опекуна), не учтя иных законных представителей, а именно усыновителей, которые могут не указываться в качестве родителей ребенка (ст. 136 СК РФ, п. 2 ст. 42 ФЗ «Об актах гражданского состояния»), а также организации для

детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, на которые в силу ч. 2 ст. 1 «Об опеке и попечительстве» распространяются положения, относящиеся к правам, обязанностям и ответственности опекунов. При таких обстоятельствах следует внести изменения в ч. 4 ст. 63 ТК РФ, перечислив всех возможных законных представителей малолетних, согласие которых для заключения трудового договора необходимо получить и которые подписывают трудовой договор, либо ограничиться указанием родового понятия «законные представители» без приведения их конкретного перечня.

Одним из дискуссионных вопросов является вопрос о правовой природе заключения трудового договора с лицами, не достигшими возраста четырнадцати лет, с согласия одного из родителей (опекуна) и разрешения органа опеки и попечительства путем подписания трудового договора от имени работника его родителем (опекуном).

По мнению С.П. Маврина, Е.Б. Хохлова, в указанной ситуации возникает феномен множественности лиц (субъектов) на стороне работника, а категории «сторона» и «субъект» трудового договора официально разделяются. Фактом подписания договора родитель (опекун) не только принимает те условия, которые возлагаются на стороны, но и приобретает возможность выполнять функции работника как субъекта права.

Преимуществом подхода С.П. Маврина, Е.Б. Хохлова является учет личного характера трудового правоотношения, а также неизменность стороны трудового договора «работник» даже в случае изменения ее субъектного состава, в то время как признание названных отношений представительством нивелирует основополагающий признак трудового правоотношения — его личный характер, поскольку представительство допускает не только заключение договора от имени представляемого, но и его исполнение представителем, что недопустимо в трудовых отношениях. С непризнанием малолетнего субъектом права (правоотношения) также согласиться нельзя, поскольку возникающие между работодателем и малолетним ребенком отношения, связанные с созданием и (или) исполнением произведения, отвечают признакам трудового отношения, таким как личный и длящийся характер выполняемой работы, работодатель заинтересован, чтобы данная трудовая функция осуществлялась в течение определенного периода времени именно указанным работником, а подписание трудового договора законным представителем малолетнего ребенка и получение согласия названного лица на заключение трудового договора не исключают личного и длящегося характера трудового отношения.

ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ УПРАВЛЯЮЩЕГО ДИРЕКТОРА В ВЕЛИКОБРИТАНИИ

Е.Р. Радевич

На практике в устав британских компаний обычно включаются положения о праве совета директоров назначать из числа его членов лицо, ответственное за текущее руководство деятельностью компании¹. В большинстве компаний, включая небольшие частные, такое лицо известно как управляющий директор (managing director) или главный управляющий (chief executive)².

В соответствии с классификацией членов совета директоров, принятой на практике, управляющий директор является одним из исполнительных директоров компании³. На законодательном уровне разграничение между различными типами директоров не проводится. Все они признаются обладающими одинаковым статусом. Однако несмотря на формальное равенство, фактически управляющий директор занимает доминирующее положение в совете директоров, находясь в центре всеобщего внимания и являясь «в большей степени равным, чем другие»⁴.

Как и все члены совета директоров, управляющий директор всегда является должностным лицом компании (ст. 1173 (1) Закона о компаниях 2006 г.) (Companies Act 2006)⁵. Более того, при определенных условиях он также может быть признан ее наемным работником. В этом

¹ См.: Janet Dine, Marios Koutsias. *Company Law*. 6th ed. Palgrave Macmillan: Hampshire, 2007. P. 158.

² В настоящее время, по крайней мере в практике крупных компаний, большее распространение получило наименование должности «главный управляющий» (см.: Boyle & Birds Company Law. Ed. John Birds, Bryan Clark, Iain Mac Neel and others; Consultant Editor A.J. Boyle. 6th ed. Jordans Publishing Limited. 2007. P. 583).

³ Несмотря на отсутствие законодательного закрепления, в предпринимательской среде разделение членов совета на исполнительных и неисполнительных директоров является общепризнанным. Неисполнительные директора ответственны за дачу консультаций по вопросам, входящим в их компетенцию. В обязанности же исполнительных директоров вменяется текущее руководство деятельностью компании (см.: Gwyneth Pitt. *Employment Law*. 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2007. P. 93).

⁴ Чаркхэм Д. Порядок и процедуры деятельности совета директоров // Корпоративное управление: Владельцы, директора и наемные работники акционерного общества: Пер. с англ. М.: Джон Уайли энд Санз, 1996. С. 167.

⁵ Закон о компаниях 2006 г. считается самым объемным актом за всю историю британского Парламента. Он состоит из 1300 статей, посвященных различным аспектам деятельности компаний.

В английской юридической литературе статьи, регулирующие правовое положение директоров компании, рассматриваются как имеющие непосредственное отношение к трудовому праву (см.: *Butterworths Employment Law handbook*. Ed. Peter Wallington QC. 16th ed. London: LexisNexis, 2008. P. 1265).

случае управляющий директор будет иметь право на все средства защиты, предоставляемые ему его трудовым договором или положениями действующего трудового законодательства¹.

Исторически должностные лица рассматривались как отдельный от наемных работников (employee) и независимых подрядчиков (independent contractor) вид трудящихся (worker). До начала 70-х гг. XX в. факт признания должностным лицом имел особое значение, поскольку такое лицо могло воспользоваться средствами защиты публичного права (public law remedies). До принятия решения об увольнении или применении меры дисциплинарного взыскания в отношении должностного лица должны были быть соблюдены правила естественной справедливости (rules of natural justice)². Более того, такие решения подлежали судебному пересмотру (judicial review). По существу, это означало, что должностные лица обладали средствами защиты в сфере занятости еще до принятия соответствующих правовых норм в этой области.

В настоящее время судебная практика не исключает возможности наделения должностного лица, в том числе управляющего директора компании, также статусом наемного работника³. Не препятствует этому и легальное определение понятия наемного работника, закрепленное в ст. 230 (1) Закона о трудовых правах 1996 г. (Employment Rights Act (ERA) 1996). В Великобритании оно не ограничивается работниками определенного ранга, вследствие чего управляющий директор также может быть признан наемным работником⁴. В самом общем виде решение вопроса о наличии у директора статуса наемного работника будет

¹ См.: *Norman Selwyn. Selwyn's Law of Employment*. 15th ed. New York: Oxford University Press, 2008. P. 35.

² Правилами естественной справедливости обычно называют требования процедурной справедливости (requirements of procedural fairness). Указание на «естественность» правил отражает оригинальное толкование судами их происхождения: эти правила созданы не судами в процессе их правоприменительной деятельности, а в них получили закрепление естественные или даже дарованные Богом законы справедливости.

Содержание требований процедурной справедливости отражается в двух принципах: 1) *audi alteram partem*, что в переводе с латинского означает «выслушай другую сторону» и 2) *nemo iudex in causa sua*, что значит «никто не является судьей в своем собственном деле». Первый принцип охватывает группу правил, которые предписывают лицу, ответственному за принятие решения, предложить другой стороне до его вынесения провести разбор дела, в устной или письменной форме. Второй принцип объединяет правила, гарантирующие беспристрастность этого лица (см.: *Andrew P. Le Sueur, Javan William Herberg. Rosalind English. Principles of Public Law*. 2nd ed. Routledge, 1999. P. 258).

³ *Johnson v Ryan [2000] ICR 236*.

⁴ Английские авторы – специалисты в области трудового права, отмечая специфику правового положения управляющего директора, говорят о нем как о нетипичном наемном работнике (atypical employee), заслуживающем отдельного упоминания (см.: *Robert Upex, Richard Benny, Stephen Hardy. Labour Law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2006. P. 7).

зависеть от степени обусловленности обязанностей директора условиями заключенного с ним трудового договора в отличие от свободы действий на свое усмотрение, характерной для директора как только должностного лица, и степени руководства его действиями со стороны компании в процессе выполнения работы¹.

ПРАЗДНИЧНЫЕ ДНИ: ИСТОРИКО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ

И.В. Тимофеев

Праздничные дни – вид времени отдыха по трудовому праву России. Они в известной степени обособлены от иных видов времени отдыха. Трудно отрицать тот факт, что право в той или иной мере идеологизировано. По мнению В.М. Лебедева, «право идеологизировано настолько, насколько оно фактически выполняет функцию разграничения и обеспечения интересов людей в обществе»².

В литературе по социологии, политологии, философии и педагогике утверждается, что праздники являются эффективным средством пропаганды. С помощью праздников в сознание граждан внедрялись и внедряются политические идеи господствующих или стремящихся к господству классов³.

В нашей стране праздничные дни использовались как средство религиозной, политической пропаганды. В России до 1917 г. одной из опор государственности было православие. Праздничные дни, в которые работники были свободными от работы, носили в основном религиозный характер. К числу светских праздников относились только Новый год и высокаторжественные дни (дни, связанные с личностью членов императорской семьи)⁴.

Партия большевиков, пришедшая к власти в 1917 г., также столкнулась с проблемой укрепления своего авторитета в обществе. Поэтому в 1918 г. в трудовом законодательстве был предусмотрен новый перечень праздничных дней. К ним относились так называемые «историко-

¹ См.: Douglas Crump, David Pugsley. *Contracts of Employment*. Butterworths, 1997. P. 6.

² Лебедев В.М., Воронкова Е.Р., Мельникова В.Г. Современное трудовое право (опыт трудового компаративизма). М.: Статут, 2007. С. 15.

³ См.: Щербинин А.И. Политическое образование. М.: Весь мир, 2005. С. 95; Педагогическая энциклопедия / Под ред. А.Г. Калашникова. М., 1927. Т. 2. С. 988; Озуф Мона. Революционный праздник: 1789–1799. М.: Языки славянской культуры, 2003. С. 18.

⁴ См. ст. 26 Свода уставов о предупреждении и пресечении преступлений, издания 1832 г. (Свод законов Российской Империи. [Т. 14]: Свод уставов благочиния. СПб., 1832).

революционные дни» (например, 7 ноября – день Пролетарской революции, 1 мая – день Интернационала и др.)¹.

После распада СССР в отечественном трудовом законодательстве произошел ряд изменений, в частности, был обновлен перечень праздничных дней. Такие изменения не были лишены политических мотивов. Следовательно, правовые нормы, регулирующие отношения по предоставлению и использованию работниками праздничных дней, всегда в значительной степени подвергались воздействию политики государства. Создавая эти нормы, государство заботилось не только о соблюдении целевого назначения времени отдыха. Цель, которую преследовал и преследует законодатель, фактически состоит в воспитании среди граждан уважения к существующему общественному строю, его основным идеалам и ценностям.

При установлении перечня праздничных дней следует руководствоваться не только политическими мотивами. Необходимо прежде всего заботиться о восстановлении и сохранении способности работника к эффективному труду. Не следует отвергать и воспитательное значение праздничных дней. Эти дни могут стать одним из средств пропаганды социально значимых моральных, культурных и духовных ценностей. Представляется целесообразным пересмотреть перечень праздничных дней, предусмотренный ч. 1 ст. 112 ТК РФ, изложив ее в следующей редакции: «Нерабочими праздничными днями в Российской Федерации являются: 1 и 2 января – Новый год; 7 января – Рождество Христово; 23 февраля – День защитника Отечества; 8 марта – Международный женский день; 7 апреля – Всемирный день здоровья; 1 мая – Праздник весны и труда; 9 мая – День Победы; 12 июня – День России; 7 ноября – День согласия и примирения; 12 декабря – День Конституции РФ.

ЗАЩИТА ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ РАБОТНИКА

Е.С. Толокольников

В настоящее время нет легального определения понятия «защита персональных данных работника». Методологической основой для раскрытия сущности и определения понятия защиты персональных данных работника должны стать определения понятий «защита персональных данных», «защита информации в целом».

¹ См. ст. 7 Правил об еженедельном отдыхе и о праздничных днях (приложения к ст. 104 Кодекса законов о труде РСФСР 1918 г.) // РСФСР. Собрание узаконений и распоряжений Рабочего и Крестьянского Правительства. 1918. № 87–88. Ст. 905.

В теории права категория «защита информации» трактуется двояко: исследователи определяют эту категорию или как комплекс мер, или как деятельность. Так, В.А. Мазуров под защитой информации понимает совокупность правовых, технических, организационных мер, направленных на своевременное выявление, предупреждение и пресечение неправомерного получения и распространения защищаемой информации, осуществляемых органами законодательной, исполнительной и судебной власти, общественными и иными организациями и объединениями, гражданами¹. С.С. Алексеев считает, что защита – это государственно-принудительная деятельность, направленная на восстановление нарушенного права, обеспечение исполнения юридической обязанности².

В законодательстве категория «защита информации» также определяется неоднозначно. В соответствии со ст. 16 ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» защита информации представляет собой принятие правовых, организационных и технических мер, направленных на обеспечение защиты информации от различных неправомерных действий. В Соглашении между Правительством РФ и Правительством Республики Беларусь о сотрудничестве в области защиты информации от 09.07.1997 г. защита информации определяется как деятельность, направленная на предотвращение утечки конфиденциальной информации, несанкционированных воздействий на нее. Наиболее приемлемым является, на наш взгляд, объединение двоякого понимания категории «защита информации» в единое целое, так как существо вышеназванного понятия включает в себя оба явления: и деятельность и комплекс мер. Поэтому определять защиту информации необходимо как деятельность, выражающуюся в принятии различных видов мер.

При рассмотрении проблемы определения понятия «защита информации» нельзя не сказать о существенных различиях в перечне мер, применяемых для защиты информации. В соответствии со ст. 16 ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» защита информации обеспечивается применением правовых, организационных и технических мер. Согласно ст. 19 ФЗ «О персональных данных» оператор при обработке персональных данных обязан принимать необходимые организационные и технические меры. В соответствии со ст. 2 Закона Московской области от 12.03.1998 г. «Об информации и информатизации в Московской области» защита информации – право-

¹ См.: Информационная безопасность: основы правовой и технической защиты информации: Учеб. пособие / В.А. Мазуров, А.А. Головин, В.В. Поляков. Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2005.

² См.: Алексеев С.С. Общая теория права. М., 1981. Т. 1.

вые, организационные, технические, технологические и иные специальные меры.

Думается, говорить о закрытом перечне мер защиты информации нецелесообразно. В теории и законодательстве помимо правовых, организационных, технических мер выделяются также технологические, физические, экономические, программные, аппаратные, комплексные меры защиты. Выделение последних не всегда обоснованно, поскольку часть из них органично включена в другие меры защиты информации: например, программные, аппаратные меры защиты представляют собой разновидности организационных и технических мер.

С учетом вышеизложенного можно предложить следующее определение защиты персональных данных работника. Защита персональных данных работника — деятельность, осуществляемая органами государственной власти, юридическими и физическими лицами, выражающаяся в принятии правовых, организационных, технических, технологических и иных мер, направленных на обеспечение безопасности персональных данных работника при их получении и обработке.

ПРАВОВОЕ ЗНАЧЕНИЕ ПРИКАЗА РАБОТОДАТЕЛЯ О МАТЕРИАЛЬНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ РАБОТНИКА

Е.В. Харьковский

Многообразие жизненных ситуаций, фактических обстоятельств не всегда бывает полностью урегулировано юридическими нормами. Выявление пробелов в праве позволяет дополнить и исправить неточности и недостатки законодательства. Основным способом устранения пробелов является процесс правотворчества. Для временного устранения пробелов предусмотрено два способа: аналогия закона и аналогия права.

Режим законности требует соблюдения ряда требований к использованию права или закона по аналогии: 1) решение дела по аналогии допустимо только при полном отсутствии или неполноте правовых норм; 2) сходство анализируемых обстоятельств и обстоятельств, предусмотренных имеющейся нормой, должно быть в существенных, равнозначных в правовом отношении признаках; 3) выводы по аналогии недопустимы, если она прямо запрещена законом или закон связывает наступление юридических последствий с наличием конкретных норм; 4) исключительные нормы и изъятие из общих законодательных правил могут приниматься во внимание только тогда, когда рассматриваемые обстоятельства также являются исключительными; 5) выработанное в

ходе использования по аналогии правоположение не должно противоречить ни одному из действующих предписаний закона; 6) решение по аналогии предполагает поиск нормы вначале в актах той же отрасли права, и только в случае неимения таковой допустимо обращение к другой отрасли и законодательству в целом.

Трудовой кодекс РФ в ст. 239 закрепляет обстоятельства, исключающие материальную ответственность работника¹. К ним относятся: 1) непреодолимая сила; 2) нормальный хозяйственный риск; 3) крайняя необходимость; 4) необходимая оборона; 5) неисполнение работодателем обязанности по обеспечению надлежащих условий для хранения имущества, вверенного работнику.

Однако в трудовом законодательстве нет норм, раскрывающих содержание и условия таких обстоятельств. Они нашли свое закрепление в ст. 42 Уголовного кодекса РФ². В этой же статье сформулировано правило, исключающее преступность деяния – исполнение приказа или распоряжения, суть которого состоит в следующем: не является преступлением причинение вреда охраняемым законом интересам лицом, действующим во исполнение обязательных для него приказа или распоряжения. Уголовную ответственность за причинение такого вреда несет лицо, отдавшее незаконный приказ или распоряжение.

В реальной жизни при исполнении трудовых обязанностей работник, выполнивший приказ, не исключаяющий материальную ответственность, может быть наказан за совершенный поступок, которым причинен вред работодателю. Работник может отказаться выполнять такой приказ. Свой отказ в этом случае он должен аргументировать, ссылаясь на нарушение закона работодателем или указав в качестве примера на действие работника, выполнившего аналогичный приказ, и впоследствии наказанный за его исполнение. В таких случаях можно потребовать от работодателя издать соответствующий приказ в письменном виде. Однако в организации такие письменные распоряжения или приказы практически не издаются.

В организации действуют отношения субординации, подчиненности, в соответствии с которыми работники обязаны выполнять приказы и распоряжения своих непосредственных руководителей. С этих позиций можно сделать вывод, что приказ работодателя обязателен для исполнения работником.

¹ См.: *Трудовой кодекс Российской Федерации: Комментарий к последним изменениям* / Под ред. Г.Ю. Касьяновой. М.: ИД «Аргумент», 2007. 324 с.

² См.: *Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации* / Отв. ред. В.М. Лебедев. 7-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт-Издат, 2007. 902 с. (Профессиональный комментарий).

Возникшее противоречие может быть устранено путем применения аналогии закона, по которому исключается материальная ответственность работника, исполняющего приказ. В этом случае соответствующий представитель работодателя будет нести ответственность за причинение организации материального ущерба. Выполнение заведомо незаконного приказа может повлечь ответственность работника, его исполнившего, в то время как неисполнение заведомо незаконного приказа или распоряжения должно исключать материальную ответственность работника.

Применение по аналогии в таких случаях ст. 42 УК РФ допустимо потому, что в Трудовом кодексе РФ нет прямого запрета на аналогию, следовательно, она может быть применена.

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ МАТЕРИАЛЬНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ РАБОТОДАТЕЛЯ ЗА УЩЕРБ, ПРИЧИНЕННЫЙ ИМУЩЕСТВУ РАБОТНИКА

Е.В. Харьковский

Согласно ст. 235 ТК РФ работодатель, причинивший ущерб имуществу работника, возмещает этот ущерб в полном объеме. Размер ущерба исчисляется по рыночным ценам, действующим в данной местности на день возмещения ущерба. Трудовой кодекс РФ не закрепляет понятия «рыночная цена». Рыночная цена – это наиболее вероятная цена, по которой данный объект оценки может быть отчужден на открытом рынке в условиях конкуренции, когда стороны сделки действуют разумно, располагая всей необходимой информацией, а на величине цены сделки не отражаются какие-либо чрезвычайные обстоятельства. В ТК РФ также не закреплено понятие «день возмещения ущерба». Ю.П. Орловский определяет это понятие как день добровольного удовлетворения требования работника, а если требование добровольно удовлетворено не было – день вынесения судом решения о возмещении вреда¹. В случае добровольного удовлетворения требования работника по соглашению сторон должен быть установлен день возмещения ущерба работнику (конкретная дата), срок которого зависит от суммы возмещаемого ущерба и соответствует понятию «разумный срок». Разумный срок – это срок, применяемый участниками правоотношения и судом, когда конкретный срок исполнения или условия, позволяющие его определить, не уста-

¹ См.: *Трудовое право России: Учеб. / Отв. ред. Ю.П. Орловский, А.Ф. Нуртдинова.* 2-е изд. М.: Юрид. фирма «КОНТРАКТ»: «ИНФРА-М», 2008. С. 608.

новлены в законе или договоре, но тем не менее необходимо, чтобы обязательство было исполнено в определенный отрезок времени¹.

Работодатель должен быть освобожден от ответственности по возмещению ущерба работнику, если докажет, что вред причинен вследствие непреодолимой силы либо нарушения работником закрепленных правил использования, хранения или транспортировки материальных ценностей.

По общему правилу возмещение ущерба определяется в денежной форме. Однако ч. 2 ст. 235 ТК РФ закрепляет право работника на возмещение ущерба в натуральном виде.

Часть 3 ст. 235 ТК РФ закрепляет правило, согласно которому заявление работника о возмещении ущерба направляется им работодателю. Данная норма не содержит требований к форме заявления (письменное или устное) и его содержанию. Можно согласиться с мнением А.М. Куренного, что заявление должно быть в письменной форме, а его содержание – в произвольной, но с обязательным указанием размера возмещения ущерба и пожеланием работника получить денежные средства или имущество в натуре². По логике работник должен обосновать размер причиненного ему ущерба предъявлением соответствующих документов, подтверждающих этот размер. Под документами, подтверждающими размер причиненного ущерба, следует понимать кассовый или товарный чек либо иной документ, удостоверяющий факт и условия приобретения вещи, а в случае их отсутствия – другие доказательства, включая свидетельские показания.

В законодательстве о труде следует закрепить следующие правила возмещения ущерба, причиненного имуществу работника: 1) безвозмездное устранение причиненного ущерба; 2) возмещение расходов работнику на устранение ущерба; 3) соразмерное уменьшение размера возмещения ущерба в случае, если работник оставляет испорченную вещь себе; 4) замена испорченной вещи на аналогичную вещь другой марки (модели) с соответствующим перерасчетом размера возмещения ущерба.

Работодатель может потребовать передачи ему испорченной вещи в случае возмещения им причиненного работнику имущественного ущерба.

¹ См.: *Юридическая энциклопедия* / Отв. ред. Б.Н. Топорнин. М.: Юристъ, 2001. С. 1272.

² См.: *Трудовое право России: Учеб.* / Под ред. А.М. Куренного. М.: Юристъ, 2006. 493 с.

КОНЦЕПЦИЯ ЧАСТНОЙ ЖИЗНИ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

А.В. Дворецкий

Право на частную жизнь занимает важное место среди иных личных прав. Концепция частной жизни объединяет многочисленную группу самостоятельных гражданских прав. Смежными категориями ряд авторов признает право на уважение семейной жизни, которое включает в себя основные права: жениться, выходить замуж, право на развод; а также ряд второстепенных и дополнительных прав¹. По справедливому замечанию американских ученых, значение права на частную жизнь в современной правовой доктрине может соперничать с концепцией собственности. Именно к такому выводу можно прийти, если сравнить количество судебных дел, состоявшихся в прошлом веке в связи с этими двумя категориями².

В настоящее время в зарубежной правовой доктрине существует несколько взглядов на категорию частной жизни. В правовой системе Америки это право означает быть свободным от любопытных глаз государства или частных лиц. Некоторые также включают в него право на осуществление аборта³.

А.Ф. Уестин в работе «Частная жизнь и свобода» (1967) определяет право на частную жизнь как желание человека свободно выбирать те обстоятельства и то пространство жизни других людей, в которые он может вторгаться своим поведением и отношением⁴. По-разному оценивается содержание этой категории. Р. Гевисон включает в право на частную жизнь три составляющих: право на секретность, на анонимность и на уединение. Э. Блоуштейн под правом на частную жизнь понимает интерес человеческой личности, который защищает личную неприкосновенность, независимость, достоинство и честь. Редактор журнала «Частная жизнь» Р.Э. Смит определяет частную жизнь как потребность каждого в физическом пространстве, где он будет свободен от препятствий и преград своей деятельности, от вторжения, идентификации и попыток контроля времени и способа раскрытия персональной инфор-

¹ См.: *Respect for Private and Family Life* G. Cohen-Jonathan in *The European system for protection of human rights* / Ed. by R. St. J. Macdonald and others. Dordrecht, Boston, London. 1993. P. 405-444.

² См.: *Constitutional amendments, 1789 to the present* / Ed. K.E. Palmer. USA. 2000. P. 69.

³ *Sigler J.A. Civil rights in America: 1500 to the present*. P. 668.

⁴ Цит. по: *Lewis J.R., Skutsch C. The human rights encyclopedia*. New York, 2001. P. 842.

мации о нем¹. Если первые мнения тяготеют к теоретико-философским сопоставлениям, то последнее отражает содержание действующего законодательства о защите частной жизни.

Традиционным является объединение содержания многочисленных актов по защите частной жизни в четыре обширные взаимосвязанные группы². Нормы по охране информационной составляющей частной жизни образуют самостоятельную группу и регулируют отношения по сбору и раскрытию информации о частной жизни лица, информацию о банковском счете, записях в медицинских и государственных учреждениях. Другая категория норм связана с неприкосновенностью физического тела и регулирует отношения по проведению генетических тестов, проверок на содержание в крови ВИЧ и иных инфекций, допингов и наркотических веществ, генетической и дентальной идентификации. Следующая группа норм охраняет секретность почты, в том числе и электронной, телефонных переговоров и иных средств связи. Последняя группа правил включает в себя регулирование отношений по вторжению в жилище, на рабочее место посторонних лиц, видеонаблюдение в общественных местах, в жилых помещениях и на рабочем месте. Данная классификация охраняемых законом аспектов частной жизни выражена в законодательстве Европы и Америки. Ее считают традиционной представители правовой науки обоих континентов.

¹ См.: *Privacy and Human Rights. An International Survey of Privacy Laws and Developments*. Washington; London. P. 2.

² См.: *Privacy and Human Rights*. P. 3; *Lewis J.R., Skutsch C. The human rights encyclopedia*. P. 842.

ГРАЖДАНСКИЙ И АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕСС

ИЗВЕЩЕНИЕ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

А.А. Алешкин

В соответствии с п. 2 ч. 2 ст. 364 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее – ГПК РФ) рассмотрение судом дела в отсутствие кого-либо из лиц, участвующих в деле и не извещенных о времени и месте судебного заседания, – безусловное основание для отмены решения суда первой инстанции.

В современных условиях гражданского судопроизводства необходимо совершенствовать нормы гражданского процессуального права в целях сокращения сроков рассмотрения дел. На практике судебные заседания часто переносятся из-за неявки в суд лиц, участвующих в деле.

В настоящий период, при современном техническом развитии общества и большом количестве судебных дел в судах общей и арбитражной юрисдикции необходимо дальнейшее развитие способов извещения в гражданском и арбитражном судопроизводстве.

В первую очередь необходимо использовать различные средства электронной связи. Норму ч. 2 ст. 131 ГПК РФ следует дополнить пунктом, в котором будет установлено, что в исковом заявлении должны быть указаны, при их наличии, номера телефонов, факсов, адреса электронной почты и иные способы извещения с помощью средств электронной связи лиц, участвующих в деле. В гл. 10 ГПК РФ следует установить нормы, согласно которым средствами электронной связи можно будет пользоваться не только в случаях, не терпящих отлагательства, но и в качестве основного и даже единственного способа извещения. При этом современные средства электронной связи позволяют фиксировать момент передачи извещения и факт получения извещения лицом, участвующим в деле. Также в гл. 10 ГПК РФ необходимо закрепить порядок извещения путем использования различных средств связи, а именно установить сроки направления извещения, определить содержание судебного извещения, порядок фиксации информации о том, когда и кем получено извещение, и иные правила, необходимые при использовании того или иного средства связи.

Еще одним способом извещения может быть график рассмотрения гражданского дела. Судья при подготовке дела к судебному разбирательству с учетом своей загруженности и необходимых условий рассмотрения данного дела может составить график движения дела, в котором будут определены даты и время судебных заседаний. Лица, участвующие в деле, смогут ознакомиться с графиком на предварительном судебном заседании и соответственно будут надлежащим образом, а самое главное, заранее извещены обо всех судебных заседаниях.

Если обратиться к законодательству Российской империи, в частности к Уставу гражданского судопроизводства, входившему в Свод законов Российской империи, то можно обнаружить такой способ извещения, как «вызов через публикацию в ведомостях». Схожий способ возможно использовать в определенных случаях и в современном гражданском судопроизводстве, например при отсутствии сведений о местонахождении ответчика или иного лица, участвующего в гражданском судопроизводстве, используя при этом печатное издание, в котором официально публикуются нормативные правовые акты субъекта Российской Федерации, на территории которого осуществляется разбирательство дела. В ГПК РФ можно определить порядок такой публикации, срок ее размещения и установить содержание судебного извещения.

Использование приведенных выше способов позволяет обеспечить сокращение сроков судебного разбирательства, предотвратить случаи злоупотребления правом в целях затягивания процесса, уменьшить количество жалоб на постановления судов общей юрисдикции по основаниям, установленным п. 2 ч. 2 ст. 364 ГПК РФ, а также п. 1 ст. 6 «Конвенции о защите прав человека и основных свобод» в Европейский суд по правам человека.

ДИСЦИПЛИНАРНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ НОТАРИУСА, ЗАНИМАЮЩЕГОСЯ ЧАСТНОЙ ПРАКТИКОЙ

А.С. Бакин

Традиционно на протяжении уже более 15 лет после создания «небюджетного» нотариата в теоретической и научно-практической юридической литературе в качестве одного из основных видов ответственности нотариуса, занимающегося частной практикой (далее – «частного» нотариуса), указывается дисциплинарная ответственность. Правовой основой деятельности «нового» нотариата стали Основы законодательства Российской Федерации о нотариате (далее – Основы), принятые в 1993 г., в последующем неоднократно дополнявшиеся и изменяв-

шиеся. Несмотря на эти попытки «латания» принятого второпях нормативно-правового акта, многие институты так и не получили надлежащего правового регулирования. Одним из примеров «дефицита» нормативного регулирования как раз является институт дисциплинарной ответственности нотариуса.

В Основах законодательства о нотариате для частных нотариусов прямо не предусмотрено такого вида ответственности. Однако практика свидетельствует о том, что частные нотариусы привлекаются к ней, несмотря на отсутствие легальных оснований для этого. Сложившаяся практика обусловлена принятием в 2001 г. на собрании представителей нотариальных палат субъектов РФ Профессионального кодекса нотариусов РФ (далее – Кодекс). Этот локальный нормативный акт среди прочих положений содержит характеристику нарушений профессиональной дисциплины и этики, принципы и виды ответственности, порядок наложения и снятия взысканий, а также меры поощрения нотариуса. Действие Профессионального кодекса нотариусов РФ распространяется на всех нотариусов РФ, занимающихся частной практикой, без исключения, а также на лиц, временно исполняющих обязанности нотариуса и помощников нотариусов. Таким образом, пробел Основ выполнен на внутрикорпоративном уровне. Однако ни ст. 12 и 30 Основ, ни ст. 10 Устава Федеральной нотариальной палаты (ФНП) и тем более Европейский кодекс нотариальной этики, в соответствии с которыми разработан Кодекс, не предоставляют ФНП права принятия нормативных актов.

На отсутствие нормативной базы у Профессионального кодекса нотариусов РФ неоднократно указывал Г.Г. Черемных¹. В своем интервью это подтвердила и вновь избранная президентом ФНП М.И. Сазонова, обратив внимание на то, что Кодекс представляет собой не более чем набор рекомендаций, хотя в своей работе ФНП старается относиться к этим рекомендациям как к императивным нормам². «Корпоративные» нормы, не подкрепленные законодательно, могут действовать только при условии их добровольного исполнения нотариусами. Это, в свою очередь, сводит на нет эффективность «профессионального» контроля со стороны нотариального сообщества за его отдельными членами, что подтверждается и судебной практикой. Так, в ходе рассмотрения дела нотариуса Кировской нотариальной палаты, обжаловавшей её привлечение к дисциплинарной ответственности, суды первой и второй инстанций вынесли противоположные по содержанию акты. Верховный Суд РФ, передавая дело на новое рассмотрение, в Определении от

¹ См.: *Частнопрактикующий нотариус* – не субъект дисциплинарной ответственности // *Нотариус*. 2008. № 5.

² См.: *Нотариат сегодня: Перспективы отечественного нотариата* // *Закон*. 2008. № 6.

15 февраля 2008 г. № 10-В07-24 указал на то, что законодательство о нотариате не раскрывает понятия дисциплинарного проступка нотариуса как основания дисциплинарной ответственности, не регламентирует виды и порядок привлечения нотариуса к такому виду ответственности, не предоставляет права органам нотариального самоуправления налагать дисциплинарные взыскания на своих коллег¹.

Таким образом, первоочередной задачей, стоящей перед законодателем, является необходимость закрепления в новом федеральном законе о нотариате продуманной и эффективной системы мер дисциплинарной ответственности и предоставления органам нотариального сообщества права принятия общеобязательных локальных актов, регулирующих «корпоративные» отношения.

О СИСТЕМЕ МЕР ДИСЦИПЛИНАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ СУДЕЙ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И НАПРАВЛЕНИЯХ ЕЕ РАЗВИТИЯ

Д.В. Вершинина

В связи с восстановлением Законом от 15.12.2001 г. № 169-ФЗ² института дисциплинарной ответственности судей в РФ в юридическом сообществе развернулась широкая дискуссия о значении и недостатках правового регулирования данного института, разрабатываются предложения по его совершенствованию, в том числе и по системе мер дисциплинарной ответственности судей. К сожалению, законодателем до сих пор не были устранены трудности, с которыми, как показала практика, сталкивается правоприменитель.

В настоящее время в РФ³ предусмотрено два вида мер дисциплинарной ответственности судей: предупреждение и досрочное прекращение полномочий судьи. При этом каких-либо критериев применения того или иного вида ответственности закон не содержит. Такое положение предоставляет правоприменителю свободу усмотрения. Конституционный Суд РФ, формулируя вывод о том, что мера ответственности в виде досрочного прекращения полномочий судьи «может применяться лишь за проступок, не совместимый с высоким статусом судьи», а также

¹ См.: СПС «Гарант».

² См.: ФЗ от 15.12.2001 № 169-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон РФ «О статусе судей в РФ» // Собрание законодательства РФ. 2001. № 51. Ст. 4834.

³ См.: Ч. 1 ст. 12.1 Закона от 26.12.92 № 3132-1 «О статусе судей в РФ» (в редакции ФЗ от 07.05.2009 г. №83-ФЗ) // СПС «КонсультантПлюс».

с учетом конкретных обстоятельств дела¹ оперирует оценочными понятиями, а поэтому не устраняет имеющейся правовой неопределенности.

В этой связи следует согласиться с мнением, согласно которому принимать во внимание конкретные обстоятельства имеет смысл при наличии дифференцированной школы видов дисциплинарных взысканий судей².

Законодательное выделение двух мер дисциплинарного воздействия не позволяет адекватно учитывать тяжесть дисциплинарного проступка, данные о качествах судьи и иные обстоятельства конкретного дела.

С учетом изложенного представляется, что остро назрела необходимость расширения перечня применяемых к судьям мер дисциплинарной ответственности на законодательном уровне. При проведении работы в данном направлении весьма рациональным было бы использование исторического опыта правового регулирования российского и иностранных государств.

Так, в досоветский период к судьям-нарушителям широко применялись штрафные санкции, арест и отставки. Зарубежное правовое регулирование более дифференцированно подходит к определению мер дисциплинарной ответственности судей. Так, в Республике Беларусь установлено пять видов дисциплинарных наказаний судьи: замечание, выговор, предупреждение о неполном служебном соответствии, понижение в квалификационном классе судьи на срок до шести месяцев, освобождение от должности³. В Республике Казахстан мерами дисциплинарной ответственности судей являются замечание, выговор, понижение в квалификационном классе, освобождение от должности председателя суда или председателя коллегии за ненадлежащее исполнение служебных обязанностей, освобождение от должности судьи по основаниям, предусмотренным законом.

Зарубежный опыт может быть использован для расширения действующей в РФ системы мер дисциплинарной ответственности судьи путем включения в их состав таких, как замечание, выговор, предупреждение, понижение в квалификационном классе (так как присвоение квалификационных классов является основой развития карьеры судьи), освобождение от должности председателя суда или председателя коллегии за ненадлежащее исполнение служебных обязанностей (без прекращения полномочий), досрочное прекращение полномочий судьи.

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 28.02.2008 г. № 3-П // Вестн. Конституционного Суда РФ. 2008. № 3.

² См.: Клеандров М.И. Конституционно-правовые основы судебной власти в Российской Федерации. Тюмень. 2007. С. 149.

³ См.: Клеандров М.И. Статус судьи: правовой и смежный компоненты. М.: Норма, 2008.

Включенная в АПК РФ гл. 28.2 породила массу вопросов как практического, так и теоретического характера. Сложности вызывает и определение правового статуса лица, обратившегося в арбитражный суд в защиту прав и законных интересов группы лиц. В соответствии с ч. 1 ст. 225.10 АПК РФ можно выделить 2 вида таких лиц: лица, участвующие в материально-правовом отношении, из которого возникли спор или требование, и не участвующие в нем. И если последних можно с уверенностью отнести к процессуальным истцам, то относительно первых можно задуматься: являются ли они представителями группы лиц или иными участниками процесса.

В названии ст. 225.12 АПК РФ применительно к лицу, действующему в защиту интересов группы, употреблен термин «полномочия», который в АПК РФ используется в отношении представителей и органов юридического лица. Однако в ч. 2 ст. 225.12 АПК РФ прямо указано, что лицо, выступающее в защиту интересов группы лиц, несет права и обязанности истца. Ему не требуется доверенность. Его полномочия нельзя прекратить простым отказом доверителя – необходимо большинство голосов лиц, участвующих в группе. Таким образом, у рассматриваемого субъекта есть признаки как представителя, так и иного лица.

Для того чтобы решить, является ли данное лицо представителем, необходимо определить, кто является представляемым. Группа лиц в АПК РФ рассматривается как единый субъект. Отдельный член группы не может выбрать себе представителя по своему усмотрению. Таким образом, в качестве потенциального представляемого возможно рассматривать группу лиц. Однако, исходя из норм АПК РФ, у лица, выступающего в защиту интересов группы, связь с группой носит иной (прежде всего материально-правовой) характер, нежели у представителя. Материально-правовая связь состоит в участии в одном правоотношении, из которого возник спор. Кроме того, закон именует его не представителем, а истцом (ст. 222.10 и 222.12 АПК РФ). Наряду с ним в процессе на истцовой стороне участвует группа лиц, интересы которой он защищает (не представляет).

Неопределенность в правовом регулировании может породить ряд вопросов при применении норм гл. 28.2 АПК РФ. Например, о том, что происходит со смертью лица, выступающего в защиту интересов группы. Поскольку данное лицо нельзя считать в чистом виде ни истцом, ни представителем, возникает вакуум, связанный с отсутствием общих норм. Кроме того, остается открытым вопрос о возможности участия в

деле иного лица в качестве представителя (не участвующего в спорном материально-правовом отношении): кто будет наделять его полномочиями, от чьего имени (от имени группы или лица, выступающего в защиту ее интересов), как подтверждаются его полномочия. В свете этих вопросов представляется уместным обращение к опыту США, поскольку идея групповых исков во многом заимствована из американской правовой системы.

В соответствии с Федеральными правилами гражданского судопроизводства США лицо, участвующее в правоотношении и обращающееся с иском от имени группы, именуется представительным (representative) истцом. А значит, лицом с особым статусом в процессе, но в первую очередь с функциями истца в материально-правовом смысле. Для представления интересов группы судом назначается адвокат (class counsel). Причем к адвокату, представляющему интересы группы, предъявляются повышенные требования (Правило 23g(1) ФПГС). Конкретного адвоката назначает суд. Полагаем, в этой части возможно заимствование американского опыта. Причем даже введение адвокатской монополии на представительство в групповых исках в данной ситуации не противоречит Конституции РФ. Установление дополнительных квалификационных требований к представителю исходя из задач правосудия является допустимым (с учетом позиции, ранее высказанной Конституционным судом РФ в Постановлении от 28 января 1997 г. № 2-П).

РЕАЛИЗАЦИЯ МЕР ПРИНУДИТЕЛЬНОГО ИСПОЛНЕНИЯ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ

Е.В. Вихарева

В исполнительном производстве можно выделить несколько этапов: 1) начало исполнительного производства; 2) применение к должнику установленных законом принудительных мер; 3) реальное восстановление нарушенного субъективного права; 4) завершение исполнительного производства.

Ранжирование этапов, которое служит единообразной основой для определения продолжительности стадий и этапов исполнительного производства, определено Федеральным законом от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве».

Заявление взыскателя и исполнительный документ передаются в трехдневный срок со дня их поступления в подразделение судебных приставов судебному приставу-исполнителю, который, в свою очередь,

обязан в трехдневный срок со дня поступления к нему исполнительного документа вынести постановление о возбуждении исполнительного производства либо об отказе в возбуждении исполнительного производства. С этого момента начинается первый этап развития прав и обязанностей сторон по исполнительному производству.

Как показывает практика, этот этап исполнительного производства необоснованно затягивается судебными приставами-исполнителями. Причины многообразны: загруженность районных отделов судебных приставов, низкая квалификация и халатное отношение к служебным обязанностям приставов-исполнителей и др.

Неоднократность отложения исполнительных действий, с одной стороны, не вступает в противоречие с требованиями закона, поскольку закон не устанавливает подобные ограничения при наличии обстоятельств, препятствующих совершению исполнительных действий, а с другой стороны, затягивает исполнение требования, содержащегося в исполнительном документе.

Как следствие, например, в случае несвоевременно наложенного ареста на имущество должника у последнего есть возможность уменьшить имущественную массу либо полностью сокрыть имущество, на которое может быть обращено взыскание.

Государство призвано гарантировать и обеспечивать реализацию судебного решения посредством установления конкретных процедур, включая установление системы мер, позволяющих в своей совокупности обеспечить эффективное и своевременное исполнение судебных решений.

Обязанность государства выражается в надлежащей организации принудительного исполнения судебного решения и не подразумевает обязательность положительного результата, если таковой обусловлен объективными обстоятельствами, зависящими от должника, а не от самой системы исполнения судебных решений.

В настоящий момент Федеральная служба судебных приставов предпринимает различные меры по повышению эффективности способов наложения взыскания на имущество должников. В частности, речь идет о создании открытого сайта в сети Интернет с доступной информацией для всех пользователей, а также ограничение выезда за рубеж должников.

Все это способствует улучшению работы службы судебных приставов, но этих мер недостаточно. Необходимо повысить качество профессиональной подготовки судебных приставов-исполнителей, усилить требования к ведению исполнительного делопроизводства, ужесточить меры личной ответственности судебных приставов-исполнителей за несвоевременное применение к должнику установленных законом мер принудительного исполнения.

К ВОПРОСУ О РАССМОТРЕНИИ ДЕЛА В РАЗДЕЛЬНЫХ ЗАСЕДАНИЯХ АРБИТРАЖНОГО СУДА

Н.Г. Галковская

Согласно ст. 160 АПК РФ допускается рассмотрение дела в отдельных заседаниях арбитражного суда. Можно выделить три условия, наличие которых необходимо для рассмотрения дела в указанном порядке.

Первое условие состоит в соединении в одном исковом заявлении взаимосвязанных требований. Закон называет следующую взаимосвязь требований: требование об установлении оснований ответственности ответчика связано с требованием о применении мер ответственности (ч. 1 ст. 160 АПК РФ). В этом случае суд сначала устанавливает наличие или отсутствие оснований ответственности, а затем, в случае положительного решения, определяет меру ответственности¹.

Второе условие рассмотрения дела в отдельных судебных заседаниях – наличие согласия сторон, которое должно быть выражено либо в письменной форме, либо в устной, но закреплено в протоколе. Если сторона представила в суд ходатайство о рассмотрении дела в свое отсутствие, то рассмотрение дела в отдельном заседании невозможно ввиду отсутствия согласия сторон.

Наконец, целесообразность разделения заседаний определяется исключительно по усмотрению судьи: он не обязан проводить отдельные заседания, если не видит к этому достаточных оснований, даже при наличии ходатайств обеих сторон (третье условие).

Вопрос о правовых последствиях решения суда рассмотреть дело в отдельных судебных заседаниях определяется в законе в зависимости от результатов рассмотрения вопроса об основаниях ответственности ответчика.

Если арбитражный суд отказывает в удовлетворении требования об установлении оснований ответственности ответчика, то теряется смысл в рассмотрении второго, вытекающего из оснований ответственности, требования. По этой причине арбитражный суд не рассматривает связанное с первым требованием о применении мер ответственности и второе судебное заседание не проводит (ч. 2 ст. 160 АПК РФ). По результатам первого заседания суд объявляет решение об отказе в удовлетво-

¹ Следует отметить, что ст. 160 АПК РФ не ограничивается делами искового характера. Сегодня имеется возможность рассмотрения в отдельных заседаниях дел, в которых соединены требования из административно-правовых и иных публичных правоотношений, а также иски о возмещении вреда (пункт 9 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 22.12.2005 г. № 99 «Об отдельных вопросах практики применения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации»).

нии требования об установлении оснований ответственности, которое, собственно, и является решением по делу (по существу, суд в таком случае отказывает в удовлетворении иска), которое подлежит обжалованию в общем порядке.

В случае удовлетворения требования об установлении оснований ответственности ответчика арбитражный суд сразу же или после перерыва, срок которого не может превышать пяти дней, вправе провести второе судебное заседание и в этом судебном заседании рассмотреть требование о применении мер ответственности, в том числе определить размер взыскиваемой суммы (ч. 3 ст. 160 АПК РФ).

По результатам второго заседания суд выносит окончательное решение по всем требованиям¹. Если суд удовлетворил требование об установлении оснований ответственности, он этим обстоятельством не связан: по требованию о применении мер ответственности суд может вынести решение и об отказе в удовлетворении требований (если есть основания для освобождения ответчика от ответственности или не подтвержден размер убытков, например).

Действующим законодательством не предусмотрена возможность отдельного обжалования итогов первого заседания. Если суд установил наличие оснований ответственности, с чем ответчик не согласен, то последнему остается ждать вынесения итогового решения по существу дела.

О МЕСТЕ ПАТЕНТНОГО СУДА В СУДЕБНОЙ СИСТЕМЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

И.А. Данилова

Идея создания патентного суда возникла еще в СССР и получила теоретическое воплощение в Законе СССР от 31.05.1991 г. «Об изобретениях в СССР», который предусматривал создание патентного суда. Но в связи с распадом СССР Патентный суд СССР так и не был создан.

Патентный закон РФ от 23.09.1992 г. № 3517-1 не предусматривал создания специального судебного органа для рассмотрения дел по спорам, возникающим из патентных отношений. При этом идея создания патентного суда продолжала обсуждаться специалистами, осуществляющими свою деятельность в сфере интеллектуальной собственности.

¹ Фактически их может быть и больше двух, поскольку истец имеет право одновременно требовать применения разных мер – взыскания неустойки, убытков, отобрания вещи и др.

В настоящее время в связи с увеличением количества дел по спорам, возникающим из отношений интеллектуальной собственности, дискуссия обострилась. О возможности и даже необходимости создания специализированного органа по разрешению таких дел стали говорить и представители высших судебных органов РФ.

Дела, связанные с защитой интеллектуальной собственности, довольно сложны, поскольку «сам объект правовой охраны – исключительные права, по мнению ряда видных ученых-юристов, представляют собой права особого рода, лежащие за пределами классического деления гражданских прав на вещные, обязательственные и личные»¹. Кроме того, эти дела имеют ярко выраженную специфику, поэтому для обеспечения их правильного рассмотрения и разрешения судьи должны обладать целым комплексом не только правовых, но и технических познаний. В настоящее время дела по спорам, возникающим из патентных правоотношений, подведомственны как судам общей юрисдикции, так и арбитражным судам. Таким образом, речь идет о необходимости либо специализации судей внутри системы судов общей юрисдикции и системы арбитражных судов, либо о создании специализированного Патентного суда РФ. В связи с этим возникает вопрос о месте Патентного суда в судебной системе РФ.

Судебная система РФ устанавливается Конституцией РФ и ФКЗ «О судебной системе РФ». Полномочия, порядок образования и деятельности федеральных судов устанавливаются ФКЗ, ст. 4 которого предусматривает возможность создания специализированных судов, входящих в систему федеральных судов общей юрисдикции. Полномочия, порядок организации и деятельности специализированных федеральных судов устанавливаются специальным ФКЗ.

Ассоциация патентоведов Санкт-Петербурга и Коллегия патентных поверенных Санкт-Петербурга предлагают создавать патентный суд в три этапа. Сначала необходимо обеспечить специализацию судей районных судов крупных промышленных центров РФ, рассматривающих дела, возникающие из отношений интеллектуальной собственности, по первой инстанции в рамках существующего процессуального законодательства. Затем предполагается отнести эти дела к подсудности судов субъектов РФ и создать в них специализированные составы по рассмотрению данной категории дел. И наконец, создать специализированный патентный суд РФ путем принятия соответствующего ФКЗ.

Кроме того, судя по публикациям в печати, ВАС РФ является инициатором создания специализированного суда по рассмотрению дел в сфере интеллектуальной собственности в рамках системы арбитражных

¹ [http:// www.patentovedam.narod.ru](http://www.patentovedam.narod.ru)

судов РФ и даже подготовил соответствующий проект ФКЗ. К сожалению, доступ к тексту законопроекта ограничен, поэтому о его содержании можно судить лишь косвенно. В любом случае в настоящее время реализация такой идеи противоречит ст. 4 ФКЗ «О судебной системе РФ».

ТРЕТЕЙСКАЯ ПРОЦЕССУАЛЬНАЯ ФОРМА

С.Г. Забегайло

В процессе рассмотрения и разрешения дела сторонами и третейским судом совершаются различные действия, порядок и условия совершения которых, а также их последствия регламентированы нормами права процессуального характера, а возникающие в связи с этим отношения существуют в особой правовой форме – третейской процессуальной форме. Н.А. Рассахатская отмечает, что процессуальная форма содержит совокупность правил, требований, условий, регулирует последовательность совершения процессуальных действий, выступая, таким образом, процессуальным порядком, регламентом деятельности по рассмотрению и разрешению гражданских (уголовных) дел¹.

Попытаемся сравнить процессуальный регламент рассмотрения и разрешения спора в третейском суде с гражданской процессуальной формой. Традиционно под гражданской процессуальной формой как процессуальным порядком рассмотрения и разрешения гражданских дел понимается нормативная модель, организующая и упорядочивающая судопроизводительную деятельность посредством системы законодательно закрепленных требований к процессуальным действиям и документам.

Очевидно, что правовой регламент рассмотрения и разрешения гражданского дела в третейском суде также включает в себя систему требований, закрепленных нормами третейского права (гл. V, VI Закона о третейских судах), которыми устанавливается последовательность возникновения и развития правоприменительной деятельности; систему требований к процессуальным действиям (ст. 23, 26, 27, 29, 33–36, 38, другие статьи Закона о третейских судах), к процессуальным документам (ч. 2–4 ст. 23, 33, другие статьи Закона о третейских судах), а в качестве основных санкций, которыми обеспечены правила третейской процессуальной формы, необходимо рассматривать отмену решений третейского суда и отказ в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, вынесенное с нарушением установленного порядка.

¹ См.: Рассахатская Н.А. Гражданская процессуальная форма. Саратов, 1998. С. 9.

На основе норм Закона о третейских судах правилами постоянно действующих третейских судов осуществляется регламентация следующих элементов третейской процессуальной формы: регулирование состава лиц, участвующих в деле, осуществляется нормами ст. 2, 3, 23, 27, 29 Закона; регламентация характера совершаемых действий – ст. 23, 26, 29, 32, 33 Закона; последовательности их осуществления – ст. 23, 25–30, 32–38 Закона; регламентация сроков – ст. 23, 24, 32, 34, 35 Закона и правовых санкций – ст. 42, 46 Закона.

Таким образом, правовой регламент рассмотрения и разрешения спора в третейском суде может рассматриваться в качестве третейской процессуальной формы, которая, как отмечает Н.А. Рассахатская, всегда является порядком, регламентирующим исключительно процессуальную деятельность и процессуальные правоотношения¹. Третейская процессуальная форма создана для обеспечения соблюдения в процессе рассмотрения дела прав и законных интересов участников третейского процесса на изложение своей позиции, представление, исследование и оценку доказательств, соблюдение условий вынесения правоприменительного акта. В этом качестве она существует в целях организации, упорядочения деятельности третейского суда и участников третейского судопроизводства по применению норм материального и процессуального права.

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ВОЗБУЖДЕНИЯ ПРОИЗВОДСТВА ПО АПЕЛЛЯЦИОННОЙ ЖАЛОБЕ В АРБИТРАЖНОМ СУДЕ

А.П. Иващенко

В соответствии с ч. 1 ст. 261 АПК РФ апелляционная жалоба, поданная с соблюдением требований, предъявляемых к ее форме и содержанию, принимается к производству арбитражного суда апелляционной инстанции. В случае нарушения указанных требований арбитражный суд оставляет жалобу без движения или возвращает в порядке, предусмотренном ст. 263 и 264 АПК РФ.

Из текста ч. 4 ст. 260 АПК РФ можно сделать вывод, что при подаче апелляционной жалобы апеллянтom должна быть обеспечена обозначенная Кодексом комплектность документов. Перечень документов, прилагаемых апеллянтom к апелляционной жалобе, свидетельствует о том, что некоторые из них дублируют материалы дела. Согласно п. 1 ч. 4 ст. 260 АПК РФ к апелляционной жалобе прилагается копия оспаривае-

¹ См.: Рассахатская Н.А. Указ. соч. С. 14.

мого решения. Редакция данной нормы вызывает нарекания по следующим причинам. Во-первых, обжалованию подлежат не только решения арбитражного суда первой инстанции, но также и определения. Следовательно, целесообразно было бы говорить о копии оспариваемого акта. Во-вторых, совсем необязательно оставлять апелляционную жалобу без движения по указанному основанию, поскольку при наличии в материалах дела подлинника обжалуемого судебного акта судья имеет возможность установить соответствие обжалуемого акта сведениям о нем, указанным в апелляционной жалобе. И лишь при их несовпадении или противоречивости сведений судья вправе вынести определение об оставлении апелляционной жалобы без движения с указанием на необходимость предоставления копии обжалуемого судебного акта и срока для исправления выявленного недостатка.

Требования, установленные пп. 2, 3 ч. 4 ст. 260 АПК РФ являются обязательными, без их соблюдения дальнейшее движение апелляционной жалобы невозможно. Что же касается соблюдения апеллянтом требования п. 4 ч. 4 ст. 260 АПК РФ, то в отсутствие документа, подтверждающего полномочия на подписание апелляционной жалобы в прилагаемых документах, судья имеет возможность проверить указанные полномочия по материалам дела. В случае же отсутствия доверенности в материалах дела либо окончания ее срока действия или при наличии иных обстоятельств, свидетельствующих о необходимости ее представления, судья вправе оставить апелляционную жалобу без движения. С учетом изложенного ч. 1 ст. 261 АПК РФ предлагается изложить в следующей редакции: «Апелляционная жалоба, поданная с соблюдением требований, предъявляемых настоящим Кодексом к ее форме и содержанию, принимается к производству арбитражного суда апелляционной инстанции. В случае нарушения требований, установленных пп. 1, 4 ч. 4 ст. 260 настоящего Кодекса, арбитражный суд вправе оставить апелляционную жалобу без движения, в случае нарушения требований, установленных пп. 2, 3 ч. 4 ст. 260 настоящего Кодекса арбитражный суд оставляет апелляционную жалобу без движения или возвращает в порядке, предусмотренном в ст. 263 и 264 настоящего Кодекса».

Соответствующим изменениям должна быть подвергнута также и ч. 1 ст. 263 АПК РФ: «Арбитражный суд апелляционной инстанции, установив при рассмотрении вопроса о принятии апелляционной жалобы к производству, что она подана с нарушением требований, установленных пп. 1, 4 ч. 4 ст. 260 АПК РФ, вправе вынести определение об оставлении апелляционной жалобы без движения, а в случае нарушения требований, установленных пп. 2, 3 ч. 4 ст. 260 АПК РФ арбитражный суд выносит определение об оставлении апелляционной жалобы без движения. Определение может быть обжаловано».

Практическое применение указанных изменений позволит не только ускорить процесс судебной защиты нарушенных прав и интересов подателя жалобы, не только избежать формального подхода при принятии апелляционной жалобы к производству, но и снизить затраты государства на осуществление деятельности по отправлению правосудия.

ПРОБЛЕМЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПРАВ И ИНТЕРЕСОВ УЧАСТНИКОВ ДОЛЕВОГО СТРОИТЕЛЬСТВА

Е.В. Ивкина

В настоящее время наиболее распространенным способом приобретения недвижимого имущества является приобретение жилья на этапе строительства. Федеральный закон № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» от 30 декабря 2004 г.¹ обобщил десятилетнюю практику взаимоотношений сторон в долевом строительстве и защитил участников долевого строительства.

Федеральным законом № 214-ФЗ определен перечень прав и обязанностей застройщика и участника долевого строительства. Анализ положений этого закона приводит к выводу о количественном преимуществе обязанностей на стороне застройщика и прав на стороне участника долевого строительства.

В вопросах соблюдения прав участников долевого строительства большую роль играют органы, осуществляющие контроль и надзор в области долевого строительства (Департамент строительства, Комитет строительного контроля и т.д.).

В соответствии со ст. 14.28 КоАП РФ привлечение денежных средств граждан для целей строительства многоквартирных домов и (или) иных объектов недвижимости лицом, не имеющим на это права, влечет наложение административного штрафа.

Каждый застройщик, осуществляющий привлечение денежных средств дольщиков, должен систематически отчитываться перед контролирующими органами, а перед началом осуществления привлечения денежных средств дольщиков разместить в средствах массовой информации достоверную информацию о себе (опубликовать проектную декларацию).

¹ Российская газета. 2004. № 292.

Однако КоАП РФ предусматривает ответственность только в случае привлечения денежных средств граждан для целей строительства многоквартирных домов и (или) иных объектов недвижимости лицом, не имеющим на это права. Вместе с тем Федеральный закон № 214-ФЗ устанавливает и иные важные с точки зрения соблюдения прав участников долевого строительства обязанности застройщика. Среди них обязанность застройщика в целевом использовании денежных средств, получаемых от участников долевого строительства.

В соответствии с п. 5 ст. 23 Федерального закона № 214-ФЗ контролирующий орган вправе осуществлять контроль за целевым использованием застройщиком денежных средств. Применение данной нормы закона на практике вызывает множество вопросов. Так, например, на застройщика при строительстве объектов недвижимого имущества возлагаются дополнительные обременения, которые непосредственно не связаны со строительством объекта (например, обязательства по созданию обособленных объектов социальной, инженерной инфраструктуры, благоустройство прилегающих территорий). Помимо этого, застройщик является самостоятельной организацией, которой необходимы средства на свое содержание. Очевидно, что эти расходы застройщика должны в определенной степени компенсироваться участниками долевого строительства, но Федеральный закон № 214-ФЗ, исходя из буквального его толкования, запрещает делать это из средств дольщиков. Возникает тупиковая ситуация.

В данной ситуации было бы наиболее оптимальным вариантом решения возникших вопросов внесение изменений в нормы действующего законодательства: уточнение понятия целевого использования денежных средств с учетом интересов застройщика и участников долевого строительства, а также установление административной ответственности за использование денежных средств не в соответствии с целевым назначением.

ДОСУДЕБНОЕ РАСКРЫТИЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В ГРАЖДАНСКОМ И АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССЕ

Ю.В. Кайзер

Вопрос досудебного раскрытия информации представляется весьма интересным, но имеющим отрицательные стороны, связанные с возможностью злоупотребления будущим истцом правами в части получения от ответчика интересующей его информации.

В законодательстве РФ отсутствует процедура раскрытия доказательств вне процессуальной деятельности. Некоторыми специалистами отсутствие возможности досудебного раскрытия доказательств рассматривается в качестве недостатка российской модели раскрытия доказательств¹.

Истец вне рамок судебного разрешения спора в настоящее время не обладает правом истребования необходимых ему доказательств от ответчика, как и ответчик не обязан представлять данные доказательства даже по требованию суда.

Вступая в процесс, ни истец, ни ответчик, как правило, не располагают полной и достоверной информацией относительно доказательственного материала, который они намерены использовать в будущем процессе. Так, ответчик, даже получив исковое заявление, не всегда может получить полные данные о доказательствах, используемых истцом в целях защиты прав. Истец не имеет представления о возражениях и доказательствах ответчика, каким образом он намерен защищаться.

Поскольку в последнее время в юридической литературе активно обсуждается проблема развития несудебных форм разрешения споров, направленных на принятие мер по примирению сторон до возбуждения производства по делу в суде, постольку разработка порядка досудебного раскрытия доказательств в гражданском и арбитражном процессе будет способствовать реализации данной задачи.

Как предлагается в юридической литературе, обязательным субъектом досудебного раскрытия доказательств становится суд, который не просто контролирует процесс раскрытия, а обеспечивает соблюдение предполагаемыми сторонами процесса обязанностей по досудебному раскрытию информации.

По нашему мнению, модель института досудебного раскрытия доказательств должна строиться таким образом, чтобы потенциальные стороны правового конфликта до момента возбуждения производства по делу обладали правом через обращение в суд на получение сведений о доказательствах, которыми располагает противоположная сторона, и на получение копий таких доказательств. Судебный орган, оценив относимость потенциальных доказательств к делу, в течение пяти дней должен направить потенциальному участнику процесса, к числу которых должны относиться только предполагаемые стороны, определение с разъяснением обязанности по раскрытию доказательств в досудебном порядке. Лицо, получившее такое определение, обязано в течение 10 дней направить противоположной потенциальной стороне спора сведения о

¹ См.: Баулин О.В. Раскрытие доказательств в новом процессуальном законодательстве // Законодательство. 2005. № 4. С. 75.

доказательствах и копии имеющихся доказательств, а в суд направить доказательства исполнения обязанности по досудебному раскрытию. Неисполнение стороной данной обязанности лишает ее в последующем в обоснование доводов или возражений по делу права ссылаться на доказательства, сведения о которых не представлены противоположной стороне конфликта в установленном порядке. Кроме того, установленная законом или договором обязанность по соблюдению досудебного порядка разрешения спора, претензионного порядка, также направлена на досудебное раскрытие доказательств.

Досудебное раскрытие доказательств в силу своих свойств не тождественно такому понятию, как обеспечение доказательств.

О НЕКОТОРЫХ ПРОБЛЕМАХ ПРИМЕНЕНИЯ НОРМ ГПК РФ ПРИ РАССМОТРЕНИИ ГРАЖДАНСКИХ ДЕЛ В АПЕЛЛЯЦИОННОМ ПОРЯДКЕ

О.В. Каминская

Не секрет, что немалое количество гражданских дел рассматривается мировыми судьями в порядке заочного судопроизводства. Так, по статистической информации, в Новосибирской области за 2009 г. из 214 352 вынесенных мировыми судьями решений 26 908 приняты в порядке заочного судопроизводства¹. И это не случайно, поскольку суд первой инстанции с согласия истца вправе принять судебное решение при неявке в судебное заседание ответчика, надлежащим образом извещённого о времени и месте судебного разбирательства, не сообщившего об уважительных причинах неявки и не просившего о рассмотрении дела в его отсутствие.

Однако правила суда первой инстанции применяются также и при рассмотрении дела в порядке апелляционного производства (ст. 327 ГПК РФ), которое представляет собой реальную возможность для исправления допущенных мировым судьей ошибок.

Из-за отсутствия прямо закрепленных в ГПК РФ ограничений в применении отдельных правил, используемых судом первой инстанции, в судебной практике возникают сложности. В частности, при неявке в

¹ См.: *Отчет* о работе судов общей юрисдикции по первой инстанции о рассмотрении гражданских дел за 12 месяцев 2009 г. // Архив Управления по обеспечению деятельности мировых судей и ведению регистра муниципальных актов Новосибирской области.

судебное заседание апелляционной инстанции ответчика, надлежащим образом извещённого о времени и месте судебного разбирательства, не сообщившего об уважительных причинах неявки и не просившего о рассмотрении дела в его отсутствие.

При буквальной трактовке норм ГПК РФ получается, что при отмене (изменении) решения мирового судьи в отсутствие неявившегося ответчика, надлежащим образом извещенного о времени и месте судебного разбирательства, не сообщившего о причинах своей неявки и не просившего о рассмотрении дела в его отсутствие, суд апелляционной инстанции с согласия истца вправе принять новое решение по правилам заочного производства, т.е. заочное апелляционное решение. В юридической литературе данный вопрос до настоящего времени не получил должного освещения.

На практике большинство федеральных судей критически относятся к возможности принятия апелляционных решений в порядке заочного производства. Более того, в соответствующих статистических формах графа о заочном апелляционном решении отсутствует.

На основе анализа норм о вступлении в законную силу постановления суда апелляционной инстанции и заочного решения (ст. 237, 244, 329 ГПК РФ) складывается следующая картина.

Если допустить возможность вынесения судом заочного апелляционного решения, то следует признать за ответчиком более благоприятное процессуальное положение по сравнению с истцом. Это связано с тем, что при подобном допущении ответчик имел бы право на обращение в апелляционную инстанцию, принявшую решение, с заявлением об отмене данного решения, т.е. обладал бы дополнительной возможностью для обжалования заочного решения. С этим нельзя согласиться по очевидным причинам, связанным с нарушением принципа равноправия сторон и возможностью злоупотребления ответчиком своими процессуальными правами.

При изложенных обстоятельствах теряет всякий смысл необходимость в вынесении заочного апелляционного решения, поскольку суть института заочного решения заключается в предоставлении ответчику дополнительной возможности для обжалования не вступившего в законную силу судебного постановления в порядке самоконтроля суда.

В целях обеспечения необходимой определённости правового регулирования, на взгляд автора, целесообразно дополнить ст. 233 ГПК РФ следующим предложением: «Дело не может быть рассмотрено судом апелляционной инстанции в порядке заочного судопроизводства».

ПРЕДМЕТ СУДЕБНОЙ ЗАЩИТЫ ПО ДЕЛАМ ОБ ОСПАРИВАНИИ НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ

В.Б. Немцева

В научной литературе дискутируется вопрос о том, что является предметом судебной защиты по делам об оспаривании нормативных актов.

Одни считают таковым правоспособность заявителя (О.А. Бек), другие – субъективные публичные права (М.С. Носенко), третьи (Т.В. Сахнова, Ю.А. Попова и др.) – охраняемый законом интерес. На наш взгляд, наиболее близки к истине ученые, считающие именно охраняемый законом интерес непосредственным предметом судебной защиты по делам указанной категории. Субъективные права граждан и организаций в данных делах получают защиту лишь опосредованно. Так, признавая недействующим подзаконный нормативный правовой акт конкретного федерального органа государственной власти, определяющий порядок назначения пенсии, суд косвенно защищает публичное субъективное право гражданина на социальное обеспечение со стороны государства.

Непосредственно же суд защищает лишь охраняемые законом интересы. При этом представляется правильным отличать публичные интересы (интересы неопределенного круга лиц) и частные интересы заявителя, которые не исчерпываются первыми. На необходимость их различения указывал и Конституционный Суд РФ в своих определениях (от 12.05.2005 г. № 244-О (п. 2), от 24.01.2006 г. № 3-О, от 02.03.2006 г. № 58-О).

И те и другие интересы получают защиту в рамках рассмотрения судом дел об оспаривании нормативных правовых актов. Однако содержание их различно. Публичные интересы как интересы неопределенного круга лиц, признанные со стороны государства, заключаются в охране правопорядка, обеспечении соответствия одних нормативных актов другим, имеющим наибольшую юридическую силу (ст. 15, 120 Конституции РФ и др.), и тем самым в обеспечении законности в право-творческой деятельности органов власти.

Частные же интересы заключаются в том конкретном поводе, который побудил гражданина или организацию обратиться в суд с заявлением о признании нормативного правового акта недействующим. Этот повод состоит в том, что оспариваемый нормативный акт был применен в отношении заявителя до его обращения в суд. То есть заявитель преследует цель не только прекратить действие нормативного акта на будущее время, но и аннулировать неблагоприятные для заявителя последствия действия такого акта, наступившие до обращения в суд. В приведенной выше ситуации поводом для оспаривания нормативного

акта, регулирующего порядок назначения пенсии, может стать факт назначения гражданину пенсии в соответствии с оспариваемым актом, если с размером этой пенсии или иными обстоятельствами ее назначения гражданин не согласен.

Законодатель должен учитывать наличие у заявителя частного интереса при определении порядка рассмотрения дел об оспаривании нормативных актов. В частности, не может быть прекращено производство по делу, если в период его рассмотрения оспариваемый нормативный акт был отменен. Одним из последствий решения суда о признании нормативного акта недействующим является прекращение его действия, в том числе в отношении заявителя (ч. 2 ст. 253 ГПК РФ).

В связи с этим следует говорить о дифференциации судопроизводства по делам об оспаривании нормативных правовых актов на абстрактный и конкретный судебный нормоконтроль, которые различаются по субъектам права на обращение в суд, кругу устанавливаемых судом обстоятельств, последствиям вступления в законную силу судебного решения.

ОФОРМЛЕНИЕ СУДЕБНЫХ ПОСТАНОВЛЕНИЙ КАК ОДИН ИЗ ПОКАЗАТЕЛЕЙ КАЧЕСТВА ПРАВОСУДИЯ

И.В. Рехтина

Верховный Суд РФ ориентирует на необходимость постоянного улучшения качества составления судебных документов, поскольку «внимательность и аккуратность при изготовлении актов правосудия свидетельствуют об ответственном отношении судьи к своей работе, о стремлении к надлежащему осуществлению своих должностных обязанностей»¹. В ст. 195 ГПК РФ к судебному решению как разновидности судебных постановлений установлены требования законности и обоснованности, разъясняемые в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ «О судебном решении» от 19.12.2003 г. № 23. В науке гражданского процессуального права в качестве одного из требований, предъявляемых к судебному постановлению, называются ясность и четкость изложения, соблюдение стиля, логичность, грамотность текста судебного постановления². Качество правосудия детерминируется не

¹ О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений квалификационных коллегий судей о привлечении судей судов общей юрисдикции к дисциплинарной ответственности: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 мая 2007 г. № 27 (п. 12) // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

² См.: Ткачев Н.И. Законность и обоснованность судебных постановлений. Саратов, 1987. С. 24.

только количеством правильно рассмотренных дел, но и уровнем грамотности принимаемых судебных постановлений.

По результатам проведенного лингвистического эксперимента, в рамках которого было проанализировано 50 отобранных путем случайной выборки судебных решений, вынесенных районными судами Алтайского края, на предмет соответствия различным правилам и нормам русского языка, можно сделать следующие выводы:

- качество оформления судебных постановлений находится на низком уровне (количество проанализированных решений, за которые можно поставить «положительную» оценку, составляет 19 (38%); размещение судебных актов на сайтах судов должно стать стимулирующим фактором к более ответственному подходу судьи к оформлению судебных постановлений;

- отсутствует персональная ответственность судей за качество принимаемых судебных постановлений. Отменить решение по основанию «безграмотности» нельзя, т.к. данный компонент не включен в понятие законности и обоснованности, а правильное по существу решение суда не может быть отменено по одним только формальным соображениям (ч. 2 ст. 362 ГПК РФ). Отсутствуют основания для вынесения в адрес судьи судом вышестоящей инстанции частного определения (ст. 226 ГПК РФ) и для применения в отношении судьи мер дисциплинарной ответственности, поскольку некачественное оформление судебного постановления не может быть квалифицировано как дисциплинарный проступок (ст. 12.1 Закона РФ «О статусе судей в РФ»¹);

- судебные решения принимаются именем РФ (ч. 1 ст. 194 ГПК РФ), что предполагает их наивысшую силу как акта правосудия. По их содержанию и оформлению можно судить о качестве всей судебной системы России. Можно ли вести речь о законной силе «некорректных», безграмотных актов? Представляется, что нет!

С целью повышения качества оформления судебных постановлений необходимо: предоставить возможность реагировать на безграмотные акты путем вынесения судом вышестоящей инстанции в адрес конкретного судьи частного определения; рекомендовать включить в квалификационный экзамен судьи тест по русскому языку (грамотность судьи – один из показателей его квалификации); проводить выборочную проверку судебных актов; ввести должность корректора (редактора) в системе судов общей юрисдикции. Установление такой должности в системе арбитражных судов подтвердило эффективность данной меры.

¹ О статусе судей в РФ: Закон РФ от 26.06.1992 г. (в ред. от 28.11.2009) // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

ИНСТИТУТ СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА В ДОРЕВОЛЮЦИОННОЙ РОССИИ

Ю.А. Ромапова

Становление института судебного разбирательства в дореволюционной России связано с проведением судебной реформы 1864 г., которая занимает особое место в истории развития судоустройства и судопроизводства.

Характеризуя институт судебного разбирательства дореволюционного периода, необходимо остановиться на его структуре. Е.В. Васьковский выделял следующие части судебного разбирательства: доклад дела, представление доказательств, прения сторон, заключение прокурора, если оно требовалось при рассмотрении данного дела, и постановление судом решения или определения¹.

Начиналось судебное разбирательство с объявления председательствующим дела, подлежащего слушанию, после чего судья-докладчик излагал его обстоятельства на основании представленных сторонами состязательных бумаг и документов (ст. 327 Устава гражданского судопроизводства 1864 г.). Следующим этапом судебного разбирательства являлось представление сторонами доказательств. Русскому дореформенному процессу были известны следующие способы доказывания: 1) личное восприятие судом вещественных доказательств, в частности осмотр на месте; 2) присяга одной из сторон; 3) признание; 4) допрос свидетелей; 5) дознание через оковых людей; 6) ознакомление с содержанием документов; 7) заслушивание заключения сведущих людей². Следующей частью дореволюционного судебного разбирательства были судебные прения. Из словесных прений сторон дореволюционный суд заимствовал материалы для установления фактических обстоятельств дела, причем в этих прениях стороны имели право приводить новые обстоятельства по делу и изменять сделанные письменные заявления, касающиеся рассматриваемого дела³.

Заключение прокурора имело словесную форму, его суть заносилась в протокол судебного заседания (ст. 345, 346 Устава). Прокурорское заключение было необязательно для суда, который мог с ним не согласиться, в связи с чем противоположное заключению решение суда не являлось основанием для его обжалования как сторонами, так и самим прокурором.

¹ См.: Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М., 1917. С. 292.

² См.: Там же. С. 239.

³ См.: Шакитко Р.В. Роль судебных прений в российском гражданском судопроизводстве: исторический аспект // Арбитражный и гражданский процесс. 2005. № 9. С. 9–10.

После заслушивания прений сторон и заключения прокурора судьи удалялись в особую комнату, называемую совещательной, куда не допускались посторонние лица (ст. 693 Устава). Состоявшаяся по делу резолюция записывалась председательствующим или, по его поручению, одним из членов суда и подписывалась всеми участвовавшими в разрешении дела судьями (ст. 700 Устава). После подписания резолюции судьи уже не имели права изменять своего мнения (ст. 700 Устава). Подписанная резолюция объявлялась председателем публично в том же судебном заседании, но объявление ее могло быть отложено до одного из последующих заседаний, если дело сложное и требовалось продолжительное совещание (ст. 702 Устава).

Проанализировав институт судебного разбирательства дореволюционного периода, можно сделать вывод о том, что судебная реформа 1864 г. имела большое прогрессивное значение, поскольку положительно повлияла на развитие российской судебной системы, законодательными актами, принятыми в результате ее проведения, была детально урегулирована процедура рассмотрения и разрешения судами дел. Сравнивая институт судебного разбирательства дореволюционного периода с современным институтом, можно сделать вывод об их схожести и преемственности многих норм в гражданско-процессуальном законодательстве РФ, что свидетельствует об их практической значимости и актуальности.

ПОДВЕДОМСТВЕННОСТЬ ДЕЛ О ЗАЩИТЕ ПРАВ И ЗАКОННЫХ ИНТЕРЕСОВ УЧАСТНИКОВ РАЗМЕЩЕНИЯ ГОСУДАРСТВЕННОГО ЗАКАЗА

А.И. Рябова

Федеральный закон от 21. 07. 2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон № 94-ФЗ) предусматривает ряд защитных механизмов для участников размещения государственного заказа (гл. 8 Закона № 94-ФЗ).

Участники размещения государственного заказа могут обжаловать в судебном порядке действия (бездействие) и решения, осуществляемые (принятые) в ходе предоставления государственной услуги, в том числе в порядке досудебного обжалования, в установленном законодательством Российской Федерации порядке в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным законодательством Российской Федерации.

Глава 8 Закона № 94-ФЗ детально регламентирует досудебный порядок обжалования участником размещения заказа своих нарушенных прав и законных интересов.

Статьи 17, 57 Закона № 94-ФЗ называют несколько требований, с которыми участник размещения государственного заказа вправе обратиться в суд: заявление об оспаривании действия (бездействия) заказчика, уполномоченного органа, специализированной организации, оператора электронной площадки, конкурсной, аукционной или котировочной комиссии, если такие действия (бездействие) нарушают права и законные интересы участника размещения заказа; исковое заявление о признании размещенного заказа недействительным.

Вопрос о подведомственности указанных категорий дел суду общей юрисдикции или арбитражному суду разрешается в настоящий период неоднозначно. Причиной этого является различное определение критериев подведомственности дел.

Выделим несколько критериев, определяющих подведомственность дела определенным органам по указанным выше требованиям.

Одним из первых критериев выступает характер спорного правоотношения (предмет спора). Статья 22 ГПК РФ, §1 гл. 4 АПК РФ закрепляют круг дел, относящихся к компетенции суда общей юрисдикции, арбитражного суда.

Вторым критерием является субъектный состав правоотношения. Особое значение субъектный состав приобретает при разграничении компетенции судов общей юрисдикции и арбитражных судов.

Характер оспариваемого акта (нормативный или ненормативный) определяет необходимость обращения в конституционные (уставные) суды, арбитражные либо суды общей юрисдикции.

Наличие или отсутствие соглашения между сторонами спора о предварительном досудебном порядке урегулирования спора или о передаче дела на рассмотрение соответствующего суда (суд общей юрисдикции, арбитражный суд) характеризует возможность непосредственного обращения в суд за защитой нарушенного права.

Судебная практика при определении подведомственности вышеуказанных категорий дел учитывает только субъектный состав. Важно отметить то обстоятельство, что ставить во главу угла только указанный критерий нельзя, потому что это может повлечь необоснованный отказ в судебной защите, что противоречит позиции Конституционного Суда Российской Федерации (Определение Конституционного Суда Российской Федерации в от 20 декабря 2005 № 518-О).

ПРИМЕНЕНИЕ ПУНКТА 1 ЧАСТИ 1 СТАТЬИ 143 АПК РФ ПО ДЕЛАМ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ (БАНКРОТСТВЕ)

А.Ф. Скутин

Законоположения п. 1 ч. 1 ст. 143 АПК РФ распространяются на производство по делам о несостоятельности (банкротстве) в силу абз. 4 п. 1 ст. 58 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» от 27.09.2002 г. (в дальнейшем – Закон). Согласно ч. 1 п. 1 ст. 143 АПК РФ арбитражный суд обязан приостановить производство по делу в случае невозможности рассмотрения данного дела до разрешения другого дела, рассматриваемого Конституционным Судом Российской Федерации, конституционным (уставным) судом субъекта Российской Федерации, судом общей юрисдикции, арбитражным судом. Под «другим делом» нельзя понимать дело, рассматриваемое третейским судом, рассмотрение жалобы по данному делу в апелляционной, кассационной или надзорной инстанции, а также проведение оперативно-следственных мероприятий в отношении лица, участвующего в деле о банкротстве. Выводы из другого дела должны находиться в причинно-следственной связи с рассматриваемым делом и иметь преюдициальное значение для его приостановления. Согласно абз. 1 п. 1 ст. 58 Закона производство по делу о банкротстве может быть приостановлено по ходатайству лица, участвующего в деле о банкротстве, по основаниям, предусмотренным в АПК РФ. Перечень таких лиц установлен ст. 34 Закона, который является исчерпывающим и расширительному толкованию не подлежит. Поскольку абз. 1 п. 1 ст. 58 Закона является гипотезой нормы права, то ее (гипотезы) положения распространяются на все случаи, перечисленные в статье. Таким образом, под ее воздействие подпадает и абз. 4 данной статьи, отсылающий к ст. 143 АПК РФ. Логический и грамматический анализ содержания абз. 1 п. 1 ст. 58 Закона позволяет сделать вывод, что приостановить производство по делу о банкротстве на основании п. 1 ч. 1 ст. 143 АПК РФ арбитражный суд может, но не обязан, как в иных производствах арбитражного процесса, причем только по ходатайству лица, участвующего в деле. Данное противоречие объясняется скорее не позицией законодателя, а некорректным изложением правовой нормы в тексте ст. 58 Закона.

Приостановление производства по основаниям, предусмотренным в ст. 143 АПК РФ, независимо от вида производств вызывается обстоятельствами объективного характера, при наступлении которых дальнейшее производство по делу становится невозможным. При их наступлении закон возлагает на арбитражный суд обязанность приостановить производство по делу независимо как от воли самого суда, так и от воли

лица, участвующего в деле о банкротстве. Данный вывод вытекает непосредственно из названия самой ст. 143 АПК РФ. Следовательно, когда имеют место обстоятельства, предусмотренные ч. 1 п. 1 ст. 143 АПК РФ в деле о несостоятельности (банкротстве), арбитражный суд, как и в исковом производстве, обязан приостановить производство по делу.

Нет единообразия и в практике ВАС РФ по применению данной нормы Закона. В Постановлении Пленума ВАС РФ «О некоторых вопросах, связанных с квалификацией и установлением требований по обязательным платежам, а также санкциям за публичные правонарушения в деле о банкротстве» от 22. 06. 2006 г. № 25 ВАС РФ ориентирует суды на то, что арбитражный суд может применительно к п. 1 ч. 1 ст. 143 АПК РФ приостановить производство по делу о банкротстве (пп. 7, 20). Как видим, Пленум ВАС РФ в данном случае определяет полномочия арбитражного суда по приостановлению производства по делу, исходя из редакции абз. 1 п. 1 ст. 58 Закона. Президиум же ВАС РФ по конкретным делам занимает прямо противоположную позицию. Такое положение является неприемлемым. В этой связи было бы разумным абз. 4 п. 1 ст. 58 Закона выделить в виде отдельного пункта, тем самым вывести его из-под действия гипотезы ст. 58 Закона и тем самым устранить возникшее противоречие.

ПРОБЛЕМЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ АРБИТРАЖНЫХ СУДОВ ПО УКРЕПЛЕНИЮ ЗАКОННОСТИ И ПРЕДУПРЕЖДЕНИЮ ПРАВОНАРУШЕНИЙ В СФЕРЕ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ И ИНОЙ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Д.В. Стасюлис

Чтобы понять, насколько арбитражными судами при осуществлении правосудия реализуются задачи по укреплению законности и предупреждению правонарушений в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, необходимо соотнести соответствие некоторых законодательных конструкций и правоприменительной практики, сложившейся на их основе, указанным задачам.

Так, ст. 90 АПК РФ предусматривает возможность принятия обеспечительных мер. Наличие данного правового института зачастую может являться реальным инструментом по укреплению законности и предупреждению правонарушений в сфере экономики. Этот вопрос получил широкое обсуждение в литературе. Например, Е.С. Раздьяконов утверждает, что понимание возможности злоупотребления правом на

подачу заявления о принятии обеспечительных мер получило широкое распространение как в научных кругах, так и среди правоприменителей¹. Д.А. Ушивцева считает, что действующие положения об обеспечительных мерах в АПК РФ позволяют истцу злоупотреблять процессуальными правами². Перечисленные позиции имеют основания. Однако, на наш взгляд, на практике зачастую нарушаются как раз права лиц, обращающихся с такими заявлениями. Арбитражные суды зачастую неохотно идут на их принятие.

Изучение и обобщение арбитражной практики показывает, что, как правило, позиция судей изначально ориентирована на отказ в принятии обеспечительных мер. Среди мотивов отказа встречаются в основном следующие: недоказанность необходимости принятия обеспечительных мер, несоответствие требуемых мер предмету иска. Вместе с тем доказать необходимость принятия обеспечительных мер в том объеме, как этого требуют обычно суды, практически невозможно. Например, трудновыполнимыми являются указания арбитражных судов о необходимости представления доказательств, свидетельствующих об отсутствии денежных средств у ответчика. На практике также сложно реализуемо требование суда о представлении доказательств, свидетельствующих о совершении ответчиком действий, связанных с уменьшением объема имущества.

При таком подходе арбитражные суды не могут быть эффективным инструментом для разрешения конфликтов в предпринимательской и иной экономической деятельности, предотвращения правонарушений в сфере экономики.

При разрешении вопросов, связанных с применением обеспечительных мер, суды недостаточно учитывают принципы и задачи арбитражного судопроизводства, а также позицию Высшего Арбитражного Суда РФ по данному вопросу.

На наш взгляд, совершенствование деятельности арбитражных судов по укреплению законности и предупреждению правонарушений в сфере экономики невозможно без внесения обоснованных изменений в АПК РФ. В частности, при вынесении решения арбитражным судом в пользу истца принятие обеспечительных мер, направленных на обеспечение исполнения судебного акта (ст. 100 АПК РФ), должно осуществляться в упрощенном порядке по заявлению истца. При этом суд должен учитывать, насколько истребуемая заявителем конкретная обеспе-

¹ См.: Раздьяконов Е.С. Злоупотребление акционерами правом на применение обеспечительных мер: проблемы и пути совершенствования законодательства // Арбитражный и гражданский процесс. 2008. № 10. С. 13.

² См.: Ушивцева Д.А. Обеспечительные меры в арбитражном процессе // Администратор суда. 2007. № 3. С. 22.

чительная мера связана с предметом заявленного требования, соразмерна ему и каким образом она обеспечит фактическое исполнение вступившего в законную силу судебного акта.

Такая мера будет способствовать укреплению законности и предупреждению правонарушений в сфере экономики.

МЕСТО СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ В СИСТЕМЕ ИСТОЧНИКОВ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА

Т.С. Этина

Изучение и анализ постановлений Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ, посвященных проблемам гражданского и арбитражного процесса, показывают, что в последние годы отчетливо прослеживается тенденция усиления активной роли высших судебных инстанций в нормативном регулировании процессуальных отношений. Обращают на себя внимание ряд постановлений, в которых под видом разъяснений процессуальных норм излагаются правила и положения, дополняющие существующие правила процессуального законодательства и даже устанавливающие новые процессуальные правила. Так, Пленум Верховного Суда РФ в Постановлении от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении»¹ разъяснил, что адвокат, назначенный судом на основании ст. 50 ГПК РФ, вправе обжаловать решение суда в кассационном (апелляционном) порядке и в порядке надзора, поскольку он имеет полномочия не по соглашению с ответчиком, а в силу закона и указанное право объективно необходимо для защиты прав ответчика, место жительства которого неизвестно. Суд не вправе при вынесении решения принять признание иска или признание обстоятельств, на которых истец основывает свои требования, совершенные адвокатом на основании ст. 50 ГПК РФ, поскольку это происходит помимо воли ответчика и может привести к нарушению его прав (абз. 6, 7 п. 10).

Судебное нормотворчество прослеживается и в ряде постановлений Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ. Примером может служить Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 20.12.2006 г. № 65 «О подготовке дела к судебному разбирательству»². Заслуживает внимания п. 22 указанного постановления: «Если при подготовке дела к судебному разбирательству арбитражный суд установит наличие обстоятельств, предусмотренных ст. 143, 144, 148, 150 АПК РФ, то в пред-

¹ *Российская газета*. 2003. 26 дек.

² *Вестник ВАС РФ*. 2007. № 4.

варительном судебном заседании производство по делу может быть приостановлено, заявление оставлено без рассмотрения либо производство по делу прекращено, о чем выносится определение». Однозначно Пленум ВАС РФ сформулировал новое правило, не закрепленное в АПК РФ. Особого внимания заслуживает Постановление Пленума ВАС РФ от 14.02.2008 № 14 «О внесении изменений в Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12.03.2007 № 17 «О применении Арбитражного процессуального кодекса РФ при пересмотре вступивших в законную силу судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам»¹. Согласно п. 5.1 Постановления оспариваемый в порядке надзора судебный акт может быть пересмотрен по вновь открывшимся обстоятельствам (по п. 1 ст. 311 АПК РФ) в том случае, если он основывается на положениях законодательства, практика применения которых после его принятия определена Высшим Арбитражным Судом РФ в постановлении Пленума Высшего Арбитражного РФ или в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, в том числе принятого по результатам рассмотрения другого дела в порядке надзора. Тем самым Пленум расширительно толкует п. 1 ст. 311 АПК РФ. Таким образом, под видом обеспечения единства судебной практики Высший Арбитражный Суд РФ, по существу, официально признаёт прецедентный характер решений высших судебных инстанций. Возникает вопрос: как такого рода нововведения, по сути революционные для российской правовой системы, согласуются с праворазъяснительным характером постановлений высших судебных инстанций? Вывод напрашивается только один: в обход закона Высший Арбитражный Суд РФ присвоил функции правотворческих органов.

О ПУБЛИЧНОЙ ДОСТОВЕРНОСТИ РЕЕСТРА ВЛАДЕЛЬЦЕВ ЦЕННЫХ БУМАГ

А.Ю. Никифоров

Публичная достоверность – традиционно выделяемый в научной литературе признак ценных бумаг. По обоснованному мнению В.А. Белова, публичная достоверность ценной бумаги – свойство, которое позволяет потенциальному добросовестному приобретателю, держателю, а также должнику довериться ее формальным признакам и не проверять содержательные элементы правоотношения по поводу ценной бумаги без риска столкнуться с обвинением в недобросовестности при приоб-

¹ *Вестник ВАС РФ*. 2008. № 3.

ретенции прав, удостоверенных ценной бумагой, а также при исполнении обеспечивающих их обязанностей¹.

Для современного фондового оборота принцип публичной достоверности ценных бумаг имеет особое значение. Он служит защите интересов добросовестных участников рынка ценных бумаг, способствует оборотоспособности ценных бумаг, стабильности фондового рынка.

М.М. Агарков отмечал, что публичная достоверность ценной бумаги ограничивает должника в возможности приводить возражения, основанные на его личных отношениях к предшественникам держателя². Это суждение полностью применимо и к бездокументарным ценным бумагам. Эмитент не вправе приводить против требований обладателя бездокументарной ценной бумаги возражения, основанные на его личных отношениях с предшественниками обладателя ценной бумаги.

Принцип публичной достоверности дает эмитенту возможность исключить риск повторного исполнения, если он уже выполнил свои обязательства перед обладателем ценной бумаги, включенным в реестр. Публичная достоверность реестра позволяет рассматривать указанных в нем обладателей бездокументарных ценных бумаг как лиц, исполнение которыми в соответствии со ст. 312 ГК РФ прекращает обязательства эмитента по ценным бумагам.

Публичная достоверность реестра является основанием для презумпции добросовестности приобретателя бездокументарных ценных бумаг. Заинтересованное в приобретении таких бумаг лицо, проверив данные реестра, подтверждающие у отчуждателя наличие титула на них, и приобретя соответствующие бумаги, предполагается их добросовестным приобретателем. Презумпция добросовестности приобретения бездокументарных ценных бумаг является опровержимой.

Принцип публичной достоверности действует только в отношении добросовестных участников гражданского оборота. Поэтому, если при получении в собственность бездокументарных ценных бумаг приобретатель действовал с целью исключить возражения эмитента, которые эмитент имел против первоначального владельца бумаг, эмитент сохраняет право предъявления таких возражений.

Исполнение обязательств по бездокументарным ценным бумагам ненадлежащему лицу, о чем эмитент знал, является ненадлежащим исполнением.

Приведенные ограничения принципа публичной достоверности не закреплены в законодательстве Российской Федерации, однако на необ-

¹ См.: Белов В.А. Сингулярное правопреемство в обязательстве. М., 2007 (гл. 2, § 5) // Информационно-справочная система «Гарант».

² См.: Агарков М.М. Учение о ценных бумагах. М., 1994. С. 39.

ходимость такого закрепления обоснованно указано в Концепции развития гражданского законодательства РФ (пп. 1.1.4, 1.1.5 ч. VI Концепции развития гражданского законодательства РФ, одобренной Решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009 // Информационно-справочная система «КонсультантПлюс»).

К ВОПРОСУ О ПЕРВОНАЧАЛЬНОЙ НЕВОЗМОЖНОСТИ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА¹

Е.С. Мухачева

Разграничение первоначальной и последующей невозможности исполнения обязательства проводится в зависимости от того, когда невозможность исполнения обязательства наступила. Если она существовала уже на момент возникновения обязательства, то ее называют первоначальной, а если появилась впоследствии (и не только в процессе исполнения обязательства, как утверждает А.А. Павлов²) – то последующей.

Надо сказать, что целесообразность выделения первоначальной невозможности исполнения подвергается сомнению. Например, в учебнике по советскому праву 1971 г. невозможность исполнения обязательства комментировалась следующим образом: «Иногда уже после того (разрядка моя. – Е.М.), как обязательство было установлено, наступают обстоятельства, делающие его неисполнимым»³. Очевидно, что категория первоначальной невозможности исполнения авторами учебника отрицалась, поскольку невозможность исполнения обязательства связывалась только с обстоятельствами, появившимися после возникновения обязательства. С.К. Май указывал: «Прекращение обязательства наступает в случае, если исполнение становится невозможным, т.е. при так называемой последующей невозможности исполнения»⁴. С одной стороны, то, что автор связал прекращение обязательства только с последующей невозможностью, говорит скорее о том, что он согласен с диф-

¹ В статье использованы результаты выполнения работ в качестве соисполнителя на средства гранта Президента РФ для государственной поддержки молодых российских ученых (МД-714.2010.6).

² См.: Павлов А.А. Некоторые вопросы учения о невозможности исполнения обязательств // Очерки по торговому праву: Сб. науч. тр. / Под ред. Е.А. Крашенинникова: Ярослав. гос. ун-т. Ярославль, 2004. Вып. 11. С. 57.

³ Советское гражданское право. Т. 1 / Под ред. О.С. Иоффе, Ю.К. Толстого, Б.Б. Черепахина. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1971. С. 466.

⁴ Май С.К. Очерк общей части буржуазного обязательственного права. М.: Внешторгиздат, 1953. С. 179.

ференциацией невозможности исполнения на первоначальную и последующую, однако далее в его работе категория первоначальной невозможности исполнения обязательств не рассматривается. Непригодность дифференциации невозможности исполнения на первоначальную и последующую обосновывает и М.И. Брагинский. Ссылаясь на общепризнанный принцип «Невозможное не может стать предметом обязательства», он подчеркивает, что при первоначальной невозможности обязательство не может возникнуть, а следовательно, нельзя говорить в этом случае и о невозможности его исполнения, в том числе и первоначальной¹.

Что касается зарубежного законодательства, то в нем также подход к данной классификации неоднозначен. Если право и наука континентальных стран по большей части предусматривают данную классификацию², то доктрина тщетности договора Англии и одно из ее проявлений – доктрина неосуществимости – в США существование первоначальной невозможности исполнения обязательства не признают. Считается, что в этом случае действует доктрина общей ошибки, которая «касается неверного представления о событиях и обстоятельствах непосредственно в момент заключения договора. в то время как доктрина тщетности касается только тех событий, которые наступают уже после заключения договора»³.

Следует резюмировать, что споры по поводу целесообразности разграничения рассматриваемых видов невозможности исполнения обязательства обусловлены дискуссией относительно того, различаются ли правовые последствия первоначальной и последующей невозможности исполнения. Действительно, если их правовые последствия различны, то очевиден и смысл выделения указанной классификации. В противном случае категории первоначальной и последующей невозможности исполнения обязательства совпадают.

¹ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 1: Общие положения. М.: Статут, 1998. С. 366.

² См., например: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Т. II: Пер. с нем. М.: Междунар. отношения, 1998. С. 237–238.

³ Камалитдинова Р.А. Развитие доктрины невозможности исполнения обязательств в различных правовых системах // Актуальные проблемы гражданского права: Сб. статей. Вып. 4 / Под ред. М.И. Брагинского. М., 2002. С. 132.

СОДЕРЖАНИЕ

ГРАЖДАНСКОЕ И СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

<i>Тузов Д.О.</i> Конструкция реального договора: об исторической смене функций и значении в современном праве	3
<i>Тузов Д.О.</i> О месте сделок с недвижимостью в системе консенсуальных и реальных договоров	10
<i>Хаскельберг Б.Л.</i> Основание перехода выморочного наследства к публичным образованиям	16
<i>Хаскельберг Б.Л.</i> Основания выморочности наследства как юридические факты	19
<i>Чернов В.М.</i> Некоторые вопросы договора жилищного найма в общежитии	22
<i>Шепель Т.В.</i> Природа гражданско-правовых последствий причинения вреда лицом с психическим расстройством	24
<i>Скороходов С.В.</i> Правовые вопросы строительства на чужом земельном участке	26
<i>Кратенко М.В.</i> Свобода договора как принцип, элемент правоспособности и субъективное право	31
<i>Кайгородова М.Ю., Титов Н.Д.</i> Особенности правовых последствий, порождаемых предварительным договором	34
<i>Кайгородова М.Ю., Титов Н.Д.</i> О тенденциях судебной практики по разрешению споров, возникающих из предварительного договора	37
<i>Татаркина К.П.</i> Правовая природа последствий несоблюдения письменной формы сделки	40
<i>Кукарцева А.Н.</i> Реорганизация как способ создания юридических лиц	42
<i>Лазарева Е.В.</i> Определение начала течения сроков в гражданском праве: закон и практика	44
<i>Митяшина М.П.</i> Экономико-правовой аспект сущности инновационной деятельности	47
<i>Лактионовы Н.А.</i> Предмет предварительного договора: проблемы теории и практики	49
<i>Кинунникова К.А.</i> Принципы размещения заказа для государственных нужд	50
<i>Филиппова О.С.</i> Отграничение сделок, совершаемых в процессе обычной хозяйственной деятельности, от крупных сделок	52
<i>Безик К.С.</i> Природа прав на одностороннее изменение и расторжение договоров	53
<i>Миртынов А.С.</i> Концепции договора перевозки грузов железнодорожным транспортом	55
<i>Юрьева Л.А.</i> Односторонний отказ от исполнения договора управления многоквартирным домом	56

Бычкова А.И. Понятие и условия инвестиционного договора	58
Зиновьев К.С. Содержание права собственности на ценные бумаги	60
Ткаченко Е.В. Об установлении существенных условий договора об оказании услуг по использованию инфраструктуры железнодорожного транспорта общего пользования	61
Фесенко Е.А. Инновационная деятельность: концепция поддержки малого предпринимательства	63
Собянина К.Л. Особые экономические зоны технико-внедренческого типа: понятие	64
Чебунин А.В. Развитие отечественного страхового законодательства	66
Сотников С.Л. Страховой случай по договору страхования профессиональной ответственности	68
Сураев Д.В. К вопросу о разграничении сооружения и строения (постройки) в интересах гражданского оборота	69
Грызыхина Е.А. О вещных правах на земельные участки в концепции развития гражданского законодательства	71
Жонюшкина А.А. Соглашения о резервировании и сервитуте как гражданско-правовые сделки	72
Шимарева Т.П. Правовой статус конкурсных кредиторов в процедурах несостоятельности в России и Германии	74
Романов М.П. Медицинская помощь, медицинская услуга и медицинское вмешательство: соотношение понятий	76
Берилло М.С. Гражданско-правовое значение «несчастного случая в медицине»	77
Козлова Ю.А. Имущественные права образовательного учреждения: проблемы и возможные пути решения	79
Базрова Н.В. Недействительность брачного договора, ставящего одного из супругов в крайне неблагоприятное положение	81
Стеблева Е.В. Биологические завещания и посмертное суррогатное материнство: миф или реальность?	82
Коваленко А.А. Ответственность государства и публичных образований за вред, причиненный незаконной деятельностью должностных лиц органов государственной власти	84
Ершова И.В. Некоторые проблемы возмещения вреда, причиненного жизни и здоровью граждан муниципальными бюджетными учреждениями в сфере здравоохранения	86
✓ Зезекало А.Ю. Субсидиарность в гражданском праве	88
✓ Копылов А.Ю. Форма лицензионного договора на использование программ для ЭВМ и баз данных	93
Язова М.А. Удостоверение завещаний в больницах	95
Бахмин А.Р. Злоупотребление родительскими правами и право ребенка на защиту	97
Аюпов О.Ш. Понятие «деловая репутация юридического лица»	100
✓ Балабин М.А. Использование электронного документа в бездокументарных ценных бумагах	101
Гилёва А.В. Граница как определяющее свойство земельного участка	103
Тишкин П.И. Понятия «место жительства» и «место пребывания» в институтах безвестного отсутствия и объявления гражданина умершим	105
Солодова Я.С. Договор об установлении сервитута	106
✓ Сорокина С.Я. Правовой режим жилых помещений в общежитиях	108
Глыбина А.Н. Ограничение права на расторжение брака в свете положений ст. 17 Семейного кодекса РФ	110

<i>Сысоев К.С.</i> Кооперация как способ долевого строительства	112
<i>Афинасьева Е.Н.</i> Конфискация в гражданском праве	113
<i>Тузов Д.О.</i> 'Lex quae rescindit'. Некоторые размышления о ничтожности per legem в римском праве	115

ТРУДОВОЕ, ПРИРОДОРЕСУРСНОЕ, ЗЕМЕЛЬНОЕ, ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО, ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

<i>Аракчеев В.С.</i> Юридическая природа и место валоризации в механизме исчисления размеров пенсий	123
<i>Агашев Д.В.</i> К вопросу о праве руководителя организации (единоличного или коллегиального исполнительного органа) на обеспечение по обязательному социальному страхованию	125
<i>Бутенко Е.И.</i> К вопросу о формировании правового института юридических фактов в праве социального обеспечения России	126
<i>Волошин А.В.</i> Анализ соотношения помощи и содержания в отечественной науке права социального обеспечения	128
<i>Васильев И.В., Калинин А.В.</i> К вопросу о взаимоотношении социально- обеспечительных и частно-правовых элементов здравоохранения	129
<i>Евстигнеева Л.А.</i> Проблемы подтверждения и подсчета стажа, необходимого для назначения трудовой пенсии	131
<i>Непомнящая А.Ю.</i> О некоторых аспектах соотношения федерального и регионального социально-обеспечительного законодательства	133
<i>Амельченко М.Н.</i> Содержание тарифных договоров в Германии	134
<i>Ведяшкин С.В.</i> Система и структура экологии труда	136
<i>Дедкова Т.А.</i> Развитие экологического, природоресурсного законодательства Российской Федерации	138
<i>Жигонова Н.Л.</i> К вопросу о разрешенном использовании земельных участков	139
<i>Калугина О.В.</i> Государственный земельный контроль	141
<i>Киселева Е.В.</i> Механизм защиты трудовых прав работников старших возрастных групп	142
<i>Ломовских Н.Н.</i> Правовое регулирование оценки качества труда наемного работника	144
<i>Мужановская А.В.</i> О гарантиях работникам, совмещающим работу с обучением	145
<i>Мухаметкалиев К.А.</i> Правовое регулирование труда осужденных	147
<i>Назметдинов Р.Р.</i> Трудовое право Соединенных Штатов Америки в системе отраслей права	148
<i>Новикова Ю.А.</i> О правовой природе трудового договора, заключаемого с работником, не достигшим 14 лет	150
<i>Радевич Е.Р.</i> Правовое положение управляющего директора в Великобритании	152
<i>Тимофеев И.В.</i> Праздничные дни: историко-правовой анализ	154
<i>Толокольников Е.С.</i> Защита персональных данных работника	155
<i>Харьковский Е.В.</i> Правовое значение приказа работодателя о материальной ответственности работника	157
<i>Харьковский Е.В.</i> Некоторые аспекты материальной ответственности работодателя за ущерб, причиненный имуществу работника	159
<i>Дворецкий А.В.</i> Концепция частной жизни в законодательстве зарубежных стран	161

ГРАЖДАНСКИЙ И АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕСС

<i>Алеикин А.А.</i> Извещение в гражданском процессе	163
<i>Бакин А.С.</i> Дисциплинарная ответственность нотариуса, занимающегося частной практикой	164
<i>Вершинина Д.В.</i> О системе мер дисциплинарной ответственности судей в Российской Федерации и направлениях ее развития	166
<i>Вилисов А.В.</i> Представительство в групповых исках	168
<i>Вихарева Е.В.</i> Реализация мер принудительного исполнения судебных решений	169
<i>Галювская Н.Г.</i> К вопросу о рассмотрении дела в раздельных заседаниях арбитражного суда	171
<i>Данилова И.А.</i> О месте патентного суда в судебной системе Российской Федерации	172
<i>Забигаило С.Г.</i> Третейская процессуальная форма	174
<i>Иващенко А.П.</i> Некоторые вопросы возбуждения производства по апелляционной жалобе в арбитражном суде	175
<i>Ивкина Е.В.</i> Проблемы обеспечения прав и интересов участников долевого строительства	177
<i>Кайер Ю.В.</i> Досудебное раскрытие доказательств в гражданском и арбитражном процессе	178
<i>Каминская О.В.</i> О некоторых проблемах применения норм ГПК РФ при рассмотрении гражданских дел в апелляционном порядке	180
<i>Немцева В.Б.</i> Предмет судебной защиты по делам об оспаривании нормативных правовых актов	182
<i>Рехпина И.В.</i> Оформление судебных постановлений как один из показателей качества правосудия	183
<i>Романова Ю.А.</i> Институт судебного разбирательства в дореволюционной России	185
<i>Рябова А.И.</i> Подведомственность дел о защите прав и законных интересов участников размещения государственного заказа	186
<i>Скутин А.Ф.</i> Применение пункта 1 части 1 статьи 143 АПК РФ по делам о несостоятельности (банкротстве)	188
<i>Стасюлис Д.В.</i> Проблемы совершенствования деятельности арбитражных судов по укреплению законности и предупреждению правонарушений в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности	189
<i>Этина Т.С.</i> Место судебной практики в системе источников гражданского процессуального права	191
<i>Никифоров А.Ю.</i> О публичной достоверности реестра владельцев ценных бумаг	192
<i>Мухомова Е.С.</i> К вопросу о первоначальной невозможности исполнения обязательства	194

Научное издание

**ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ УКРЕПЛЕНИЯ РОССИЙСКОЙ
ГОСУДАРСТВЕННОСТИ**

Часть 45

Редактор Т.В. Зелева
Подготовка оригинал-макета Ю.А. Сидоренко

Подписано в печать 28.10.2010 г. Формат 60×84¹/₁₆.

Печ. л. 13,0; усл. печ. л. 11,7; уч.-изд. л. 11,5.

Тираж 300. Заказ № 871.

ОАО «Издательство ТГУ», 634029, г. Томск, ул. Никитина, 4
ООО «Издательство “Иван Фёдоров”», 634026, г. Томск, ул. Розы Люксембург, 115/1