

**Евразийский
научно-исследовательский
институт проблем права**

**АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ
СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
И ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ**

Материалы международной научно-практической конференции
(г. Уфа, 21 февраля 2011 г.)

в трёх частях

Под общей редакцией
А.В. Рагулина, М.С. Шайхуллина

Часть II.
Гражданско-правовые проблемы

Уфа
2011



УДК 34
ББК 67
А 43

Печатается по решению Ученого Совета
Евразийского научно-исследовательского института проблем права

Редакционная коллегия:

доктор юридических наук И.З. Фархутдинов;
доктор юридических наук, профессор Е.В. Колесников;
доктор социологических наук, профессор С.В. Егорышев;
доктор политических наук В.В. Гайдук;
кандидат юридических наук, доцент А.В. Рагулин;
кандидат юридических наук, доцент М.С. Шайхуллин;
кандидат юридических наук, доцент Е.Н. Булычев;
кандидат педагогических наук А.И. Сычев;
кандидат юридических наук А.М. Курамшина;
И.Т. Кантюкова

А 43 **Актуальные проблемы совершенствования законодательства и правоприменения:** материалы международной научно-практической конференции (г. Уфа, 21 февраля 2011 г.): в 3 ч. / под общ. ред. А.В. Рагулина, М.С. Шайхуллина; Евразийский научно – исследовательский институт проблем права. – Уфа, 2011.
ISBN 978-5-905259-03-6
Часть II. Гражданско-правовые проблемы. – 337 с.
ISBN 978-5-905259-05-0 (в обл.)

Сборник материалов международной научно-практической конференции «Актуальные проблемы совершенствования законодательства и правоприменения» включает работы участников конференции и рекомендуется студентам, аспирантам, профессорско-преподавательскому составу юридических вузов, а также всем, кто интересуется развитием современной юридической науки и практики.

УДК 34
ББК 67

ISBN 978-5-905259-03-6
ISBN 978-5-905259-05-0 (в обл.)

© Евразийский
научно – исследовательский
институт проблем права

СОДЕРЖАНИЕ

<i>Абдразакова А.О.</i> Переход права собственности по договору лизинга	11
<i>Абдуллина А.Ф.</i> Проблемы легализации самовольной постройки	13
<i>Алёхина О.М.</i> Проблемы правового регулирования и практики применения договора оказания услуг сотовой связи	15
<i>Амеличкина О.Е.</i> Право на иск как гарантия получения права на защиту	18
<i>Асадуллин М.Р.</i> Правовая природа уставного капитала хозяйственных обществ	20
<i>Асадуллина К.Р.</i> Теоретические взгляды на природу устава юридического лица	22
<i>Ахметшин А.И.</i> О некоторых особенностях судеустройства в древней России	24
<i>Басыров А.Ш.</i> К вопросу о понятии холдинга в Российской Федерации	26
<i>Бикбулатова Э.А.</i> К вопросу об отмене платы за загрязнение окружающей природной среды	28
<i>Бикбулатова С.Ф.</i> О некоторых проблемах правового регулирования сервитутов в России	30
<i>Бирюков А.А.</i> К вопросу о совершенствовании классификации сервитутов в свете реформы гражданского законодательства	32
<i>Блинова Л.Г.</i> Проблемы и пути совершенствования законодательства о ноу-хау и единой технологии	35
<i>Булгакова К.Р.</i> К вопросу о правовом регулировании публичных услуг	38
<i>Вабищевич С.С.</i> Исполнение обязательства должника третьим лицом: правовая природа и признаки	40
<i>Вагапова Э.М.</i> О некоторых особенностях системы специальных мер, обеспечивающих исполнение кредитных обязательств	44
<i>Варавенко В.Е.</i> Трансформация институтов общего права под влиянием романо-германской правовой традиции в договорном праве Китая (на примере доктрины Anticipatory Breach)	46

Винниченко Ю.В.

Принцип разумности и современная реформа гражданского законодательства России	50
<i>Волк Е.А.</i>	
Современные проблемы применения коллективных договоров в трудовом праве Беларуси	54
<i>Гажа Е.А.</i>	
Некоторые проблемы правового регулирования обязанности застройщика передать объект долевого строительства	57
<i>Газалиев Э.У.</i>	
Медиация как альтернативная процедура урегулирования споров	60
<i>Галяутдинова Р.Р.</i>	
Понятие жилых помещений, входящих в состав наследства	61
<i>Гапеенок Д.Е.</i>	
К вопросу о необходимости совершенствования правового регулирования отношений в области риэлтерской деятельности	63
<i>Гладких И.А.</i>	
Становление института участия в долевом строительстве в Российской Федерации	66
<i>Гордеев А.Г.</i>	
Интернет в системе гражданско-правовых отношений	69
<i>Губайдуллина С.Р.</i>	
Некоторые проблемы доверительного управления наследственным имуществом	71
<i>Данилкина Е.В.</i>	
Брачный договор: проблемные аспекты субъектного состава	74
<i>Делидон Е.В.</i>	
Система некоммерческих организаций сквозь призму их особенностей	76
<i>Деркач М.Б.</i>	
Обзор и проблематика изменений, внесенных в АПК РФ Федеральным Законом «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс РФ» от 27 июля 2010 г. № 228-ФЗ»	79
<i>Джафарова Д.Д.</i>	
Способы защиты права на доменное имя	81
<i>Джунусова Д.Н.</i>	
Актуальные проблемы изъятия земельных участков для государственных или муниципальных нужд	84
<i>Егорова М.А.</i>	
Отмена и замена исполнения обязательства: сходства и отличия	87
<i>Емельянов Е.С.</i>	
К вопросу о сущности алиментных обязательств	90

<i>Еникеева А.Р.</i>	
К вопросу о понятии туристической услуги	93
<i>Жиленкова Т.В.</i>	
Категория риска в гражданском праве	95
<i>Затулина Т.Н.</i>	
Особый характер правоспособности некоммерческих организаций	98
<i>Иванов А.Н.</i>	
Некоторые организационные и правовые проблемы агропромышленного комплекса России	102
<i>Ильина Е.С.</i>	
Некоторые проблемы в арбитражно-процессуальном праве	104
<i>Иркабаева А.М.</i>	
Понятие арбитражного разбирательства и виды международных коммерческих арбитражей	107
<i>Ишмухаметов И.Ф.</i>	
О праве пережившего супруга на долю в общей собственности	109
<i>Кадырова Д.В.</i>	
Роль предварительного договора при оформлении сделок с жилыми помещениями	111
<i>Калиниченко О.М.</i>	
Новые правила электронного аукциона: особенности проведения	113
<i>Камалова Д.Э.</i>	
Рассмотрение гражданских дел в порядке надзора	115
<i>Канатов Т.К.</i>	
Некоторые вопросы охраны и защиты субъективных авторских прав авторов и иных правообладателей	118
<i>Кашфуллина И.М.</i>	
Развитие института медиации в России	122
<i>Климова Л.В.</i>	
Правовые проблемы использования объектов авторского права в рекламе	124
<i>Коваленко Е.С.</i>	
К вопросу о категориальности понятия «поглощение» в гражданском праве	127
<i>Козыревская Л.А.</i>	
Уставный фонд в системе правовых категорий	129
<i>Константинова А.О.</i>	
Проблемные аспекты деятельности адвокатуры в Российской Федерации	132
<i>Коробко К.И.</i>	
Особенности применения стандартов в сфере здравоохранения	134
<i>Котляр Т.А.</i>	
К вопросу об основаниях возникновения залогового обязательства.....	137
<i>Кузьмина В.М.</i>	
Некоторые вопросы корпоративных конфликтов в акционерном обществе	139

Кулахметов Ш.Б.

К вопросу о самостоятельности института косвенного иска в процессуальном праве США	141
<i>Куликов С.С.</i>	
Предъявление прокурором исков в арбитражный суд как средство защиты государственных и общественных интересов	144
<i>Кутдусов Р.И.</i>	
Исполнительский сбор: понятие, сущность и правовое регулирование процесса взыскания	146
<i>Кутукова Е.Р.</i>	
Проблемы оценки доказательств в гражданском процессе	148
<i>Кушкарин М.К.</i>	
Конфликт между организацией гражданского судопроизводства и конституционно-правовой гарантией на судебную защиту прав и законных интересов физических и юридических лиц (по материалам Республики Казахстан)	151
<i>Лавриненков С.А.</i>	
Обращение прокурора в суд в защиту социальных прав, свобод и законных интересов граждан	154
<i>Латыпова Л.Ф.</i>	
Понятие дисциплины труда в российском трудовом праве: признаки и значение	157
<i>Левушкин А.Н.</i>	
Особенности алиментных обязательств родителей и детей в отдельных государствах-участниках Содружества Независимых Государств	159
<i>Лосицкая С.Н.</i>	
О проблемах отсрочки и приостановления в исполнительном производстве	162
<i>Лутфуллина Е.Б.</i>	
Торги как способ заключения договора	165
<i>Лутфуллина Л.Р.</i>	
Проблемы обеспеченности жильем в Российской Федерации	167
<i>Мазур Е.А.</i>	
Передача прав на технологию посредством проведения торгов на право заключения лицензионного договора	169
<i>Макарова Ю.С.</i>	
Развитие института деликтной ответственности правоохранительных органов в российском законодательстве	171
<i>Маньковский И.А.</i>	
Теории сущности юридического лица: ретроспективный анализ и перспективы дальнейшего исследования	173
<i>Матвеев А.Г.</i>	
Авторское право и произведения, созданные компьютером	177

<i>Медведев Д.Е.</i>	
Система договоров, заключаемых при осуществлении деятельности по строительству объектов нефтегазодобывающих производств, и её отражение в нормативно-правовом регулировании	180
<i>Митин О.Ю.</i>	
Федеральный закон «Об инновационном центре «Сколково»: первый шаг или движение назад?	183
<i>Моисеева О.В.</i>	
Современные проблемы и перспективы развития нотариальной правореализационной практики	185
<i>Морозов С.Ю.</i>	
Организованность общественного отношения в свете диалектической взаимосвязи категорий «свойство» и «объект»	188
<i>Муратшина Л.И.</i>	
О некоторых особенностях правового регулирования заседаний третейских судов	192
<i>Муршудов У.И.</i>	
О пенсионном обеспечении по возрасту в Азербайджанской Республике	193
<i>Нафикова Р.А.</i>	
Проблемы популяризации брачного договора в современной России	197
<i>Некрасова О.В.</i>	
Проблема законодательного определения сроков рассмотрения и разрешения гражданских дел	199
<i>Нигматуллин И.И.</i>	
Особенности стадии возбуждения дела о несостоятельности (банкротстве) по российскому законодательству	202
<i>Николюкин С.В.</i>	
Современные тенденции развития третейской формы защиты нарушенных гражданских прав	204
<i>Никонова К.Н.</i>	
Особенности определения родовой подсудности арбитражных судов	207
<i>Нурғалиев А.А.</i>	
Действие норм Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации во времени	210
<i>Омарова Э.Б.</i>	
Модификация «имущественного элемента» в трудовом праве	211
<i>Петрова Д.В.</i>	
К вопросу о принятии Федерального закона «О банкротстве физических лиц»	215
<i>Попович А.А.</i>	
Медиация как альтернативный способ разрешения споров	218

<i>Посашкова А.Л.</i>	
Правосубъектность казенных учреждений ФСИН России	221
<i>Потапова О.Б.</i>	
Гражданский кодекс Российской Федерации: ещё раз к вопросу о правовом статусе в иерархии нормативных актов	223
<i>Прокофьева Р.В.</i>	
Мировое соглашение как специфическая разновидность гражданско-правового договора	225
<i>Раднаева Д.Б.</i>	
Актуальные проблемы совершенствования некоторых положений российского законодательства об ипотеке (залоге недвижимости)	227
<i>Савицкая О.Г.</i>	
Некоторые аспекты обеспечения имущественной ответственности организаций, оказывающих услуги в сфере управления многоквартирными домами	230
<i>Сайфуллина Р.Я.</i>	
Понятие и значение охраны труда	233
<i>Сафина Ю.Ф.</i>	
Значение альтернативных способов при разрешении экономических споров	235
<i>Сафронова Е.В.</i>	
О некоторых вопросах злоупотребления в системе трудовых отношений	237
<i>Сахно Д.К.</i>	
Статус ребенка в ходе исполнения решений суда об определении его места жительства	239
<i>Саяпова Э.Р.</i>	
К вопросу о сущности авторского права в современных условиях	242
<i>Седлецкая Е.Г.</i>	
К вопросу правового регулирования прав концессионера по концессионному соглашению	244
<i>Сидорова В.Н.</i>	
Российское законодательство о несостоятельности (банкротстве) как проблема гражданского права	246
<i>Скалий И.Ю.</i>	
Факторы воздействия на независимость судебной системы	249
<i>Скарякина Л.Ю.</i>	
О некоторых аспектах исторического развития договора поручения	251
<i>Сова В.В.</i>	
Содержание договоров о создании объектов интеллектуальной собственности ...	254
<i>Сорокина О.И.</i>	
Институт несостоятельности (банкротства) гражданина в России: исторический аспект	256
<i>Старостина Е.И.</i>	
Корпоративный шантаж (гринмейл)	259

<i>Субботина А.В.</i>	
Правовая природа права акционера на участие в управлении	261
<i>Султанбекова Л.Ф.</i>	
Коллизии подведомственности и пути их разрешения	264
<i>Сулова С.И.</i>	
Права участников юридических лиц в жилищных правоотношениях	266
<i>Татаринцева Е.А.</i>	
Вопросы совершенствования законодательства РФ о деятельности благотворительных организаций в области семейного устройства детей, оставшихся без попечения родителей	270
<i>Таюпов А.М.</i>	
О некоторых аспектах фальсификации доказательств в арбитражном процессе ...	273
<i>Тимергазин С.Р.</i>	
Корпоративный захват как результат конфликта интересов участников корпоративных отношений	274
<i>Товмасын Р.Э.</i>	
Центральный банк как субъект денежных отношений	277
<i>Фазлиева Д.Р.</i>	
Представительство в арбитражном суде от имени иностранных организаций, иностранных лиц и лиц без гражданства	280
<i>Фархутдинов И.Р.</i>	
Интересы ребенка в системе семейно-правовых отношений	282
<i>Фатхутдинова О.Ф.</i>	
Особенности земельного участка в системе межотраслевых отношений	284
<i>Фатыхова Г.Р.</i>	
О совершенствовании законодательства в области защиты прав ребенка	286
<i>Фахретдинова А.Р.</i>	
К вопросу о понятии «недвижимость» в российском законодательстве	289
<i>Федорова Ю.А.</i>	
Предпосылки возникновения гражданских процессуальных правоотношений	291
<i>Филатова У.Б.</i>	
К вопросу об ограничениях принципа свободы договора при осуществлении правомочия распоряжения в праве общей долевой собственности	293
<i>Хабибрахманова Е.Б.</i>	
Разграничение дел об установлении факта, имеющего юридическое значение, от дел о признании права	297
<i>Хайруллин Ф.Р.</i>	
Понятия и признаки единой технологии	299
<i>Хаматдинова А.Ф.</i>	
К вопросу о правовой природе обязательного государственного страхования	302

Хамитов Э.Ф.

Актуальные проблемы развития пенсионного законодательства Российской Федерации	304
<i>Ханова Л.Р.</i>	
Компенсация морального вреда, причиненного источником повышенной опасности	307
<i>Хасанова С.В.</i>	
Правовые гарантии защиты права собственности	308
<i>Чердакова Л.А. доцент</i>	
Особенности состава муниципальной собственности	310
<i>Шахвалиева З.Б.</i>	
Понятие справедливости в гражданском судопроизводстве	313
<i>Шаяхметов В.Г.</i>	
Проблематика признания завещания недействительным по ст. 177 Гражданского кодекса Российской Федерации	316
<i>Шаяхметова А.Р.</i>	
О соотношении возмездных и бесплатных медицинских услуг	318
<i>Шеметова Н.Ю.</i>	
Правовые аспекты финансирования установки приборов учета коммунальных ресурсов в многоквартирных жилых домах	321
<i>Шеметова Н.Ю.</i>	
Доступ к коллективным приборам учета потребляемых энергетических ресурсов – составная часть правомочий собственников жилых помещений в доме	323
<i>Юренкова О.С., Морозов С.Ю.</i>	
Договоры об эксплуатации подъездного железнодорожного пути как разновидность договора об организации перевозок грузов	326
<i>Ямалетдинов Э.А.</i>	
К вопросу о разграничении понятий недействительности и незаключенности сделок	330
<i>Ямилова Г.</i>	
О некоторых вопросах применения экспертизы в арбитражном процессе	331
<i>Ярмонова Е.Н.</i>	
Особенности наследования имущества женщинами в России XIII-XIX вв.	333

Переход права собственности по договору лизинга

Лизинг, являясь разновидностью договора аренды, направлен на предоставление имущества во временное пользование, что предполагает его возврат собственнику по истечении оговоренного сторонами срока. При желании стороны в условиях договора могут предусмотреть переход имущества в собственность лизингополучателя. Таким образом, законодатель наравне с обязанностью вернуть имущество предоставляет арендатору право выкупить его.

Правовые системы разных стран по-разному квалифицируют условие приобретения имущества, переданного по договору лизинга. В некоторых государствах его считают неотъемлемым признаком договора лизинга и расценивают как обязательное. Так, законодательства Бельгии, Италии, Франции предусматривают обязательное условие о продаже имущества по согласованной цене. В то же время в Великобритании, США право выкупа не является условием, характерным для лизинга.¹

Российское законодательство не расценивает возможность выкупить имущество по окончании срока действия договора лизинга так категорично. Соответствующий пункт включается в договор только по обоюдному желанию лизингодателя и лизингополучателя, так как это является правом сторон, которым они могут воспользоваться. Законодатель не ставит условие о выкупе имущества в разряд обязательных для заключаемого договора, и, при наличии его в договоре, не подвергает сомнению квалификацию такого договора в качестве лизингового.

Однако одного упоминания о праве выкупа в договоре недостаточно для его реализации. Стороны должны оговорить не только порядок, сроки и условия выкупа, но также выкупную стоимость, при условии выплаты которой пользователь становится собственником имущества. Возникает вопрос о том, когда и как определяется выкупная стоимость предмета договора.

Анализируя право выкупа, необходимо в первую очередь рассмотреть лизинговые платежи. Выплачивая их периодически, лизингополучатель не только передает вознаграждение лизингодателю, но также возмещает его затраты на приобретение, доставку, установку, а также иные возможные дополнительные расходы. Амортизационные отчисления, входящие в состав лизинговых платежей, позволяют лизингодателю возместить все вложения в приобретение имущества. К настоящему времени в Закон о лизинге² предусматривает, что по общему правилу по истечении срока договора и после выплаты всей

¹ Лещенко М.И. Основы лизинга. – М., 2004. – С. 176.

² Федеральный закон от 29.10.1998 г. № 164-ФЗ «О финансовой аренде (лизинге)» (с изм. и доп. от 18.07.2005 г. № 90-ФЗ, от 26.07.2006 г. № 130-ФЗ, от 08.05.2010 г. № 83-ФЗ).

оговоренной суммы имущество должно быть возвращено лизингодателю. Получив вознаграждение за оказанные услуги и возместив с помощью платежей все затраты, в том числе на приобретение имущества, лизингодатель остается собственником, который вправе самостоятельно принимать решение об отчуждении имущества и определении цены его продажи. Законодатель не навязывает сторонам определенное поведение, а предоставляет им свободу выбора, когда каждый сам вправе принять решение – хочет ли он иметь предмет лизинга в собственности.

Определив указанную сумму, стороны выбирают и указывают в договоре один из двух вариантов ее выплаты: а) данная сумма передается лизингодателю лизингополучателем помимо суммы лизинговых платежей (обычно вся сразу); б) она становится частью лизинговых платежей. В этом случае определяется общая выкупная сумма, которая входит в состав лизинговых платежей и постепенно выплачивается лизингополучателем вместе с ними.

Суд, решая вопрос о том, перешло ли право собственности к лизингополучателю, прежде всего исходит из того, какой порядок выплаты выкупной стоимости указан в договоре. Так, если стороны предусмотрели в договоре способ «б», право собственности на имущество переходит к лизингополучателю только после выплаты всей суммы платежей. Выкупная сумма в этом случае вычленяется из общей перечисленной по договору денежной массы и пересчитывается.

Примером может послужить следующий судебный спор. В арбитражный суд обратилось ОАО «Астраханьагропромтехника» (лизингодатель) с иском о расторжении договора лизинга в связи с несвоевременной уплатой лизинговых платежей, взыскании долга по лизинговым платежам и возврате арендованного имущества. В ходе судебного разбирательства было установлено, что стороны заключили договор лизинга, в котором предусмотрели переход права собственности на имущество к лизингополучателю после уплаты всей суммы лизинговых платежей. Решением суда иск был удовлетворен в части расторжения договора и взыскания долга. В возврате арендованной техники было отказано. Решение мотивировано тем, что поскольку с ответчика взыскана сумма лизинговых платежей за весь период действия договора, право собственности на объект лизинга перешло к лизингополучателю, а истец, требуя возврата техники и ее стоимости, злоупотребляет правом.¹

Таким образом, если стороны предусмотрели переход права собственности к лизингополучателю после выплаты всех лизинговых платежей, суды подтверждают переход права собственности к лизингополучателю и отказывают лизингодателю в возврате имущества.

¹ Постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа РФ от 9.09.2002. (дело № А06-1461-8/02); от 6.09.2002 г. (дело № А06-1540-8/02) // [Электронный ресурс]: «Гарант».

Проблемы легализации самовольной постройки

Самовольная постройка – не редкость в нашей стране. Она не отнесена к объектам гражданских прав, ее вовлечение в гражданский оборот не допустимо. Но гражданское законодательство характеризует ее как один из способов приобретения права собственности. Самовольная постройка, занимая интересное место в гражданском праве, имеет огромное практическое значение в нашей стране. Это явилось следствием многочисленных нарушений при создании объектов недвижимости. Для того чтобы ввести самовольную постройку в хозяйственный оборот, заинтересованное лицо должно признать на него право собственности.

Согласно п. 3 ст. 222 ГК РФ право собственности на самовольную постройку может быть признано, в частности, в судебном порядке. В связи с этим необходимо определиться с подсудностью данной категории дел и порядком судопроизводства. Позиция Верховного Суда РФ содержится в Обзоре судебной практики за I квартал 2005 г., в котором говорится следующее: «Поскольку в данном случае речь идет о признании права собственности на имущество, которое имеет денежную оценку, то указанные споры носят имущественный характер и подлежат рассмотрению судами в порядке искового производства».¹

Рассмотрение дел этой категории производится в порядке, определенном подразделом II раздела II ГПК РФ, путем подачи искового заявления, районными судами и мировыми судьями. В соответствии со ст. 28 Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе РФ» мировой судья в пределах своей компетенции рассматривает гражданские, административные и уголовные дела в качестве суда первой инстанции.

А согласно ст. 21 указанного Закона районный суд в пределах своей компетенции рассматривает дела уже в качестве суда первой и второй инстанций. Кроме того, районный суд является непосредственно вышестоящей судебной инстанцией по отношению к мировым судьям, действующим на территории соответствующего судебного района.

В том случае, если дело является делом по экономическим спорам либо делом, связанным с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, оно является подсудным арбитражному суду.

В соответствии со ст. 27 АПК РФ арбитражные суды разрешают экономические споры и рассматривают иные дела с участием организаций, являющихся юридическими лицами, граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица и имеющих статус индивидуального предпринимателя, а в некоторых случаях с участием РФ, субъектов

¹ Бюллетень ВС РФ. – 2005. – № 10.

РФ, муниципальных образований, государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, образований, не имеющих статуса юридического лица, и граждан, не имеющих статуса индивидуального предпринимателя. Так как иск о признании права собственности является иском вещно-правового характера, требование заинтересованного лица о признании права собственности должно содержать: указание на лицо, которое должно стать в дальнейшем собственником самовольной постройки; наличие у этого лица оснований требовать признания за ним права собственности в отношении спорного имущества; доказательства возникновения указанного права у истца; неопределенность правового статуса самовольного строения.

Для того чтобы суд мог признать право собственности на самовольное строение, истцу необходимо подтвердить наличие ряда юридически значимых обстоятельств (по сути, их перечень содержится в ст. 222 ГК РФ): наличие прав на земельный участок, которые позволили истцу осуществить строительство; подтверждение соблюдения целевого назначения и разрешенного использования земельного участка (необходимо доказать, что предоставленный участок был использован в соответствии с его целевым назначением – для строительства); наличие необходимой разрешительной и проектной документации – основным документом в данном случае является разрешение на строительство. Но оно не требуется в соответствии с п. 17 ст. 51 ГСК РФ в ряде случаев, например для строительства гаража на земельном участке, предоставленном физическому лицу для целей, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, или строительства на земельном участке, предоставленном для ведения садоводства, дачного хозяйства; или строительства, реконструкции объектов, не являющихся объектами капитального строительства (киосков, навесов и других строений), и др. Проектная документация представляет собой документацию, содержащую материалы в текстовой форме и в виде карт (схем) и определяющую архитектурные, функционально-технологические, конструктивные и инженерно-технические решения для обеспечения строительства, реконструкции объектов капитального строительства, их частей, капитального ремонта, если при его проведении затрагиваются конструктивные и другие характеристики надежности и безопасности объектов капитального строительства (п. 2 и 3 ст. 48 ГСК РФ). Но осуществление подготовки указанной проектной документации не требуется при строительстве, реконструкции, капитальном ремонте объектов индивидуального жилищного строительства (отдельно стоящих жилых домов с количеством этажей не более чем 3, предназначенных для проживания одной семьи); соблюдение истцом градостроительных и строительных норм и правил; отсутствие нарушений прав других лиц и угрозы жизни и здоровью граждан. Порядок легализации и оформления самовольной постройки требует дальнейшего совершенствования, особенно в сторону его упрощения и более четкой регламентации в ГК РФ с учетом имеющейся правоприменительной практики.

Проблемы правового регулирования и практики применения договора оказания услуг сотовой связи

Необходимость обладания информацией, сокращения времени её передачи и получения делают мобильную связь необходимым и неотъемлемым атрибутом современной жизни общества. Широкое использование сетей сотовой связи привело к необходимости разработать и принять нормативно-правовые акты, которые бы регулировали гражданско-правовые отношения, возникающие в указанной сфере.

Гражданский кодекс РФ, включивший в себя правовые нормы о договоре возмездного оказания услуг, в некоторой степени упорядочил данные правоотношения. Вместе с тем многие существенные вопросы остались за пределами ГК РФ и Федерального закона от 7.07.2003 г. «О связи» № 126-ФЗ, до настоящего времени регулируются подзаконными нормативными актами в области электросвязи. Однако, даже они не все подлежат применению к отношениям оказания услуг сотовой связи, поэтому вне специального нормативно-правового регулирования абонент остался один на один с сотовыми компаниями. Анализ договорной практики показывает, что зачастую такие договоры носят кабальный характер, закрепляют безответственность оператора перед абонентом. Несмотря на наличие механизма, защищающего права потребителей, особенности технологического содержания сотовой связи сложны для понимания абонентом-потребителем, что препятствуют уяснению последним своих прав и способов их защиты.

В целях создания эффективной системы гражданско-правового регулирования деятельности в сфере оказания услуг сотовой связи на современном этапе необходим тщательный анализ всех имеющихся нормативно-правовых актов, которые непосредственно влияют на развитие и формирование договорных отношений по оказанию данных услуг.

Договор оказания услуг сотовой связи – это соглашение физического или юридического лица (абонента) с оператором сотовой связи, по которому оператор обязуется предоставлять абоненту доступ к сотовым сетям радиотелефонной связи и оказывать прочие заказанные абонентом в соответствии с выбранным тарифным планом услуги, связанные с использованием сети и радиотелефонного оборудования, а абонент обязуется оплачивать их по цене, установленной договором. Пробелы законодательства, низкий уровень договорной дисциплины, злоупотребление правами и отсутствие правовой информированности граждан-абонентов порождают проблемы, обусловленные наличием следующих условий в договоре оказания услуг радиотелефонной сотовой, которые указываются по инициативе операторов:

– неоправданные условия, создающие существенное неравновесие в договорных отношениях, в том числе условия о праве оператора в одностороннем порядке отказаться от исполнения договора или изменить условия последнего, по своему усмотрению повысить цену; освободить себя от ответственности в случае их неисполнения или снизить ее по сравнению с размерами, установленными законом;

– неразумные условия, т. е. положения, несовместимые с целями правовой нормы, измененной условием, или не соответствующие общим принципам гражданского права;

– условия, которые содержат положения, освобождающие оператора от обязанности действовать в соответствии с требованиями разумности и добросовестности, обычными для данного вида отношений.

Договор оказания услуг сотовой радиотелефонной связи следует относить к публичным договорам, то есть к договорам, заключаемым коммерческой организацией и устанавливающим ее обязанности по оказанию услуг, которые такая организация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратится (ст. 426 ГК РФ). Абонент может заключить договор, только присоединившись к заранее выработанным условиям (п. 2 ст. 428 ГК РФ), оспорить их после заключения договора достаточно затруднительно. Судебная практика таких категорий дел пока бедна. Показателен следующий пример. Истец Ч. обратился в суд с иском к ЮФ ЗАО «Мобиком-Кавказ» об изменении договора оказания услуг связи и возмещении убытков, сославшись на то, что 20.02.2007 г. между ним и истцом был заключен договор о предоставлении услуг сотовой цифровой радиотелефонной связи – «Тарифный план «Чемпион», согласно п. 13 которого предоставляется 16 видов услуг. Абонентская плата за весь пакет услуг без учета повременной платы за предоставление телефонного соединения составляет 500 руб. ежемесячно или 16,67 руб. в день (из расчета 30 дней в месяц). По мнению истца, цена и иные условия приобретения у одного и того же оператора связи аналогичных услуг, в том числе, дополнительных являются одинаковыми для всех потребителей, однако по сравнению с тарифным планом «Кавказ» услуги речевой почты, конференцсвязи и роуминга являются дополнительными и оказываются потребителю по его желанию. Приобретение услуг телефонного соединения по тарифному плану «Чемпион» потребитель может только при условии одновременного приобретения многих видов услуг, в том числе речевой почты, конференцсвязи и роуминга. Таким образом, услуга шестизначного номера сопряжена с обязательным приобретением дополнительных услуг, в том числе, конференцсвязи, речевой почты и роуминга. По мнению истца, эти услуги наряду с другими предоставляются в счет абонентской платы и эти услуги ему навязаны, стоимость этих услуг для него обременительна и он не принял бы эти услуги в случае наличия возможности участвовать в определении условий договора.

Истец просил суд изменить условия договора, исключив из п. 13 п.п. 5, 10, 16, изменить размер абонентской платы, определив его в 310 руб., взыскать убытки в его пользу с ответчика в размере 823 руб., причиненные ему вследствие нарушения права на свободный выбор услуг. Представитель ответчика искивые требования не признал. Выслушав стороны, исследовав материалы дела, суд посчитал, что искивые требования обоснованные и подлежат удовлетворению. Суд установил, что одни и те же услуги по плану «Чемпион» являются обязательными, а по плану «Кавказ» являются дополнительными и абонент их будет оплачивать только при реальном использовании в случае необходимости по собственному выбору. Такая разница в предоставлении услуг является противоречащей требованиям закона. В соответствии с ч. 1 ст. 426 ГК РФ договор услуг связи является публичным договором. Таким образом, является недопустимым наличие различных условий приобретения у одного и того же оператора связи одних и тех же услуг. Кроме того, при подключении к тарифному плану «Чемпион» в обязательном порядке потребитель, т.е. истец должен оплачивать ежемесячно в качестве абонентской платы определенные виды услуг, некоторые из которых являются для него обременительными, которыми он никогда не пользовался и не намерен пользоваться.

Суд посчитал, что вследствие нарушения прав истца на свободный выбор услуг ответчиком причинен истцу ущерб в сумме 823 руб., сложившийся из стоимости услуги речевой почты, конференцсвязи и роуминга. Ущерб суд считает с момента заключения договора, поскольку истцу предоставлено право его оспаривать в рамках срока исковой давности, а кроме того, истец ранее обращался в Мировой суд Советского района г. Ростова-на-Дону, затем предлагал в добровольном порядке ответчику изменить заключенный договор, т.е. этот вопрос истец ставил фактически сразу же после заключения договора. В итоге суд решил изменить заключенный между Ч. и ЗАО «Мобиком-Кавказ» путем исключения из п. 13 указанного договора п.п. 5, 10, 16, уменьшения ежемесячной абонентской платы, а также взыскать с ЗАО «Мобиком-Кавказ» в пользу Ч. убытки в сумме 823 руб. Следует добавить, что решение Советского районного суда г. Ростова-на-Дону от 4 июля 2007 г. оставлено без изменения, а кассационная жалоба ЗАО «Мобиком-Кавказ» без удовлетворения.

В результате анализа практики заключения, исполнения, изменения и расторжения исследуемого вида договоров можно обозначить следующие проблемы:

1. отсутствие надлежащей нормативно-правовой базы;
2. действующим законодательством не определено понятие «минимальный набор услуг» сотовой связи;
3. допускается неправильная тарификация услуг связи (роуминг, SMS, исходящие вызовы и др.), завышение тарифов в пользу оператора;
4. предоставление некачественных услуг;

5. ненадлежащее информирование абонента об изменениях условий договора и др.

В целях повышения качества правового регулирования оказания услуг сотовой связи допустимо выразить следующие предложения: 1) вторую часть Гражданского кодекса РФ дополнить главой «Радиотелефонная сотовая связь»; 2) внести изменение в Федеральный закон «О связи» в части утверждения минимального набора услуг, предоставляемых операторами услуг сотовой связи; 3) при внедрении новых видов услуг учитывать пожелания потенциального абонента, в связи, с чем проводить социологические опросы; 4) учитывать опыт предоставления услуг сотовой связи конкурирующих ведущих сотовых компаний, международный опыт; 5) стремиться к 100 % покрытию обслуживаемой территории; 6) повышать квалификацию обслуживающего персонала и техническую оснащенность компаний операторов сотовой связи.

*Амеличкина О.Е.
Институт права БашГУ*

Право на иск как гарантия получения права на защиту

Право на иск является производной категорией от права на судебную защиту. Между тем реализация конституционного права на судебную защиту, в том числе в исковом производстве, не сводимо к праву на иск, и в первую очередь по причине природы этого права как права абсолютного, принадлежащего всем и каждому.¹

Право на обращение в суд при соблюдении предусмотренных законом условий делает для лица возможным возникновение конкретных отношений и реализуется путем подачи искового заявления. Право на предъявление иска есть право на обращение за защитой субъективного права или охраняемого законом интереса, а также является одной из форм права на судебную защиту, закрепленную в ст. 46 Конституции РФ.

По своему содержанию право на предъявление иска означает право на процесс, право на деятельность суда по рассмотрению и разрешению спора о праве или защите охраняемого законом интереса, т. е. право на получение решения независимо от его содержания и характера.

Право на судебную защиту можно рассматривать с точки зрения материального и процессуального аспекта. Материально-правовая сторона права на судебную защиту выявляется в процессе рассмотрения и разрешения дела по существу. Процессуальная сторона права на судебную защиту в исковом производстве заключается в возможности заинтересованного лица осуществлять

¹ Сахнова Т.В. *О концептуальных категориях исковой защиты (к дискуссии о современном понимании иска) // Арбитражный и гражданский процесс. – 2006. – № 2.*

свои права путем подачи искового заявления для возбуждения гражданского судопроизводства.

Исковое заявление предназначено для передачи спора в судопроизводство и составляет обязательное условие для его рассмотрения и разрешения в исковом порядке.

В теории существуют различные определения понятия «иск», в связи с этим по разному определяется и понятие «право на иск». Если иск понимается как материально-правовое требование истца к ответчику, то соответственно право на иск – это правомочие на принудительное осуществление своего права через суд. В случае, когда иск рассматривается как требование о защите нарушенного или оспариваемого права, обращенное к суду, то право на иск будет означать право на обращение в суд за судебной защитой или право на предъявление иска, т. е. право процессуальное.

Следует иметь в виду, что в случае обращения гражданина в суд за защитой его материально-правовое и процессуальное требования, несмотря на их тесную взаимосвязь и общую конечную цель, не объединяются в единое целое. Каждое из них существует как самостоятельное требование, направленное к своему особому субъекту и несущее в себе свое особое содержание. Материально-правовое требование всегда направлено к ответчику, а процессуальное обращено к суду с просьбой о возбуждении гражданского судопроизводства, о защите нарушенного или оспоренного права, охраняемого законом интереса.

В материально-правовом смысле право на иск – это право на принудительное осуществление своего права-требования. В данном случае процессуальное разбирательство имеет своей конечной целью установление факта наличия у истца права на иск в материальном смысле. Суд отказывает в удовлетворении исковых требований, если такое право отсутствует.

В процессуальном смысле право на иск – это право гражданина на обращение в суд за защитой, т. е. право на правосудие по конкретному материально-правовому спору. Суд должен разрешить дело по существу и вынести объективно правильное судебное решение.

Таким образом, под правом на иск в материальном и процессуальном смысле понимается обеспеченная законом возможность реализации материально – правового требования одного лица к другому в исковой форме.

Право на обращение за защитой не может само по себе гарантировать получение защиты, если у лица, предъявившего иск, отсутствует субъективное право или охраняемый законом интерес, подлежащие защите, либо пропущены сроки исковой давности. Вместе с тем право на получение защиты в судебном порядке само по себе не может гарантировать получение защиты права, если у лица отсутствует право на предъявление иска. В этом как раз и прослеживается взаимосвязь права на иск в процессуальном и материально-правовом смысле.

Несоблюдение условий реализации права на предъявление иска при наличии у заинтересованного лица права на процесс означает несоблюдение установленного законом порядка его реализации. Если несоблюдение условий реализации права на предъявление иска обнаруживается на стадии возбуждения производства по гражданскому делу, то судья возвращает исковое заявление либо оставляет заявление без движения (например, если не оплачена госпошлина). Несоблюдение установленного порядка реализации права на предъявление иска в этом случае не препятствует повторному обращению в суд с аналогичным требованием после устранения заявителем допущенного нарушения.

Для того чтобы преодолеть эти ограничения, необходимо выполнить определенные условия, установленные нормой закона, например соблюсти правила о подсудности. Если все требования закона выполнены, то отсутствуют основания для возвращения искового заявления, оставления искового заявления без движения, а значит, право на иск реализуется беспрепятственно.

*Асадуллин М.Р.
Институт права БашГУ*

Правовая природа уставного капитала хозяйственных обществ

На нынешнем этапе развития предпринимательской деятельности в РФ, специализированную роль в успешном функционировании хозяйственных обществ играет организация устойчивого уставного капитала. Генеральной функцией уставного капитала является обеспечение стартового капитала для деятельности общества и гарантии прав кредиторов. Современное правовое регулирование создания имущественной базы, а также регулирование формирования уставного капитала общества, этой задачи не решает.¹

Минимальный размер уставного капитала для открытого акционерного общества составляет 1000 минимальных размеров оплаты труда (100 000 руб.)² и 100 минимальных размеров оплаты труда (10 000 руб.)³ для общества с ограниченной ответственностью, что, на наш взгляд, недостаточно для реализации функции уставного капитала, такой как защита прав кредитора.

В науке гражданского права возникает возможность различного толкования понятия «уставного капитала», по причине того, что в российском законодательстве о хозяйственных обществах, отсутствует его определение.

¹ Проект концепции развития законодательства о юридических лицах, составленная Президиумом Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства в 2009 г. Вестник гражданского права. – 2009. – № 3.

² Федеральный закон «Об акционерных обществах» – № 208-ФЗ, от 1.01.1996 г. Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 1.

³ Федеральный закон «Об обществах с ограниченной ответственностью» от 08.02.1998 г. № 14-ФЗ Собрание законодательства РФ. – 1998. – № 7.

Кулагин М.И. рассматривал уставной капитал как «капитал, размер которого закрепляется в уставе».¹ С позиции Батиста Р.Т., уставной капитал представляет собой «постоянный бухгалтерский шифр... выражающий имущество, которое должно существовать, а не то, что действительно существует».² В доктрине гражданского права существует концепция, согласно которой уставной капитал рассматривается с разных позиций: с гражданско-правовой и с экономической. С экономической точки зрения, уставной капитал служит экономическим ресурсом организации на момент ее создания. С гражданско-правовой позиции, уставной капитал представляет собой минимальный размер имущества предприятия, гарантирующего интересы его кредиторов.³

По мнению, Серовой О.А., именно рассмотрение уставного капитала с учетом вышеназванных позиций, является односторонним и «нет смысла проводить различие в понятие уставного капитала в зависимости от того, кто занимается его исследование: юрист или экономист».⁴

В соответствии с п. 1 ст. 90 Гражданского кодекса РФ,⁵ уставной капитал общества с ограниченной ответственностью состоит «из стоимости вкладов его участников», а в Федеральном законе «об обществах с ограниченной ответственностью»,⁶ уставной капитал составляется «из номинальной стоимости долей его участников». Необходимо остановиться на таком правовом институте, как доля участника в уставном капитале общества.

Степанова Д.А. указывает, что «доля в уставном капитале ООО, как она понимается в ФЗ об ООО, не является ни денежной суммой, ни отдельным правом или совокупностью прав, ни ценной бумагой или суррогатом ценной бумаги. Доля в уставном капитале российского ООО есть особый юридический инструмент, сущность и назначение которого раскрывается в той роли, которую он играет на протяжении всего периода существования ООО».⁷

Залесский В. определяет, что «доля участника ООО в уставном капитале общества определяет размер обязательственного требования, принадлежащего участнику по отношению к обществу».⁸

1 Кулагин М. И. *Избранные труды*. – М. Статут, 1997. – С. 85.

2 Батиста Р. Т. *Правовое регулирование акционерных обществ в Панаме*. Автореф. на соискание ученой степени канд. юрид. наук. М., 1978. – С. 80. Цит. по изд.: Тарасенко Ю. А. *Кредиторы: защита их имущественных прав*. М. ЮрКнига, 2004. – С. 39.

3 Лытнева Н.А. *Учет операции по формированию уставного капитала общества с ограниченной ответственностью*. Библиотечка «российской газеты». Выпуск 2000. – № 13. – С. 110.

4 Серова О. А. *Право собственности общества с ограниченной ответственностью*. Дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук. Коломенский педагогический институт. Коломна, 2001. – С. 64.

5 *Гражданский кодекс РФ, часть 1, от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ*. Опубликован в «Российской газете» от 8.12.1994 г. № 238-239, в *Собрании законодательства РФ*. – 1994. – № 32 – Ст. 3301.

6 *Федеральный закон «Об обществах с ограниченной ответственностью», № 14-ФЗ от 08.02.1998*. *Собрание законодательства РФ*. – 1998. – № 7.

7 Степанова Д.А. *Общества с ограниченной ответственностью: законодательство и практика // Хозяйство и прав*. – 2000. – № 12. – С. 62.

8 Залесский В. *Общество с ограниченной ответственностью в системе хозяйственных товариществ и обществ // Право и экономика*. – 1998. – № 3. – С. 19.

Могилевский С.Д. указывает, что «доля (часть доли) участника в уставном капитале, будучи объектом гражданских прав, есть не что иное как разновидность объектов имущественных прав».¹

Резюмируя вышеизложенное, считаем, что доля это обязательный вклад участника общества, который является отдельным самостоятельным объектом гражданских прав.

Таим образом необходимо: 1. Установить высокий уровень уставного капитала, для ООО в размере 1 млн. руб., для АО – в размере 2 млн. руб. К тому же исчисление размера уставного капитала следует осуществлять в рублях, а не в минимальных размерах оплаты труда, или эквиваленте иностранной валюты, как это принято в большинстве случаев в настоящее время. 2. Нужно обеспечить, чтобы существенная часть уставного капитала была оплачена в денежной форме. При учреждении хозяйственного общества весть уставной капитал должен оплачиваться в денежной форме, а при последующем увеличении его размера допускается внесение и неденежных вкладов.² Полагаю, что вышеперечисленные изменения в действующем законодательстве внесут ясность в определении уставного капитала, к тому же в полной мере обеспечат реализацию основной функции уставного капитала, как составление твердой имущественной базы хозяйственных обществ, а также обеспечат гарантию прав кредиторов.

*Асадуллина К.Р.
Институт права БашГУ*

Теоретические взгляды на природу устава юридического лица

На сегодняшний день устав служит единственным учредительным документом для хозяйственных обществ. В соответствии со ст. 12 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью»³ (далее – Закон об ООО), устав общества является учредительным документом общества. Однако, правовая природа данного документа не определена в цивилистической науке. Существует несколько подходов определения правовой природы устава хозяйственного общества.

Одной из самых распространенных точек зрения определения устава является точка зрения, согласно которой устав рассматривается как договор.

¹ Могилевский С.Д. *Органы управления хозяйственными обществами: Правовой аспект: Монография.* – М.: Дело, 2001. – С. 79.

² Проект концепции развития законодательства о юридических лицах, составленная Президиумом Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства в 2009 г. // *Вестник гражданского права.* – 2009. – № 3.

³ Федеральный закон РФ от 08.02.1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // *Российская газета от 17.02.1998 г.*

Г.Ф.Шершеневич писал, что акционерный устав является не специальным законом, а договором частных лиц.¹

Подтверждение договорного подхода определения устава получило в зарубежном законодательстве. В параграфе 2 Акционерного закона ФРГ от 6 сентября 1965 г. установлено, что договором об обществе является устав, в заключении которого должны участвовать как минимум пять лиц.²

Д.И.Степанов утверждает, что устав есть «...формальное отражение сделки, в первоначальном виде или впоследствии модифицированной через изменения устава...». Таким образом, устав это форма, отражающая и закрепляющая содержание и условия отдельной сделки между субъектами права корпоративных правоотношений.³

По мнению Зайцева В.В., устав в обществах с ограниченной ответственностью и акционерных обществах регламентирует корпоративные отношения: организационную структуру общества, функции и правомочия его органов, права и обязанности участников общества и другие вопросы.⁴

Козлова Н.В. отмечает, что устав хозяйственного общества рассматривается – как особый вид договора – организационный договор, который регулирует внутренние отношения между участниками и одновременно является нормативной основой как юридического лица, его отношений с третьими лицами.⁵

По мнению Гуссаковского П.Н., устав общества это товарищеский договор, то есть «соглашение учредителей и акционеров образовать акционерное товарищество для определенных целей, на условиях, чтобы их права, обязанности и ответственность в качестве участников этого товарищества определялись в соответствии с законом о хозяйственных обществах».⁶

Договорная теория устава была подвергнута критике со стороны ученых,⁷ поскольку, трудно признать договором устав хозяйственного общества, созданного одним учредителем. К тому же, данная теория не учитывает того обстоятельства, что действующее законодательство многих стран устанавливает возможность изменения устава по решению не всех, а большинства учредителей. В соответствии с п.п. 2 п. 2 ст. 33 Закона об ООО, к компетенции общего собрания участников общества относится изменение устава общества, в том числе изменение размера уставного капитала общества. Согласно п. 8 ст. 37 Закона об ООО, решения по вопросам, указанным в п.п. 2 п. 2 ст. 33 настоящего закона, а также по иным вопросам, определенным уставом общества, принимаются большинством не менее двух третей голосов от общего числа голосов участников общества, если необходимость большего числа голосов для при-

1 Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица. – М.: Статут, 2005. – С. 257.

2 Германское право. – Ч. 2. Торговое уложение и другие законы. – М., 1996. – С. 167.

3 Степанов Д.И. Устав как форма сделки. // Вестник гражданского права. – 2009. – № 1.

4 Зайцева В.В. Торговые товарищества. Гражданское и торговое право капиталистических государств. Отв. ред. Е.А. Васильев. – М.: Юрид. лит. – 1993. – С. 166.

5 Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица. – М.: Статут, 2005. – С. 257.

6 Козлова Н.В. То же соч. – С. 260.

7 Кулагин М.И. Избранные труды. – М., 1997. – С. 54–55.

нения такого решения не предусмотрено данным законом или уставом общества. Из чего следует, что при изменении устава возможно отсутствие единогласия между участниками общества, однако единогласие между сторонами договора является обязательным условием.

Существует еще одна точка зрения, согласно которой устав определяется как локальный нормативный акт. Д.В.Ломакин утверждает, что устав акционерного общества является локальным нормативным актом, регламентирующим деятельность общества, которое обязано соблюдать его положения.¹

И.В.Елисеева считает, что устав юридического лица представляет собой локальный нормативный акт, определяющий правовое положение юридического лица и регулирующий отношения между участниками и самим хозяйственным обществом.²

Однако, данная точка зрения не получила подтверждения в законодательстве, поскольку согласно Гражданскому кодексу РФ³ в качестве источника гражданского права локальный нормативный акт не предусмотрен.

По нашему мнению, под уставом хозяйственного общества следует понимать документ, регулирующий деятельность общества, обязательный для хозяйственного общества, всех участников, а также третьих лиц, которые взаимодействуют с данным обществом.

Ахметшин А.И.
Институт права БашГУ

О некоторых особенностях судоустройства в древней России

В современной правовой литературе отмечается, что первые торговые суды в России возникли в 1135 г. Регламентировано это было в Уставной грамоте новгородского князя Всеволода Мстиславича.

На основании ст. 69 и 133 Русской Правды и Уставной грамоты 1135 г. Церкви Святого Иоанна Предтечи было дано право создать выборную администрацию по торговым делам и «управляти всякие дела Иванская, и торговая, и гостиная, и суд торговый».⁴ Сам же торговый суд состоял из тысяцкого (представителя работников, избираемых «черных людей» и «житых людей») и двух старост – представителей купцов, ими же избираемых, так что по форме этот суд был больше третейским, чем государственным. Г.В.Демченко считает, что

¹ Ломакин Д. В. Акционерное правоотношение. – М. 1997. – С. 21–22.

² Елисеев И. В. Юридические лица // Гражданское право: учебник / Под ред. Сергеева А. П., Толстого Ю. К. Т. 1. – М., 2002. – С. 160.

³ Ст. 3 Гражданского кодекса (часть 1) от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ // Российская газета. – 1994. – № 238–239.

⁴ Арбитражный процесс: Учебник. / Под ред. В.В. Яркова. – М., 2001. – С. 12.

торговый суд в указанной грамоте назван лишь как указание на применение к Иванскому купечеству обычного общеизвестного установления.¹ Этот суд действовал, в основном, для решения споров между новгородскими и немецкими гостями по договору между Новгородом и Ганзой был учрежден смешанный суд из русских и немецких представителей. Да и само новгородское вече могло, как указывается в современной литературе, выступать и в качестве арбитражного суда в конфликте между представителями исполнительной власти, как это было в споре между князем Святославом и посадником Твердиславом в 1218 г., результатом чего стало сохранение последним своей должности. Позднее о судах торговых в России говорилось и в Уставной Белозерской грамоте 1488 г.; в Уставной грамоте князя Александра, данной Смоленской земле в 1505 г.; в Псковской грамоте 1397–1467 гг. и т. д. Что касается третейского экономического правосудия, то Н.А.Заозерский отмечает существование трех форм древнерусского третейского суда: а) третейский суд с суперарбитром, которым нередко был митрополит; б) третейский суд без суперарбитра, состоявший из нескольких лиц, во главе которых был игумен, а нередко весь корпус третейского суда состоял из игумена с братией; в) мировой ряд – форма окончания спора полюбовным соглашением при участии «рядцев и послухов».

Судьи России эпохи Ивана Грозного можно отнести к категории государственных судей уровня мирового судьи, но все-таки по своей роли и функциям они походили на третейских судей в классическом понимании третейского суда. Впрочем, в юридической литературе отмечается, что институт третейского суда, имевший много схожего с аналогичным институтом римского права, был известен Древней Руси, но впоследствии, в VIII–XIX вв., третейское разбирательство на Руси по ряду причин не получило такого широкого распространения, как в Западной Европе. Существует мнение, что третейская форма разрешения торговых споров была распространена и в Российском государстве. Так, Е.М.Цыганова в своей монографии со ссылкой на работы ряда дореволюционных русских ученых, в том числе на Н.А.Заозерского, отмечает, что еще в Ипатьевской летописи 1169 г. содержатся сведения о деле, которое рассматривалось по правилам третейского разбирательства, и что на Руси наиболее распространенной была форма договорного разрешения споров при посредстве третейского суда; более того, до пришествия варягов эта форма разрешения споров была единственной. В этой монографии указывается, что на Руси сложилось несколько форм третейского суда: а) «игуменский» – третейский суд, состоящий из нескольких лиц (братиев) во главе с игуменом; б) «митрополитский» – третейский суд с суперарбитром (как правило, митрополитом); в) суд «мирового ряда» – здесь «полюбовное соглашение» совершалось с участием «рядцев и послухов», а практически единственным требованием к самому судье было отнесение его к числу «добрых людей», хотя в ряде случаев могли встречаться и дополнительные условия, например быть «своим».

¹ Демченко И.Г. Из истории судостроительства в Древней России. – Варшава, 1909. – С. 2.

К вопросу о понятии холдинга в Российской Федерации

Впервые термин «холдинговая компания» появился в Законе РСФСР от 3 июля 1991 г. «О приватизации государственных и муниципальных предприятий в Российской Федерации». Определение холдинговой компании можно найти только во Временном положении о холдинговых компаниях, создаваемых при преобразовании государственных предприятий в акционерные общества, утвержденном Указом Президента РФ от 16 ноября 1992 г. № 1392 (далее – Временное положение о холдинговых компаниях). Причем в нем говорится, только о холдинговых компаниях, которые создаются в процессе приватизации предприятия, и регламентируется режим холдинговой компании, создаваемой и управляемой государством. Больше о каком-либо механизме создания холдингов и разъяснении этого термина нигде не говорилось.

В указанном Временном положении о холдинговых компаниях дается следующее определение холдинговой компании (п. 1.1): «Холдинговой компанией признается предприятие, независимо от его организационно-правовой формы, в состав активов которого входят контрольные пакеты акций других предприятий». На основании этих контрольных пакетов холдинговая компания влияет на вынесение этими предприятиями своих решений.¹

В отклоненном проекте Федерального закона «О холдингах» (проект № 99049555-2) содержится следующее понятие холдинга (п. 1 ст. 2): Холдинг – совокупность двух и более юридических лиц (участников холдинга), связанных между собой отношениями (холдинговыми отношениями) по управлению одним из участников (головной компанией) деятельностью других участников холдинга на основе права головной компании определять принимаемые ими решения. В холдинг могут входить коммерческие организации различных организационно-правовых форм, если иное не установлено федеральными законами. Отсутствие четкого законодательного определения понятий холдинга и холдинговой компании обусловило то, что и в юридической литературе существует различное понимание данных понятий. Так, В.Н.Петухов считает холдингом сложную хозяйственную структуру типа корпорации.²

В.В.Лаптев рассматривает холдинг как совокупность взаимосвязанных участников (хозяйствующих субъектов), осуществляющих совместную деятельность. Причем он фактически различает понятия холдинг и холдинговая компания, когда говорит о том, что в холдингах... функции по приобретению прав и обязанностей от имени холдинга (участников холдинга) осуществляет

¹ Временное положение о холдинговых компаниях, создаваемых при преобразовании государственных предприятий в акционерные общества, утв. Указом Президента РФ от 16.11.1992 г. №1392 // РГ. 1992.

² Петухов В.Н. Некоторые вопросы административно-правового регулирования организации и деятельности корпораций в России // Право и экономика. – 2000. – № 4.

холдинговая компания, действующая в интересах участников холдинга на основании договора о создании холдинга.¹

Е.В.Рузакова предлагает под холдингом понимать совокупность холдинговой компании (основного общества или товарищества), а также двух и более дочерних обществ, которыми холдинговая компания управляет в силу преобладающего участия в их уставном капитале путем определения принимаемых такими обществами решений.²

И.С.Шиткина рассматривает понятия холдинг и холдинговая компания, как равнозначные. При этом И.С.Шиткина выделяет холдинговую компанию (холдинг) в широком смысле и в узком. Под холдинговой компанией в широком смысле И.С.Шиткина понимает совокупность двух или более коммерческих организаций, одной из которых является основное (преобладающее) общество, а остальные – дочерние и (или) зависимые общества. Холдинговой компанией в узком смысле, по мнению автора, является основное (преобладающее) общество, способное определять решения дочерних и зависимых обществ.³ К.Портной считает, что холдинг – это группа лиц, которая включает головную компанию (холдинговую компанию) и другие хозяйственные общества, в отношении которых головная компания имеет возможность определять решения, принимаемые ими.⁴ Е.Н.Кравченко, под холдингом понимает структурированную организацию юридических лиц, одно из которых (холдинговая компания) имеет возможность оказывать влияние на решения остальных участников холдинга (дочерние компании).⁵ Л.Акуликов определяет холдинг как группу экономически взаимодействующих юридических лиц, в которой головной компании достаточно минимальной доли участия в других юридических лицах для полного контроля над их деятельностью.⁶

Анализ законодательства и высказанных в юридической литературе точек зрения относительно понятия и сущности холдингов приводит к выводу о том, что такое явление как «холдинг» представляется размытым и нечетким. В ближайшем будущем должны быть усовершенствованы и конкретизированы критерии установления зависимости одного юридического лица (дочернего общества) от другого (основного хозяйственного общества), вопросы ответственности основного общества по обязательствам дочернего. Но прежде всего, должно быть дано легальное определение холдинга, ибо игнорировать такое явление дальше не представляется возможным. Реализация данных выводов может быть осуществлена, прежде всего, путем внесения изменений и дополнений в Гражданский кодекс РФ, а впоследствии также в Законы об АО и ООО.

1 Лаптев В.В. Холдинг как субъект предпринимательского права // *Юридический мир*. 2002, – № 4.

2 Рузакова Е.В. *Предпринимательские многосубъектные образования: правовая модель и действительность* // *Правовое положение субъектов предпринимательской деятельности*.

3 Шиткина И.С. *Предпринимательские объединения: Учебно-практическое пособие*. – М., 2001.

4 Портной К. *Правовое положение холдингов в России: Научно-практическое пособие*. – М.: Волтерс-Клувер, 2004.

5 Кравченко Е.С. *Такие разные холдинги* // *Учет. Налоги. Право*. – 2000. – № 17.

6 Куликов Л.А. *Понятие и виды холдингов* // *Безопасность бизнеса*. – 2008. – № 4.

К вопросу об отмене платы за загрязнение окружающей природной среды

Согласно официальным данным экологическая ситуация в Уфе в течение последних лет заметно улучшилась. Общий объем выбросов загрязняющих веществ в атмосферу сократился. Как считают некоторые местные специалисты на улучшение экологической обстановки в Уфе повлияло также снижение выбросов промышленных предприятий, что обусловлено сокращением производства в условиях экономического кризиса¹ (однако мало кто пишет о наблюдающемся в последние годы снеге в виде пепла, выпадающем на жилые кварталы города, а также мощных ночных выбросах в атмосферу города, производимых предприятиями по субботам и воскресеньям). Те же авторы ссылаются на то, что благоприятно на экологии Уфы сказываются также озеленение улиц (массовая вырубка деревьев по всему городу, уничтожение кустарников и газонов под парковки автомобилей), санитарная очистка территории садовых товариществ, изменения в системе обращения с отходами – переход от их захоронения к использованию ликвидной части.

Одним из регуляторов снижения вредного воздействия на окружающую среду является финансово-правовой механизм взимания платы с природопользователей, осуществляющих следующие виды воздействия на окружающую природную среду: 1) выброс в атмосферу загрязняющих веществ стационарными источниками; 2) выброс в атмосферу загрязняющих веществ передвижными источниками; 3) сброс загрязняющих веществ в поверхностные и подземные водные объекты, а также любое подземное размещение загрязняющих веществ; 4) размещение отходов. Перечисленные платежи предназначены для: возмещения затрат, связанных с компенсацией воздействия выбросов и сбросов загрязняющих веществ; стимулирования снижения или поддержания выбросов и сбросов в пределах нормативов; стимулирования осуществления затрат на проектирование и строительство природоохранных объектов.²

Весной прошлого года Конституционный Суд РФ признал противоречащей Конституции РФ п.п. «б» п. 4 Постановления Правительства РФ от 28.08.92 г. № 632, согласно которому местные власти могут освобождать от платы за загрязнение окружающей природной среды отдельные организации социальной и культурной сферы, а также организации, финансируемые из федерального бюджета РФ, бюджетов субъектов РФ.

1 Кутлиахметов А. Экология в Уфе идет на поправку [Электронный ресурс]. – Режим доступа – <http://www.businessco.ru/NewsAM/NewsAMShow.asp?ID=498782>.

2 Боганова О. Кто платит за загрязнение окружающей среды? // ЭКО-бюллетень. – 2005. – № 6. – С. 4.

Ранее, в соответствии с указанной нормой для отдельных организаций плата за загрязнение окружающей среды могла быть понижена или даже совсем отменена. Решения о снижении размера платежа или об освобождении от платы за загрязнение окружающей среды принимали органы исполнительной власти субъектов РФ совместно с территориальными органами Министерства экологии и природных ресурсов и Государственного комитета санитарно-эпидемиологического надзора. По мнению Конституционного суда РФ данное положение постановления Правительства РФ не соответствует целому ряду статей Конституции РФ, а именно ст. 10, ч. 1 ст. 19, ст. 58 и ч. 1 ст. 115. Суд решил, что Правительство РФ превысило свои полномочия, выйдя за рамки установленные федеральным законом, кроме того, суд полагает, что освобождение от платежей противоречит принципу всеобщности конституционной обязанности сохранять природу и окружающую среду и, соответственно, порождает неравенство между субъектами экологических правоотношений. Однако суд в том же документе утверждает, что исключения из принципа всеобщности конституционной обязанности сохранять природу и окружающую среду могут быть установлены не иначе, как законодателем, и только в соответствии с требованиями правовой определенности, экономической обоснованности, справедливости и соразмерности соответствующих льгот, т.е. все таки могут быть установлены.

В результате Конституционный Суд РФ постановил, что вышеназванная норма утратит юридическую силу 1 января 2010 г. Следовательно, с 1 января 2010 г. образовательные учреждения, учреждения социального обслуживания, организации в сфере культуры, учреждения здравоохранения, физкультурно-спортивные организации, и прочие подобные организация обязаны вносить плату за загрязнение окружающей среды в соответствии с действующим законодательством. Является ли это рациональным, учитывая, что учреждения культуры и образования в нашей стране по-прежнему находятся в ужасающем состоянии?

Рассмотрим основания взимания рассматриваемых платежей с перечисленных учреждений культуры, спорта и образования. Порядок, утвержденный указанным выше постановлением Правительства РФ распространяется на предприятия, учреждения, организации, иностранных юридических и физических лиц, осуществляющих любые виды деятельности на территории РФ, связанные с природопользованием и предусматривает взимание платы за следующие виды вредного воздействия на окружающую природную среду: выброс в атмосферу загрязняющих веществ от стационарных и передвижных источников (но, как владельцы транспортных средств учреждения и так платят транспортный налог, который рассчитывается исходя из объема двигателя автомобиля, т. е. степени загрязнения окружающей среды); сброс загрязняющих веществ в поверхностные и подземные водные объекты (учреждения и так платят за водоотведение в центральные канализации, следовательно, на та-

ком основании можно взимать рассматриваемый сбор с каждого гражданина нашей страны, а не только с организаций); размещение отходов (учреждения и так платят за вывоз мусора)

Таким образом, отмена освобождения отдельных организаций от платы за загрязнение окружающей природной среды, на наш взгляд, представляет не что иное, как попытку государства увеличить собственные доходы за счет ничем не обоснованных платежей. Основываясь на изложенном полагаем, что отмена п.п. «б» п. 4 Постановления Правительства РФ от 28.08.92 г. № 632 об утверждении порядка определения платы и ее предельных размеров за загрязнение окружающей среды не отвечает интересам общества и никак не скажется на улучшении экологической обстановки в России.

*Бикбулатова С.Ф.
Институт права БашГУ*

О некоторых проблемах правового регулирования сервитутов в России

Понятие сервитута и основы учения о сервитутном праве были заложены в Древнем Риме. Слово «сервитут» ведет свое происхождение от латинского «servus» – раб, а образованное от него «servitus» означало несвободное состояние вещи.

Римское право выработало ряд правил по установлению сервитутов. Среди них правила о том, что сервитут не может устанавливаться в отношении своей собственности, что предметом сервитута не могут выступать положительное действие собственника имущества, в отношении которого установлен сервитут, а также правило о смежности земельных участков собственника сервитуария. Ряд ученых справедливо ставит под сомнение последнее положение: участок, представляющий интерес для сервитуария может и не соседствовать с его собственным.¹

В российском праве «сервитуты как права на чужие вещи назывались правом угодья, которое составляет господство стороннего лица над вещью независимо от личности ее собственника. Например, кто имеет право въезда в чужой лес, т. е. рубить его для своих домашних потребностей, кто имеет право в чужих деревьях устраивать бортные ухажья, т. е. разводить пчел, кто имеет право пасти свои стада на чужом поземельном участке и т. п., независимо от собственника леса, пастбища, тот имеет право на чужую вещь».² Сегодня система правового регулирования сервитутов носит комплексный характер. Ос-

¹ Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. – 1895. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://civil.consultant.ru>.

² Мейер Д.И. Русское гражданское право: В 2 ч. По исправл. и доп. 8-му изд., 1902. Изд. 2-е, испр. – М., 2000. – С. 433.

новная масса норм о сервитутах содержится в Гражданском кодексе РФ (ГК РФ) и Земельном кодексе РФ.

Отдельные нормы содержатся в природоресурсном законодательстве, ряде федеральных законов и подзаконных нормативных актов. Впрочем, часто последние источники содержат отсылочные нормы на основные источники регулирования. Например, согласно ст. 9 Лесного кодекса РФ право постоянного (бессрочного) пользования лесными участками, право ограниченного пользования чужими лесными участками (сервитут), право аренды лесных участков, а также право безвозмездного срочного пользования лесными участками возникает и прекращается по основаниям и в порядке, которые предусмотрены гражданским законодательством, законодательством РФ о концессионных соглашениях и земельным законодательством, если иное не предусмотрено Лесным кодексом.

Наиболее полно раскрыто понятие сервитута во Временных методических рекомендациях по оценке соразмерной платы за сервитут от 17 марта 2004 г. «Сервитут – право лица (лиц) на определенный срок или бессрочно пользоваться чужим земельным участком или иным объектом недвижимости в пределах, ограниченных соглашением либо нормативным правовым актом, которое устанавливается в интересах собственников земельных участков, обладателей права постоянного (бессрочного) пользования, обладателей права пожизненного наследуемого владения на земельные участки, собственников иных объектов недвижимости либо в интересах государства, местного самоуправления или местного населения».¹

Действительно, определить цену, обычно взимаемую при сравнимых обстоятельствах за пользование чужим земельным участком, не представляется возможным. Во-первых, каждый земельный участок, поставленный на кадастровый учет, имеет определенную кадастровую стоимость. Во-вторых, кадастровая стоимость земельного участка зависит от многих факторов. Например, пользование (в том числе арендное) земельным участком в зоне общественно-деловой застройки более привлекательно (экономически выгоднее и, соответственно, дороже), чем в жилой зоне (многоквартирные дома, частные дома и т. п.).

Таким образом, на сегодняшний день система правового регулирования сервитутов обладает рядом несовершенств. Возможно, с изменением законодательства в сервитутных правоотношениях наступит новый этап развития и заключение договора о сервитуте будет более распространено, нежели сейчас.

¹ *Временные методические рекомендации по оценке соразмерной платы за сервитут (утв. Федеральной службой земельного кадастра 17.03.2004 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://base.garant.ru>.*

К вопросу о совершенствовании классификации сервитутов в свете реформы гражданского законодательства

На сегодняшний день, в условиях очередной реформы гражданского законодательства одной из актуальных тем становится регулирование прав на чужие вещи. Данной проблематике посвящается раздел IV «Законодательство о вещных правах» Концепции развития гражданского законодательства РФ.¹ Концепция содержит определенные предложения, которые связаны с пересмотром и дополнением главы 17 ГК РФ «Право собственности и другие вещные права на землю». Одним из направлений первоочередного изменения действующей редакции ГК РФ является реформа сервитутных отношений.

Классическая доктрина разделяет сервитуты на две группы – вещные и личные. Основная цель вещных сервитутов состоит в устранении недостатков отдельной недвижимости за счет выгод соседней, которая используется для проезда, прохода, мелиорации, и т. д. Целью личных сервитутов является материальная поддержка определенных лиц за счет пользования чужим имуществом, которое, как правило, носит пожизненный характер.

Чем же обусловлена необходимость радикального пересмотра главы 17 ГК РФ? В отличие от государств, законодательство которых основано на рецепции римского частного права, в России отсутствует непрерывная традиция регулирования сервитутов. Так, в Российской Империи сервитуты закреплялись только в сводах законов, действовавших на территории некоторых западных губерний, а в советских кодификациях сервитуты вообще отсутствовали и рассматривались юристами только в историческом аспекте. В РФ правовые нормы, предусматривающие в общих чертах механизм возникновения, осуществления и прекращения сервитутов закреплены ст. 274–278 ГК РФ, которые вступили в силу только в конце 2001 г. Для сравнения: в Германском гражданском уложении (*Bürgerliches Gesetzbuch*) 1896 г. сервитутам посвящается отдельный раздел, включающий более 50 статей о земельных и личных сервитутах.² В Гражданском кодексе Франции 1804 г. (*Code Civil*) сервитутам посвящается свыше 60 статей.³ Иными словами, ГК РФ в части регулирования ограниченных вещных прав, в т. ч. сервитутов действительно требует серьезной доработки, и в этом следует целиком согласиться с авторами Концепции развития гражданского законодательства.

¹ Концепция развития гражданского законодательства РФ (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009 г.) // Вестник ВАС РФ. – 2009. – № 11.

² Гражданское уложение Германии. *Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz: Ввод. закон к Гражданскому уложению* / Пер. с нем.; Науч. ред. А.Л.Маковский [и др.]. – М., 2004.

³ Французский Гражданский кодекс / Пер. с франц. А.А.Жуковой, Г.А.Пашковской. – СПб., 2004.

Одним из существенных пробелов в действующей системе правового регулирования сервитутов является отсутствие их легальной классификации. В странах континентальной системы деление сервитутов на отдельные группы и виды осуществляется непосредственно актами гражданского законодательства. Например, в ГГУ выделены земельные сервитуты (§ 1018–1029) и ограниченные личные сервитуты (§ 1090–1093). В России такой классификации, закрепленной в нормативных актах никогда, не существовало. ГК РФ содержит только примерный перечень причин, по которым возможно установить сервитут.

Варианты решения проблем, связанных с классификацией сервитутов, нашли свое отражение в Проекте изменений в раздел II Гражданского кодекса РФ, который подготовлен Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (далее по тексту – Проект). Следует отметить, что некоторые предложения рабочей группы, связанные с классификацией сервитутов выглядят непоследовательными и так же нуждаются в существенной доработке.

Прежде всего, необоснованным выглядит предложение о разделении сервитутов на положительные и отрицательные. Ни в коем случае не возражая против общепринятого основания такой классификации (прямое воздействие на вещь или запрет совершения действий ее собственнику), мы можем констатировать тот факт, что авторы Проекта допускают замену отрицательного сервитута на институт соседского права – ограничение права собственности, который имеет совершенно иные цели.

В классическом римском праве к отрицательным сервитутам относились право требовать, чтобы не были застроены окна (*servitus ne luminibus offiatur*), чтобы не был испорчен вид (*servitus ne prospectui offendatur*), право возведения строений не выше известной меры (*servitus altius non tollendi*) или сервитуты света и вида.

Такие сервитуты сохранены и в некоторых современных зарубежных законодательствах. Однако Проект изменений ГК РФ упоминает только положительные сервитуты, а конструкция отрицательных сервитутов, почему то перенесена в ст. 296.3 «Виды ограничений права собственности на земельный участок в пользу соседей». Но тогда возникает вопрос, где же в новой редакции ГК РФ искать отдельные виды отрицательных сервитутов, если по замыслу его авторов, перечень сервитутов является закрытым и не подлежит расширительному толкованию? В Проекте предлагается установить сервитуты перемещения, строительные сервитуты, сервитут мелиорации, горный сервитут и коммунальные сервитуты. Насколько обоснована такая классификация? В специальной литературе она уже подвергается острой критике, по мотиву отсутствия критериев, которые были положены в основу деления сервитутов.¹ На

¹ О некоторых вопросах совершенствования гражданского законодательства. Редакционный материал. // Правовые вопросы строительства. – 2009. – № 2. – С. 29–38.

наш взгляд, данная критика заслуживает поддержки. В качестве аргументов в пользу дальнейшего пересмотра и доработки модели сервитутов можно выдвинуть следующие тезисы.

Во-первых, само предложение о закрытом перечне сервитутов, сформулированное в п. 2 ст. 301 Проекта изначально обречено на провальность. Полагаем, что предусмотреть все возможные виды сервитутов невозможно, поскольку варианты хозяйственного использования земельных участков в современных условиях разнообразны. В качестве примера можно привести классический римский *resoris ad aquam appulsus* или сервитут водопоя скота. В районах с ограниченным количеством водных объектов, доступных для общего пользования возникновение таких сервитутов на основании договора имеет широкую перспективу. Но такого сервитута в Проекте попросту нет, соответственно, исходя из требований императивной нормы о закрытом перечне сервитутов, его невозможно установить.

Во-вторых, вызывают сомнение, с точки зрения содержания такие новеллы как строительные и горные сервитуты. Строительный сервитут допускает временное размещение в границах чужого земельного участка машин, оборудования, подкрановых путей, производство земляных работ. Сервитут устанавливается на период проведения строительства или капитального ремонта здания, строения или сооружения (ст. 301.10).

Однако даже беглый взгляд на содержание и объем такого сервитута позволяет усомниться в необходимости его выделения в отдельную группу. Несмотря на то, что в Проекте объектом строительного сервитута называется «служащая вещь», по сути таковой является только земельный участок. Т. е. речь здесь идет о группе земельных сервитутов, отдельным видом которой является и сервитут, необходимый для проведения строительных работ.

Полагаем, что цель сервитута не может являться основанием для классификации, поскольку она не всегда совпадает с его объемом или содержанием. Например, можно предположить, что при строительном сервитуте помимо собственно размещения вспомогательных механизмов или проведения, каких либо работ, может осуществляться правомочие прохода к этим механизмам, проезда, провоза грузов, т. е. те правомочия, свойственные другим сервитутам. Те же самые выводы можно сделать и в отношении т. н. горного сервитута. Горный сервитут устанавливается на земельный участок, расположенный над площадями залегания полезных ископаемых. Исходя из текста Проекта господствующей вещью в данном случае установления сервитута, является участок недр, разрабатываемый в целях добычи полезных ископаемых (ст. 301.12). Анализ предлагаемой конструкции горного сервитута позволяет выявить ее существенные противоречия остальным положениям Проекта, а так же земельному законодательству.

Участком недр является «участок, представляющий собой геометризованный блок недр» (ст. 296.12), т. е. по сути, это самостоятельный объект гражд-

данских прав. Понятие господствующей вещи содержится в ст. 301 Проекта «Понятие сервитута». К таковым относятся: земельный участок, здание, строение, сооружение, объект незавершенного строительства. Участка недр среди закрытого перечня господствующих вещей нет.

Второе противоречие связано с целевым назначением господствующего и служащего участков. Участки земель, на которых осуществляется добыча полезных ископаемых, относятся к категории земель промышленности. В составе земель промышленности выделена отдельная субкатегория, которая предназначена для разработки полезных ископаемых организациями горнодобывающей и нефтегазовой промышленности (п. 4 ст. 88 ЗК РФ). Предоставление участков осуществляется только после оформления горного отвода, утверждения проекта рекультивации, восстановления ранее отработанных земель.

Поэтому становится непонятным механизм возникновения горного сервитута, поскольку зависимые участки изначально будут находиться в ином правовом режиме и сервитут изменит их целевое назначение. Кроме того, обременение, по крайней мере, требует их перевода в соответствующую категорию, а так же получения разрешительной и правоустанавливающей документации. Полагаем, что классификация сервитутов в том виде, в котором она представлена в Проекте изменений ГК РФ требует существенной доработки.

*Блинова Л.Г.
ООО «ХКФ Банк»*

Проблемы и пути совершенствования законодательства о ноу-хау и единой технологии

Необходимость совершенствования законодательства о ноу-хау и единой технологии определяется нерешенностью важной и сложной проблемы тотального недоиспользования ценных достижений науки, техники и эффективного менеджмента. Сейчас ее решение особенно актуально: многие результаты деятельности новаторов и в Сколково, и в других инноградах будут выражаться не только и не столько в патентоспособных изобретениях, определяемых по правилам формальной логики, сколько в высокотехнологичных достижениях, не поддающихся подобной формализации, и эти достижения могут быть коммерциализированы лишь в качестве ноу-хау, то есть конфиденциальной информации, находящейся в фактической монополии ее разработчика, благодаря принятию им мер по обеспечению режима коммерческой тайны. Актуализирует проблему, бесспорно, и проект изменений в раздел VII ГК РФ¹ (далее – Проект), подготовленный Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства на основании и во

¹ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.arbitr.ru/press-centr/news/31726.html>.

исполнение Указа Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации»¹ в соответствии с разработанной на основании п. 3 того же Указа Концепцией развития гражданского законодательства РФ (далее — Концепция). Про совершенствование норм о ноу-хау в Концепции не сказано ни слова, однако заявлено, что «нуждается в серьезном пересмотре глава 77 ГК «Право использования результатов интеллектуальной деятельности в составе единой технологии». Не смотря на это, Проектом предусмотрено внесение изменений в главу 75 ГК, а также исключение из ГК главы 77. Кратко охарактеризуем предлагаемые Проектом изменения, их недостатки и возможные пути дальнейшего совершенствования законодательства в указанной сфере.

В ст. 1465 ГК РФ вновь некорректно отождествлены категории «секрет производства» и «ноу-хау».² Спорна и оценка предпосылок коммерческой ценности ноу-хау «вследствие неизвестности третьим лицам». Сама по себе неизвестность какой-то коммерческой информации, например об объемах продаж каких-либо товаров на рынке, не представляет никакой коммерческой ценности. Ноу-хау становится коммерчески ценным в силу своих собственных свойств (повышает производительность труда, улучшает качество продукции, способствует увеличению ее сбыта и т. п.). Именно такие сведения, если к ним к тому же, как сказано далее, «у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и обладатель таких сведений принимает разумные меры для соблюдения их конфиденциальности, в том числе путем введения режима коммерческой тайны», и становятся ноу-хау.

Особого внимания заслуживает Проект в части неизменности формулировок ст. ст. 1466–1469 ГК РФ, закрепляющих исключительное право (легальную монополию) на секрет производства, а также регламентирующих отчуждение и передачу «права» на данный результат интеллектуальной деятельности. Норма п. 2 ст. 1466 ГК РФ, по существу, сводит на нет возможность реального функционирования исключительного права на секрет производства, устанавливая, что «лицо, ставшее добросовестно и независимо от других обладателей секрета производства обладателем сведений, составляющих содержание охраняемого секрета производства, приобретает самостоятельное исключительное право на этот секрет производства».³ Подобная возможность осложняет процесс доказывания правообладателем факта нарушения его права на секрет производства.⁴ Предъявление любым лицом претензии о незаконном использовании его ноу-хау неизбежно повлечет встречное предложение раскрыть содержание ноу-хау. В такой ситуации нарушитель, получив информа-

¹ *Российская газета*. – 23.07.2008.

² *Подробнее о различиях данных категорий см., напр.: Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса РФ (постатейный) / Э.П. Гаврилов, В.И. Еременко – М., 2009 – С. 764–765.*

³ *Добрынин О.В. Особенности правовой регламентации «ноу-хау»: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2003. – С. 8.*

⁴ *Зенин И.А. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, часть 4. – М., 2008. – С. 438.*

цию о ноу-хау, в состоянии заявить, что он самостоятельно, добросовестно, независимо создал данное ноу-хау. И никакой суд никогда не сможет разрешить подобный конфликт, поскольку при отсутствии охранного документа, выданного после проведения государственной экспертизы и раскрытия сведений о новшестве неопределенному кругу лиц, объективно невозможно доказать наличие контрафакции применительно к ноу-хау.

Согласно ст. 1467 ГК РФ исключительное право на секрет производства действует до тех пор, пока сохраняется конфиденциальность сведений, составляющих его содержание. Утрата конфиденциальности прекращает (с момента разглашения сведений) исключительное право одновременно у всех правообладателей. На практике такое закрепление исключительных прав на секрет производства (ноу-хау) выглядит некорректно, поскольку, во-первых, если лицо самостоятельно получило (разработало) ноу-хау, аналогичное существующему у другого лица, оно также приобретает исключительные права на него, во-вторых, если утрачивается конфиденциальность сведений, составляющих секрет производства, исключительное право утрачивается у всех. Такая шаткая конструкция не может служить основой коммерческого оборота «права на ноу-хау». Следует отметить, что зарубежное законодательство, доктрина и практика принципиально отличаются от современной российской действительности. Зарубежные авторы неизменно отличали и отличают несходство механизма исключительных прав и правового режим ноу-хау. Одновременно эти авторы противопоставляют договорам о распоряжении исключительными правами договоры о (передаче) ноу-хау.¹ Показательным является и то, что ни в одном из международных соглашений не говорится об исключительном праве на ноу-хау и о договорах о распоряжении подобным правом. Несомненной представляется необходимость изменений концептуального плана. Нужно использовать концепцию правового режима ноу-хау, которая заключается не в охране ноу-хау, а в обеспечении средствами различных отраслей права (гражданского, трудового и даже уголовного), а также комплексного антимонопольного законодательства и законодательства о недобросовестной конкуренции имущественных интересов обладателя (создателя, разработчика), приобретателя ноу-хау. Эффективной гражданско-правовой формой коммерческой реализации ноу-хау может служить договор о его передаче.² Важно и другое: «единая технология – это то, что длительное время в отечественном законодательстве, доктрине и практике именовалось «новой техникой» или «новой технологией» и в отношении чего предпринимались многочисленные безуспешные попытки установления прямой правовой охраны, в том числе в рамках таких институтов, как «научная интеллектуальная собственность», или «право на научный результат».³ Совершенно очевидно, что ни глава 77 ГК,

1 Зенин И.А. *Право интеллектуальной собственности: учебник.* – М., 2011. – С. 558.

2 Блинова Л.Г. *Ноу-хау: правовой режим и договор о передаче // Законодательство.* – 2010. – № 6. – С. 32–34.

3 Зенин И.А. *Указанная работа.* – С. 581; Зенин И.А. *Рынок и право интеллектуальной собственности в СССР // Вопросы изобретательства.* – 1991. – №3. – С. 21–25.

ни принятый в ее развитие Закон от 25 декабря 2008 г. № 284-ФЗ «О передаче прав на единые технологии»¹ не вписываются в структуру части четвертой (раздела VII) ГК и не способны решить возлагаемые на них задачи эффективной правовой регламентации «создания и внедрения новой техники». Однако сопоставление и анализ норм главы 77 ГК с нормами главы 75 ГК наводит на мысль о возможности их некоторой «стыковки» с перспективой хотя бы частичного решения указанных задач в рамках согласованного использования исключительных прав на объекты прежде всего «промышленной собственности» (изобретения и т. п.) и сопутствующих им коммерчески ценных неохраняемых достижений, преимущественно технического характера, находящихся в фактической монополии их обладателей (разработчиков), соблюдающих в отношении данных достижений режим коммерческой тайны. Именно подобный согласованный «тандем» охраняемых и неохраняемых (ноу-хау) достижений используется в зарубежном и международном частном праве. Поэтому представляется, что разработчики Проекта поторопились с исключением из ГК главы 77. Таким образом, несомненной является необходимость дальнейшего совершенствования законодательства о ноу-хау и единой технологии, с учетом выявленных проблем и обозначенных возможных путей их решения.

*Булгакова К.Р.
Институт права БашГУ*

К вопросу о правовом регулировании публичных услуг

В 2010 г. был принят Федеральный закон РФ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг».² Данный федеральный закон направлен на установление принципов предоставления государственных и муниципальных услуг, в том числе условий и порядка их оплаты, установление требований к процедурам предоставления государственных и муниципальных услуг, а также к порядку взаимодействия органов, предоставляющих государственные и муниципальные услуги, с гражданами и организациями, в том числе в электронном виде. Кроме того, Федеральным законом предусматривается возможность получения заявителем государственных и муниципальных услуг в электронном виде через портал государственных и муниципальных услуг, а также с помощью универсальных электронных карт. Федеральным законом устанавливаются требования к portalу государственных и муниципальных услуг и универсальным электронным картам, а также условия и порядок их использования.

¹ *Российская газета от 30.12.2008 г.*

² *Федеральный закон РФ от 27.06.2010 г. № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг» // Российская газета от 3.07.2010 г.*

Однако, приняв данный акт, законодатель избегает понятия «публичная услуга», вместо этого употреблены такие термины, как «государственная услуга», «муниципальная услуга». Вместе с тем данные понятия четко определены, в законе хорошо прописано что такое «государственная услуга», «муниципальная услуга». Законодателем также упоминаются некие «иные услуги». Какого рода эти услуги, кем они предоставляются не понятно. Предоставление услуг должно сопровождаться созданием соответствующих государственных порталов. Так, на уровне субъектов, такие, сайты уже созданы, например, в Республике Башкортостан.¹

В правовой системе РФ публичные услуги признаются одной из ведущих категорий и их значение, особенно в условиях проводимых реформ, возрастает с каждым годом. Так, в феврале 2004 г. В.В.Путин отметил следующее в своем выступлении: преобразования, проводимые в системе исполнительной власти, должны привести к тому, что каждый гражданин будет не только знать, но и иметь возможность реально требовать тот уровень и то качество услуг, которые ему обязаны предоставить конкретные уровни власти.² Вместе с тем, ни в законодательстве зарубежных странах, ни в нормативных актах РФ нет точного определения «публичная услуга». Научные дискуссии относительно данного понятия, как правило, связаны с тем или иным пониманием «сервисной» концепции государства, получившей широкое распространение в США и ряде стран Западной Европы в 80-х – 90-х годах прошлого века.³ Согласно этой концепции, смысл и назначение государства заключается в служении индивиду, и, при ее буквальном толковании, практически любая деятельность государства по взаимодействию с индивидом оказывается государственной услугой. В настоящее время в странах Северной Америки и Западной Европы понятие «публичная услуга» имеет весьма широкий и слабо систематизированный характер. К примеру, в США справочная модель описания деятельности федеральных государственных организаций с функциональной точки зрения выделяет 4 области деятельности – услуги для граждан, способы предоставления услуг, поддержка процесса предоставления услуг, управление государственными ресурсами. В странах романо-германской правовой системы предпринимаются попытки систематизировать и упорядочить сферу применения понятия «публичные услуги».

Одна из наиболее полных классификаций всего спектра публичных услуг существует в Германии. К примеру, около 400 услуг федерального правительства классифицируются по содержанию на 8 типов, причем 73 % общего количества услуг относятся к трем из них: сбору, обработке и предоставлению общей и специализированной информации; обработке заявлений, поступающих в государственные органы и оказанию помощи и содействия.

1 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://pgu.bashkortostan.ru/web/guest/main>.

2 Послание Президента Федеральному Собранию РФ 2004. // Российская газета. – 2004. – № 3486.

3 Тихомирова Ю.А. Публичные услуги и право. – Изд-во «Норма». – М., – 2007. – С. 383.

В настоящее время отсутствует ясное представление об объеме полномочий, возложенных на органы исполнительной власти субъектов РФ федеральным законодательством. Необходима подробная регламентация деятельности органов исполнительной власти субъектов РФ, реализующих публичные услуги. В качестве одного из направлений такой регламентации можно выделить расширение прав, предоставленных органам исполнительной власти субъектов РФ, наделение их дополнительной компетенцией, источниками финансирования и дополнительной ответственностью.

Относительно оказания муниципальных услуг необходимо отметить нечеткость формулировок при определении в Федеральном законе № 131 вопросов местного значения для каждого вида муниципальных образований. Также, в соответствии с указанным ФЗ «Об организации предоставления государственных муниципальных услуг» на уровнях муниципалитетов должны быть приняты соответствующие административные регламенты, согласно которым должны предоставляться услуги. Однако, данная разработка до сих пор не ведется. То есть, вопрос: как будут данные услуги предоставляться на уровне муниципалитетов остается открытым.

Таким образом, можем констатировать следующие факты: установлены требования к взаимодействию государственного или муниципального органа с заявителем, в качестве которых определен запрет требовать от заявителя документов и информации, не предусмотренных законом либо находящихся в распоряжении органов, предоставляющих государственные услуги, а также требовать от заявителя согласований, связанных с обращением в государственные и муниципальные органы. Вместе с тем есть недостатки, которые будут устранены впоследствии, при реализации закона.

*Вабищевич С.С. к.ю.н., доцент
Филиал Российского государственного социального университета
г. Минск, Республика Беларусь*

Исполнение обязательства должника третьим лицом: правовая природа и признаки

В связи с качественным и количественным усложнением экономических отношений в правовой характеристике обязательства его личный характер уступил место имущественному содержанию, в результате чего «обязательство само сделалось объектом оборота».¹ Однако оборот обязательств означает не передачу требований и долгов, а перемену активного и (или) пассивного субъекта обязательственного правоотношения посредством использования таких институтов гражданского права, как делегация, активная или пассивная цес-

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. – М.: Статут, 1998. – С. 240–241.

сия. В интересах участников экономического оборота Гражданский кодекс РФ (далее – ГК) закрепил также возможность исполнения обязательства не самим должником, а третьим лицом, т.е. лицом, не являющимся стороной обязательства, в рамках которого должник принял на себя подлежащую исполнению обязанность. Управомочивающие нормы ст. 313 ГК конструируют, во-первых, право должника передать исполнение третьему лицу, во-вторых, право третьего лица удовлетворить требование кредитора без согласия должника. Рассмотрим первый вариант участия третьих лиц в исполнении обязательства.

В результате возложения исполнения обязательства на третье лицо возникающую, например, на основании договора обязанность исполняет не сторона соответствующего договора, а третье лицо, т.е. должник и лицо, совершающее фактические действия в пользу кредитора, не совпадают. Подобное несоответствие может иметь место и в результате перевода долга (ст. 391 ГК), в связи с чем сравнительный анализ и поиск отличительных черт указанных конструкций приобретает научный и практический смысл. Перевод долга осуществляется посредством заключения договора, в соответствии с которым прежний должник переводит свою обязанность, выступающую элементом определенного обязательства на другое лицо – нового должника, который, в свою очередь, принимает эту обязанность на себя, а также обязуется перед прежним должником исполнить ее в пользу кредитора. Следовательно, правовая суть перевода долга – изменение субъектного состава обязательства, т.е. замена первоначального должника. Передача исполнения должником третьему лицу не влечет изменение субъектного состава договорного обязательства, а это означает, что обязанным перед кредитором по прежнему остается должник, третье лицо лишь фактически исполняет обязанность должника – полностью или частично. В этой связи вполне закономерно представляются положения ст. 403 ГК о том, что по общему правилу за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства третьими лицами, на которых было возложено исполнение, ответственность несет должник, в частности, проценты, предусмотренные ст. 395 ГК, взыскиваются не с этих лиц, а с должника, на тех же основаниях, что и за собственные действия. Исключение из этого правила установлены, например, ст. 866 ГК.

Как отмечалось, перевод долга – это договор. Можно ли рассматривать возложение исполнения обязательства на третье лицо как договор между этим лицом и должником? Поскольку, конститутивный признак договора как разновидности двусторонней (взаимной) сделки – это совпадение волеизъявления сторон в требуемой в подлежащих случаях форме, возникает следующий вопрос – требуется ли для возложения должником исполнения обязательства на третье лицо согласие последнего? В соответствии с распространенной в юридической литературе точкой зрения, чаще всего такой способ исполнения обязательства применяется при так называемых транзитных поставках, субподряде, субаренде, субкомиссии, перевозках грузов в прямом и смешанном со-

общении.¹ Более того, в п. 3 ст. 706 ГК содержится прямая отсылка к п. 1 ст. 313 ГК. Отличительной особенностью перечисленных ситуаций является то обстоятельство, что третье лицо, исполняя обязанность должника перед кредитором, одновременно исполняет свою обязанность перед должником, вытекающую из заключенного между ними договора. Например, в случае с договором субподряда субподрядчик, исполняя обязанности генподрядчика (должника) перед заказчиком (кредитором), вытекающие из договора подряда, одновременно исполняет свои обязанности перед генподрядчиком (кредитором), возникшие на основе договора субподряда, действуя при этом также в качестве должника.

Как показывает правоприменительная практика, возложение исполнения обязательства на третье лицо возможно и на основании соглашения, из которого следует согласие третьего лица исполнить обязательство за должника. Кроме того, должник может обратиться к третьему лицу с предложением об осуществлении исполнения его (должника) обязательства, однако в этом случае третье лицо в соответствии с общими правилами о заключении договора имеет право, а не обязанность принять такое предложение даже в том случае, когда оно является должником отправителя письма.² Следовательно, в основе исполнения обязательства должника третьим лицом лежит соглашение между указанными субъектами, что характерно, как отмечалось выше, для перевода долга. Однако перевод долга возможен только при условии предварительного или последующего согласия кредитора, что не требуется в случае с возложением исполнения обязательства на третье лицо. Более того в силу п. 1 ст. 313 ГК кредитор не имеет права отказаться от принятия исполнения третьим лицом, поскольку «... возложение исполнения на третье лицо имеет абстрактный характер, т. е. его действительность не связана с наличием и действительностью отношений, объясняющих почему вдруг третье лицо согласилось исполнить обязательство за должника».³

Исполнение обязательства третьим лицом следует отличать также от одностороннего прекращения обязательств зачетом однородного требования. Условия, при которых допустим взаимозачет требований, перечислены в ст. 410 ГК. Так, требования, прекращаемые зачетом, должны быть: 1) встречными, 2) однородными и 3) срок обязательства, которое идет в зачет (встречное обязательство), наступил либо не указан или определен моментом востребования.

Встречная направленность зачитываемых требований означает, что должник как инициатор зачета направляет свое требование непосредственно против кредитора – должника по встречному обязательству. При исполнении обязательства третьим лицом встречные обязательства отсутствуют.

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части 1 (постатейный) / Отв. ред. О.Н.Садиков. – М.: КОНТРАКТ; Инфра-М, 1998. – С. 562.

² Практика применения Гражданского кодекса РФ части первой / Под общ. ред. В.А. Белова. – М.: Юрайт-Издат, 2009. – С. 654.

³ Там же. – С. 656.

Приведем пример, помещенный Высшим Арбитражным Судом РФ в обзор судебной практики, посвященный зачету. Акционерное общество обратилось в арбитражный суд с иском о взыскании с кооператива платы за поставленный товар. Ответчик иск не признал, сославшись на прекращение обязательства по оплате товара зачетом встречного однородного требования. В судебном заседании было установлено, что до возбуждения производства по делу кооперативом (ответчиком) был заключен договор займа с предпринимателем. Предприниматель, получив сумму займа и имея денежное требование к акционерному обществу (истцу), возложил на это общество исполнение своего обязательства по возврату займа заимодавцу (п. 1 ст. 313 ГК), о чем сообщил письмом кооперативу. Кооператив по договору должен был оплатить акционерному обществу поставленный товар, но, полагая, что у него с наступлением срока возврата займа появилось право требования возврата суммы займа с акционерного общества, направил последнему письмо о зачете встречного однородного требования, в результате чего, по мнению ответчика, его обязательство по оплате полученного товара прекратилось (ст. 410 ГК).

Арбитражный суд доводы ответчика о зачете обоснованно отклонил, а иск удовлетворил. При этом было указано, что возложение исполнения обязательства не представляет собой случая перемены лица в обязательстве, ибо не является переводом долга (ст. 391 ГК). У акционерного общества (истца) не возникло обязательства перед кооперативом (ответчиком). Лицом, обязанным возвратить заем кооперативу, продолжает оставаться предприниматель (заемщик). Основания для прекращения обязательства по оплате товара зачетом у кооператива отсутствуют, так как у него не имеется встречного требования к акционерному обществу.¹

Однородность обязательств означает, что и основное, и встречное требование имеют однородное основание (договор, причинение вреда, неосновательное обогащение) и однородный предмет (деньги, определенный товар и т. д.), т. е. речь идет юридической и предметной однородности, хотя в последнем случае допускается возможность несовпадения сумм зачитываемых обязательств (п. 1 ст. 410 ГК). Подобное требование к обязанности должника, исполняемой третьим лицом, и возможной обязанности третьего лица перед должником ГК не предъявляет, впрочем, как и требование о наступлении срока исполнения. Еще одно отличие возложения исполнения обязательства на третье лицо от зачета встречных требований заключается в том, что во втором случае имеет место односторонняя сделка, т. е. достаточно заявления одной стороны (должника).

Таким образом, возложение исполнения обязательства на третье лицо – это самостоятельная правовая конструкция в системе обязательственного права,

¹ Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 29.12.2001 г. № 65 «Обзор практики разрешения споров, связанных с прекращением обязательств зачетом встречных однородных требований».

для реализации которой необходимо соглашение между должником и третьим лицом – единственный признак, присущий одновременно и переводу долга – одному из вариантов перемены лиц в обязательстве. В то же время фактические действия третьего лица, совершенные в точном соответствии с исходным обязательством, приводят к полному или частичному прекращению этого обязательства посредством исполнения, что является естественным основанием прекращения обязательства. На достижение таких же правовых последствий направлен зачет встречного требования как способ прекращения обязательств по волеизъявлению одной из сторон. Аналогичные правовые последствия – также единственный признак, сближающий передачу исполнения обязательства должника третьему лицу и взаимозачет.

*Вагапова Э.М.
Институт права БашГУ*

О некоторых особенностях системы специальных мер обеспечивающих исполнение кредитных обязательств

Под исполнением обязательств понимается совершение кредитором и должником действий по осуществлению вытекающих из обязательств прав и обязанностей.¹ Сущность исполнения обязательств составляет совершение обязанным лицом действия, юридическую меру которого определяет лежащая на нем обязанность.

К способам обеспечения исполнения обязательств относятся неустойка, залог, поручительство, задаток и т. д. Нетрудно заметить, что лишь некоторые правовые средства (меры) обеспечивают исполнение обязательств. Так, неустойка и задаток непосредственной целью имеют стимулирование должника к исполнению обязательства.² Таким образом, обеспечивается именно исполнение обязательства или, другими словами, обеспечиваются права кредитора путем создания условий, повышающих вероятность исполнения обязательства. Другие меры к исполнению обязательства отношения не имеют. Они предназначены непосредственно для защиты имущественного (денежного) интереса кредитора в случае неисправности должника (поручительство, банковская гарантия). Уплата денег поручителем, гарантом есть только суррогат исполнения. Наконец, есть меры, которые стимулируют должника к исполне-

¹ Аванесова Г. Применение банковской гарантии и договора поручительства в банковской практике // *Хозяйство и право*. – 2010. – № 7. – С. 175–186.

² Законодательство о банковской гарантии и судебная практика применения норм Гражданского кодекса РФ о банковской гарантии нуждаются в совершенствовании/ М.М.Федоров// *Актуальные проблемы теории и практики применения российского законодательства: Сб. материалов Всероссийской научно-практической конференции*. – Чебоксары: ЧГУ, 2009. – С. 112–116.

нию обязательства, а в случае его неисправности гарантируют защиту имущественных интересов кредитора (залог, удержание).

Таким образом, выделяются меры, во-первых, обеспечивающие исполнение обязательства, во-вторых, обеспечивающие защиту имущественных интересов кредитора при нарушении обязательства должником, в-третьих, обеспечивающие исполнение обязательства и защиту интересов кредитора при неисправности должника.

Общепринятого понятия обеспечительных мер в юридической литературе не существует. Так, с точки зрения философии права, общей теории права к обеспечительным мерам следует относить средства (методы, способы) экономического, организационного, правового порядка, предназначенные для того, чтобы право было реальным, осуществимым.

К правовым обеспечительным мерам следует относить установление обязанностей, запретов, введение ответственности за неисполнение обязанностей и нарушение запретов, принуждение. Также правовыми обеспечительными средствами являются юридические средства, гарантирующие беспрепятственное осуществление субъективных прав.

К общим обеспечительным мерам относятся: правовые нормы различных отраслей права, регулирующих хозяйственные отношения; сам договор, детализирующий содержание правоотношения; имущественная ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение договора и установленная законом обязанность исполнения обязательства в натуре.

Однако, несмотря на всеобщность обеспечительных мер, они не всегда могут быть реализованы. Так, допустимы случаи, когда кредитор никаких убытков не несет, либо их размер и наличие причинной связи трудно обосновать, либо в силу отсутствия у должника имущества решение суда о возмещении убытков неосуществимо практически. Также не всегда может быть реализовано требование о понуждении должника к исполнению лежащей на нем обязанности. Поэтому закон предусматривает применение специальных дополнительных обеспечительных мер, не имеющих общего характера, а устанавливаемых по соглашению сторон либо по прямому указанию закона независимо от причинения убытков кредитору и от наличия у него имущества, на которое может быть обращено взыскание по исполнительным документам. Такие меры именуются способами обеспечения исполнения обязательств, и их объединяют идентичное функциональное назначение, имущественное содержание, а также дополнительный характер.¹

Гражданско-правовые способы обеспечения исполнения обязательств выражаются в следующих мерах: 1) в возложении на должника дополнительных обязанностей на случай нарушения обязательства; 2) в привлечении к исполнению обязательства третьих лиц наряду с должником; 3) в резервировании,

¹ Павлодский Е.А. Влияние ГК РФ на регулирование банковской деятельности // Новый Гражданский кодекс России и отраслевое законодательство. – М., 2008. – С. 31–51.

выделении заранее определенного имущества, за счет которого может быть исполнено обязательство; 4) в выдаче обязательства заранее уполномоченными на то органами по оплате определенной денежной суммы.

Таким образом, объединение различных обеспечительных мер, средств в единую группу «способы обеспечения исполнения обязательств» обусловлено наличием ряда специфических признаков, присущих специальным способам: обеспечительный характер способов; зависимость от основного обязательства (за некоторым исключением ст. 370 ГК РФ) и невозможность самостоятельного существования вне главного (основного) обязательства; возможность наступления имущественных последствий; дополнительность (акцессорность) обеспечительных мер.

Утверждая, что способы обеспечения исполнения обязательств – это обеспечительные меры, прежде всего, подразумеваются меры, которые будут способствовать реальному исполнению обязательства.

Исходя из вышеперечисленных определений, можно сделать вывод о том, что обеспечение представляет собой меры, гарантирующие исполнение или осуществление чего-либо.

*Варавенко В.Е. к.ю.н., доцент
Владивостокский государственный университет экономики и сервиса*

Трансформация институтов общего права под влиянием романо-германской правовой традиции в договорном праве Китая (на примере доктрины Anticipatory Breach)

Следствием активного сотрудничества государств в различных сферах международной жизни является взаимопроникновение национальных правовых систем, рецепция зарубежных правовых институтов и конструкций в национальное право. Указанные процессы сближения национальных правовых систем имеют целью создание единообразных норм. Однако этот результат не всегда достижим. Примером подобной ситуации является введение англо-саксонской доктрины anticipatory breach в договорное право Китая.

Возникновение и развитие доктрины anticipatory breach в Великобритании и США. Доктрина anticipatory breach возникла в середине XIX века в Англии в результате рассмотрения дела Hochster vs De La Tour (1853).¹ Содержание доктрины заключается в следующем: если одна из сторон договора отказывается

¹ В апреле 1853 г. ответчик нанял истца, который обязался действовать в качестве агента ответчика и сопровождать его в поездке с 01 июня. В мае ответчик известил истца об отказе от его услуг, тем самым недвусмысленно заявив о расторжении договора. Суд, в который обратился истец, признал за ним право требовать расторжения договора и возмещения убытков до наступления момента исполнения договора. См.: O'Sullivan J., Hilliard J. *The Law of Contract / 3rd ed.* – NY, Oxford University Press Inc. – 2008. – P. 388.

от его исполнения до момента наступления срока исполнения, другая сторона вправе требовать немедленного расторжения договора. Заявление о расторжении договора может сопровождаться требованием о возмещении убытков.

Отказ от исполнения, являющийся основанием применения доктрины, должен быть выражен явно или косвенно. Явно выраженный отказ – это прямое заявление стороны о нежелании исполнять договор. Косвенный отказ имеет место, когда из поведения стороны следует, что договор не будет исполнен. Вместе с тем, «отказ одной из сторон от договора, предшествующий наступлению момента его исполнения, сам по себе не является нарушением договора, но он предоставляет другой стороне право рассматривать это как предстоящее нарушение, а договор немедленно прекращённым».¹ Не признаётся основанием для применения доктрины отказ от исполнения, если отказывающаяся сторона добросовестно заблуждалась, считая, что расторгает договор правомерно, в том числе вследствие неверного толкования договора.²

Применение *anticipatory breach* является правом, а не обязанностью добросовестной стороны, которая может заявить требование о расторжении договора или продолжить подготовку к исполнению договора, а затем заявить требование о возмещении убытков, вытекающее из фактического неисполнения договора. Однако в удовлетворении этого требования может быть отказано, если другая сторона докажет, что единственной целью стороны, продолжившей исполнение, было предъявление требования о возмещении убытков.³

В праве США доктрина *anticipatory breach* претерпела определённые изменения. Во-первых, более чётко определены характеристики основания для досрочного расторжения договора. Явный отказ должен быть «прямо выраженным, безусловным и ясным заявлением об отказе от исполнения договора в целом, в любое время и при любых обстоятельствах».⁴ Косвенный отказ, вытекающий из поведения лица, должен свидетельствовать об утрате возможности исполнения договора. Это, в частности, означает, что не может квалифицироваться как косвенный отказ для целей заявления *anticipatory breach* несостоятельность стороны (дело *Ringel & Meyer Inc. vs Falstaff Brewing Corp.* (1975)).⁵

Во-вторых, американская судебная практика выработала правила расчёта убытков взыскиваемых при расторжении договора. Так, размер убытков, взыскиваемых покупателем по договору купли-продажи, определяется как разница между среднерыночной и договорной ценой товара во время, когда покупатель узнал об отказе от исполнения. Однако сам момент, «когда покупатель узнал об отказе от исполнения» может толковаться либо как момент отказа

1 *Poole J. Textbook on Contract Law / 7th ed. – NY, Oxford University Press Inc. – 2004. – P. 263.*

2 *O'Sullivan J., Hilliard J. The Law of Contract / 3rd ed. – NY, Oxford University Press Inc. – 2008. – P. 386–387.*

3 *Poole J. Textbook on Contract Law / 7th ed. – NY, Oxford University Press Inc. – 2004. – P. 265.*

4 *Scott R., Leslie D. Contract Law and Theory / 2nd ed. – Charlottesville: The Machine Company Law Publishers. – 1993. – P. 727.*

5 *Op. cit. – P. 719 – 721.*

недобросовестной стороны от исполнения договора, либо как момент, когда должно быть произведено исполнение. Американские суды применяют оба варианта в зависимости от обстоятельств того или иного дела.¹

В-третьих, в целях предотвращения использования доктрины для обхода закона и условий договора, неправомерного отказа от исполнения договора и неосновательного обогащения за счёт добросовестной стороны в законодательство были введены специальные правила. В соответствии со ст. 2-609 Унифицированного торгового кодекса США 1978 г. «сторона, имеющая основания полагать, что другая сторона не произведёт исполнение, должна предоставить этой стороне возможность предоставить достаточные гарантии исполнения, прежде чем прекратить исполнение».²

Итак, доктрина *anticipatory breach* в «англо-саксонском варианте» является гибким средством защиты прав добросовестной стороны в договоре, направленным на предотвращение предстоящего нарушения и компенсацию затрат на подготовку к исполнению договора.

Рецепция доктрины *anticipatory breach* договорным правом КНР. Доктрина была воспринята китайским правом в 90-е годы минувшего века в ходе работы над проектом Закона КНР о договорах 1999 г. (далее – Закон). По свидетельству Мо Чжана (Mo Zhang) к работе над проектом Закона были привлечены американские юристы из Американской торговой палаты в Пекине. Доктрина *anticipatory breach* отражена в п. 2 ст. 94 Закона,³ в соответствии с которым «стороны могут расторгнуть договор.., если до истечения срока действия договора одна из сторон ясно заявила о том, что не исполнит основных обязательств, либо это стало очевидным из её действий»,⁴ а также в ст. 108 Закона, закрепляющей право требовать возмещения убытков по данному основанию.

Содержание указанных норм Закона дополнено Руководящими указаниями Верховного народного суда КНР «О некоторых вопросах связанных с рассмотрением споров из гражданских и коммерческих договоров в современной обстановке» 2009 г. (далее – Указания).⁵ В Указаниях доктрина истолкована применительно к договору купли-продажи. Если лицо надлежащим образом выполнило свои обязанности по передаче товара и для такого лица становится очевидным, что встречная обязанность по оплате не будет исполнена, суд,

1 Обратит внимание на следующее обстоятельство: если добросовестная сторона после возникновения основания для *anticipatory breach* продолжила исполнение и впоследствии заявила о расторжении договора вследствие фактического неисполнения (после наступления момента исполнения договора), она имеет право выбирать момент, который ляжет в основу расчёта размера убытков. Этим американский вариант доктрины отличается от английского, где лицо, не заявившее *anticipatory breach*, лишается возможности впоследствии сослаться на это обстоятельство и, соответственно, использовать его при заявлении требования из фактического неисполнения договора.

2 *Uniform Commercial Code*: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.law.cornell.edu/ucc>.

3 Mo Zhang. *Chinese Contract Law: Theory and Practice*. – Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. – 2006. – P.11–12.

4 Современное законодательство КНР. Сборник нормативных актов / Под ред. Л.М. Гудошникова. – М., 2004. – С. 211.

5 *Guiding Opinions of the Supreme People's Court on Several Issues concerning the Trial of Cases of Disputes over Civil and Commercial Contracts under the Current Situation (No. 40 [2009])* [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.lawinfochina.com/case/display.asp?db=2&id=64&keyword=>

руководствуясь ст. 68, 69, 94(2), 108, 167 Закона может обязать должника произвести платёж до момента наступления срока исполнения этой обязанности по договору.¹

Из судебного толкования следует, что, во-первых, Верховный народный суд КНР не проводит разграничения между anticipatory breach и смежными способами защиты прав по договору. Статьи 68 и 69 Закона посвящены основаниям и порядку приостановления встречного исполнения, а в ст. 167 Закона закреплено право продавца на расторжение договора, если сумма задолженности, не оплаченной покупателем своевременно, составила более 20% от общей суммы договора купли-продажи. Ни первый, ни второй способ защиты не соответствуют природе доктрины anticipatory breach, поскольку речь идёт о неисполнении обязательств по договору, срок исполнения которых уже наступил.²

Во-вторых, в соответствии с Указаниями на основании ст. 94(2) и 108 Закона суд принимает решение о досрочном принудительном исполнении обязанности по оплате товара, а не о расторжении договора и возмещении убытков, связанных с подготовкой к исполнению, что не соответствует цели доктрины в общем праве (компенсация затрат на подготовку к исполнению).

В-третьих, косвенным отказом от исполнения договора квалифицируется утрата или возможность утраты платежеспособности,³ что не соответствует квалификации отказа от исполнения в странах общего права.

Таким образом, китайский правоприменитель не проводит различий между отдельными средствами реагирования на отказ от исполнения договора. Указанные обстоятельства привели к бездействию доктрины anticipatory breach в китайской правоприменительной практике.⁴ Причина этого коренится в преобладании романо-германской правовой традиции в китайском праве.

В романо-германском праве договор – это соглашение сторон, порождающее обязательственное правоотношение, а в англо-саксонском праве – это взаимные обещания сторон о совершении определённых действий в будущем.⁵ В соответствии с этим пониманием договора и договорного обязательства в романо-германском праве односторонний отказ от исполнения договора, вы-

1 В соответствии с пунктом 17 Указаний, в качестве оснований для подобной оценки намерений покупателя являются следующие обстоятельства: 1) открытое заявление об отказе от исполнения, 2) аннулирование разрешения на осуществление предпринимательской деятельности, 3) закрытие предприятия по решению компетентного органа, 4) отчуждение активов с целью избежать обращения взыскания кредиторами, 5) утрата деловой репутации и иные обстоятельства.

2 На пересечение сфер действия anticipatory breach и приостановления встречного исполнения указывается в китайской литературе. См.: Peng Qianwen. *The Advancement of Chinese Contract Law: Take Anticipatory Breach Seriously // Express your Legal View in English*. – Beijing, Law Press China. – 2010. – P. 18–20.

3 Peng Qianwen. *The Advancement of Chinese Contract Law: Take Anticipatory Breach Seriously // Express your Legal View in English*. – Beijing, Law Press China. – 2010. – P. 19.

4 В подтверждение этого вывода свидетельствуют результаты анализа опубликованной судебной практики по 146 договорным спорам, рассмотренных судами КНР за период с 2000 г. по 2010 г. Нормы п. 2 ст. 94 Закона не были применены ни разу [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.lawinfochina.com/case>.

5 O'Sullivan J., Hilliard J. *The Law of Contract / 3rd ed.* – NY, Oxford University Press Inc. 2008. P. 4; Mo Zhang. *Chinese Contract Law: Theory and Practice*. – Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. – 2006. – P. 38 – 39.

раженный явно или косвенно, признаётся нарушением договора, а в англо-саксонском праве является лишь свидетельством возможного будущего нарушения. Наконец, в романо-германском праве встречный отказ от исполнения договора в одностороннем порядке является одним из способов защиты права, а в англо-саксонском праве – является не способом защиты, а одним из оснований прекращения договора.¹ Представляется, что вследствие данных различий доктрина *anticipatory breach* не способна играть в китайском договорном праве ту роль, которую она играет в странах общего права. Цели, которым служит эта доктрина в праве Великобритании и США, в китайском праве достигаются иными средствами, что и является причиной бездействия доктрины.

*Винниченко Ю.В. к.ю.н., доцент
Байкальский государственный университет экономики и права*

Принцип разумности и современная реформа гражданского законодательства России

Современная реформа гражданского законодательства России по темпам ее осуществления может быть обозначена как блиц-реформа. Начавшись во исполнение указа Президента РФ от 18.07.2008 г. № 1108² для широкой юридической общественности с опубликования в конце 2009 г. Концепции развития гражданского законодательства РФ,³ уже к концу 2010 г. работа по совершенствованию норм Общей части отечественного гражданского права завершилась достаточно весомым результатом – созданием проекта федерального закона о внесении изменений в Гражданский кодекс РФ.⁴ Пока указанный законопроект находится на стадии обсуждения, что предполагает возможность его корректировки, необходимо высказать ряд замечаний, призванных способствовать достижению целей проводимой реформы.

В числе таких целей, в первую очередь, определено дальнейшее развитие основных принципов гражданского законодательства РФ, соответствующих новому уровню развития рыночных отношений (п.п. а п. 1 указа Президента РФ от 18.07.2008 г. № 1108) и особо значимых в современном гражданском праве для его эффективного и единообразного применения (п. 1.1. подр. 1 разд. II. Концепции развития гражданского законодательства РФ). Важность и справедливость данного положения сомнений не вызывают.

¹ *Discharge of a contract through anticipatory breach. См.: O'Sullivan J., Hilliard J. The Law of Contract / 3rd ed. – NY, Oxford University Press Inc. – 2008. – P. 373–394; A Dictionary of Law / 6th ed. Edited by E. Martin, J. Law. – NY, Oxford University Press Inc. – 2006. – P. 167.*

² *О совершенствовании гражданского кодекса РФ: указ Президента РФ от 18.07.2008 г. № 1108 // СЗ РФ. – 2008. – 29 (ч. 1). – Ст. 3482.*

³ *Одобрено решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 07.10.2009. // Вестник ВАС РФ. – 2009. – № 11.*

⁴ *[Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.arbitr.ru/press-centr/news/31505.html>.*

В настоящее время к числу принципов гражданского права традиционно относят, в частности, следующие принципы: юридического равенства участников гражданско-правовых отношений, неприкосновенности собственности, свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных субъективных прав, их судебной защиты, принцип надлежащего исполнения обязательств. Примечательно, что ни один из перечисленных гражданско-правовых принципов в действующем Гражданском кодексе России¹ (далее – ГК РФ) собственно «принципом» не назван.

Термин «принцип» в ГК РФ непосредственно используется лишь в отношении гуманности (ст. 137), гуманности и морали (п.п. 4 п. 4 ст. 1349, п. 2 ст. 1419, п.п. 5 п. 4 ст. 1473, п.п. 2 п. 3 ст. 1483), добросовестности и разумности (п. 3 ст. 602, ст. 662), а также в выражениях «нравственные принципы общества» (п. 3 ст. 1064), «принципы открытости процедуры и учета мнения заинтересованных лиц, включая правообладателей» (п.п. 6 п. 1 ст. 1244), «принципы решения задач» (п. 5 ст. 1259). При этом даже по нумерации соответствующих статей кодекса нетрудно заметить, что данные «принципы» закреплены не среди основных положений, касающихся поведения участников любых гражданских правоотношений, а при установлении отдельных прав и обязанностей субъектов. В подобных случаях определенные принципы по сути лишь упоминаются, в силу чего они вряд ли имеют общее регулятивное значение и могут быть использованы для восполнения возможных пробелов в праве. В отличие от этого положения о равенстве участников отношений, неприкосновенности собственности, свободе договора и др., хоть и не обозначенные как принципы гражданского права, но закрепленные в ст. 1 ГК РФ «Основные начала гражданского законодательства», на практике трактуются именно как принципы права² и служат реальным масштабам оценки поведения субъектов даже в тех случаях, когда в нормах права отсутствует непосредственная отсылка к ним.

Отсюда следует, что необходимым условием реализации регулятивной функции того или иного юридического принципа является не просто его упоминание в законодательстве, а такое его легальное оформление, при котором он сформулирован в качестве нормы общего характера. Без придания определенным правилам поведения характера общих положений они будут применяться лишь в прямо указанных законом случаях и, следовательно, с позиций правового регулирования являться не основными идеями, характеризующи-

1 *Гражданский кодекс РФ: Часть первая от 30.11.1994. № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. – № 32. – Ст. 3301; Гражданский кодекс РФ: Часть вторая от 26.01.1996 г. № 14-ФЗ // СЗ РФ. 1996. – № 5. – Ст. 410; Гражданский кодекс РФ: Часть третья от 26.11.2001 г. № 146-ФЗ // СЗ РФ. 2001. – № 49. – Ст. 4552; Гражданский кодекс РФ: Часть четвертая от 18.12.2006 г. № 230-ФЗ // СЗ РФ. – 2006. – № 52 (1 ч.). – Ст. 5496.*

2 См, например: *постановления ФАС Северо-Западного округа РФ от 19.04.2007 г. № А21-5382/2006, от 03.12.2009 г. по делу № А05-5012/2009, ФАС Западно-Сибирского округа от 22.05.2008 г. № Ф04-3131/2008 (5309-А45-13) по делу № А45-11671/2007-33/330, Восьмого арбитражного апелляционного суда от 27.12.2010 г. по делу № А46-2831/2009, Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 14.04.2010 г. по делу № А14-9431/2009/313/35 // Консультант (документы опубликованы не были).*

ми содержание права и определяющими его функционирование, а законодательными требованиями.¹ Таким образом, использование законодателем в отношении отдельных категорий термина «принцип», по-видимому, должно свидетельствовать о выделении таких понятий из общего ряда, стремлении подчеркнуть их большую значимость. Вместе с тем закрепление подобных «принципов» в нормах, устанавливающих юридические обязанности участников лишь определенных видов отношений, ограничивает сферу действия этих положений, делает их весьма декларативными принципами права, вследствие чего с точки зрения юридической техники является не самым удачным способом их нормативной фиксации. В то же время следует отметить, что отсутствие соответствующих общих положений в отношении той или иной категории не исключает возможную характеристику последней как принципа права, однако затрудняет ее широкое применение на практике, поскольку обуславливает необходимость всякий раз доказывать наличие данного принципа.

В свете сказанного безусловного одобрения заслуживает предложение о легальном закреплении в ст. 1 ГК РФ принципа добросовестности, в законопроекте о внесении изменений в ГК РФ получившее отражение в виде включения в данную статью двух дополнительных пунктов следующего содержания: «4. При установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно. 5. Никто не вправе извлекать преимущества из своего незаконного или недобросовестного поведения».

Данные нормы, в случае их принятия, действительно, будут способствовать совершенствованию законодательных основ рыночной экономики. Вместе с тем нельзя не заметить, что в действующем гражданском законодательстве категория «добросовестность» в большинстве случаев используется не самостоятельно, а наряду с такой категорией как «разумность» (см., напр.: п. 2 ст. 6, п. 3 ст. 53, п. 3 ст. 602, абз. 2 ст. 662 ГК РФ). На этом основании закрепление в ст. 1 ГК РФ только принципа добросовестности и отсутствие аналогичных правил в отношении принципа разумности представляется несколько неоправданным и вызывает ряд вопросов. Прежде всего, означает ли это, что разумность не признается принципом гражданского права? Но тогда почему законодатель использует в ГК РФ выражение «принцип разумности»? Или быть может разработчиками Концепции, а вслед за ними – и авторами законопроекта о внесении изменений в ГК РФ воспринята позиция, согласно которой принцип разумности является одним из аспектов принципа добросовестности?² Но в этом случае необходимо проявить последовательность и подвергнуть изменению

1 Виниченко Ю.В. *Требования в праве (общетеоретический аспект)* // *Известия ИГЭА (Байкальский государственный университет экономики и права) – электронный научный журнал*. – 2010. – № 6. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://eizvestia.isea.ru/> (01.02.2011 г.).

2 См., напр.: Белов В.А. *Добросовестность, разумность и справедливость как принципы гражданского права* // *Законодательство*. – 1998. – № 8. – С. 50; Скловский К.И. *Собственность в гражданском праве*. – М., 1999. – С. 100.

целый ряд норм, где «разумность» и «добросовестность» используются «на равных».

В данной связи следует указать, что несмотря на отсутствие единства в вопросе о том, является ли принцип разумности самостоятельным принципом гражданского права или входит в состав иных принципов, в целом гражданско-правовой принцип разумности получил свое доктринальное признание.¹ Представляется, что в гражданском праве он является самостоятельным принципом, который имеет общеотраслевое значение и заключается в необходимости субъектов целесообразно действовать при приобретении, осуществлении и защите субъективных гражданских прав, при создании и исполнении юридических обязанностей (т. е. соотносить свои действия с целями типичных гражданско-правовых моделей поведения).²

О том, что разумность значима с позиций гражданско-правового регулирования в целом свидетельствует и анализ действующего гражданского законодательства: разумность подлежит учету при определении пределов осуществления гражданских прав (ст. 10 ГК РФ), при защите гражданских прав (ст. 1101 ГК РФ), а также при применении гражданского законодательства (п. 2 ст. 6 ГК РФ), в последнем случае являясь одним из самых предельных оснований оценки действий субъектов.

Судя по законопроекту о внесении изменений в ГК РФ, сужение сферы действия «разумности» не планируется. Так, п. 2 ст. 6 кодекса оставлен без изменений вовсе; в ст. 10 ГК РФ презумпции разумности действий участников гражданских правоотношений предложено придать еще более общий характер. Кроме того, наряду с сохранением в Части первой ГК РФ уже существующих норм о разумности (напр., п. 3 ст. 53, п. 2 ст. 72, п. 2 ст. 76, п. 2 ст. 314, ст. 375, ст. 397, п. 1 ст. 399, п. 1 ст. 404, п. 2 ст. 428, ст. 451 ГК РФ), имеется масса новых положений (напр., в законопроекте о внесении изменений в ГК РФ – п. 4 ст. 62, п. 4 ст. 1571, п. 1 ст. 178, п. 3 ст. 183, п. 2 и п. 3 ст. 345, ст. 3583, п. 3 ст. 367, п. 2 ст. 376, п. 5 ст. 393, п. 2 ст. 3931, ст. 415, п. 2 ст. 4461). Совершенно новым является использование категории «разумность» при правовой регламентации вещных отношений (п. 1 ст. 295 «Ограничения права собственности на земельный участок в пользу соседей», п. 2 ст. 296 «Виды ограничений права собственности на земельный участок в пользу соседей», п. 3 ст. 2972 «Основные положения о праве собственности на объект незавершенного строительства»).

Изложенное позволяет сделать вывод, что разумность пронизывает и обуславливает действие большинства ключевых институтов гражданского права, в связи с чем ее следует относить к числу принципов гражданского права.

¹ См., напр.: *Большой юридический словарь* / под ред. А.Я. Сухарева, В.Д. Зорькина, В.Е. Крутских. – М., 1999. – С. 170; *Гражданское право: в 2 т. Т. II. Полутом 1: учеб. / отв. ред. Е.А. Суханов.* – М., 2004. – С. 44; *Ключков А.А. Стандартные (общие) условия договоров в коммерческом обороте: правовое регулирование в России и зарубежных странах: дис. ... канд. юрид. наук.* – М., 2000. – С. 141; *Словарь гражданского права / под общ. ред. В.В. Залесского.* – М., 1998. – С. 58.

² *Виниченко Ю.В. Разумность в гражданском праве России: дис. ... канд. юрид. наук.* – Иркутск, 2003.

В завершение хочется выразить надежду, что определенная действующим гражданским законодательством сфера действия категории «разумность», а также имеющееся доктринальное признание принципа разумности получат, наконец, адекватное нормативное закрепление разумности в числе основных начал гражданского законодательства (в ст. 1 ГК РФ). При условии общего терминологического единства, помимо унификации и повышения эффективности применения гражданско-правовых норм, это будет также соответствовать тому действительному значению, которое категория «разумность» имеет в праве.

Волк Е.А.

Белорусский государственный университет информатики и радиоэлектроники

Современные проблемы применения коллективных договоров в трудовом праве Беларуси

В ч. 2 ст. 356 ТК Беларуси закреплено, что при наличии нескольких представительных органов работников каждому из них предоставляется право на ведение коллективных переговоров от имени представляемых ими работников. Однако законом не урегулирован порядок представительства. Данное право может реализовываться посредством создания единого представительного органа или путем инициирования и ведения переговоров с нанимателем каждым из существующих профсоюзов или иных органов. Последний вариант, безусловно, усложняет процесс ведения переговоров.

Для обеспечения участия в заключении коллективного договора и соглашения наибольшего количества работников в лице их представителей, а также заинтересованности менее представительных профсоюзов в коллективно-договорном регулировании ч. 2 ст. 356 ТК Беларуси предлагается изложить в новой редакции: «При наличии на уровне отрасли, территории, организации нескольких представительных органов работников каждому из них предоставляется право на ведение коллективных переговоров от имени представляемых им работников, а также право создавать единый орган, представляющий интересы всех работников при ведении коллективных переговоров. Формирование единого представительного органа осуществляется на основе принципа пропорционального представительства. При этом профсоюз, объединяющий более половины работников, соответствующей организации, отрасли, территории не вправе отказаться создавать единый представительный орган, если им было получено такое предложение от менее представительных профсоюзов или иных представительных органов работников». Данная норма позволит создавать единый представительный орган со стороны работников, если существует несколько представителей работников (причем не только профсоюзов, но и иных представительных органов). Профсоюзы по различным причинам

могут не являться членами объединений профсоюзов, однако это не должно ограничивать их право на участие в коллективных переговорах.

В целях вовлечения нанимателей, не являющихся членами объединений нанимателей, в процесс коллективно-договорного регулирования трудовых и социально-экономических отношений, более широкого распространения сведений о действующих отраслевых и местных коллективных соглашениях, ввиду отсутствия их единой базы, а также установления равных условий для работников, занятых в определенной отрасли или местности предлагается ст. 365 ТК дополнить частями 4 и 5 следующего содержания:

«По инициативе хотя бы одной из сторон коллективного соглашения государственным органом, его заключившим, официально публикуется предложение о присоединении к данному соглашению нанимателей, которые осуществляют свою деятельность в соответствующей отрасли или на соответствующей территории и не участвовали в заключении указанного коллективного соглашения. Официальное предложение должно содержать сведения о сторонах коллективного соглашения, его регистрации и опубликовании.

Наниматели, не участвовавшие в заключении коллективного соглашения, имеют право по собственной инициативе присоединиться к нему, написав заявление в государственный орган, заключивший соответствующее соглашение.»

На наш взгляд, именно за государственным органом, как представителем государства, следует закрепить обязанность публиковать предложение о присоединении. Такое предложение может размещаться, например, в изданиях, в которых публикуются нормативные правовые акты: газеты «Республика», «Советская Белоруссия» и др. В связи с отсутствием единого информационного банка коллективных договоров и соглашений, заключаемых в Республике Беларусь, а также требования об их обязательном опубликовании, размещение в средствах массовой информации предложения о присоединении к коллективному соглашению позволит наибольшему числу нанимателей и работников узнать о заключаемых отраслевых и местных коллективных соглашениях. Наниматели, которые не участвовали в заключении коллективного соглашения, вправе присоединиться к нему не только после опубликования соответствующего предложения, но и по своему желанию в любое время, что должно быть отражено в ТК.

Некоторые проблемы возникают при регистрации коллективных договоров, соглашений. Документы для регистрации предоставляет наниматель (ч. 1 ст. 371 ТК), следовательно, и заявление должно быть подписано представителем нанимателя. По сложившейся на основе вышеназванной нормы закона практике заявления, подписанные представителем профсоюза, в регистрирующем органе не принимаются. Хотя фиксируется достаточно много случаев подачи документов для регистрации именно профсоюзами.¹ Данный подход

¹ Афанасенко А. Порядок и стадии заключения коллективного договора // *Юридический мир*. – 2009. – № 1. – С. 46.

законодателя и регистрирующих органов, по нашему мнению не соответствует такому принципу социального партнерства как равноправие сторон (п. 1 ст. 353 ТК). В целях устранения данного противоречия необходимо дополнить ч. 1 ст. 371 ТК указанием на альтернативных субъектов (нанимателя или работников в лице их представителей), подающих заявление о регистрации коллективного договора, соглашения.

Сложившийся на практике подход о регистрации только самого текста коллективного договора, на наш взгляд, является не верным. Ч. 3 ст. 364 ТК содержит норму о том, что коллективный договор может иметь приложения, являющие его неотъемлемой составной частью. В целях устранения данного недостатка, п. 2 ч. 1 ст. 371 ТК следует дополнить, указав, что регистрации подлежит коллективный договор, включая его приложения.

Терминологически не правильно упоминать в нормах закона (п. 3 ст. 371 ТК) «документы, подтверждающие полномочия сторон». Сторонами коллективного договора являются наниматель и работники организации. А подписывают коллективный договор, соглашение представители сторон. Поэтому необходимо подтверждение полномочий не сторон, а их представителей на подписание коллективного договора, соглашения.

Для устранения выявленных пробелов и недостатков порядка регистрации коллективных договоров и соглашений, предлагается ч. 1 ст. 371 ТК изложить в следующей редакции:

«Для регистрации коллективного договора, соглашения наниматель либо представительный орган работников (если наниматель в течение месяца с момента заключения коллективного договора, соглашения не обратился за регистрацией) представляет в соответствующий государственный орган следующие документы:

- 1) заявление с просьбой о регистрации;
- 2) коллективный договор, включая приложения к нему, коллективное соглашение, каждые страницы которых подписаны представителями сторон;
- 3) копии документов, подтверждающих полномочия представителей сторон на подписание коллективного договора, соглашения».

Проведение анализа содержания коллективных договоров и соглашений, заключаемых в Республике Беларусь, позволило сделать вывод о недостаточном использовании их возможностей в регулировании трудовых и связанных с ними отношений. В целях эффективного применения социально-партнерских соглашений для снижения негативных последствий финансово-экономического кризиса следует разрабатывать и включать в их содержание дополнительные гарантии и компенсации:

- 1) при увольнении работников, включая увольнение в связи с истечением срока действия контракта. Например, не допущение увольнения одновременно двух работников из одной семьи при сокращении численности или штата;

2) при установлении неполного рабочего времени и предоставлении отпуска без сохранения или частичным сохранением заработной платы по инициативе нанимателя, включая определение размеров заработной платы;

3) для лиц, участвующих в проведении коллективных переговоров. Например, запрет увольнения по инициативе нанимателя лиц, избравшихся в состав профсоюзных органов, в течение двух лет после окончания выборных полномочий, кроме случаев полной ликвидации организации, или совершения работником виновных действий, за которые законодательством предусмотрена возможность увольнения.

Гажа Е.А.

Федеральная таможенная служба Российской Федерации

Некоторые проблемы правового регулирования обязанности застройщика передать объект долевого строительства

Одной из обязанностей застройщика по договору участия в долевом строительстве в соответствии с Федеральным законом от 30.12.2004 г. № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации»¹ (далее – Закон) является обязанность передать соответствующий объект долевого строительства участнику долевого строительства (п. 1 ст. 4, ст. 8).

Застройщик вправе и обязан передать объект долевого строительства участнику долевого строительства только после получения разрешения на ввод объекта в эксплуатацию (п. 2 ст. 8 Закона), которое представляет собой документ, удостоверяющий выполнение строительства объекта недвижимости в полном объеме в соответствии с разрешением на строительство, соответствие построенного объекта градостроительному плану земельного участка и проектной документации (ст. 55 Градостроительного кодекса РФ), причем не позднее предусмотренного договором срока (п. 1 ст. 6 Закона).

Содержание рассматриваемой обязанности застройщика включает: во-первых, направление участнику долевого строительства в установленный срок сообщения о завершении строительства (создания) объекта недвижимости в соответствии с договором и о готовности объекта долевого строительства к передаче, а также предупреждение участника долевого строительства о необходимости принятия объекта долевого строительства и о последствиях его бездействия (п. 4 ст. 8 Закона); во-вторых, передачу объекта долевого строительства участнику долевого строительства в срок, предусмотренный договором

¹ Собрание законодательства РФ. – 2005. – № 1. – Ст. 40.

(ст. 6 Закона); в-третьих, передачу объекта, качество которого соответствует обязательным требованиям (ст. 7 Закона).

Закон подробно регламентирует правила передачи объекта долевого строительства (ст. 8 Закона), однако, порядок приемки не предусмотрен, что, на наш взгляд, является недостатком законодательства, так как у сторон отсутствуют правовые ориентиры при проведении приемки, основания предъявления соответствующих требований при осуществлении проверок.

Срок передачи объекта долевого строительства участнику долевого строительства должен быть единым для участников долевого строительства, которым застройщик обязан передать объекты долевого строительства, входящие в состав многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости или в состав блок-секции многоквартирного дома, имеющей отдельный подъезд с выходом на территорию общего пользования за исключением случая, если строительство не может быть завершено в предусмотренный договором срок (ст. 6 Закона). Кроме того, в случае, если строительство (создание) многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости не может быть завершено в предусмотренный договором срок, застройщик не позднее чем за два месяца до истечения указанного срока обязан направить участнику долевого строительства соответствующую информацию и предложение об изменении договора (п. 3 ст. 6 Закона).

Таким образом, законодатель предписывает включение срока строительства многоквартирного дома и срока передачи объекта долевого строительства участнику долевого строительства в договор, однако, последний называется в числе существенных условий договора (п. 4 ст. 4 Закона), тогда как первый таковым не является. Подобная позиция законодателя представляется недостаточно обоснованной и последовательной.

Кроме того, Законом не предусмотрены правовые последствия недостижения соглашения застройщиком и участником долевого строительства о новом сроке передачи объекта долевого строительства. Наличие предписания в Законе о направлении участнику долевого строительства предложения об изменении договора (причем изменять предусмотренный договором срок предписано в порядке, установленном Гражданским кодексом РФ (п. 3 ст. 6 Закона)) может способствовать злоупотреблению правом как со стороны застройщика (нежелающего определять новый срок завершения строительства), так и со стороны участника долевого строительства (намеренно затягивающего согласование срока, чтобы увеличить неустойку за просрочку передачи объекта). Поэтому подобное правовое предписание представляется крайне неудачным.

Изменение срока передачи возможно в порядке, установленном Гражданским кодексом РФ, и без включения этого правила в п. 3 ст. 6 Закона. На наш взгляд, решение проблемы продления срока завершения строительства должно ставиться в зависимость от добросовестности застройщика. Так, просрочка завершения строительства может быть связана с обстоятельствами, незави-

сящими от действий (бездействия) застройщика, например, с существенным затягиванием срока выдачи соответствующего разрешения уполномоченным органом. При этом застройщик должен быть освобожден от ответственности, если срок завершения строительства и получения разрешения на ввод в эксплуатацию объекта недвижимости продляется по причинам, независящим от застройщика, но при условии, если застройщик своевременно (не позднее, чем за два месяца до истечения срока завершения строительства, предусмотренного договором) и надлежащим образом направил участнику долевого строительства соответствующую информацию. При этом обязанность доказывания таких причин и обстоятельств должна возлагаться на застройщика.

Качество передаваемого объекта долевого строительства должно соответствовать условиям договора (законодатель предусмотрел возможность включения таких условий), требованиям технических регламентов, проектной документации и градостроительных регламентов, а также иным обязательным требованиям (п. 7 Закона).

Гарантийный срок для объекта долевого строительства, за исключением технологического и инженерного оборудования, входящего в состав такого объекта долевого строительства, устанавливается договором и не может составлять менее чем пять лет. Гарантийный срок на технологическое и инженерное оборудование, входящее в состав передаваемого участникам долевого строительства объекта долевого строительства, устанавливается договором и не может составлять менее чем три года. Указанный гарантийный срок исчисляется со дня подписания первого передаточного акта или иного документа о передаче объекта долевого строительства (п. 5, 5.1 ст. 7 Закона).

Правило о гарантийном сроке предполагает, что застройщик гарантирует соответствие качества объекта долевого строительства, технологического и инженерного оборудования условиям договора и обязательным требованиям в течение всего гарантийного срока. Другими словами, качество объекта и оборудования должно быть не ниже предусмотренного как минимум на протяжении всего гарантийного срока. Данный вывод следует из системного толкования гражданского законодательства о гарантийных сроках (п. 2 ст. 470 ГК РФ, п. 2 ст. 755 ГК РФ и др.), однако, целесообразно подобные правила включить и в законодательство об участии в долевом строительстве. Также в действующее законодательство целесообразно, по нашему мнению, внести изменения, согласно которым, если иное не предусмотрено договором, застройщик обязан передать участнику долевого строительства одновременно с передачей объекта долевого строительства его принадлежности, а также относящиеся к нему документы (необходимое оборудование, если таковое должно находиться в составе объекта, сертификат качества, паспорт изделия и иная документация, касающаяся принадлежностей объекта и т. п.), предусмотренные законодательством и договором. Таким образом, правовое регулирование обязанности застройщика передать объект долевого строительства участнику долевого

строительства требует дополнения в части урегулирования некоторых проблемных вопросов взаимодействия сторон договора, а также закрепления ряда значимых правовых последствий действий (бездействия) каждой из сторон при приеме-передаче объекта долевого строительства.

*Газалиев Э.У.
Институт права БашГУ*

Медиация как альтернативная процедура урегулирования споров

В последнее время в России и за рубежом все большее внимание уделяется вопросам альтернативного разрешения гражданско-правовых споров. Осуществление в российском обществе глубоких экономических, политических, государственно-правовых и других изменений характеризуется значительным усилением социально-правовой напряженности, возникновением огромного количества конфликтов в правовой сфере, многие из которых годами остаются неразрешенными. Традиционно защита нарушенных прав и охраняемых законом интересов осуществляется судами, которые организуются и финансируются государством. Но сегодняшнее российское правосудие при многих очевидных достоинствах имеет и ряд недостатков: большая загруженность судов, длительность и сложность судопроизводства, значительные судебные издержки, не отработан механизм достижения состязательности и равенства сторон в процессе, возможно заочное решение (без участия сторон), гласность судебного разбирательства приводит к разглашению конфиденциальной информации, критерии справедливости решения спора находятся в юридической плоскости и часто не совпадают с представлениями о справедливости людей, не имеющих юридической подготовки, поэтому очень часто решения суда оставляют негативную реакцию у сторон, в итоге конфликт прекращается силовым решением, но не разрешается, в связи с чем акты правосудия не исполняются. Исходя из всего этого, необходимо увеличить роль процедуры альтернативного разрешения споров, которая в последствии сможет решить накопившиеся проблемы правовых споров и даст толчок к развитию экономических отношений. Такой процедурой может стать медиация. Это старинная форма разрешения спора, предполагающая участие нейтральной незаинтересованной стороны, авторитетной для всех участников – медиатора. Понятие «медиация» происходит от латинского «mediare» – посредничать. Медиация, основными принципами которой являются проявление уважения друг к другу, принятие друг друга, умение слушать и слышать, обязательное соблюдение конфиденциальности – это возможность для всех участников спора выйти из него победителями при отсутствии побежденных.¹

¹ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.mediacia.com>.

Медиация – это альтернативная форма разрешения конфликта с участием третьей нейтральной, беспристрастной, не заинтересованной в данном конфликте стороны – медиатора, который помогает сторонам выработать определенное соглашение по спору, при этом стороны полностью контролируют процесс принятия решения по урегулированию спора и условия его разрешения.

Начальная проблематика процедуры была связана с несовершенством действующего федерального законодательства, о чем свидетельствовали ученые и эксперты.¹ Но с принятием ФЗ № 193 «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» от 27 июля 2010 г. эта проблема отпала. Появились новые вопросы уже к действующему законодательству: кто именно войдет в «армию» данных посредников. В президентском законопроекте сказано, что профессионально такую деятельность вправе осуществлять лица не моложе 25 лет, имеющие высшее профессиональное образование (какое именно, не уточняется) и прошедшие курс обучения по специальной программе подготовки (что входит в программу, тоже неизвестно). Кроме выбора посредников, по мнению экспертов, есть еще одна проблема, которая может отпугнуть от процедуры медиации обычных граждан и бизнес. Предполагается, что такое посредничество будет платным.² Так же исходя из опыта других стран в частности США необходимо не исключать тот факт что становление процедуры медиации будет проходить медленно.

*Галаятдинова Р.Р.
Институт права БашГУ*

Понятие жилых помещений, входящих в состав наследства

Особая значимость прав граждан на жилые помещения подтверждается закреплением их в Конституции РФ,³ а также в ряде важных законодательных актах. Провозглашение в Конституции РФ права на жилище обусловило выделение всех отношений, возникающих по поводу жилого помещения, его использования и эксплуатации в самостоятельную группу. Практически всеми авторами признается, что Конституция РФ создала правовые основы для стабильного пользования жилым помещением, которое должно быть обеспечено государством.⁴

Жилищным кодексом РФ (далее ЖК РФ) и Постановлением Правительства РФ от 28 января 2006 г. № 47 «Об утверждении Положения о признании помещения жилым помещением, жилого помещения непригодным для про-

1 Доклад председателя Арбитражного суда Челябинской области В.И. Коротенко на пресс-конференции, посвященной развитию альтернативных способов урегулирования экономических споров.

2 Васильева Ю. Без суда, с посредником // Российская Бизнес-газета. – 2011. – № 783 (1).

3 Конституция РФ от 12.12.1993 г. // Российская газета от 25.12.1993 г.

4 Седугин П.И. Жилищное право. Учебник для вузов. – М., 2001. – С. 14.

живания и многоквартирного дома аварийным и подлежащим сносу» жилым помещением признается изолированное помещение, которое является недвижимым имуществом и пригодно для постоянного проживания граждан (отвечает установленным санитарным и техническим правилам и нормам, иным требованиям законодательства).

Исходя из данного определения, можно выделить такие признаки жилого помещения как: изолированность; принадлежность к недвижимому имуществу; пригодность для постоянного проживания граждан.

Под первым признаком жилого помещения подразумевается возможность отделения от других жилых помещений и отграничения от остального пространства, другими словами, обособление индивидуального жизненного пространства человека от непосредственной среды обитания других лиц.

Второй признак характеризует жилое помещение как недвижимое имущество. При этом важно отметить, что недвижимость в жилищной сфере имеет характерную отличительную особенность: все объекты в жилищной сфере действительно являются недвижимыми, т. е. они связаны с землей так, что их перемещение без несоразмерного ущерба их назначению невозможно (п. 1 ст. 130 ГК РФ). В других отраслях народного хозяйства к недвижимости отнесены и фактически перемещаемые вещи (воздушные и морские суда, автомобильный транспорт и др.), которые также подлежат государственной регистрации, как и жилые помещения.

Пригодность для постоянного проживания граждан означает соответствие жилого помещения установленным санитарным и техническим правилам и нормам. Согласно ст. 23 Федерального закона «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения»¹ жилые помещения по площади, планировке, освещенности, инсоляции, микроклимату, воздухообмену, уровням шума, вибрации, ионизирующих и неионизирующих излучений должны соответствовать санитарным правилам в целях обеспечения безопасных и безвредных условий проживания независимо от его срока.² Так, Санитарными правилами установлены гигиенические требования к естественному, искусственному и совмещенному освещению жилых и общественных зданий. В частности, отмечается, что помещение с постоянным пребыванием людей должны иметь естественное освещение.³

1 *Федеральный закон от 30.03.1999 г. № 52-ФЗ (ред. От 30.12.2008.) «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения» // СЗ РФ. – 1999. – № 14. – Ст. 1650; Российская газета. – 1999. – № 64–65.*

2 *Санитарные правила и нормы установлены СанПиН 2.2.1/2.1.1.1076-01 «Гигиенические требования к инсоляции и солнцезащите помещений жилых и общественных зданий и территорий», утвержденные Главным государственным санитарным врачом РФ от 19.10.2001 г., и Санитарно-эпидемиологические правила и нормативы – СанПиН 2.1.2 1002-00 «Санитарно-эпидемиологические требования к жилым зданиям и помещениям», утвержденные Главным государственным санитарным врачом РФ от 15.12.2000.*

3 *Санитарные правила и нормы «Гигиенические требования к естественному, искусственному и совмещенному освещению жилых и общественных зданий. СанПиН 2.2.1/2.1.11278-03». Утверждены Постановлением Главного государственного санитарного врача РФ от 6.04.2003 г. № 34 // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. – 2003. – № 91.*

Нельзя не согласиться с мнением некоторых авторов,¹ которые наряду с вышеуказанными признаками жилого помещения выделяют также и его функциональное назначение: оно предназначено для проживания граждан. Использование в других целях (например, размещение промышленных производств, предприятий, учреждений, организаций) допускается только после перевода жилого помещения в нежилое (п. 3 ст. 288 ГК РФ).

В юридической литературе можно встретить мнение некоторых авторов о том, что немаловажным дополнительным критерием, наиболее полно характеризующим жилое помещение, является благоустроенность жилого помещения. При этом в понятие благоустроенности должны быть включены не только соответствие санитарным и техническим нормам, но и обеспеченность основными коммунальными удобствами, которые являются необходимыми по строительным правилам, применяемым к застройке данного района или населенного пункта.² Однако, с точки зрения другой группы авторов, благоустроенность – понятие относительное, так как оно изменяется по мере развития градостроительства и во многом зависит от местных условий, от условий данного населенного пункта.³ Видимо, именно по этой причине законодатель в настоящее время вообще исключил благоустроенность из признаков, характеризующих помещение как жилое.

К особенностям жилого помещения как объекта наследования относится обязательность государственной регистрации права. Несоблюдение данного требования законодательства в отношении, вновь возведенного объекта по существу впоследствии выводит такое имущество из состава наследственной массы. Таким образом, мы можем сказать, что жилое помещение – это объект материального мира, способный участвовать в гражданском обороте и предназначенный для удовлетворения потребности человека в жилище.

Гапеенок Д.Е.

Московский институт экономики менеджмента и права

К вопросу о необходимости совершенствования правового регулирования отношений в области риэлтерской деятельности

Изменяющиеся экономические условия поставили глобальную цель для современной юриспруденции, в частности для гражданского права: создать идеальную модель правового регулирования рынка риэлтерских услуг. Проблема

¹ Лапач В.А. Изменение назначения помещения: некоторые правовые вопросы // Закон. 2006. – № 8. – С. 18–20; Кузьмина И. Понятие жилого помещения // Российская юстиция. – 2001. – № 9. – С. 30.

² Малахова А.А. Признаки жилого помещения в свете положения ЖК РФ // Юрист. – 2006. – № 10. – С. 50.

³ Приходько И.А. Жилищное законодательство. Комментарий / Под ред. В.Ф. Яковлева, П.И. Седугина. – М., 1991. – С. 279–280.

должна решаться на трех уровнях: теоретическом, нормативно-правовом и практическом.

В настоящее время правовое регулирование риэлтерской деятельности, помимо Гражданского кодекса РФ осуществляется на уровне правовых актов Правительства РФ и нормативных актов органов исполнительной власти субъектов РФ. Субъекты РФ принимают нормативные правовые акты в соответствии с основами конституционного строя РФ.¹ На настоящий момент отсутствуют правовые основы взаимоотношений исполнителей и потребителей риэлтерских услуг.

Необходимость совершенствования правового регулирования отношений в сфере риэлтерской деятельности обусловлена рядом теоретических и практических проблем правового регулирования в этой сфере. Особенно остро стоит проблема регламентации условий обеспечения правомерности и результативности сделок с недвижимостью. Противоречивость и несовершенство законодательства в сфере риэлтерской деятельности повысили спрос на посреднические услуги при заключении сделок с недвижимостью. Договорные отношения, возникающие в риэлтерской деятельности, вызвали необходимость разработки новых теоретических подходов к пониманию на базе российского и зарубежного опыта современной природы правоотношений по поводу обеспечения условий посредничества на рынке недвижимости.

Особенностью данных правовых отношений является тот факт, что предметом риэлтерского договора является оказание услуг, которые могут включать в себя посредническую, оценочную, маркетинговую, консультационную деятельность, а также юридические действия (представительство риэлтором интересов клиента в органах государственной власти, местного самоуправления и иных организациях). Из данного определения можно видеть сходство данного договора с правовой конструкцией договора поручения и агентского договора.

Риэлтерская деятельность определяется как деятельность, сопутствующая совершению сделок с недвижимостью. В связи с этим к видам риэлтерской деятельности относится: предоставление консультационных услуг, услуг по изучению конъюнктуры рынка, деятельность в качестве агента, доверительное управление недвижимым имуществом и прочее.

Таким образом, в рамках осуществления риэлтерской деятельности могут быть использованы в первую очередь, договор возмездного оказания услуг, поручение, комиссия, агентский договор, доверительное управление. Правовое регулирование риэлтерской деятельности складывается из комплекса частноправовых обязательств, на реализацию которых направлена деятельность риэлтора. В частности к ним относятся обязательства, вытекающие из

¹ Постановление РФ от 10.02.1997 г. № 29. Об утверждении положения о лицензировании риэлтерской деятельности на территории Нижегородской области (в ред. постановления Администрации Нижегородской области от 24.02.1999 г. № 52 и Указа Губернатора Нижегородской области от 21.09.2001 г. № 40).

договоров возмездного оказания услуг, регулируемых нормами гл. 39 ГК РФ. Следует также исходить из возможности заключать как договоры, предусмотренные п. 2 ст. 421 ГК РФ, так и договоры, содержащие элементы различных видов договоров, так называемые смешанные договоры (п. 3 ст. 421 ГК РФ). Поэтому стороны договора, предметом которого является оказание риэлтерских услуг, вправе самостоятельно решать, какой договор они намерены заключить. Это может быть как договор возмездного оказания услуг, так и посреднический договором с последующим применением к нему норм главы 52 ГК РФ.

Решение проблемы договорного регулирования риэлтерской деятельности связано с необходимостью четкой регламентации объема и содержания прав и обязанностей сторон. Это, в первую очередь, установление существенных условий договора о риэлтерской деятельности (условий о сроке, качестве оказываемых услуг, их цене); регламентации пределов и оснований ответственности риэлтора при ненадлежащем установлении договорного обязательства. Неразрешенность этих проблем приводит к серьезным осложнениям, возникающим в правоприменительной деятельности при обеспечении защиты прав и законных интересов сторон договора.

Немаловажное, а скорее существенное, значение имеет качество услуг. Специального регулирования качества услуг в сфере риэлтерской деятельности в законодательстве на настоящий момент нет. В соответствии со ст. 783 ГК РФ общее положение о подряде и положения о бытовом подряде могут быть применены и к договору возмездного оказания услуг, если это не противоречит особенностям предмета договора.¹ Условий о качестве оказываемых услуг не было предусмотрено и в Проекте закона о риэлтерской деятельности.²

Общее правило, применяемое к договорам о возмездном оказании услуг – это предусмотренное ст. 721 и 783 ГК РФ условие о том, что качество должно соответствовать условиям договора или требованиям, обычно предъявляемым к этим услугам. Полагаем, что относительно вопроса качества оказываемых услуг следует обратиться к положениям Закона РФ «О защите прав потребителей». В соответствии со ст. 4 указанного Закона, при отсутствии в договоре условий о качестве услуги исполнитель обязан оказать услугу, пригодную для целей, для которых услуга такого рода обычно используется.³

Таким образом, на практике часто возникают вопросы относительно качества оказанной услуги. По общему правилу, основанием для привлечения к ответственности исполнителя является установление того факта, что некачественное оказание услуг стало следствием нарушения требований, указанных

¹ Гражданский кодекс РФ. Часть 2 от 26.01.1996 г. № 14-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 5. – Ст. 410.

² Проект Федерального закона «О риэлтерской деятельности в Российской Федерации»: письмо Президента РФ от 11.06.1998 г. № 819.

³ Закон РФ «О защите прав потребителей» от 07.02.1992 г. № 2300-1 (ред. от 21.12.2004 г.) // Российская газета. – 1996. – № 8.

в договоре, а в случае их отсутствия – требований, обычно предъявляемых к подобного к такого рода обязательствам.

В связи с этим особое внимание следует уделять именно условиям о качестве оказываемых услуг. Несмотря, на особую важность этого условия, проблема правового регулирования обеспечения качества услуги недостаточно регламентируется законодателем.

Под качеством оказываемой услуги следует понимать соответствие результата определенным стандартам. Таким образом, оценка качества имеет оценочный характер. Соответственно определение того оказана услуга надлежащим образом или ненадлежащим образом будет зависеть в том числе и от того, удовлетворяет ли оказанная услуга те требования, которые были предъявлены конкретным заказчиком, то есть в данном случае определение качества услуги будет иметь индивидуальный характер. Однако для совершенства правового регулирования риэлтерской деятельности необходимо установление единых стандартов, которые бы определяли четкие критерии, которые позволяли бы соотнести качество предоставленной услуги с теми требованиями, которым должны соответствовать оказываемые услуги.

Как осуществление, так и правовое регулирование риэлтерской деятельности усложняется: во-первых, смешанным характером правовых отношений; во-вторых, отсутствием единого правового акта, регулирующим риэлтерские услуги. На сегодняшний день в правоприменительной практике отсутствует единообразное понимание природы риэлтерского договора. Совершенствование правовой регламентации деятельности риэлторов позволит избежать многих недостатков института посредничества на рынке недвижимости. Актуальность усовершенствования законодательства в сфере риэлтерских услуг обусловлена, возможностью, в первую очередь дать точное понятие риэлтерской деятельности, и соответственно, обозначить спектр услуг, которые предоставляются в рамках осуществления риэлтерской деятельности, определить характер договорных отношений, установить гарантии осуществления риэлтерской деятельности.

*Гладких И.А.
Институт права БашГУ*

Становление института участия в долевом строительстве в Российской Федерации

На сегодняшний день распространено участие в долевом строительстве. В процессе становления данного института была выработана нормативная база, сформирована практика. В своем исследовании мы рассмотрим вопрос возникновения этого института.

Одной из первых предпосылок возникновения института участия в долевом строительстве в России было распространение в советский период времени строительства жилья и социокультурных объектов путем привлечения на долевых началах средств социалистических организаций.

В определенной мере причиной возникновения института участия в долевом строительстве послужило широкое распространение в 60–80-е годы прошлого столетия договоров между жилищно-строительными кооперативами (ЖСК) и Управлениями капитального строительства (далее – УКСами), Отдела капитального строительства (далее – ОКСами) о передаче последним функций заказчика (что и явилось их основным условием). Заключение такого рода договоров проходило в соответствии с требованиями постановления Совета Министров СССР от 19.11.1964 г. № 943 «О дальнейшем развитии кооперативного жилищного строительства».

Правовое положение сторон в указанных видах соглашений (протоколах согласования и договорах между УКСами (ОКСами) и ЖСК) были схожими: основные обязанности УКСа (ОКСа) заключались в заказе проектно-сметной документации на строящийся для ЖСК дом, привлечении подрядчика, осуществлении технического надзора за ходом строительства, приемке дома и передаче его предприятиям, ЖСК. Основная обязанность последних состояла в финансировании расходов по строительству жилого дома.

Примечательным в данном случае является то, что УКС (ОКС) в рассматриваемых правоотношениях являлся не столько представителем предприятий ЖСК, сколько самостоятельным субъектом, действовал хотя и в интересах «заказчиков», но от своего имени (заключал договоры подряда на капитальное строительство, обладал полномочиями по взысканию санкций с подрядчиков, нес ответственность перед предприятиями и ЖСК за неисполнение своих обязательств по соответствующим договорам).

Рассмотрев первую предпосылку можно сделать следующий вывод, участие в долевом строительстве является первоначальным способом возникновения права собственности на объект недвижимости.

Вопрос о долевом строительстве, хотя и был урегулирован в позитивном праве относительно недавно, практикой ставился уже с первой половины 90-х гг. прошлого столетия. Бросая ретроспективный взгляд на генезис института долевого строительства, с сожалением приходится констатировать, что и отечественный законодатель, и правоприменители в большинстве своем оказались бессильны в разрешении возникшей на практике юридической проблемы квалификации таких отношений в пределах институтов, предоставляемых действующим гражданским законодательством. Появлению института участия в долевом строительстве в 90-х гг. способствовал ряд причин.

Во-первых, в национальной экономике сложилась ситуация, при которой существовавшая ранее государственная система жилищного строительства оказалась разрушенной, а у частного сектора собственных средств необходи-

мых для инвестирования в строительство массового жилья не было. Для сравнения, в послевоенные годы остро стоял жилищный вопрос, что и порождало готовность населения авансом финансировать застройщиков под обещание предоставления в будущем квартир в построенных домах.

Интерес застройщиков к реализации такой схемы финансирования их деятельности был подогрет фискальной политикой государства, которое на уровне Министерства финансов РФ квалифицировало соответствующие операции в качестве инвестиционных, тем самым исключив их из операций, образующих налогооблагаемую базу для налога на добавленную стоимость.

Во-вторых, многими исследователями подчеркивается существенный недостаток того времени: ст. 263 ГК РФ была парализована примечанием к гл. 17 ГК РФ относившим вступление данной статьи в силу к моменту принятия Земельного кодекса, и регистрация прав на недвижимое имущество и право собственности на квартиры во вновь построенных жилых домах осуществлялась непосредственно на дольщиков.

В-третьих, отмечаются еще такие причины: дешевизна средств, получаемых застройщиками от граждан, по сравнению с весьма дорогим банковским кредитом; длительная неопределенность судебной практики в вопросе о применении к отношениям по договорам долевого участия законодательства о защите прав потребителей, что было весьма выгодно для застройщиков, зачастую не выдержавших принятых на себя обязательств и др.

В процессе развития отношений по долевого строительству, были сформулированы и нормативно закреплены элементы договора долевого строительства. Это было сделано для того чтобы создать четкую основу для применения к этим отношениям законодательства о защите прав потребителей, которое, как следует из преамбулы Федерального закона от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей» регулирует отношения, возникающие между потребителями и изготовителями, исполнителями и т. д. Проблемами в 90-х гг. стали недобросовестные застройщики, а также двойные продажи квартир. Последний вопрос был решен ГК РФ в ст. 398.

Федеральным законом № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» от 21 июля 1997 г. законодатель ввел систему обязательной государственной регистрации договоров участия в долевом строительстве. Однако, как справедливо отмечено Постановлением Пленума ВАС РФ от 25.02.1998 г. № 8 и п. 21 Обзора практики разрешения споров по договору строительного подряда, утвержденного Информационным письмом от 24 января 2000 г. № 51 предмет этого договора, либо не является недвижимой вещью, будучи предметом договора строительного подряда, либо и вовсе на момент заключения договора отсутствовал, затруднительно было обнаружить и саму сделку с недвижимым имуществом, из-за чего отечественная система регистрации все дальше отходила от системы поземельной регистрации, как она изначально задумывалась.

30 декабря 2004 г. был принят 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», закрепивший особый вид гражданско-правового договора – договора участия в долевом строительстве. По мнению ряда авторов, данный нормативный акт завершил формирование инвестиционного законодательства, в той его сфере, которая касается инвестирования в создание особого рода объектов – многоквартирных жилых домов.

Проанализировав процесс развития, можно подвести итог, что изначально гражданско-правовая конструкция участия в долевом строительстве была сформирована на практике, и только потом получил свое легальное закрепление. Но и законодательное регулирование данного института до настоящего времени нуждается в совершенствовании.

*Гордеев А.Г.
Институт права БашГУ*

Интернет в системе гражданско-правовых отношений

В цивилистической литературе широко применяется термин «субъекты гражданского права». Субъектами гражданского права, как известно, являются граждане (физические лица) и организации (юридические лица) – общественные образования (коллективные субъекты). Это положение закреплено в гражданском законодательстве. Так согласно ст. 2 ГК РФ участниками, а, следовательно, субъектами гражданских правоотношений могут быть: 1) граждане (граждане России, иностранные граждане и лица без гражданства); 2) юридические лица (российские и иностранные); 3) Российская Федерация, субъекты РФ и муниципальные образования.

Безусловно, пытаясь определить Интернет как субъект права, мы не будем исходить из представления Интернет как совокупности сетей, информационного пространства или виртуальной среды. Как известно, субъекты права являются субъектами общественных отношений и, следовательно, должны обладать способностью к волеизъявлению. В связи с этим в попытке определить Интернет как субъект гражданского права мы будем исходить из того, что Интернет – это некий субъект общественных отношений, коим, как известно, может выступать либо один человек, либо определенная организация, представляющая собой известного вида общественное образование.

Ранее уже отмечалось, что Интернет способствует возникновению и развитию различных сообществ, или коллективных общественных объединений. С определенной позиции эти сообщества выступают как некое единое целое – Интернет-сообщество, объединенное и созданное с одной целью, с целью

информационного самообеспечения. Именно оно может быть представлено как коллективное общественное образование, как субъект общественных отношений, появившийся в связи с объединением различных лиц для достижения одной цели – информационного самообеспечения. Таким образом, если предположить, что Интернет может выступать в качестве субъекта гражданских правоотношений, то единственно возможным является его выступление в качестве юридического лица.

В цивилистической науке уже давно выработаны и определены признаки юридического лица, которые в настоящий момент нашли свое отражение и развитие в нормах действующего гражданского законодательства. Таковыми являются: 1) организационное единство; 2) обособленность имущества; 3) способность нести самостоятельную гражданско-правовую ответственность; 4) выступление в гражданском обороте от собственного имени.¹

Попытаемся выявить, обладает ли рассматриваемое Интернет-сообщество, а следовательно, и сам Интернет, обозначенными признаками. Как известно, под организационным единством юридического лица понимается система существенных взаимосвязей всех структурных подразделений, органов организации между собой и подчинение их руководящему органу. Органами юридического лица являются предусмотренные законом, уставом или положением живые люди, которые вырабатывают и осуществляют его волю. Юридическое лицо имеет волю, потому что органы его волеспособны.

Не смотря на наличие целого ряда названных органов, Интернет сегодня не имеет организационного единства, присущего юридическому лицу. В противоположность компьютерным сетям, входящим в состав Интернет, которые могут иметь органы управления, исполнительные органы, различную структуру руководства, Интернет на современном этапе своего развития в целом, как общественное коллективное объединение, специально уполномоченного руководящего (высшего) органа, не имеет. Таким образом, в нынешнем положении Интернет не представляется возможным говорить о его внутреннем организационном единстве, в том смысле, в каком это единство присуще юридическим лицам.

В литературе было высказано мнение о том, что правильнее всего было бы определять этот признак как имущественную обособленность в связи с тем, что возможна ситуация, когда существующее юридическое лицо не имеет в собственности, хозяйственном ведении или оперативном управлении, как это предписано п. 1 ст. 48 ГК РФ, обособленное имущество. Однако, не вдаваясь в глубину этого вопроса, мы будем отталкиваться от легальной дефиниции и исходить из того, что рассматриваемым признаком является наличие обособленного имущества. В литературе ранее уже отмечалось, что Интернет как таковой никаким обособленным имуществом не обладает, так как «используемые в нем материальные и информационные ресурсы принадлежат на праве собственности

¹ Юридическое лицо как субъект гражданского права. – В кн.: *Гражданское право. Т. 1.* / Суханов Е.А., – 1998.

самым разным субъектам (каналы связи телекоммуникационным компаниям; компьютеры, производящие подключение к сети – поставщикам; компьютеры клиентов – самим клиентам; техническое и программное обеспечение работы магистральных сетей – владельцам таких сетей; распространяемая на коммерческих условиях информация – ее производителям и прочим владельцам)».¹ Вступая в Интернет-сообщество в качестве его участников, различные субъекты, индивидуумы (граждане) и сетевые сообщества (коллективные субъекты) не передают этому сообществу какого-либо своего имущества так, чтобы Интернет даже в случае предположения наличия у него единого руководящего (высшего) органа мог бы использовать это имущество в своих отношениях со своими контрагентами, и оно участвовало бы в гражданском обороте.

Описанная ситуация не позволяет Интернет обладать способностью нести самостоятельную гражданско-правовую ответственность, так как юридическое лицо, согласно легальной дефиниции, отвечает по своим обязательствам именно принадлежащим ему обособленным имуществом. Таким образом, мы видим, что у Интернета отсутствуют все четыре основных признака, наличие которых в совокупности является обязательным условием для отнесения какого-либо коллективного образования к юридическим лицам. Учитывая, что отнесение Интернет к юридическим лицам – это единственная возможность отнести его к субъектам гражданского права, то в связи с невозможностью определить Интернет юридическим лицом нет и возможности определить его как субъект гражданского права. Это приводит нас к выводу о том, что на современном этапе своего развития Интернет не может быть отнесен к субъектам гражданского права.

*Губайдуллина С.Р.
Институт права БашГУ*

Некоторые проблемы доверительного управления наследственным имуществом

Необходимость управления наследственным имуществом обусловлена самой природой объектов наследования. Меры по доверительному управлению принимаются к имуществу, имеющему экономическую ценность и способную приносить доход их владельцу. В российском законодательстве особенности доверительного управления наследственным имуществом выявляются на основе общих положений гл. 53 ГК РФ путем уяснения сущности возникающих отношений.

По ст. 1173 ГК РФ допускаются к участию в отношениях по доверительному управлению наследственным имуществом в качестве учредителей управ-

¹ Якушев М.А. «Интернет» и право. – 1997.

ления нотариус и исполнитель завещания. Между тем, в п. 7 ст. 1171 ГК РФ предусмотрено: «В случае, когда право совершения нотариальных действий предоставлено законом должностным лицам органов местного самоуправления и должностным лицам консульских учреждений РФ, необходимые меры по охране наследства и управлению им могут быть приняты соответствующим должностным лицом». Поэтому в круг учредителей управления должны быть включены наряду с нотариусом и исполнителем завещания указанные в п. 7 ст. 1171 ГК РФ лица.¹

Предметом обсуждения нотариуса и исполнителя завещания может стать целесообразность заключения договора. Мнение наследников закон не учитывает. Оно может не только способствовать надлежащему исполнению распоряжений завещателя, но может создать ряд препятствий для принятия быстрого и верного решения. В большинстве же зарубежных стран (Польше, Швейцарии, Болгарии, Германии, Румынии)² функции по управлению наследственным имуществом возлагаются на исполнителей завещания.

При заключении договора перед учредителем управления также встает вопрос о кандидатуре доверительного управляющего. Как его найти и как возложить на него исполнение функций по управлению? Выходом из положения может стать возложение функций по доверительному управлению наследственным имуществом на саморегулируемые организации арбитражных управляющих, действующих на основании положений Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)».³ Возложение функций по доверительному управлению на арбитражных управляющих может иметь следующие преимущества: наличие статуса предпринимателя у арбитражных управляющих, что соответствует предпринимательскому назначению некоторых объектов наследования; снятие проблемы поиска доверительного управляющего при возникновении вопроса о кандидатуре управляющего; возможность в кратчайшие сроки решить вопрос об учреждении доверительного управления.

При рассмотрении данной темы возникает вопрос: каково же положение наследников в договоре доверительного управления наследственным имуществом? Будучи третьими лицами, они вступают в особые отношения с одной из сторон исходного правоотношения. Их участие является необходимым, поскольку договоры доверительного управления имуществом по основаниям, предусмотренным законом (ст. 1026 ГК РФ), могут заключаться исключительно как договоры в пользу третьего лица (собственника имущества или его наследников).

Должны ли наследники изъявлять свое согласие на учреждение доверительного управления? Как указано в п. 2 ст. 1172 ГК РФ, нотариус может при-

¹ Коробейникова Т.С. *Охрана и доверительное управление наследственным имуществом в российском праве: проблемы теории и правоприменения. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук – Иркутск, 2009.*

² *Основные институты гражданского права зарубежных стран.* – М., 2006. – С. 543, 547, 549, 550, 558, 567.

³ *Статьи 20–26 Федерального закона от 26.10.2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. – 2002. – № 43. – Ст. 4190.*

нять меры по охране и управлению наследственным имуществом по заявлению хотя бы одного из наследников. Хотя «нотариальная практика пошла по пути принятия от наследников заявлений о необходимости учреждения доверительного управления наследственным имуществом после принятия от них заявлений о вступлении в права наследства», следует принять сложившуюся практику неудачной, поскольку до обращения всех наследников к нотариусу может пройти достаточный промежуток времени. Эффективность принятия мер по охране и управлению наиболее очевидна именно до принятия наследниками наследства и оформления ими наследственных прав. Ситуация может осложниться, если имущество находилось в общей собственности умершего наследодателя и иных лиц. Кроме того, переживший супруг имеет права на долю в совместно нажитом имуществе, и лишь в отношении оставшейся части он будет осуществлять свои наследственные права наряду с иными наследниками. Таким образом, для передачи имущества в доверительное управление необходимым становится получение согласия пережившего супруга и иных собственников. При отсутствии такового риск неблагоприятных последствий непередачи имущества в доверительное управление следует возложить на собственников. Передавая имущество в доверительное управление, стороны должны согласовать все существенные условия договора, перечень которых установлен в ст. 1016 ГК РФ.¹

При осуществлении доверительным управляющим своих полномочий наследственное имущество обособляется от имущества самого управляющего и иного наследственного имущества. В связи с необходимостью сохранения состава наследственного имущества для будущей передачи его наследникам считаю невозможным предоставление управляющему правомочий по распоряжению им. В заключении хотелось бы отметить, что принятие мер к охране и управлению наследственным имуществом лишь содействует его переходу в неизменном виде. При этом нотариус не становится обладателем прав и обязанностей, входящих в состав наследства. С момента принятия наследства наследниками оно будет принадлежать именно им. Потому введение доверительного управления наследственным имуществом не только целесообразно, но и необходимо.

¹ *Права и обязанности участников отношений по наследованию. Учебное пособие / Лукаш Ю.А. – М.: Флинта, МПСИ, 2007.*

Брачный договор: проблемные аспекты субъектного состава

В связи с тем, что правовое регулирование брачного договора является весьма скудным, в теории и практике до сих пор не решен однозначно вопрос, касающийся субъектов заключения брачного договора.

Семейный кодекс РФ определяет брачный договор как соглашение лиц, вступающих в брак, или соглашение супругов, определяющее имущественные права и обязанности супругов в браке и (или) в случае его расторжения. Таким образом, представляется возможным выделить две группы субъектов заключения брачного договора: супруги и лица, вступающие в брак.

Анализ положений Семейного кодекса РФ позволяет сформулировать следующее определение супругов: это мужчина и женщина, достигшие брачного возраста и по взаимному добровольному согласию заключившие государственно-зарегистрированный брак в органах записи актов гражданского состояния. Данное определение позволяет достаточно четко ограничить круг лиц, которые являются супругами и могут выступать субъектами по брачному договору.¹ Что же касается возможности заключения брачного договора лицами, вступающими в брак, то данное законодательное положение толкуется в юридической науке по-разному.

Е.А.Чефрановой высказано мнение, согласно которому для определения данной категории субъектов брачного договора следует пользоваться термином «лица, имеющие намерение вступить в брак».² Лишь немногим более широкую дефиницию дают Н.Н.Скрыпников и А.А.Игнатенко, согласно которой «к лицам, вступающим в брак, относятся мужчина и женщина, имеющие намерение создать семью, но при этом не обязательно уже подавшие заявление в загс».³

Однако вышеизложенные точки зрения представляются недостаточно корректными, вследствие того, что на протяжении всей жизни мы можем намереваться вступить в брак, создать семью, так и не осуществив задуманное.

Большая же часть исследователей в сфере семейного права, придерживаясь диаметрально противоположных позиций, связывает отнесение граждан к категории «лица, вступающие в брак», либо с подачей заявления в органы записи актов гражданского состояния, либо считает данное условие надуманным. Например, по мнению А.Г.Князева и Ю.Н.Николаева, «ст. 41 СК РФ говорит о том, что брачный договор между лицами, еще не состоящими в браке, может быть заключен ими в любой момент со дня подачи заявления о реги-

1 Левин Ю.В. *Актуальные вопросы брачного договора в РФ // Право и политика. 2009. – № 2.*

2 Чефранова Е.А. *Имущественные отношения в российской семье: практическое пособие. – М., 1997.*

3 Игнатенко А.А., Скрыпников Н.Н. *Брачный договор. Законный режим имущества супругов. – М.: Фелинь, 1997. – С. 39.*

страции брака в органы загса. То есть с того момента, как подано заявление о регистрации брака в орган загса или Дворец бракосочетания, может быть заключен брачный договор».¹

Заслуживающей внимания представляется позиция Н.Е.Сосипатровой, исходя из которой, отсутствие в законе прямого указания на момент, с которого граждане могут быть отнесены к категории лиц, вступающих в брак, может привести к нарушениям, так как нотариус обязан идентифицировать обратившихся к нему по поводу заключения брачного договора лиц как надлежащих субъектов такого договора.² Брачный договор, заключенный лицами, не подавшими заявление о регистрации брака в органы записи актов гражданского состояния, Н.Е.Сосипатрова предлагает считать ничтожной сделкой. Данную позицию полностью поддерживает А.Н.Чашин, дополняя ее следующим: «брачный договор, заключенный лицами, не вступающими в брак, не породит правовых последствий и в том случае, если эти лица в дальнейшем приобретут статус вступающих в брак путем подачи заявления о заключении брака в органы записи актов гражданского состояния и вступят в брак».³

Следовательно, по мнению данной группы исследователей, возможность отнесения лиц к категории «лица, вступающие в брак» напрямую связана с фактом подачи заявления о регистрации брака в соответствующие органы.

Другие же мыслители, в противовес вышеуказанным взглядам, полагают, что правом на заключение брачного договора обладают лица, вне зависимости от подачи заявления в органы загса.

Так, по мнению Л.Б.Максимовича, «если даже нотариус и удостоверит брачный договор лиц, еще не подавших заявления в загс, то до регистрации брака этот договор не породит для сторон никаких правовых последствий, что, в свою очередь, исключает возможность каких бы то ни было нарушений».⁴

Аналогично мнение и А.В.Мыскина, исходя из которого, под лицами, вступающими в брак, можно понимать всяких лиц, намеревающихся вступить в брак, и независимо от факта подачи ими заявления в органы загса. Ни СК РФ, ни какие-либо иные нормативные правовые акты не дают повода считать, что только с момента подачи заявления в органы загса мужчина и женщина приобретают статус «лиц, вступающих в брак».⁵

Кроме того, ст. 41 СК РФ, предусматривая, что брачный договор может быть заключен и до регистрации брака, не устанавливает срок, в течение которого после заключения брачного договора должен быть зарегистрирован брак. Поэтому более обоснованной представляется точка зрения, согласно которой

1 Князев А.Г., Николаев Ю.Н. Развод. Раздел имущества. – М.: Эксмо, 2004. – С. 85.

2 Сосипатрова Н.Е. Брачный договор: правовая природа, содержание, прекращение // Государство и право. – 1999. – № 3. – С. 76.

3 Чашин А.Н. Актуальные проблемы субъектов брачного договора // Нотариус. 2006. – № 2. – С. 37–39.

4 Максимович Л.Б. Брачный договор в российском праве. – М.: Ось-89, 2003. – С. 33.

5 Мыскин А.В. Правовые проблемы заключения брачного договора до государственной регистрации заключения брака // Семейное и жилищное право. – 2006. – № 1. – С. 34–36.

подача заявления о регистрации брака не является обязательным условием заключения брачного договора.¹

Резюмируя вышесказанное, следует подчеркнуть, что к лицам, вступающим в брак, следует причислять лиц вне зависимости от факта подачи заявления о регистрации брака в органы загса.

Таким образом, стоит признать, что институт брачного договора в силу своей молодости, недостаточного правового регулирования имеет множество спорных вопросов, в том числе и в области субъектного состава.

Думается, что совершенствование действующего законодательства в сфере регламентации брачного договора, информирование граждан с целью осещения возможностей брачного договора повлекут увеличение количества заключаемых брачных договоров, предоставив тем самым, возможность населению в полной мере реализовывать свои права.

*Делидон Е.В.
ЮА «Фаворит»*

Система некоммерческих организаций сквозь призму их особенностей

Определение правового статуса некоммерческих организаций в системе юридических лиц на сегодняшний день является актуальным вопросом. Ему уделяют большое внимание многие ученые-цивилисты, и подробно раскрывает Концепция развития законодательства о юридических лицах.² Особенность правовой природы некоммерческих организаций обуславливает необходимость соблюдения баланса между предоставляемыми им свободами и ограничениями и одновременно приводит к определенным проблемам при систематизации юридических лиц в целом, и некоммерческих организаций в частности. Исходя из ст. 50 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ), некоммерческие организации – это юридические лица, не имеющие извлечение прибыли в качестве основной цели деятельности и не распределяющие полученную прибыль между участниками, в форме потребительских кооперативов, общественных или религиозных организаций (объединений), учреждений, благотворительных и иных фондов, а также в других формах, предусмотренных законом. В свою очередь Федеральный закон от 12.01.1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» (далее – ФЗ) определяет в ст. 2 некоммерческие организации как организации, не имеющие извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности и не распределяющие полученную прибыль между участниками. То есть, дается более широкое, чем в ГК РФ,

¹ Максимович Л.Б. *Брачный договор в российском праве.* – М.: Ось-89, 2003. – С. 44–45.

² *Концепция развития законодательства о юридических лицах (проект) // Вестник гражданского права.* – 2009, – № 2.

определение: некоммерческие организации не обязательно должны быть зарегистрированы в качестве юридических лиц.

Специальное законодательство следует за нормами ФЗ. Учитывая это и открытый перечень некоммерческих организаций, можно сделать вывод о том, что к некоммерческим организациям можно отнести практически любое образование (кружок, секцию и т. п.), обладающее определенными правами и обязанностями в отношении состоящих в нем лиц.

Порядок регистрации некоммерческих организаций различен. Для большинства из них решение о государственной регистрации принимается федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным в сфере регистрации некоммерческих организаций (ст. 13.1 ФЗ). Но существуют ряд организационно-правовых форм, выведенных из-под действия этой статьи, которые подлежат регистрации в соответствии с Федеральным законом от 08.08.2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей».

В законе прямо предусмотрена невозможность распределения прибыли между участниками некоммерческих организаций. Однако существуют исключения. Доходы, полученные потребительским кооперативом от предпринимательской деятельности, распределяются между его членами (ч. 5 ст. 116 ГК РФ). Кроме того существует масса способов ухода от данного ограничения. Один из распространенных – распределение прибыли в виде заработной платы участникам. Некоммерческие организации не должны иметь извлечение прибыли в качестве основной цели деятельности. Данный признак получил названия функционального и неоднократно ставился наукой гражданского права и законодателем под сомнение. Критерии того, как определить, что является основной целью деятельности и основным видом деятельности субъективны.¹ Возможность контроля денежных потоков ограничена правовыми и техническими средствами.²

В настоящее время цель деятельности некоммерческой организации зачастую определяет ее организационно-правовую форму и потому имеет значение для юридической техники. П. 2 ст. 2 ФЗ предусматривает открытый перечень целей некоммерческих организаций: «а также в иных целях, направленных на достижение общественных благ». Тем самым вводится очередное оценочное понятие «общественное благо».³ Оно может быть представлено как взаимная выгода – в организациях, предусматривающих членство, и непосредственно общественная выгода – в организациях некорпоративного характера. Особое

¹ Валавина Е.Ю. Развитие законодательства о некоммерческих организациях // Журнал российского права, 2009. – № 1.

² Леонов Ю.С. Некоммерческие организации: законодательное регулирование и практика // Государственная власть и местное самоуправление, 2008. – № 6.

³ Соيفер Т.В. К вопросу о правовом статусе некоммерческих организаций // Журнал российского права, 2009. – № 1.

место занимают политические партии, так как они представляют политические интересы населения и являются государственно важными образованиями.¹

Среди признаков некоммерческих организаций можно выделить и такой как добровольность участия в них. Он непосредственно следует из правовой природы и целей деятельности. Однако в системе некоммерческих организаций есть исключения. Так, адвокатская палата субъекта РФ основана на обязательном членстве (ст. 29 Федерального закона от 31.05.2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»).

В доктрине существует положение, в соответствии с которым некоммерческие организации не имеют внутренних инвесторов, получающих право требования к юридическому лицу в обмен на вложение в имущество организации.² В ст. 20 ФЗ закреплено, что названные лица не имеют прав на получение ликвидационного остатка. Однако ч. 2 ст. 20 гласит: «При ликвидации некоммерческого партнерства оставшееся после удовлетворения требований кредиторов имущество подлежит распределению между членами некоммерческого партнерства в соответствии с их имущественным взносом, размер которого не превышает размер их имущественных взносов, если иное не установлено федеральными законами или учредительными документами некоммерческого партнерства».

Таким образом, положения действующего законодательства о некоммерческих организациях часто противоречивы и не имеют отлаженной системы. Для устранения данных недостатков требуется детальный подход к каждой организационно-правовой форме, уточнение критериев отграничения некоммерческих организаций от коммерческих, а также упорядочение принципов их деятельности.

В заключении хотелось бы также отметить, что на сегодняшний день в обсуждении находится проект изменений в раздел 1 ГК РФ, которым предлагается ряд положительных преобразований в положения о некоммерческих организациях.³ Принятие данного проекта разрешит многие противоречия, изложенные в данной статье. В частности, предлагается закрепить исчерпывающий перечень организационно-правовых форм некоммерческих организаций: потребительские кооперативы, общественные организации граждан, ассоциации и союзы, фонды, учреждения, религиозные организации. Первые три формы планируется отнести по критерию членства к некоммерческим корпоративным организациям, а остальные – к некоммерческим унитарным. Также проект снимает вопрос о целевом критерии как основе выделения организационно-правовых форм, разрешает проблемы соотношения организационно-правовой формы и вида некоммерческих организаций, регистрации не-

¹ Сумской Д.А. Некоммерческие организации в теории российского гражданского права // *Российская юстиция*, 2009. – № 6.

² Степанов Д.И. В поисках критерия разграничения юридических лиц на два типа и принципа обособления некоммерческих организаций // *Вестник гражданского права*, 2007. – № 3.

³ Проект изменений в раздел 1 ГК РФ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/law>.

коммерческих организаций и некоторые другие. Мы полагаем, что внесение предложенных изменений в ГК РФ сделает систему некоммерческих организаций более упорядоченной, чем в настоящее время.

*Деркач М.Б.
Институт права БашГУ*

Обзор и проблематика изменений, внесенных в АПК РФ Федеральным Законом «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс РФ» от 27 июля 2010 г. № 228-ФЗ».

Данная статья посвящена Федеральному закону «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс РФ» от 27 июля 2010 г. № 228-ФЗ, так как данные изменения существенно дополняют АПК и раскрывают новые возможности перед сторонами в процессе. Однако, помимо всех плюсов, есть и противоречивые моменты, на которых стоит остановиться и разобраться в них.

Согласно новым изменениям, которые были внесены в ст. 19 АПК РФ, теперь у сторон есть три основания для привлечения к рассмотрению дел арбитражных заседателей: 1) особая сложность дела; 2) необходимость использования специальных знаний в сфере экономики, финансов, управления; 3) особая сложность дела и необходимость использования специальных знаний в сфере экономики, финансов, управления;

В связи с этим сразу возникает ряд вопросов, понятие особая сложность дела не имеет толкования, законодатель не дает критериев для определения степени сложности дела, соответственно данное понятие является оценочным и на практике будет крайне сложно доказать, что то или иное дело имеет особую сложность. Видится, что законодатель должен дать толкование данному понятию и привести критерии для определения степени сложности дела.

Необходимость использования специальных знаний в сфере экономики, финансов, управления, так же является противоречивым понятием, исходя из того, что в списке арбитражных заседателей, например, Арбитражного суда Республики Башкортостан присутствуют лишь заседатели с техническим и юридическим образованием, в связи с этим крайне сложно, ссылаясь на это основание, убедить суд привлечь арбитражных заседателей. Видится, что законодатель должен расширить список предлагаемых кандидатур с включением в него заседателей, имеющих специальные знания в сфере экономики, управления, финансов.

Изменение, внесенное в ст. 126 Арбитражно-процессуального кодекса РФ гласит, что теперь при подаче иска следует приложить к исковому заявлению выписку из Единого государственного реестра юридических лиц или Единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей в отношении

истца и ответчика. При этом выписки должны быть получены не ранее чем за тридцать дней до дня обращения истца в арбитражный суд.

Главный минус данной нормы заключается в том, что на получение выписки придется потратить время и деньги, поскольку ее предоставление в отношении третьего лица (ответчика) всегда является платным, равно как и оплачиваемое госпошлиной срочное предоставление выписок из ЕГРЮЛ.

В то же время стоит отметить, что Закон позволяет заменить выписку другим документом, подтверждающим место пребывания истца и ответчика, например договором аренды или каким либо иным документом. Однако, как будет расценивать суд подобные альтернативные источники, безусловно, остается для всех загадкой. Так же стоит отметить, что законодатель не учел, что в процессе могут участвовать иностранные компании, которых нет в ЕГРЮЛ.

Закон № 228-ФЗ существенно изменяет порядок извещения сторон, существовавший прежде. По новым правилам, информация о принятии искового заявления (заявления) к производству, а также о времени и месте судебного заседания должна быть размещена на официальном сайте арбитражного суда в Интернете не позднее, чем за пятнадцать дней до начала судебного заседания. Документы, подтверждающие размещение, включая его дату, приобщаются к материалам дела (ч. 1 ст. 121 АПК РФ в новой ред.).

При этом суд прибегает к принципу одного уведомления и стороны получают по почте только первое уведомление о принятии искового заявления (заявления) судом. Все последующие могут быть отправлены им альтернативными способами, например, в виде телефонограммы, телеграммы, по факсимильной связи или электронной почте, а также с использованием иных средств связи. При этом не имеет значения, получило лицо извещение, направленное с использованием альтернативных обычной почте способов доставки корреспонденции, или нет. Для признания уведомления стороны спора надлежащим суду достаточно располагать доказательствами направления, а не вручения судебного извещения в обозначенном порядке (ст. 121–122 АПК РФ в новой ред.).

Принимая во внимание то обстоятельство, что первое судебное извещение будет направляться по адресу, указанному в выписке из ЕГРЮЛ, можно предположить, какое количество лиц окажется в полном неведении о ходе развития процесса либо о самом факте его наличия. Между тем, новый Закон возлагает риск наступления неблагоприятных последствий, связанных с неуведомлением, именно на участвующих в деле лиц и обязывает их самостоятельно принимать меры по получению информации о движении дела с использованием любых источников и любых средств связи (п. 6 ст. 121 АПК РФ в новой ред.).

Ранее переход от предварительного судебного заседания к рассмотрению дела по существу был с согласия лиц участвующих в деле присутствующих на предварительном заседании. Закон № 228-ФЗ передает суду право перехода с предварительного судебного заседания к рассмотрению дела по существу,

при этом мнение лиц участвующих в деле суд не учитывает. Однако если на предварительном заседании отсутствует одна из сторон, и отсутствующая сторона заявила возражение против перехода к рассмотрению по существу, суд не имеет права переходить к основному судебному разбирательству. Данным изменением в АПК РФ законодатель наделяет отсутствующую сторону в процессе правом запрета на переход от одной стадии к другой, а мнение лиц присутствующих на предварительном судебном заседании попросту может проигнорировать.

Стоит отметить, что некоторые изменения, внесенные в АПК РФ Федеральным законом «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс РФ» от 27 июля 2010 г. № 228-ФЗ, очень актуальны и существенно облегчают судопроизводство, например ведение аудиозаписи наряду с протоколом, возможность отправки электронных документов, в качестве доказательств, а так же использование в качестве доказательств объяснения лица полученные при помощи видеоконференцсвязи. Данные изменения очень благотворно скажутся на практике, существенно упрощая существовавшие ранее механизмы, ведь правосудие тоже должно шагать в ногу со временем!

*Джафарова Д.Д.
Казанский (Приволжский) федеральный университет*

Способы защиты права на доменное имя

Значительное число споров, связанных с сетью «Интернет» составляют споры о доменных именах, и, несмотря на это, в законодательстве отсутствует даже понятие доменного имени. Доменное имя упоминается лишь в части четвертой ГК РФ только в контексте правомочий владельцев товарных знаков и наименований мест происхождения товаров (ст. ст. 1484, 1519 ГК РФ). Отсутствие ясности правовой природы права на доменное имя вызывает сложности в определении способов его защиты.

Ряд специалистов утверждает, что доменное имя – это имущество, а права на него являются абсолютными имущественными правами.¹ Другие, как отмечает Колосов, предполагают, что, так как права на доменное имя возникают из договора, то они носят относительный характер и могут реализовываться только на основании договора с соответствующим регистратором и в рамках условий такого договора, а само доменное имя при этом – лишь услуга регистратора по заключенному договору. Относительно последней точки зрения можно согласиться с исследователями, считающими ее спорной, так как получалось бы, что цель приобретения доменного имени – услуга определенно-

¹ Нагорный Р.С. Доменное имя как объект гражданского права // Журнал Российского права. – 2008. – № 2. [Электронный ресурс]: «Гарант».

го регистратора, тогда как более очевидная цель приобретения – свободное пользование, владение и распоряжение доменным именем. В этом случае доменное имя рассматривается как объект, как товар, имеющий экономическую ценность.¹ При этом Европейский Суд по правам человека по вопросу природы прав на доменное имя признает его экономически ценным объектом, а за владельцем – право собственности на него.²

Исходя из того, что в судебной практике иски предъявляются к лицам, не участвующим в договорных отношениях по поводу регистрации доменного имени и круг этих лиц фактически не ограничен, то право на доменное имя является объектом абсолютных правоотношений.

Объем правомочий по защите (содержание права на защиту) во многом определяется природой конкретного права.³ Поскольку природа права на доменное имя не прояснена в законе, важное значение приобретает судебная практика по спорам, связанным с доменными именами.

Защита прав на доменное имя в России осуществляется только в судебном порядке. Процедура UDRP (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, Единая политика разрешения споров о доменных именах) в России не применяется в силу ее механизма, который «не вписывается в российскую правовую систему».⁴ Несмотря на это, российские резиденты участвуют в разбирательствах на основе этой процедуры по доменам, зарегистрированным ими в других доменных зонах⁵ (например, дело по доменному имени kommersant.com). Суды при этом, в любом случае, не связаны решениями принятыми арбитрами по UDRP (к примеру, по спору между японской компанией «Денсо Корпорейшн» и российскими ответчиками – арбитрами UDRP удовлетворили претензию, а суды – нет, и только ВАС РФ признал за истцом право на домен).

При разрешении доменных споров в судах конкретные способы защиты права должны быть указаны самим истцом. Среди способов защиты, предложенных ГК РФ, применяемыми для защиты права на доменное имя, являются:

– пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения. В иске обычно указываются следующие требования: obligation ответчика прекратить незаконное использование в сети Интернет чужого средства индивидуализации в составе доменного имени; запрещение ответчику использования в доменном имени обозначения средства индивидуализации или его части; о признании администрирования ответчиком доменного имени в российском сегменте Интернета нарушением прав истца на средство индивидуализации.

¹ См., например, Колосов В.А. Природа прав на доменное имя [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://kolosov.info/Комментарии/priroda-prav-na-domennoe-imya/>.

² Решение ЕСПЧ по делу ООО Паефдген против Германии (Перевод В.А. Колосова) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://kolosov.info/yuridicheskie-statii/espch-o-pravah-na-domennye-imena>.

³ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 3-е изд., стр. – М.: Статут, 2008. – С. 778.

⁴ Серго А. Доменные имена в свете нового законодательства. – М.: ГОУ ВПО РГИИС, 2010. – С. 132.

⁵ Там же.

– возмещение убытков или выплата компенсации, осуществляемая по требованию правообладателя вместо возмещения убытков в порядке применения правил ст. 1515 ГК РФ.¹

Запрет использования в доменном имени чужого средства индивидуализации в судебных решениях осуществляется посредством направления заявления о досрочном аннулировании указанного доменного имени в адрес регистратора.² В настоящее время в Регламентах регистрации доменов некоторых регистраторов существует правило о том, что аннулирование регистрации доменного имени до истечения срока ее действия производится по вступившему в законную силу решению суда, признающему администрирование домена нарушением прав истца, и (или) запрещающему использование в доменном имени обозначения, правами на которое обладает истец.³ Отсутствие в таком судебном акте решения об аннулировании доменного имени не лишает истца права обратиться с таким требованием к регистратору. Однако это возможно только при наличии подобного положения об аннулировании в правилах или регламентах самого регистратора.

Признание права на доменное имя как способ защиты судами не осуществляется, со ссылкой на отсутствие в законодательстве РФ норм, регулирующих признание права на доменное имя и неотнесение его к объектам гражданского права.⁴ Некоторые исследователи отмечают, что такая позиция судов позволяет присекать попытки киберсквотеров по захвату доменных имен.⁵

Защита права на доменное имя, таким образом, может осуществляться только правообладателем какого-либо одноименного средства индивидуализации против любого, не являющегося правообладателем. При заявлении иска необходимо учитывать, что требования, указанные в нем должны быть возможны для исполнения. Требования об обязанности ответчика удалить доменное имя с сайта, например, технически невозможны для исполнения.

1 Постановление ФАС СЗО № А52-947/2007. от 5.07.2008 г.; Постановление Девятого Арбитражного апелляционного суда по делу № 09АП-18696/2009. от 13.10.2009 г.; Постановление ФАС МО № К-А40/12112-08 от 26.12.2008 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online>.

2 См. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда № 09АП-16029/2008 от 24.12.2008 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://kad.arbitr.ru/>.

3 П. 3.3.5.1 Регламента регистрации доменов в зоне. RU [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.nic.ru/dns/contract/sup1_1_ru.html/; П. 3.3.5.1 Регламента регистрации доменов в зоне. SU [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.nic.ru/dns/contract/sup1_5_su.html/.

4 См., например, Постановление Тринадцатого Арбитражного апелляционного суда по делу №А56-6806/2008 от 6.02.2009 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.russianlaw.net/files/law/cases/case64.pdf>.

5 Серго А. Доменные имена в свете нового законодательства. – М.: ГОУ ВПО РГИИС, 2010. – С.165–166.

Актуальные проблемы изъятия земельных участков для государственных или муниципальных нужд

Проблемы, возникающие в связи с изъятием земельных участков для государственных и муниципальных нужд, на сегодняшний день являются одними из наиболее актуальных и обсуждаемых проблем земельного законодательства. Наличие пробелов и противоречий в законодательстве, регулирующем правоотношения в данной сфере, отсутствие единообразия в судебной практике, недостаточность научной разработанности проблемы затрудняют как саму процедуру изъятия, так и соблюдение законных прав и интересов не только граждан и юридических лиц, у которых изымаются участки, но и самого государства. Перспектива проведения в Сочи зимних Олимпийских игр в 2014 г. поставила перед государственной властью задачу масштабного изъятия земельных участков для государственных нужд, в связи с чем ее пристальное внимание обращено к правовым механизмам, предназначенным для решения подобных задач.

Законодатель пытается четко сформулировать основания, при которых возможно изъятие земельных участков для государственных или муниципальных нужд. Говоря об исключительности таких случаев, он перечисляет их в ст. 49 Земельного кодекса РФ (далее – ЗК РФ): 1) выполнение международных обязательств РФ; 2) размещение объектов государственного или муниципального значения при отсутствии других вариантов возможного размещения этих объектов, например, объектов федеральных энергетических систем и объектов энергетических систем регионального значения; объектов использования атомной энергии; объектов обороны и безопасности; линейных объектов федерального и регионального значения, обеспечивающих деятельность субъектов естественных монополий и др.; 3) иные обстоятельства в установленных федеральными законами случаях, а применительно к изъятию, в том числе путем выкупа, земельных участков из земель, находящихся в собственности субъектов РФ или муниципальной собственности, в случаях, установленных законами субъектов РФ.

С п. 1 и 2 можно согласиться и говорить о какой-то конкретике. Вопросы возникают к п. 3 ст. 49 ЗК РФ. Формулировка данного пункта – «...иные обстоятельства..., а применительно..., в случаях...» – подвергается сомнению. Она действует как инструмент вседозволенности власти. Фактически созданы условия для значительной непредсказуемости принимаемых законодателем решений в сфере изъятия земли. В этой связи исключение в отношении изъятия земельных участков всех норм, упоминающих об «иных обстоятельствах» и иных «случаях», предусмотренных федеральным законом, способствовало бы

существенному ограничению чиновничьего произвола в данной сфере и защите прав собственников, землевладельцев и землепользователей.

Практика показывает, что положение Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ) о сроке уведомления собственника земельного участка не позднее, чем за год до предстоящего изъятия земельного участка для государственных или муниципальных нужд, не всегда соблюдается исполнительными органами государственной власти, субъектов РФ и муниципальных образований. Изъятие производится без надлежащего уведомления собственников земельных участков о предстоящем изъятии, что, в свою очередь, порождает множество гражданско-правовых споров, требующих разрешения в суде.¹

До истечения года с момента получения уведомления изъятие земельного участка может быть осуществлено только с согласия правообладателя.

Отсутствие в земельном и гражданском законодательстве указания на конкретный орган, осуществляющий изъятие земельных участков для государственных или муниципальных нужд, усложняет порядок возмещения собственникам убытков в связи с изъятием земельных участков. В ГК РФ лишь сказано о том, что решение об изъятии принимается федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъекта РФ или органами местного самоуправления.

И.В.Богомяков предлагает внести изменение в абз. 1 ч. 2 ст. 279 ГК РФ: «Решение об изъятии земельного участка для государственных и муниципальных нужд принимается соответственно федеральным органом исполнительной власти по управлению федеральным имуществом, органом исполнительной власти субъекта РФ по управлению имуществом, находящимся в собственности субъекта РФ, или исполнительным органом местного самоуправления по управлению муниципальным имуществом».² Считаем, что целесообразнее внести данное изменение непосредственно в статьи Земельного кодекса РФ.

В соответствии со ст. 55 ЗК РФ основным условием, при котором возможно изъятие земельного участка для государственных или муниципальных нужд, является предварительное и равноценное возмещение стоимости земельного участка, как собственникам, так и землевладельцам, землепользователям, арендаторам. Выкупная цена и условия такого выкупа устанавливаются соглашением, заключаемым с собственником изымаемого земельного участка для публичных нужд. Действующее законодательство не устанавливает формы данного соглашения, а также его другую сторону (помимо собственника участка), возлагая лишь обязанность на Российскую Федерацию, субъекты РФ или муниципальное образование уплатить выкупную цену. Представляется, что второй стороной соглашения должен быть орган, осуществляющий от имени РФ, ее субъектов и муниципальных образований право собственности

¹ Анисимов А.П. *Правовые проблемы изъятия земельных участков для государственных или муниципальных нужд* // Новая правовая мысль. – 2003. – № 2. – С. 50.

² Богомяков И.В. *Недостатки механизма изъятия земельных участков для государственных и муниципальных нужд* // Российская юстиция. – 2006. – № 11. – С. 19–21.

на землю, ибо при изъятии земельных участков для государственных или муниципальных нужд у их собственников они переходят соответственно в федеральную, региональную либо в муниципальную собственность. Что касается формы соглашения, то это может быть договор о выкупе земельного участка для государственных или муниципальных нужд, форму и содержание которого целесообразно утвердить специальным постановлением Правительства РФ.

Как отмечалось выше, изъятие земельных участков у собственников для государственных или муниципальных нужд сопровождается выкупом и представляет собой сложный юридический состав, состоящий из акта об изъятии и двусторонней сделки о выкупе.¹ Выкупная цена земельного участка при процедуре изъятия для государственных или муниципальных нужд включает в себя рыночную стоимость земельного участка и находящегося на нем недвижимого имущества, а также убытки, причиненные изъятием и досрочным прекращением своих обязательств перед третьими лицами, включая упущенную выгоду.² Анализ правоприменительной практики выявил ситуации, когда у лица, которому в последующем предоставляется земельный участок, отсутствуют денежные средства, в то время как возмещение причиненных изъятием убытков было предусмотрено за счет такого лица в соответствии с п. 3 ст. 57 ЗК РФ. В связи с этим предлагаем законодательно установить дополнительные гарантии прав и интересов физического или юридического лица, у которого производится изъятие земельного участка для государственных или муниципальных нужд, в случае возложения обязательства по возмещению причиненных изъятием земельного участка убытков на лицо, в пользу которого производится изъятие, в виде субсидиарной ответственности РФ, субъекта РФ, муниципального образования, в зависимости от того, для чьих нужд производится изъятие земельного участка, по такому обязательству. Установление в федеральном законодательстве такой меры защитит право землепользователя, землевладельца, арендатора земельного участка на возмещение убытков, причиненных изъятием земельного участка для публичных нужд. Ряд авторов предлагают исключить из ГК РФ нормы, регулирующие условия и порядок изъятия земельных участков для государственных или муниципальных нужд (ст. ст. 279–283), поскольку они являются не гражданско-правовыми, а земельно-правовыми.³ С ними трудно не согласиться, поскольку данное исключение поможет устранить коллизии между земельным и гражданским законодательством.

Таким образом, правовой институт изъятия земельных участков для государственных или муниципальных нужд нуждается в доработке и совершен-

1 Чаркин С.А. Изъятие земельных участков для государственных или муниципальных нужд: проблемы, возникающие на практике // *Российский судья*. – 2008. – № 10. – С. 23.

2 Клейменова Е.С. Предварительное и равноценное возмещение как условие выкупа (изъятия) земельного участка для государственных или муниципальных нужд // *Юрист*. – 2007. – № 12. – С. 25.

3 Сыродоев Н.А. О соотношении земельного и гражданского законодательства // *Государство и право*. – 2001. – № 4. – С. 31–32; Корнеев А.Л. Некоторые вопросы изъятия земельных участков для государственных или муниципальных нужд // *Экологическое право*. – 2005. – № 1. – С. 68–71.

ствовании. Для повышения эффективности деятельности государства в данной сфере необходимо:

- четко регламентировать основания изъятия земельных участков для государственных или муниципальных нужд, не допуская возможности их двусмысленного и расширительного толкования;
- детально отобразить порядок и последовательность стадий изъятия земельных участков в целях максимальной прозрачности механизма реализации процедуры изъятия земель;
- обеспечить своевременную и полную компенсацию издержек собственнику, владельцу или арендатору в связи с лишением права на землю.

*Егорова М.А. к.ю.н., доцент
Российская академия государственной службы при Президенте РФ*

Отмена и замена исполнения обязательства: сходства и отличия

Отмена и замена исполнения наряду с надлежащим исполнением являются основными механизмами прекращения обязательств. Сходство данных конструкций заключается, прежде всего, в том, что оба исследуемых способа динамики исполнения обязательства направлены на прекращение его исполнения в соответствии с правовой целью сделки, лежащей в основании их возникновения. При этом если в случае отступного исполнение в натуре заменяется на суррогатное исполнение¹ в новом обязательстве, то при новации на смену прекратившего существование старого обязательства приходит новое, содержание которого определяется новой правовой целью сделки, в качестве которой выступает двусторонняя сделка по новации старого обязательства. Во-вторых, любой способ динамики правоотношения согласно концепции О.А.Красавчикова² нуждается в возникновении юридических фактов, которые изменяют или прекращают существующие на момент их возникновения права и обязанности субъектов действующего обязательства. В-третьих, в качестве общего правила прекращение правоотношения прекращает течение связанных с ним дополнительных обязательств. Это объясняется тем, что положения ГК РФ об отдельных видах обеспечительных обязательств предусматривают в качестве одного из оснований их прекращения прекращение основного обязательства (п. 1 ст. 352 ГК РФ, п. 1 ст. 367 ГК РФ).³ Пункт 3 ст. 414

¹ Новицкий И.Б., Луц Л.А. указывали, что «замена исполнения имеет место тогда, когда кредитор взамен действия, которое обязан совершить должник, принимает другое действие в качестве суррогата исполнения». (Новицкий И.Б., Луц Л.А. *Общее учение об обязательстве*. – М. Госюриздат, 1950. – С. 272).

² Красавчиков О.А. *Категории науки гражданского права. / Юридические факты в советском гражданском праве*. – М. Статут, 2005. – С. 101.

³ Свит Ю.П. *Новация как способ прекращения обязательств // Современное право*. – 2000. – № 3. – С. 22.

ГК РФ предполагает возможность диспозитивного установления сторонами в соглашении о новации условия о сохранении силы акцессорных обязательств, связанных с обязательством, прекращающим существование в результате совершения сделки по его новации. Неакцессорные способы обеспечения основного обязательства не прекращают свое существование в связи с его заменой или отменой.¹ Например, банковская гарантия как вид обеспечительного обязательства не прекращается автоматически с прекращением основного обязательства. В соответствии с п. 2 ст. 376 ГК РФ, если бенефициар после получения от гаранта сообщения о прекращении основного обязательства полностью или частично повторно потребовал исполнения, такое требование должно быть выполнено гарантом. Вместе с тем, отмена исполнения и его замена как способы динамики обязательственного отношения имеют ряд существенных отличий, которые сводятся к следующему. Во-первых, для замены исполнения всегда необходимо наличие волевой составляющей. Эта составляющая не всегда может носить характер согласованного действия. Не исключена возможность замены одного обязательства другим (например, с другим предметом исполнения) на основании судебного решения, явившего следствием предъявления одностороннего требования или претензионного иска одного из субъектов обязательства. Однако подобная динамика обязательства нежелательна для гражданского оборота и является средством применения судебной защиты прав (ст. 11 ГК РФ). Для диспозитивного характера гражданско-правового регулирования предпочтительнее консенсуальные варианты юридико-фактических оснований, предопределяющих динамику обязательственного правоотношения. Поэтому существу гражданско-правового регулирования наиболее соответствуют юридико-фактические конструкции двусторонних соглашений о прекращении обязательств, такие как отступное (ст. 409 ГК РФ), новация (ст. 414 ГК РФ) и соглашение о расторжении договора (п. 1 ст. 450 ГК РФ). Существенным признаком отличия отмены исполнения обязательства от его замены в этом отношении является возможность осуществления отмены обязательства даже в отсутствие волевой составляющей. Ярким примером этого является прекращение обязательства смертью гражданина в случаях невозможности универсального правопреемства (ст. 418 ГК РФ).

Во-вторых, отмена исполнения предполагает полный разрыв обязательственных связей между субъектами правоотношения без последующей возможности его восстановления. Правовой целью сделки, направленной на отмену исполнения, является прекращение действия сделки, лежащей в основании возникновения обязательства, подлежащего прекращению. В отличие от отмены исполнения его замена направлена на полный разрыв одной обязательственной связи с одновременным образованием новой обязательственной связи, содержание которой обусловлено правовой целью сделки,

¹ *Гражданское право. В. 4 т. Т. 3. Обязательственное право. Учебник /под ред. Е.А. Суханова. – М.: Волтерс Клувер. 2004. – С. 69.*

являющейся основанием замены исполнения обязательства, подлежащего прекращению. Например, прощение долга, заключающееся в уничтожении (отмене) кредитором принадлежащего ему права требования не предполагает возникновения нового обязательства взамен прекращаемого прощением долга. Напротив, замена обязательственного объекта правоотношения по выполнению работ выплатой отступного прекращает течение основного исполнения и заменяет его исполнением нового обязательства, содержание которого детерминируется правовой целью сделки об отступном, представляющей суррогат правовой цели сделки, лежавшей в основании возникновения прекращенного отступным обязательства. В соответствии с этим и отступное и новация должны расцениваться как различные варианты замены исполнения. И новация, и отступное предполагают смену объекта правоотношения; и в том, и в другом случае правовая цель сделки, лежавшей в основании старого обязательства, не достигается, а заменяется новой; и в том, и в другом случае совершение сделки приводит к трансформации содержания старого обязательства и возникновению нового с иным содержанием; и в том, и в другом случае прекращение старого обязательства происходит в момент совершения сделки, изменяющей содержание исполнения.¹ Главным отличием отступного от новации является, прежде всего, различие в характере нового предоставления: при отступном предоставление всегда носит имущественный характер;² при новации – обязательственный. Другими словами отступное направлено на трансформацию относительного правоотношения (обязательства) в абсолютное (предоставление отступного в собственность), а новация на замену одного относительного правоотношения другим.

Третьим существенным отличием отмены исполнения от его замены, связанным с предыдущим признаком, являются правовые последствия этих двух способов динамики обязательственного правоотношения. При замене исполнения всегда продолжает существовать новое обязательственно отношение, содержание которого направлено на удовлетворение экономических, социальных или иных потребностей обоих его субъектов. При отмене исполнения в большинстве случаев правовая цель сделки, лежащей в основании прекращаемого обязательства, не достигается, поэтому интересы контрагентов остаются неудовлетворенными. Исключение в этом отношении составляет только зачет, так как его применение соответствует интересам обеих сторон правоотношения, носящего встречный характер. В ряде иных случаев требуется специальная защита кредитора, направленная на максимальное удовлетворение

1 Следует распространить действие правил нормы п. 3 ст. 453 ГК РФ, в соответствии с которой в случае изменения или расторжения договора обязательства считаются измененными или прекращенными с момента заключения соглашения сторон об изменении или о расторжении договора, если иное не вытекает из соглашения или характера изменения договора, а при изменении или расторжении договора в судебном порядке – с момента вступления в законную силу решения суда об изменении или о расторжении договора, на все виды обязательств вне зависимости от их природы.

2 Вещный характер отступного подчеркивается законодателем в формулировке предмета отступного – «уплата денег, передача имущества и тому подобное» (Ст. 409 ГК РФ).

его нарушенных интересов. В ряде случаев это осуществляется путем выплаты договорной неустойки, установленной в качестве отступного условиями договора, в других случаях – возникновением правоохранительного отношения по защите нарушенных прав кредитора, содержанием которого является не регулятивное обязательство, как при замене исполнения, а охранительное обязательство, направленное на защиту нарушенных прав кредитора. Таким образом, отмена исполнения обязательства направлена на прекращение существования регулятивного правоотношения. Последствием отмены исполнения в отличие от его замены может являться кроме прекращения старого обязательства возникновение нового, но только охранительной природы. Если в результате прекращения одного обязательства между теми же субъектами и на основании того же юридического факта возникает новое обязательство регулятивного содержания, это свидетельствует о том, что произошла замена исполнения обязательства, а не его отмена.

При этом следует подчеркнуть, что основанием для возникновения новой обязательственной связи являются те же юридические факты, которые являются основаниями для прекращения нового обязательства. Например, соглашение о новации договора аренды в договор купли-продажи является правопрекращающим юридическим фактом для обязательства по аренде и одновременно правообразующим юридическим фактом для обязательства по купле-продаже. Точно так же односторонний отказ от исполнения договора в случае неисправного поведения должника выступает в качестве правопрекращающего юридического факта, ведущего к расторжению нарушенного договора, и одновременно основанием для возникновения охранительного отношения по восстановлению нарушенной имущественной сферы должника. На основании юридических фактов, вызвавших прекращение обязательства, также может возникнуть не только охранительное, но и регулятивное обязательство, существенной особенностью которого будет его иной субъектный состав. Например, выдача должником векселя кредитором в качестве отступного прекращает обязательство между сторонами в момент акцепта векселя кредитором. Однако с того же момента возникает новое регулятивное отношение между бывшим кредитором по прекратившему существование обязательству и новым должником по обязательству, обеспеченным векселем.

*Емельянов Е.С.
Институт права БашГУ*

К вопросу о сущности алиментных обязательств

В любом обществе существует необходимость оказания материальной поддержки граждан, которые либо еще не могут зарабатывать себе средства к

существованию, либо не в состоянии этого делать и не располагают иными средствами, могущими обеспечить их потребности хотя бы на минимально необходимом уровне. Такую социальную помощь могут оказывать либо члены семьи, либо государство. Право на получение необходимых средств от членов семьи является основой алиментных обязательств.

Алиментное обязательство – это такое правоотношение, в силу которого на основе предусмотренных законом юридических фактов (решения суда, судебного приказа или соглашения сторон) один член семьи обязан предоставить другому материальную помощь.

Алиментным обязательствам присущи следующие признаки: 1) они имеют строго личный характер; 2) безвозмездны; 3) носят длящийся характер; 4) основания их возникновения установлены законом; 5) являются семейно-правовой обязанностью.

В настоящее время существуют разнообразные подходы к определению правовой сущности алиментных обязательств. В период советской власти считалось, что алиментное обязательство может иметь место независимо от того, предоставляется ли содержание добровольно или принудительно. Со вступлением в силу с 1 марта 1996 г. Семейного Кодекса РФ (далее СК РФ) появилась другая точка зрения, смысл которой в том, что алиментное обязательство есть самостоятельное правоотношение, возникающее на основе предусмотренных законом юридических фактов: соглашения сторон или решения суда. В силу этого правоотношения одни члены семьи имеют право требовать, а другие обязаны предоставить требуемое содержание. Алиментные обязательства можно рассматривать как разновидность гражданско-правовых обязательств. В СК РФ используются оба понятия – «алиментные обязательства» и «алиментные соглашения», но четкой правовой грани между ними провести нельзя.

Субъективное право на алиментное содержание возникает только у определенных лиц и при наличии определенных условий (как правило, это либо нетрудоспособность, либо нуждаемость управомоченного на получение содержания). Между тем законодатель употребляет два термина, очевидно, предполагая все-таки отсутствие тождества между этими понятиями. Единой точки зрения на правовую природу и разницу между понятиями «алиментное обязательство» и «алиментное соглашение» на сегодняшний день нет. Исполнение алиментных обязательств может происходить как в выплате денег, в передаче конкретных вещей обязанной стороной, так и в сочетании того и другого. Чаще всего алименты выплачиваются в денежной форме. При принудительном взыскании они уплачиваются в размере, установленном законом или определенном судебным решением. СК РФ допускает взыскание алиментов в натуральной форме (в том числе и одновременно), и это порождает серьезные правовые проблемы. Например, бывает очень трудно рассчитать стоимость натурально предоставленных алиментов, особенно когда до окончания срока выплаты алиментов еще много лет (например, на момент такой

натуральной выплаты ребенку всего три года), или сложно рассчитать будущую доходность и ликвидность предоставленного имущества.

Эти сложности усугубляются тем, что, например, при существенном снижении ценности этого имущества нельзя более обратиться в суд за взысканием алиментов – с момента получения имущества алиментная обязанность считается выполненной.

СК РФ определяет условия алиментирования и устанавливает круг лиц, имеющих право на алименты. К условиям относятся нетрудоспособность и нуждаемость. К сожалению, несмотря на массовое применение термина «трудоспособность/нетрудоспособность», его легальное определение до сих пор не разработано. Факторами определения трудоспособности выступают состояние здоровья и возраст. Например, в п. 1 ст. 3 Закона о занятости сказано, что безработными могут быть признаны только трудоспособные граждане, следовательно, пенсионеры к категории трудоспособных не относятся. Специалистами до сих пор не решен (остается открытым) вопрос об алиментном статусе инвалидов III группы, которые по определению являются трудоспособными, но в ряде случаев (когда совершеннолетний инвалид III группы по решению суда продолжал получать алименты от своего отца, так как по объективным причинам не мог найти работу).

В алиментных обязательствах к нетрудоспособным членам семьи относятся: несовершеннолетние дети, мужчины и женщины, достигшие пенсионного возраста – соответственно 60 и 55 лет, а также инвалиды всех трех групп вне зависимости от возраста. Юридический факт нетрудоспособности устанавливается соответствующим официальным документом – свидетельством о рождении, справкой об инвалидности.

С другим условием, дающим основание к получению алиментов, – нуждаемостью – дело обстоит несколько сложнее, поскольку этот факт устанавливается только судом. В соответствии с теоретическими разработками и судебной практикой нуждаемостью называется такое состояние лица, имеющего право на алименты, при котором его жизнеобеспечение ниже уровня его минимальных потребностей. Суд с учетом конкретных обстоятельств, анализируя степень жизнеобеспечения лица, имеющего право на алименты, его потребности и имеющиеся материальные возможности для их удовлетворения, устанавливает наличие (отсутствие) факта нуждаемости (пенсия может быть незначительной, но у лица, претендующего на алименты, есть недвижимость, дополнительные доходы и т. п.).

Доказательственными фактами могут служить: обусловленность потребностей члена семьи, ранее имевшийся жизненный уровень, объективные обстоятельства, нетрудоспособность лица, а с другой стороны – реальная возможность удовлетворить эти потребности со стороны ответчика.

При определении алиментных выплат, по мнению большинства практикующих юристов, возникают следующие сложности: отсутствие у плательщика не-

обходимых средств; определение наличия фактических средств у плательщика алиментов; определение размера предоставляемых алиментов; определение поведения супруга как недостойного в случае ограничения алиментной обязанности.

*Еникеева А.Р.
Институт права БашГУ*

К вопросу о понятии туристической услуги

По мнению некоторых специалистов, туристическую услугу следует рассматривать как деятельность, направленную на удовлетворение потребностей туриста непосредственно в рамках проходящего тура (например, услуги по размещению, питанию, перевозке и т. д.). На наш взгляд, целесообразнее придерживаться точки зрения О.Н.Викуловой: деятельность по организации путешествий и деятельность по оказанию туристских услуг – понятия разные.¹

Действительно, туристская деятельность – это профессиональная деятельность физических и юридических лиц по организации путешествий, в которой туристическая фирма выступает непосредственно организатором путешествия, но никак не исполнителем услуг, входящих в такое путешествие. Деятельность по организации путешествий – это деятельность, при которой турист (заказчик) получает с помощью туристической фирмы (исполнителя) права требования на оказание услуг по перевозке, размещению в гостинице (аренда), по питанию и прочее. Таким образом, туристическая фирма не может являться исполнителем этих услуг в рамках туристской деятельности.

Следовательно, деятельность по оказанию туристских услуг – это деятельность организаций туристической индустрии.

Считаем также, что оказание туристских услуг не регулируется нормами законодательства о туристской деятельности, так как к ней не относится. Приходим к выводу, что туристическая деятельность и туристические услуги схожи только в том, что в обоих случаях речь идет о предпринимательской деятельности, которая регулируется гражданским законодательством.²

Туристская деятельность, как отмечает Е.Л.Писаревский, попадает под действие гражданского законодательства, которое регулирует отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, и соответственно на нее распространяются все общие положения и принципы предпринимательства.³ В общем случае это понятие определяется как деятельность

¹ Викулова О.Н. *Постатейный комментарий к Федеральному закону «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации»*. – М., 2008. – С. 13.

² Там же. – С. 13.

³ Писаревский Е.Л. *Законодательство в области туризма. Тенденции и перспективы // Туристические фирмы*. – М., 2002, – № 27. – С. 95.

туристов, организаторов туризма и государства. Однако туристские услуги оказываются совершенно другим исполнителем – не организаторами туризма (в большой части посредниками), а именно непосредственными исполнителями – перевозчиками, средствами размещения, питания и прочее. Причисление этих хозяйствующих субъектов к сфере туризма – ключевой вопрос, особенно в части льгот и иных приоритетов.

Федеральный закон № 132-ФЗ «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации» рассматривает туристские услуги как «туристский продукт – комплекс услуг по перевозке и размещению, оказываемых за общую цену (независимо от включения в общую цену стоимости экскурсионного обслуживания и (или) других услуг) по договору о реализации туристского продукта».¹ В Директиве Совета Европейского экономического сообщества от 13 июня 1990 г. № 90/314/ЕЭС «О путешествиях, отпусках и поездках, включающих все» под туристическим продуктом (туром, услугами, включающими все) понимается предварительно намеченное сочетание не менее двух нижеперечисленных элементов, предлагаемых для продажи по глобальной цене, если период оказания услуг превышает 24 часа или включает ночь: транспортные услуги; услуги проживания; другие услуги в секторе туризма, не относящиеся к транспорту или проживанию, составляющие значительную часть «услуг, включающих все».²

Таким образом, Закон РФ не содержит конкретизирующих критериев и имеет менее ограниченный характер по отношению к туристу. Отметим, что Закон о туризме выделяет широкую категорию понятия «индустрия туризма», но не развивает ее в последующих положениях, то есть детально регулирует только деятельность туроператоров и турагентов, опуская проблемы регулирования собственно туристских услуг.

Для более глубокого анализа данного вопроса проведем сравнение обслуживания и услуги. Так, ст. 779 ГК РФ, говоря о применимости главы 39 ГК РФ к отношениям по туристскому обслуживанию, не раскрывает его содержания. Н.В.Сирик, утверждает, что обслуживание в сфере туризма является собирательной категорией, использующейся для характеристики деятельности, направленной на удовлетворение различных потребностей граждан. Осуществляя эту деятельность, организации оказывают услуги, выполняют работы, продают в розницу товары. Из этого положения вытекает, что понятие «обслуживание» является более широким, чем понятие «услуга».³ А поскольку, по мнению данного автора, договор оказания туристских услуг оформляет только одно обязательство, в силу которого исполнитель обязуется предоставить туристу весь комплекс услуг по перевозке, размещению, питанию, то для обо-

¹ Суханов Е.А. Современное законодательство в области гражданского права // *Нотариус*. – 2006, – № 2.

² О путешествиях, отпусках и поездках, включающих все: Директива ЕЭС от 13.06.1990 г. – № 90/314/ЕЭС // *Международный туризм: правовые акты*. – М., 2000.

³ Стригунова Д.П. Соотношение «услуга» и «обслуживание» в сфере туризма // *Современное право*. – 2005. – № 4.

значения действий, направленных на удовлетворение потребностей туристов, целесообразно использовать термин «туристские услуги», а не «услуги по туристскому обслуживанию», следовательно, договор, оформляющий отношения по предоставлению туристу комплексной туристской услуги, должен называться договором оказания туристских услуг.

Следует заметить, что туристские услуги в соответствии с п. 1 ст. 1 Закона о туризме относятся к группе объектов технического регулирования, на которые могут устанавливаться требования, применяемые и подтверждаемые только в добровольном порядке. Из этого следует, что должны считаться фактически утратившими силу положения Закона «О туристской деятельности», касающиеся стандартизации и сертификации, а также все иные нормативные правовые акты и документы, предусматривающие обязательные требования к туристическим услугам и проведение в их отношении обязательной сертификации.

«Вместе с тем представляется, что решения, принятые законодателем в отношении нормирования требований и сертификации работ и услуг, являются ошибочными, – считает Я.Е.Парций, – поскольку при их осуществлении остается проблема обеспечения безопасности. А эти вопросы не могут решаться в добровольном порядке, они требуют государственного регулирования».¹

Таким образом, приходим к выводу, что для более правильного понимания и во избежание спорных ситуаций между субъектами туристических правоотношений следует законодательно закрепить понятие туристической услуги. Проанализировав существующие в юридической литературе определения, мы предлагаем определить в законе юридическую услугу как «совокупность целенаправленных действий в сфере обслуживания, которые ориентированы на обеспечение и удовлетворение потребностей туриста или экскурсанта, отвечающих целям туризма».

Жиленкова Т.В.
Восточно-Сибирский филиал Российской академии правосудия

Категория риска в гражданском праве

Риск как категория гражданского права является понятием малоизученным. Собственно изучению содержания риска посвящено немного работ, большинство из которых датированы периодом 50-х – 80-х годов прошлого века. В современной цивилистической науке к риску обращаются в контексте с иными правовыми категориями и научные исследования носят односторонний характер. В них категории риска не придается самостоятельного значения, его используют в контексте с другими правовыми терминами, которые и становятся

¹ Парций Я.Е. *О стандартизации и сертификации в области туристической деятельности // Законодательство и экономика. – 2003.*

определяющими в формулировках и выступают в качестве базы научных исследований.

Думается, что такая ситуация складывается по двум причинам: Во-первых, законодатель не дает определения риска, хотя и оперирует названной категорией. В одних случаях закон прямо указывает на риски (абз. 3 п. 2 ст. 2 Гражданского кодекса РФ¹ (далее по тексту – ГК РФ); ст. 211 ГК РФ и др.), в других наличие риска предполагается (например, возможность возложения ответственности без вины на субъекта предпринимательской деятельности). Таким образом, риск учитывается в нормах права и выражен в них вербально или не вербально.

Во-вторых, контекстность использования понятия «риск» (несение риска, риск неблагоприятных последствий, угроза риска, оценка риска, минимизация риска, покрытие риска, тяжесть риск и т. д.) приводит к выхолащиванию его собственного содержания и подмене правовых понятий, для многих из которых есть сложившаяся и устоявшаяся в гражданском праве терминология.

Вместе с тем, исследования показывают, что риск можно характеризовать как самостоятельную правовую категорию, выделять его признаки и принципы. Это позволит классифицировать риски применительно к институтам гражданского права и, в дальнейшем, следуя выделенным принципам, применять самостоятельную категорию риска при разрешении гражданско-правовых споров. Конечный продукт – унифицированная дефиниция правового термина и унифицированные принципы его применения.

В науке гражданского права сложились три основных подхода к пониманию риска: объективный, субъективный, двойственная природа риска.² Не углубляясь в описание подходов, отметим, общими характеристиками для всех них можно выделить следующее:

1. риск носит негативную окраску по отношению к характеристике последствий того или иного поведения. Поскольку последствия могут быть благоприятными (желаемыми), по отношению к риску применяется термин «вероятность»;

2. риск целесообразно рассматривать не только как основание ответственности, но и с позиции правомерного поведения;

3. под правомерным поведением в данном случае следует понимать юридические и фактические действия, которые положены в основу возникновения, изменения, прекращения правоотношения, то есть – имеют характеристику юридического факта и правовое значение.

Анализ законодательства и правоприменительной практики позволяет прийти к ряду положений, дающих существенные характеристики понятия «риск».

¹ Гражданский кодекс РФ (часть первая): Федеральный Закон РФ от 30.11.2004 г. № 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 1994. – № 32. – Ст. 3301.

² Афонченко, А.Г. Сущность и значение риска как цивилистической категории // Современное право. – 2007. – № 8; Ойгензихт, В.А. Проблема риска в гражданском праве – Душанбе: Издательство «ИРФОН», 1972 г.

Не допустимо отождествление риска с иными правовыми категориями, как: убытки, ущерб, гибель имущества, просрочка должника. Эти категории гражданского права имеют свое вполне определенное смысловое наполнение. Риск также невозможно отождествлять с самим событием, в результате которого возникают неблагоприятные последствия.

Гражданское законодательство, регулируя гражданско-правовые отношения, устанавливает правила поведения в определенных ситуациях, распределяет обязанности по совершению определенных действий между контрагентами. Поскольку в любую деятельность возможно вмешательство факторов, не зависящих от воли сторон, невозможно сводить все неблагоприятные последствия, возникающие в результате деятельности исключительно к результату поведения стороны правоотношения. Однако в ряде случаев законодатель предполагает наличие в правоотношении так называемого специального субъекта, который обладает навыками и умениями (субъект предпринимательской деятельности – профессионал в определенной сфере, владелец источника повышенной опасности – лицо, обладающее специальными знаниями по его функционированию), исходя из которых возможна и необходима оценка действий с точки зрения возникновения именно негативных последствий.

В праве не принято рассматривать структуру правомерного поведения, однако здесь можно применить аналогию абстрактной модели противоправного поведения. Думается, что модель правомерного поведения аналогична, поскольку признак противоправности является формальным порицанием правонарушения. В модели правомерного поведения риск занимает позицию субъективного элемента, поскольку, не являясь действием или его последствием, и, тем более субъектом или объектом гражданского правоотношения, предполагает оценку других элементов правомерного поведения с точки зрения их качественных характеристик.

Риск воспринимается как угроза или опасность, но до определенного момента опасность и риск никак не связаны между собой. Сама опасность является категорией объективной, существующей независимо от субъекта и его отношения к ней. Лицо может оценивать опасность как вероятную и возможную, однако не имеет возможностей предотвратить становление вероятности действительностью. Предвидение опасности в праве связывают с виной, при вине опасность возможно предвидеть, при случае, опасность предвидеть невозможно, однако лица осознают возможность наступления случая, в связи с которым и возникают неблагоприятные имущественные последствия в виде имущественных потерь.

Исходя из субъективного осознания возможности наступления неблагоприятных последствий в результате случая, при котором исключается ответственность контрагента, лицо имеет возможность корректировать свое поведение в правоотношении, минимизируя тем самым действие объективных факторов, которые сами по себе возможны, вероятны, не предвидены, однако субъек-

тивно осознанны. Таким образом, риск является более субъективной категорией, нежели объективной или дуалистической. В связи с этим целесообразно соотношение понятий: «риск – возможность», «риск – вероятность», «риск – случайность», «риск – непреодолимая сила».

Определяя функциональное значение риска для гражданского права следует указать, что законодатель либо императивно распределяет несение риска между кредитором и должником,¹ либо диспозитивно передает решение этого вопроса на усмотрение сторон. Диспозитивность ограничивается общими принципами гражданского права: добросовестность участников гражданского оборота, имущественная самостоятельность, формальное равенство сторон. С точки зрения функциональности риска интересно выделение принципов его распределения между кредитором и должником. Предполагается, что основными принципами здесь должны выступать предвиденность последствий при добросовестном поведении. Степень предвиденности зависит от характеристики личностных качеств субъекта и внешних условий его деятельности. В связи с последним следует предположить, что в условиях случайного причинения риски возлагаются на должника, а в условиях действия непреодолимой силы – на кредитора.

*Затулина Т.Н. к.ю.н., доцент
Донской государственной аграрной университет*

Особый характер правоспособности некоммерческих организаций

Вопрос о понятии некоммерческой организации неизбежно связан с вопросом о пределах ее правоспособности. Именно правоспособность очерчивает правовые возможности организации как субъекта хозяйствования. Понимание природы правоспособности дает возможность юридически правильно оценивать действия организации, совершенные за ее пределами, очерченными в законе или учредительных документов. Данное обстоятельство является особо важным, учитывая, что в ст. 168 Гражданского кодекса РФ определяющей юридические действия – сделки, не соответствующие требованиям закона и иных правовых актов, признаются по общему правилу ничтожными.

В теории права, как известно, под правоспособностью понимается предусмотренная нормами права возможность лица иметь права и нести обязанности.² Наряду с дееспособностью (как способностью к самостоятельному осуществлению прав и обязанностей) правоспособность является элементом

¹ Использование терминологии обязательственного права – «кредитор и должник» обусловлено тем, что для статических отношений (собственность) риск приобретает значение тогда, когда отношение переходит в динамическую стадию (причинение вреда, совершение сделки и пр.).

² Теория государства и права. Курс лекций. / под ред. Матузова Н.И., Малько А.В. – 2-е изд., пере., и доп. – М.: Юрист, 2000, – С. 519.

правосубъектности лица.¹ Аналогичным образом определяются эти понятия и в науке гражданского права. Но у юридических лиц правоспособность и дееспособность неразделимы во времени – возникают одновременно с момента государственной регистрации и прекращается после завершения процесса ликвидации (ст. 49 Гражданского кодекса РФ) – поэтому в гражданском законодательстве используемое понятие «правоспособности» юридических лиц тождественно по содержанию «правосубъектности». В гражданско-правовой науке различие данных категорий для юридических лиц также обычно не имеет значения.² Следует отметить и то, что в последнее время в юридической литературе получила развитие проблема выделения в составе правосубъектности юридических лиц правоспособности и дееспособности, разделение моментов их возникновения и прекращения.³

До недавнего времени юридические лица могли обладать лишь специальной правоспособностью. Ранее действовавшее законодательство давало ученым определенные основания для классификации правоспособности на правоспособность граждан, Советского государства и юридических лиц. Соответственно, она признавалась общей, универсальной и специальной.⁴ Юридическое лицо создавалось для выполнения строго определенных функций и наделялось, соответственно, только теми правами и обязанностями, которые обеспечивали бы реализацию возложенных на него задач в соответствии с планом народного хозяйства.⁵ Специальная правоспособность юридических лиц не оспаривалась, и при ее анализе на тот период времени внимание уделялось главным образом ее причинам и содержанию.

С принятием Гражданского кодекса РФ общепризнанной в науке гражданского права осталась концепция общей (универсальной) правоспособности гражданина. Вопрос о содержании правоспособности юридических лиц стал предметом научных споров.

В современных условиях наделение некоммерческих организаций ограниченной или специальной правоспособностью представляется оправданным. Вопрос в обосновании принципа специальной правоспособности таких организаций. Создавая некоммерческую организацию, ее учредители, очевидно, преследуют вполне определенные социальные, культурные, иные общепользные цели, и освобождение такой организации от любых уставных ограничений привело бы к игнорированию интересов учредителей. Соответственно, и причины наделения некоммерческих организаций специальной гражданской

1 Алексеев С.С. *Общая теория права. Курс в 2-х томах. Том 2.* / С.С.Алексеев. – М.: Юридическая литература, 1982., – С. 139.

2 *Гражданское право: в 2 томах. Т. 1: Учебник / отв. ред. Е.А.Суханов.* – М.: Издательство БЕК, 2002. – С. 189.

3 Кудашкин В.В. *Специальная правоспособность субъектов гражданского права в сфере действия закона // Государство и право.* – 1999. – №5. – С. 46.

4 *Советское гражданское право. Часть 1 / под ред. В.Т.Смирнова, Ю.К. Толстого, А.К.Юрченко.* – М., 1969. – С. 107.

5 Братусь С.Н. *Субъекты гражданского права.* / С.Н.Братусь. – М.: Госюриздат, 1950. – С. 55.

правоспособностью видятся именно в защите прав их учредителей. Вопрос тем более актуален, что некоммерческие организации сегодня активно участвуют в хозяйственном обороте, составляя значительную часть хозяйствующих на рынке субъектов.

Некоммерческое юридическое лицо создается для достижения определенной цели, закрепленной в его учредительных документах. Такая цель может заключаться согласно ст. 2 Федерального закона от 12 января 1996 г. «О некоммерческих организациях» в достижении социальных, благотворительных, культурных, образовательных и иных целей, направленных на достижение социальных благ. С другой стороны целевой критерий деятельности предусмотрен в законе и для коммерческих организаций. Согласно ст. 40 Гражданского кодекса РФ основной целью таких организаций является извлечение прибыли. В связи с изложенным представляется, что и коммерческие, и некоммерческие организации обладают специальной и целевой правоспособностью, обусловленной уставными документами. Для некоммерческих организаций установлена множественность общественно-полезных целей создания и деятельности, в связи с чем, предусмотрен дополнительный критерий правоспособности – предмет деятельности. Если у хозяйственных товариществ и обществ специальность правосубъектности определена по критерию цели (извлечение прибыли), то для иных лиц даны, кроме целевого и дополнительные критерии (перечень видов деятельности).¹

Но соотношение необходимых некоммерческой организации правомочий с выбранными из множества целями создания организации осуществляет по общему правилу учредитель (абз. 1 п. 1 ст. 49 ГК РФ, п. 1 ст. 24 Закона о некоммерческих организациях). Иные ограничения правоспособности некоммерческой организации в гражданско-правовой сфере устанавливаются законодателем в зависимости от вида деятельности, но не от статуса организации. Например, требование о лицензировании отдельных видов деятельности или государственная монополия.

В рамках проблемы следует отметить, что в Гражданском кодексе РФ содержатся ограничения возможности участия некоммерческих организаций в некоторых обязательствах. Но установленные ограничения единичны и касаются правоспособности некоммерческих организаций в сфере осуществления предпринимательской деятельности, поэтому могут рассматриваться в качестве исключения. Определение рамок правоспособности некоммерческой организации в самом общем смысле является не только правом, но и обязанностью учредителя, так как законодатель решить этот вопрос не может. В связи с чем, возникает вопрос о средствах обозначения необходимых рамок правоспособности некоммерческой организации – достаточно ли указания лишь целей создания организации или необходимо четкое определение видов ее

¹ Зинченко С., Лапач В., Газарьян Б. *Новый гражданский кодекс и предпринимательство: проблемы регуляции // Хозяйство и право. – 1995. – № 10. – С. 92.*

деятельности. Вопрос о содержании специальной правоспособности некоммерческих организаций является дискуссионным.

Так, Г.Тосунян и А.Викулин указывает, что принцип специальной правоспособности состоит в том, что соответствующие юридические лица могут совершать только такие юридически значимые действия, которые отвечают целям деятельности, предусмотренным в уставе и ином учредительном документе, и нести связанные с этой деятельностью обязанности.¹ Аналогичной позиции придерживается М.И.Брагинский и К.Б.Ярошенко, С.Н.Братусь, В.А.Рахмилович, И.В.Елисеев и др.² Некоторые авторы, указывают, что содержание специальной правоспособности определяется не только соответствием деятельности юридического лица целям деятельности, предусмотренным в его учредительных документах, но и по предмету.

Действительно, п. 3 ст. 14 закона о некоммерческих организациях в числе сведений, которые должны содержаться в учредительных документах некоммерческой организации, называют предмет и цели ее деятельности. Вместе с тем, в соответствии с абз. 1 п. 1 ст. 49 Гражданского кодекса РФ и п. 1 ст. 24 Закона объем правоспособности некоммерческой организации определяется целями ее деятельности, предусмотренными учредительными документами. На наш взгляд нельзя отождествлять понятие «предмет деятельности» с перечислением видов ее деятельности. Если цели деятельности организации – это определение того, для чего данная организация создается, то предмет деятельности организации – это всего лишь указания на средства достижения поставленной цели, определение сферы ее деятельности. Например, целью создания благотворительного фонда является оказание благотворительной и социальной помощи. Предмет деятельности может быть определен как оказание материальной помощи, социальной поддержки и защиты беженцев и вынужденных переселенцев.

Требование о включении в учредительные документы некоммерческой организации исчерпывающего перечня видов ее деятельности представляется целесообразным. Кроме того, что подобное требование не следует из законодательства, с формальной стороны такие ограничения легко обходятся закреплением в учредительных документах длинного перечня различных видов деятельности, которые вправе осуществлять данная организация. На практике уставные документы некоммерческой организации составляются именно таким образом. Вместе с тем, если за некоммерческой организацией признается статус хозяйствующего субъекта, то необходимо оставить такой организации «пространство для маневров» в зависимости от ситуации, в рамках ее уставных целей.

¹ Тосунян Г., Викулин А. Исключительная правоспособность банка // *Хозяйство и право*. – 1999. – № 5. – С. 59.

² Брагинский М., Ярошенко К. Граждане (физические лица). Юридические лица // *Хозяйство и право*. – 1995. – №2. – С. 10; Рахмилович В.А. Комментарий к ст. 50 Гражданского кодекса РФ /под ред. О.Н.Садикова – М.: Юридическая фирма КОНТРАКТ; ИНФРА, 2003. – С. 122.

Некоторые организационные и правовые проблемы агропромышленного комплекса России

Наличие легитимной правовой базы и квалифицированных кадров, которые умеют грамотно применять законы – залог нормального функционирования государства.

В наши дни сельское хозяйство переживает не самые лучшие времена. На данном этапе государство сталкивается с рядом проблем, решение которых будет способствовать нормальному развитию экономики и АПК страны. Одной из важнейших проблем является недостаточная правовая поддержка и защита сельского хозяйства и сельскохозяйственных организаций. Рассмотрим это на примере Республики Башкортостан.

В муниципальных учреждениях (Управлениях сельского хозяйства, отделах сельского хозяйства администраций муниципальных районов) всего лишь в 24 из 54 районов имеются юристы.¹ Это говорит о том, что в одной из самых проблемных отраслей существует нехватка квалифицированных кадров. Зачастую все тяготы юридических проблем «ложатся» на руководителей колхозов и начальников Управлений сельского хозяйства, которые в большинстве случаев не имеют юридического образования и правовой практики, и не могут полноценно заниматься юридической защитой своих интересов. На практике встречается много случаев, когда мошенники, воспользовавшись юридической неграмотностью руководителей хозяйств, совершали «недобросовестные» сделки, из-за чего причиняли немалый ущерб колхозам. Отсутствие постоянной правовой помощи приводит к миллионным убыткам. Следовательно, сельскому хозяйству нужна хорошая правовая защита.

Следующей немаловажной проблемой является банкротство сельскохозяйственных организаций. Многие цивилисты скажут «здесь нет правовой проблемы», банкротство колхозов урегулировано законодательством. Но я считаю, что в нашей стране с «недостаточной» поддержкой сельского хозяйства, необходимо принятие специальных НПА или внесение изменений в действующее законодательство о банкротстве. К примеру, на стадии конкурсного производства распродается: техника, скот – что неминуемо ведет к «гибели» колхозов. Эта проблема очень сложная и требует от законодателей немедленного решения.

В сельском хозяйстве России существует диспаритет цен. Он выражается в несоответствии цен сырьевых промышленных ресурсов и цен на реализуемую продукцию. Приведу пример: в среднем затраты на производство одной тонны пшеницы составляют 3500 руб., а ее рыночная цена 2500–3000 руб. За-

¹ Приказ Министерства Сельского Хозяйства Р.Б. «Об итогах правовой работы за 2009 год».

купочные цены на молоко составляют 6–8 руб., а в магазинах мы не найдем пакет молока дешевле 18–20 руб. за литр.¹ С такими закупочными ценами на продукцию нет никакого смысла заниматься сельским хозяйством – оно убыточно. Государство должно начать контролировать закупочные цены в этой отрасли. В последнее время наблюдаются положительные тенденции в попытках регулирования цен молочной продукции, так в этом году было заключено соглашение производителей и переработчиков. Под документом подписались 2360 производителей молока и 123 компании, его перерабатывающие. То есть 65% российских сыроваров, 40% тех, кто производит сухое молоко, и половина маслоделов, которые договорились о том, что цена на сырое молоко первого сорта в этом году не опустится ниже 11 руб. за килограмм.

В наше время в сельском хозяйстве существует кадровая проблема. Низкая заработная плата, тяжелый физический труд – это реальность сегодняшнего дня в сельскохозяйственной сфере. Поэтому сейчас в сельхозпредприятиях преимущественно работают люди «советского времени» и часть молодежи с низким образовательным уровнем. Для закрепления высококвалифицированных кадров на селе с 2010 г. в Республике Башкортостан приняты следующие меры : выделение земельных участков под строительство жилья, выделение государственных субсидий, выплата подъемных в размере 100 тыс. руб. и доплат к заработной плате в сумме 10 тыс. руб. и др.

Наиболее важной проблемой в АПК является проблема финансирования отрасли. К примеру, приведем данные о доле выделяемых из федерального и муниципального бюджетов средств на развитие АПК. Около 1% и 0,11% соответственно. Выделяемых средств недостаточно для развития сельского хозяйства. В европейских странах доля в бюджете для этой отрасли составляет около 25–30%.²

Решение аграрного вопроса поможет, обеспечит: продовольственную безопасность страны; возрождение деревни; улучшит имущественное положение крестьян; появятся новые рабочие места; будет решен социальный вопрос, так как с нехваткой работы увеличивается число правонарушений и людей, страдающих алкоголизмом.

¹ Беседа с Ивановым Н.И. – начальником Управления сельского хозяйства МР Благовещенский район РБ.

² Беседа с Васильевой Т.А. – начальник Информационного отдела Администрации МР Благовещенский район РБ.

Некоторые проблемы в арбитражно-процессуальном праве

Проблемы в российском законодательстве являлись, являются собой и будут являться, пожалуй, всегда наиболее актуальным аспектом. Нет ни одной области права, которая не нуждалась бы в исправлении и своем изменении. И арбитражно-процессуальное право в этой связи не исключение.

Невозможно охватить даже большинство проблем, поэтому отмечу лишь некоторые. Практика показывает, что порой допускаются ошибки при подборе кадров на должность судьи. Пока же несменяемость и неуязвимость судьи, предусмотренные его правовым статусом, не дают возможности устранить эти ошибки. Уверовав в свою «незаменимость», некоторые судьи перестали работать над повышением профессиональной квалификации, допускают небрежность и безответственность при отправлении правосудия, забывают о высоких требованиях к моральному облику судьи. Многими учеными предлагается установить для всех судей, председателей коллегий и заместителей председателей судов порядок прохождения аттестации с периодичностью в 3–5 лет. Это, прежде всего, повысит ответственность и дисциплинированность судейских работников, а также предоставит возможность избавляться от нерадивых работников правосудия.

Вызывает недоумение бесправный, по сути, статус председателя арбитражного суда субъекта РФ. Отвечая за состояние всей работы по осуществлению правосудия в сфере экономики в регионе, он абсолютно лишен каких-либо прав и возможностей влиять на это состояние. В отличие от областных судов общей юрисдикции председатель арбитражного суда области не имеет права на принесение протеста, ему не дано даже право на представление своего заключения по делу.

Особо стоит отметить своевременность перехода от общего принципа коллегиальности рассмотрения дел к общему индивидуальному при сочетании обоих. Как показывает практика, сложность дел зависит не от исковой суммы, а от существа спорных правоотношений. Поэтому использовать коллегиальное начало в рассмотрении абсолютного большинства дел стало не только бессмысленным, но и не оправданным экономически. Индивидуальное рассмотрение позволяет более оперативно решать дела. Хотя в этом вопросе есть и обратная сторона: при коллегиальном рассмотрении судьи в большей степени гарантированы от «притязаний» сторон.

Далее следует перейти к пробелам в законодательстве. Это явление неизбежно. Причинами могут считаться «устаревание» законодательства, упущения законодателя, юридико-технические ошибки, допущенных в процессе законотворчества.

Приведем пример из практики исковых требований о признании недействительными ненормативных актов. Наиболее часто такие отношения вытекают из налоговых и относятся к актам государственных органов, наделенных правом взыскивать налоги (сборы) в безакцептном порядке и правами по осуществлению налогового контроля в целом.

Однако в действительности оказывается, что налогоплательщик далеко не всегда может реализовать свое право на обращение в арбитражный суд с иском о признании ненормативных актов налоговых (и иных) органов недействительными. На сегодняшний день такие споры признаются подведомственными арбитражным судам только в тех случаях, если оспариваемый акт подписан руководителем налогового органа (органа государственного внебюджетного фонда) или его заместителем. Если при решении вопроса о принятии искового заявления или в ходе судебного разбирательства суд устанавливает, что исковые требования о признании недействительным касаются акта, подписанного иным лицом (например, налоговым инспектором или уполномоченным Пенсионного фонда РФ), то суд выносит соответственно определение об отказе в принятии искового заявления, либо определение о прекращении производства по делу.¹

На примере апелляционного производства рассмотрим отсутствие четкой законотворческой концепции (возможность соединения в законе 2 начал – полную и неполную апелляции), а, следовательно, – необходимость законодательных корректив.

В соответствии с п. 2 и 3 ч. 4 ст. 272 АПК РФ («Апелляционные жалобы на определения арбитражного суда первой инстанции») апелляционный суд по результатам рассмотрения жалобы на определение арбитражного суда первой инстанции вправе отменить данное определение и направить вопрос на новое рассмотрение в арбитражный суд первой инстанции либо отменить определение полностью или в части и разрешить вопрос по существу.

Заметим, что законодатель сознательно использует термин «вопрос», а не «дело», поскольку речь идет о совершении судом первой инстанции определенного процессуального действия, не означающего рассмотрение спора по существу. На практике подобный подход законодателя может привести и уже приводит к правоприменительным коллизиям, не позволяя однозначно уяснить смысл процессуальной нормы, а порой просто ставя правоприменителя в тупик. Теперь допустим, что объектом апелляционного обжалования выступает определение суда первой инстанции о прекращении производства по делу в связи с неподведомственностью спора арбитражному суду (п. 1 ч. 1 ст. 150 АПК РФ). При этом суд апелляционной инстанции приходит к противоположному выводу и признает вынесенное судом первой инстанции определение незаконным. Очевидно, что «вопрос» о подведомственности спора может быть разрешен судом апелляционной инстанции самостоятельно, в связи с

¹ Письмо ВАС РФ № С1-7/ОП-299 от 28.04.1994 г.

чем, нет необходимости передавать его на новое рассмотрение в арбитражный суд первой инстанции.

Инстанционность процесса обязывает к соблюдению общего правила о недопустимости «подмены» рассмотрения дела в одной инстанции его рассмотрением в другой. Следовательно, понимая реальную необходимость передачи дела для рассмотрения по существу в суд первой инстанции, суд апелляционной инстанции вынужден искать соответствующую норму. Однако такой нормы в АПК РФ не обнаруживается.

Необходимость разрешения такой ситуации очевидна, а перспективы ее разрешения, при сохранении прежней законодательной базы, туманны. В связи с таким правоприменительным казусом ясна необходимость разъяснений закона, поиск средств, позволяющих «устранить неустранимое», пусть и посредством изменения процессуального закона – ведь от его четкости и строгости зависит и уважение к нему самому, и уважение к суду.

Становление арбитражной системы сопровождается постоянным увеличением количества рассматриваемых дел и, соответственно, нагрузки на судей, что влияет на качество судебных актов. И способ решения данной проблемы – оптимизации арбитражного процесса.

Она может осуществляться либо путем изменения законодательства, либо путем формирования соответствующей судебной практики. Последний способ может оказаться достаточно продуктивным.

Определенное значение для оптимизации арбитражного процесса имеет процедура рассмотрения дела в отдельных заседаниях, единоличного рассмотрения, введение института упрощенного производства (ст. 226–229 АПК), отдельное рассмотрение различных исковых требований либо правовых вопросов, необходимых для рассмотрения одного требования, ограничение пределов пересмотра судебных актов.

Игнорирование средств оптимизации судебного процесса приводит к тому, что судебная система не только выполняет огромный объем ненужной работы, но и приводит к нарушению закона.

Но чтобы не сложилось отрицательного впечатления об арбитражном законодательстве в целом, следует отметить, что новые законодательные акты об арбитражном суде и судопроизводстве – это крупный шаг не только в деле совершенствования законодательства и адаптации его к новым экономическим условиям хозяйствования, но и на пути правовой реформы.

Понятие арбитражного разбирательства и виды международных коммерческих арбитражей

Под арбитражным разбирательством в международном частном праве понимается рассмотрение споров в третейских судах, избираемых или специально создаваемых сторонами внешнеэкономических контрактов для рассмотрения, возникающих между ними споров.¹ Из этого следует, что международный коммерческий арбитражный суд – это орган, предназначенный для разрешения споров с участием иностранных фирм и организаций. По своей юридической природе – это третейский суд. Применение в названии этих третейских судов термина «арбитраж» требует разъяснения. Во-первых, речь в данной работе идет не о государственных арбитражных судах. А.И. Муранов отмечает, что с этой точки зрения понятие «арбитраж» в п. 1 ст. 8 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» сложностей не вызывает: под ним подразумевается третейский суд, выступающий в качестве международного коммерческого арбитража.²

Во избежание смешения с другими арбитражными судами в отношении третейских судов, специально предназначенных для рассмотрения споров с иностранными фирмами, обычно применяется понятие «международный коммерческий арбитраж». Термин «международный коммерческий арбитраж» используется как для обозначения в целом этого специфического механизма рассмотрения споров, так и для обозначения конкретного органа, созданного для рассмотрения таких споров. Учитывая исторические традиции, как в России, так и в ряде стран СНГ, международные коммерческие арбитражные суды как третейские суды следует отличать от обычных третейских судов как альтернативной формы судебного разбирательства, рассматривающих споры, как в области предпринимательской деятельности, так и иные споры между соседями в области землепользования, семейные споры, а также споры в отношении незначительных денежных сумм. В случаях такого рода спорящие стороны готовы без государственного принуждения признать решение авторитетного лица, рассматривающего спор.

Международные коммерческие арбитражные суды отличаются от обычных третейских судов не только тем, что они не могут рассматриваться в качестве альтернативной формы разрешения споров в досудебной стадии, а тем, что при обращении к таким судам исключается возможность обращения в принципе к государственному правосудию.

¹ Богуславский М.М. *Международное частное право*. – М.: Норма, 2008.

² Муранов А.И. *Некоторые проблемы действительности третейского соглашения // Корпоративный юрист*. – 2008. – № 2. – С. 27.

В российском законодательстве проводится различие между третейскими судами общего характера и международными коммерческими арбитражными судами. В ст. 1 Закона о третейских судах 2002 г. прямо предусмотрено, что он «...не распространяется на международный коммерческий арбитраж».¹ Из этого исходит и Арбитражный процессуальный кодекс. Следует также иметь в виду, что в российском законодательстве, в частности в АПК РФ, под понятием «иностранное арбитражное решение» понимаются не решения судов иностранных государств, а решения третейских судов и международных коммерческих арбитражей, принятых ими на территориях иностранных государств по спорам и иным делам, возникающим при осуществлении предпринимательской и экономической деятельности.

Преимущества арбитража как процедуры разрешения споров состоит в следующем. Система государственных судов характеризуется инстанционностью – наличием нескольких инстанций, позволяющих несколько раз пересматривать одно дело, что влечет определенную задержку в исполнении решения и неопределенность в положении сторон. Арбитраж в этом смысле является более привлекательным, поскольку он не имеет вышестоящих инстанций; его решение окончательно и не подлежит изменению. Рассмотрение спора в арбитраже носит чрезвычайно демократичный характер: стороны избирают состав суда, стороны вправе выбрать место проведения арбитража и даже определить частично или полностью саму процедуру арбитража, а кроме того, вовсе изъять спор из-под действия права и рассмотреть его по справедливости. Процедура арбитража проста, она не регламентирована многочисленными процессуальными правилами. Это обеспечивает сравнительную быстроту рассмотрения дела, что для коммерсантов, ведущих торговые и иные операции, имеет весьма важное значение. Арбитраж, в отличие от государственного (арбитражного суда), проводит рассмотрение споров на закрытых заседаниях, что гарантирует сохранение производственных и коммерческих тайн предпринимателей; посторонние лица допускаются к участию в арбитраже только с согласия обеих сторон; публикация решений арбитража без согласия сторон запрещена. Стоимость арбитражного разбирательства сравнительно невысока, во многих случаях она бывает ниже, нежели судебная процедура в государственном (арбитражном) суде. Достоинства арбитража – есть обратная сторона его недостатков. К недостаткам арбитражного порядка рассмотрения спора относят: во-первых, быстроту рассмотрения спора в жертву которой приносятся процессуальные гарантии сторон разбирательства; во-вторых, то обстоятельство, что не все арбитражи выносят обоснованные решения – зачастую мотивировка решения неизвестна публике; в-третьих, решение может быть вынесено без обращения к

¹ *Федеральный закон РФ от 24.07.2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» // СЗ РФ. – 2002. – № 30 – Ст. 3019.*

нормам права, а основано на принципах справедливости (если такой порядок предусмотрели стороны) и т. п.¹

*Ишмухаметов И. Ф.
Институт права БашГУ*

О праве пережившего супруга на долю в общей собственности

С юридическим фактом открытия наследства, когда умирает один из супругов, приходится сталкиваться и самому пережившему супругу и нотариусу, ведущему наследственное дело, решая при этом вопрос о судьбе доли в общей супружеской собственности. Эта распространённая житейская ситуация в условиях действующих в нашей стране гражданско-правовых норм и норм профессионального нотариального права порождает известные трудности как для супругов наследников, так и для практикующих нотариусов. На первый взгляд, проблем и споров по поводу права пережившего супруга на имущество, нажитое в период брака возникать не должно.

С точки зрения норм обновлённого гражданского законодательства России, очевидно, что, во-первых, у пережившего супруга есть право собственности на часть имущества, и, во-вторых, в состав наследственного имущества входит лишь доля умершего супруга. Именно она и является предметом наследования. Исходя из данной логики, нотариус обязан определить долю умершего супруга в общем составе имущества до выдачи свидетельства о праве на наследство. Переживший супруг может и не обратиться к нотариусу за свидетельством о праве собственности на совместное имущество, но это не лишает его субъективного права собственности, возникающего из норм закона. Переживший супруг не может и отказаться от выдачи свидетельства о праве собственности, ибо отказ от документа не будет означать отказа от права. Следовательно, в любом случае включение в наследственную массу всего имущества без выделения супружеской доли объективно нарушает права и законные интересы пережившего супруга, основанные на требованиях действующего гражданского законодательства.

С данным выводом солидарны и авторы соответствующих разделов специальной юридической литературы.²

Однако в реальной жизни, в конкретной нотариальной практике применения норм наследственного права всё обстоит совсем не так, как задумано законодателем и соответственно, предусмотрено буквой гражданского закона. Многие нотариусы, ведущие наследственные дела, считают, что законные

¹ Рожкова М.А. *Возможности разрешения и урегулирования коммерческих споров // Правосудие в Поволжье. – 2004. – № 5. – С. 45.*

² Зайцева Т., Крашенинников П. *Наследственное право в нотариальной практике. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – С. 196–197.*

подходы не для них, а для учёных или методистов нотариальных палат. Гораздо проще идти другим путём, не задумываясь о правах оставшегося в живых супруга. Во-первых, долю в праве собственности можно просто не заметить, если «живой» супруг не обратился за выдачей свидетельства о праве собственности. Такой вариант решения предлагался в своё время Положением о государственном нотариате (ст. 381). Для выделения супружеской доли тогда требовалось обязательное волеизъявление супруга, и если его не было, имущество включалось в наследственную массу. Таким образом, в целях упрощения делопроизводства явно нарушались как требования гражданского законодательства, так и субъективные права собственников-супругов. Интересно, что и ст. 75 Основ законодательства РФ о нотариате (далее – Основы) в своём содержании не так далеко ушла от норм нотариального права советского периода. Здесь говорится, что нотариусом «может быть определена доля умершего супруга» и может быть выдано свидетельство на половину общего имущества пережившему супругу. Иначе говоря, акцент делается на возможностях (правах) нотариуса, а не на его обязанностях, вытекающих из норм действующего гражданского законодательства.

Во-вторых, можно предложить супругу-наследнику совершить сделку отказа, например, от выделения супружеской доли. Более того, в периодической печати нотариусам предлагается закрепить такого рода сделку законодательно, как особый вид односторонней сделки.¹ Совершение этой сделки будет означать отказ от права собственности. Данная возможность для собственников предусматривается ст. 236 ГК РФ. При отказе от права собственности его объекты становятся бесхозными (ст. 225 ГК РФ) и их дальнейшая судьба решается исключительно в судебном, а не нотариальном порядке. На деле, применив названную сделку, нотариусы упрощают для наследников пути получения правоустанавливающих документов на наследство. При этом всё имущество, без учёта доли пережившего супруга, включается в наследственную массу. По сути, посредством предложенной сделки супруг дарит другим наследникам своё имущество. Она оказывается притворной, ибо с её помощью только облегчается процедура получения имущества по наследству.

Свидетельство о праве собственности нотариус может выдать в соответствии с п. 2 ст. 75 Основ только на половину общего имущества. Между тем, доля супружеской собственности это далеко не всегда половина. Если это «определённая часть» совместно нажитого имущества, то её надо определять по семейно-правовым нормам (ст. ст. 34, 36, 38 Семейного кодекса), обладая соответствующей компетенцией. Нормы семейного законодательства предусматривают, что: есть собственность каждого из супругов, можно признать имущество супруга совместным при значительном увеличении его стоимости, супруги могут проживать раздельно и тогда имущество может быть признано

¹ *Российская юстиция* . – 2003. – № 9.

собственностью каждого из них. Содержание ст. 75 Основ явно не соответствует требованиям норм действующего гражданского законодательства.

Следует заметить, что право пережившего супруга на долю в общей собственности по нормам действующего гражданского законодательства является неприкосновенным и не должно умаляться, в том числе нотариусами при ведении наследственных дел и совершении иных нотариальных действий. При этом в реализации данных задач нотариальному сообществу должен помогать законодатель, в частности, путём принятия новых порядка и правил выдачи свидетельств о праве на долю в общем имуществе в рамках нового закона «Об организации и устройстве нотариата».

*Кадырова Д.В.
Институт права БашГУ*

Роль предварительного договора при оформлении сделок с жилыми помещениями

Каждый хоть раз в своей жизни был продавцом либо покупателем квартиры или частного домовладения! В то же время в современном гражданском обороте недвижимости независимо от ее вида все большее распространение получают так называемые преддоговорные соглашения, которые стороны заключают на стадии переговоров до того, как подписать основной «окончательный» договор (предварительные договоры, запродажные записи, письма о намерениях, меморандумы о намерениях и о взаимопонимании, рамочные соглашения и т. д.).¹

Неспроста при оформлении сделок с жилыми помещениями растет популярность предварительного договора. Однако, несмотря на наличие в ГК РФ специальных норм, посвященных предварительному договору (ст. 429), практика показывает, что стороны, заключая такие договоры, часто не имеют адекватного представления о сущности вытекающих из них обязательств. В связи с этим при применении конструкции предварительного договора возникает множество весьма актуальных теоретических и практических вопросов.²

В частности, очень острым является вопрос о допустимости применения для обеспечения обязательств по предварительному договору задатка. Особенно это касается отношений, связанных с оборотом жилых помещений, поскольку задаток традиционно является одним из самых распространенных способов обеспечения исполнения денежных обязательств при совершении сделок с жильем. Лица, желающие совершить договор продажи жилого по-

¹ Серова Ю.Г. *Институт запродажи в российском праве XVIII–XIX вв., Дис.... канд. юрид. наук. – Нижний Новгород, 2007.*

² Каримов М.Р. *Роль предварительного договора в формировании договорных условий участников гражданского оборота. Дис.... канд. юрид. наук. – М., 2002.*

мещения, часто заключают между собой предварительный договор, в котором обязуются совершить договор продажи в будущем. Договор этот заключается с целью юридического закрепления намерений сторон и регламентации их взаимоотношений в период подготовки к заключению основного договора. При этом в предварительном договоре нередко предусматривается, что при его подписании будущий покупатель передает будущему продавцу определенную денежную сумму, которая именуется задатком и после заключения договора продажи жилого помещения зачитывается в счет причитающихся по нему платежей.¹

В случаях, когда сторона, заключившая предварительный договор, уклоняется от заключения основного договора, другая сторона вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор, а сторона, необоснованно уклоняющаяся от заключения договора, должна возместить другой стороне причиненные этим убытки. В тоже время, обязать заключить такой договор как договор купли-продажи жилья – передать покупателю квартиру за определенную договором сумму – суд может просто не в состоянии, поскольку квартира, например, может быть уже к этому моменту просто продана. Поэтому, последствием неисполнения обязанности по заключению реального основного договора, каковым является договор купли-продажи недвижимого имущества, может быть только возложение на неисправную сторону предварительного договора обязанности возместить другой стороне убытки и применение к ней предусмотренных предварительным договором штрафных санкций. Предварительный договор – это документ, на основании которого стороны обязуются заключить в будущем договор о передаче имущества (в данном случае квартиры) на условиях, предусмотренных предварительным договором. Предварительный договор должен содержать условия, позволяющие установить предмет, а так же другие существенные условия основного договора (ст. 429 ГК РФ).

Второй раздел должен определять права и обязанности продавца и покупателя в отдельности. Рекомендуется включить в обязанности продавца квартиры представить справку, о том, что он не состоит на учете в психоневрологическом или наркологическом диспансере, в противном случае покупатель квартиры рискует остаться и без квартиры, и без денег. Если в квартире прописан несовершеннолетний ребенок, необходимо получить разрешение органов опеки и попечительства на проведение сделки.

Третьим разделом договора следует предусмотреть форс-мажор, (т. е. непредвиденные обстоятельства, действия непреодолимой силы, наступление которых помешало стороне исполнить обязательство). Обязательно следует указать, что риск случайной гибели недвижимости лежит на продавце квартиры до момента ее передачи по акту приемки-передачи покупателю. Так же следует оговорить в договоре положения об исполнении, отказе от исполне-

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. *Договорное право. Книга первая: Общие положения: Издание дополнительное стереотипное.* – М.: Статут, 2002. – С. 602.

ния и изменении договора. Необходимо предусмотреть ответственность сторон за уклонение от заключения договора купли-продажи квартиры или отказ от государственной регистрации договора купли-продажи. Ведь сделка считается оконченной именно с момента регистрации договора купли-продажи в органе регистрации. Предварительный договор заключается в простой письменной форме, не требует обязательного нотариального удостоверения. Но вы можете подписать его в присутствии двух свидетелей, которые так же скрепят его подписями, в подтверждение добровольных намерений сторон при заключении указанного договора.¹

Таким образом, цель предварительного договора изначально всегда заключалась в установлении обязательств неимущественного (организационного) характера – обязанности сторон заключить договор в будущем. Сфера действия предварительного договора – приготовление к конкретному соглашению, как правило, имущественного характера. И с этой точки зрения, любой выход за эти пределы нужно расценивать, как неоправданное расширение действия норм о предварительном договоре.

*Калиниченко О.М.
Арбитражный суд Республики Марий Эл*

Новые правила электронного аукциона: особенности проведения

Введение обязательных электронных торгов является передовым в сфере выполнения подрядных работ для муниципальных нужд на постсоветском пространстве. Данный способ размещения заказа в своем законодательстве закрепили не все государства – члены ЕврАзЭС. Но предполагаемая унификация законодательства стран-участниц в ряде отраслей, в том числе и в сфере государственного и муниципального строительства, дает основание предположить, что российская новелла станет стимулом для распространения электронных технологий на всем постсоветском пространстве.

Введение электронных торгов в РФ стремится обеспечить отсутствие публичного доступа к информации, идентифицирующей участников аукциона до момента выявления победителя. Предполагается, что отсутствие такой информации позволяет снизить риски, влияющие на исход аукциона.

Рассматривая порядок и особенности проведения электронного аукциона необходимо определить, что под электронным аукционом понимается открытый аукцион, проведение которого обеспечивается оператором электронной площадки на сайте в сети Интернет. Электронная площадка – это сайт в сети Интернет, на котором проводятся открытые аукционы в электронной форме.

¹ Шанаурина Ю. В. *Институт предварительного договора в гражданском праве РФ. Дис.... канд. юрид. наук. – Тюмень, 2006.*

Согласно главе 3.1 Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд»¹ электронный аукцион включает в себя следующие процедуры:

1. Потенциальный поставщик должен зарегистрироваться на электронной торговой площадке (официальный сайт www.zakupki.gov.ru) и в день проведения аукциона зайти на нее, используя средства идентификации или электронной цифровой подписи. Оператор электронной торговой площадки обязан обеспечивать конфиденциальность информации об участниках аукциона.

2. В момент начала торгов участник может сделать свое ценовое предложение, не превышающее начальную (максимальную) цену контракта, воспользовавшись специальной формой на сайте.

3. Торги проходят на понижение цены контракта – в ходе торгов участники могут неоднократно подавать ценовые предложения в режиме on-line. «Шаг аукциона» составляет от 0,5 до 1% начальной (максимальной) цены контракта.

4. Торги считаются завершенными, если через один час с момента их начала или последнего предложения по цене от участника не поступило предложения, предусматривающего более низкую цену. Если поступило несколько предложений с одинаковыми ценами, лучшим признается предложение о цене контракта, поступившее ранее других.

5. Победителем признается участник, предложивший наиболее низкую цену контракта.

6. Выявляется участник, сделавший лучшее предложение по цене, следующее за предложением победителя: с этим участником должен быть заключен государственный или муниципальный контракт в случае, если сам победитель уклонится от заключения этого контракта.

7. Система электронной торговой площадки в течение нескольких минут автоматически формирует протокол с итогами торгов.

Результаты электронного аукциона оформляют протоколом. В документе указывают место, дату, время проведения аукциона, перечень участников, начальную (максимальную) цену контракта (цену лота), последнее и предпоследнее предложения о цене контракта, наименование, место нахождения (для юридических лиц), фамилию, имя, отчество, место жительства (для физических лиц) победителя аукциона и участника аукциона, который сделал предложение о цене контракта, равной цене, предложенной победителем аукциона, или предпоследнее предложение о цене контракта.

Протокол размещается на сайте в течение дня, следующего после дня подписания указанного протокола.

¹ О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд: Федеральный закон от 21.07.2005 г. № 94-ФЗ // Российская газета. – 005. – № 163.

Подписание контракта осуществляется только в электронной форме с использованием электронной цифровой подписи, которая выдается Казначейством России (его территориальными органами).

Изучение особенностей проведения электронного аукциона на практике позволит определить его преимущества, устранить недостатки, а также выведет его на новый уровень.

*Камалова Д.Э.
Институт права БашГУ*

Рассмотрение гражданских дел в порядке надзора

В настоящее время особую актуальность приобрели проблемы надзорного производства. Поводом к проверке законности судебного постановления в порядке надзора является обращение лиц, участвующих в деле, и других лиц, если их права и законные интересы были нарушены судебными постановлениями. Неотъемлемой частью надзорного производства, так же как и апелляционного и кассационного, является процедура предварительного рассмотрения надзорной жалобы или представления прокурора с просьбой о пересмотре судебного постановления (ст. 379–384 ГПК РФ).

В соответствии с ГПК РФ предварительное рассмотрение надзорной жалобы или представления является процессуальной деятельностью судьи по осуществлению правосудия по гражданским делам.

Субъектом этой процессуальной деятельности является суд надзорной инстанция в лице судьи, который все свои процессуальные правоприменительные действия обязан оформлять в форме определения, которому по поручению председателя или заместителя председателя соответствующего суда передаются на рассмотрение поступившие в суд надзорная жалоба или представление прокурора.¹

Надзорная жалоба или представление прокурора подается непосредственно в суд надзорной инстанции:

– на вступившие в законную силу решения и определения судов субъектов Федерации, принятые ими по первой инстанции, если они ранее не были предметом рассмотрения в Верховном Суде РФ; на кассационные определения судов субъектов Федерации; на апелляционные решения и определения районных судов; на вступившие в законную силу судебные приказы, решения и определения районных и мировых судей – соответственно в президиум суда субъекта Федерации;

¹ Статья 379 ГПК РФ.

– на кассационные определения окружных (флотских) военных судов; на вступившие в законную силу решения и определения гарнизонных военных судов – в президиум окружного (флотского) военного суда;

– на определения президиумов судов субъектов Федерации; на вступившие в законную силу решения и определения судов субъектов Федерации, принятые ими по первой инстанции, если они ранее не были предметом кассационного рассмотрения в Верховном Суде РФ; на кассационные определения судов субъектов Федерации, а также на вступившие в законную силу решения и определения районных судов, принятые ими по первой инстанции, если жалобы на них были оставлены без удовлетворения президиумами судов субъектов Федерации, – в Судебную коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ;

– на вступившие в законную силу решения и определения Верховного Суда РФ, принятые им по первой инстанции; на определения Кассационной коллегии Верховного Суда РФ; на определения Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ, вынесенные ею в кассационном порядке; на определения Военной коллегии Верховного Суда РФ, вынесенные ею в кассационном порядке, – в Президиум Верховного Суда РФ.¹

Предметом судебной деятельности являются сложные общественные отношения. Поэтому при самой совершенной процессуально-правовой регламентации судопроизводства полностью исключить ошибки в разрешении конкретных дел судом первой инстанции практически невозможно. Судебный надзор как самостоятельный процессуально-правовой институт появился в советское время и формировался, постепенно совершенствуясь, в результате взаимообусловленности следующих трех основных моментов.

Во-первых, провозглашенный конституционным принцип законности обуславливал необходимость аннулирования таких актов правосудия, которые хотя и вступили в силу, но существенно противоречили закону. Во-вторых, в интересах сторон нельзя было предоставлять возможность бесконечного обжалования решений, тем самым снижать их стабильность, затягивать исполнение, неоднократно пересматривать только из-за того, что кто-либо из участников процесса с выводами суда не согласен (часто явно необоснованно). В-третьих, государство с самого начала одну из важнейших задач в области правового регулирования усматривало в том, чтобы продвинуться как можно дальше в усилении вмешательства его в частноправовые отношения.

По действующему законодательству суд надзорной инстанции проверяет правильность получения судом доказательств, порядок их исследования, распределение бремени доказывания, соответствие доказательств принципу допустимости, осуществление судом оценки всех доказательств, представленных сторонами и исследованных в судебном заседании. В случае обнаружения нарушений норм процессуального права, связанных с неправильным опреде-

¹ Часть 2 ст. 377 ГПК РФ.

лением предмета доказывания, обоснования решения недопустимыми доказательствами, представлением, собиранием, исследованием и оценкой доказательств, суд надзорной инстанции отменяет судебное постановление, если признает, что они привели или могли привести к неправильному разрешению дела. Со времени принятия Гражданского процессуального кодекса РФ возникло множество теоретических и практических проблем, являющихся предметом дискуссии в юридической литературе. К таким затруднениям относится вопрос об определении момента возбуждения производства в суде надзорной инстанции.

Устранить правовой пробел в вопросе момента возбуждения надзорного производства возможно, дополнив главу 41 ГПК РФ нормой, которая по содержанию была бы аналогична ст. 295 АПК РФ. Редакционная формулировка такого положения могла бы быть следующей:

«Надзорное производство возбуждается на основании надзорной жалобы лица, указанного в ч. 1 ст. 376 настоящего Кодекса, или представления прокурора и в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом. Вопрос о принятии надзорной жалобы или представления прокурора рассматривается судьей в течение десяти дней со дня их поступления в суд надзорной инстанции. В случае если надзорная жалоба или представление прокурора отвечают требованиям, предусмотренным ст. 376–378 ГПК РФ, судьей выносится определение, которым возбуждается надзорное производство. Копии определения направляются лицам, указанным в ч. 1 и 3 ст. 376 ГПК РФ».

Введение предлагаемого положения позволит установить не только момент возбуждения надзорного производства, определить правовое положение лица, обратившегося с надзорной жалобой (представлением), но и своевременно рассматривать их. Также нововведение устраним оправданную критику о дисбалансе принципов состязательности и равноправия сторон в надзорном производстве, основанную на том, что лица, участвующие в деле, а также лица, чьи права и законные интересы нарушены судебными постановлениями, не знают о поступившей надзорной жалобе или представлении прокурора, и, следовательно, по их мнению, лишены возможности представить в суд свои возражения относительно доводов указанного обращения и содержащейся в нем просьбы о приостановлении исполнения решения суда, если таковая имеется. Направление же копий определения о принятии надзорной жалобы (представления прокурора) к производству уведомляет указанных лиц о начавшейся проверке в порядке надзора, что позволит им участвовать в судебном процессе и осуществлять иные процессуальные права. Таким образом, судья надзорной инстанции совершает процессуальное действие – проверку надзорной жалобы или представления прокурора на соответствие требованиям ст. 376–378 ГПК РФ в течение установленного законом периода времени и по результату принимает их к производству либо возвращает.

Некоторые вопросы охраны и защиты субъективных авторских прав авторов и иных правообладателей

Охрана и защита авторских прав является важной задачей любого демократически развитого государства. С момента обретения Республики Казахстан независимости был взят курс на построение демократического, светского и правового государства, основной ценностью которого является человек, его права и свободы.

По мнению А.В.Остапенко¹ с которым соглашаются многие, причинами неразвитости института охраны и защиты авторского права можно назвать:

- нигилизм;
- низкий уровень развития экономики в государстве;
- несовершенство нормативно-правовых актов.

Авторское право пронизано многими специфичными вопросами, которые на практике разрешаются неоднозначно в силу сложности правоприменения и конечно с теоретической точки зрения необходимо рассмотреть наиболее часто встречаемые трудности с применением законодательства авторского права, среди них можно отметить следующие:

1. Самым спорным является вопрос, должны ли привлекаться к ответственности производители техники, оборудования, если «они знают или подозревают», что правовая охрана должна отражать разумный баланс между интересами авторов и индустрии.²

Интересным является отнесение техники к взятому или несанкционированному направлению по методу «Они знают или подозревают». Как это можно определить, спрашивается? Поэтому здесь необходимо ставить вопрос по другому – главная цель техники, в чём её предназначение? И отсюда исходить к решению вопроса об ответственности. Если техника предполагает изначально нарушение авторских прав, то конечно необходимо привлекать к ответственности лицо, которое использовало данную технику.

2. Следующая проблема касательно «Пункта 3 ст. 15 Закона «Об авторских и смежных правах» от 10 июля 1996 г. установил «Право на неприкосновенность произведения». К понятию «неприкосновенность Закон отнёс «название». То есть название пьесы, музыкального произведения и т. п., имеет право менять (изменять) только автор». Законодатель под «правом на неприкосновенность» отнёс название – что кажется не совсем правильным. Ведь получается, что на-

¹ *Защита неимущественных прав. Сборник НПА. Сост. А.В.Остапенко – Алматы: Юрист. – 2004. – С. 243.*

² *Lewinski S. The WIPO Treaty 1996. The WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms treaty. Commentary and Legal Analysis. Butterworths. – 2002. – P. 143.*

звание нельзя поменять без согласия автора, а всё остальное можно, т. е. аранжировать, урезать и дополнить.

Поэтому наше мнение сводится к тому, чтобы данную норму Закона конкретизировать в часть того, что только автор и с согласия автора можно производить все вышеперечисленные правоотношения.

«Хотя при этом п. 4 этой же ст. (ст. 15) Закона установлено, что это «права неотчуждаемы», т. е. право на то, чтобы вносить изменения, переделывать произведения, ни у наследников, ни у других лиц нет. Только автор может дать согласие на изменение наименования созданного им произведения или его переделку. Это право после смерти автора ни к кому не приходит. И если согласно Закону, авторское право на произведение (п. 1 ст. 15) действует в течение всей жизни автора и 70 лет после его смерти, то указанное выше неимущественное, так называемое «моральное право». Эта же норма Закона запрещает какие-либо вмешательства в авторский текст, в наименование произведения. Закон в п. 2 ст. 28 установил, что это требование действует вечно».

Законодатель не учёл некоторые особенности объектов авторского права, это касается п.2 ст. 28. Ведь в музыкальной индустрии мы видим повсеместные аранжировки, ролики и т. д., но ведь эти «хиты» согласно этому Закону не должны переделываться. Авторы этих «хитов» известны, но срок их истёк. Через 70 лет по Закону они переходят в народное достояние.

И таких примеров много. Взять хотя бы театр. Каждый день ставятся спектакли по мотивам Н.Гоголя, А.Островского и т. д., но есть уже много фактов изменения названий этих произведений, дописки текстов, переделок и это конечно нарушает авторское право. Но что можно поделать с этим, ведь эти произведения ещё в далёком 1918 г. «национализированы» Советским правительством и вряд ли можно сейчас найти наследников их. И эта проблема назрела сейчас как, никогда. Ведь есть народная пословица – «всё то новое, что хорошо забытое старое». Мы предлагаем решить эту проблему следующим образом. Необходимо законодателю закрепить норму о произведениях, у которых закончился срок охраны, нет наследников. Передавать их на охрану «бессрочно» в уполномоченный государственный орган, Комитет по правам интеллектуальной собственности в части не нарушения личных неимущественных прав авторов, не связан с имущественными, и ввести ответственность за нарушение этих прав. И это даст положительные результаты, ведь известен постулат, где нет контроля, там царит хаос.

3. Право на отзыв также неоднозначно применяется на практике. Данное право реализуется при одном нюансе Закона, необходимо возместить убытки (реальные потери и упущенная выгода). Автор не обязан обосновывать свое решение об отзыве произведения – это его право. Если в результате обращения экземпляры произведений могут оказаться не у обладателя исключительных прав, а у конечного потребителя (например, при продаже музыкального диска покупателю – конечному потребителю), то здесь право на отзыв равно

нулю. В законодательстве Республики Казахстан отсутствуют нормы касательно изъятия правомерного приобретенного в собственность имущества, кроме национализации, реквизиции, конфискации, изъятии земельных участков для государственных нужд. Право автора на отзыв произведения некоторые авторы считают – «мертвым правом». Это связано с определением в законодательстве понятия «экземпляр произведения». Под экземпляром понимается копия произведения в любой материальной форме. Применительно к произведениям, размещенных в Интернете, материальной формой их выражения может быть исключительно соответствующее компьютерное оборудование – ЭВМ, в памяти которой записано произведение. При получении доступа Интернет – странице с произведением автор пользователи (в силу специфики действия Интернета) обязательно записывают через сеть произведение в память своего компьютера. Компьютер каждого пользователя Интернета, просмотревшего у себя на экране соответствующее произведение, превращается в его материальный носитель и, формально представляя собой экземпляр произведения автора, при реализации автором его права на отзыв может быть изъят. При желании автор вправе изъять у третьего лица посетившего его Интернет – страницу, компьютер с записанным на нем произведением с условием компенсации владельцу компьютера всех возникших у него убытков. Такая возможность является следствием отсутствия в Законе об авторском праве разграничения между терминами «экземпляр произведения» и «экземпляр произведения в цифровой (электронной форме)».¹ Бернская конвенция право на отзыв не признает, не было аналогичных положений и в ранее действовавших гражданских кодексах союзных республик.² Более того, такое право вообще не допускалось, поскольку устанавливалось, что согласие автора, данное при заключении авторского договора, не может быть отозвано в одностороннем порядке. Поскольку речь идет о договоре на обнародование произведения, никакого отзыва произведений гражданское законодательство не допускало.³ По мнению Вольфсона В.Л., право требовать отзыва произведения, по сути дела, есть особый способ защиты гражданских прав, позволяющий автору изъять из оборота произведение, которое, с его точки зрения, является порочащим или неприемлемым по отношению к его личностной или гражданской репутации.⁴

4. Право на опубликование трактуется в теории авторского права не едино и в связи с этим возникают проблемы при применении на практике. Вообще под правом на опубликование произведения понимают возможность выпуска в обращение экземпляров произведения в количестве, достаточном для

¹ Невзоров И.В. Проблемы правового статуса объектов авторского права в Интернете. Журнал. Современное право. – 2007. – №7. – С. 45–47.

² Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений. – 1886.

³ Судариков С.А. Право интеллектуальной собственности: Учебник. – М.: Проспект, 2009.

⁴ Вольфсон В.Л. Моральные (личные неимущественные) права автора и их содержание в странах общего права и странах континентальной системы. Дисс... на соиск. ученой степени канд. юрид. наук. – СПб, 2006. – С. 142.

удовлетворения разумных потребностей публики, исходя из характера произведения. Проблема состоит в том, кого можно считать публикой, а кого нет? Демонстрация произведения в местах или помещениях, куда каждый имеет доступ, является опубликованным, независимо от числа присутствующих при этом людей. Это правило действует и при оплате за вход. И даже, в случаях, когда доступ для публики ограничивается, т. е. разрешен только особым группам лиц, например, только женщинам, мужчинам, пенсионерам, чиновникам, демонстрация считается публичной, если все члены этой группы имеют право на вход.¹ Автор, давая согласие на опубликование своего произведения, он тем самым автоматически дает согласие и на воспроизведение. Если автор соглашается на выпуск экземпляров произведения в обращение, он санкционирует распространение произведений.

Не считается опубликованием произведения в следующих случаях:

- 1) ознакомление с произведением узким кругом лиц (родственники, друзья);
- 2) информации о произведении путем аннотации, автореферата диссертации, показа рекламного ролика о фильме и т. д. Но использованные в этих материалах отрывки из произведений должны признаваться опубликованными.

5. Право на обнародование произведения (выпуск в свет) является нормой, которая не доведена до логического конца. В соответствии с п.п. 4 п. 1 ст. 977 ГК РК и п.п. 4 п. 1 ст. 14 Закона Республики Казахстан «Об авторском праве и смежных правах», автору принадлежит право на открытие доступа к произведению неопределенному кругу лиц (право на обнародование).²

Право на обнародование реализуется только раз, после этого произведение переходит в другой правовой статус.

Право на обнародование включает в себя:

- 1) право на определение окончательного вида, в котором будет опубликовано произведение;
- 2) право определения способа, которым в первый раз будет открыт доступ неопределенного круга лиц к произведению.

По мнению Телюкиной М. – «право на обнародование произведения», можно считать и имущественным.³

Бернская конвенция не содержит права на обнародование, однако при ее пересмотре в 1928 г. предлагалось ввести аналогичное право. Предполагалось, что право на разглашение произведения позволило бы защитить интересы автора, поскольку никто иной не имел права обнародовать произведения без согласия автора даже по решению суда, например для покрытия долгов, или по иным причинам, и в интересах других лиц. Однако предложение включить

1 Веинке В. Авторское право. Регламентация, основы, будущее. – М., 1979. – С. 15–22.

2 Закон Республики Казахстан от 10.06.1996 г. № 6-І “Об авторском праве и смежных правах” (с изменениями от 09.07.2004 г. № 586-ІІ; от 22.11.2005 г. № 90-ІІІ) // Ведомости Парламента Республики Казахстан. – 1996. – № 8–9. – Ст. 237; 2004. – № 17 (2426). – Ст. 100; 2005. – № 21–22 (2425). – Ст. 87.

3 Телюкина М. Право на обнародование произведения – личное или имущественное. Журнал. Интеллектуальная собственность. – 2007. – № 8. – С. 4–7.

право на разглашение в Конвенцию не нашло поддержки и на более поздних конференциях по пересмотру не обсуждалось.

Считаем для усиления прав авторов и их защиты внести в законодательство Республики Казахстан «право на разглашение произведения», это позволит в дальнейшем избежать коллизий в данных правоотношениях.

Американская доктрина право на обнародование именуется «первой продажей». Идея состоит в том, что дает создателю произведения право выбора формы для первого опубликования.

*Кашфуллина И.М.
Институт права БашГУ*

Развитие института медиации в России

В ходе судебной реформы, начатой в 90-е годы прошлого столетия и которая еще не завершена, правосудие в РФ активно развивается и меняется, внедряются современные достижения, новые институты. В том числе достаточно эффективно используется опыт зарубежных стран при совершенствовании процессуального законодательства, а также в сфере урегулирования конфликтов, споров как между хозяйствующими субъектами, так и гражданами. Одним из таких новшеств, пришедших в Россию из англо-саксонской правовой системы, является институт медиации.

По данным Центра эффективного разрешения споров 85 % споров, которые разрешались путем посредничества в указанном центре, завершались заключением мирового соглашения (при средней продолжительности процедуры медиации в полтора дня), 6% были урегулированы в течение 3-х месяцев и лишь 9% были разрешены в судебном порядке.

Из мировой практики можно получить множество примеров законодательного закрепления медиации. Соответствующие акты приняты в США, Австрии, Германии. Европейская комиссия утвердила Кодекс медиатора, а Евросоюз издал ряд директив, регулирующих деятельность медиаторов. Типовой закон о медиации разработан комиссией ООН по международному торговому праву (UNCITRAL). Что же касается России, то и наше государство не остается в стороне от мировых тенденций распространения медиации. С 1 января 2011 г. на территории РФ вступает в силу Федеральный закон «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)».

Подготовка названного законопроекта вызвала активную научную дискуссию о перспективах медиации в России, ее значении для правосудия и урегулирования споров. У множества лиц, которые не компетентны в юриспруденции, также возникает вопрос о том, в чем отличия судебного разбирательства и урегулирования спора с участием посредника (медиатора).

Одним из преимуществ введения института медиации является то, что он нацелен на дружественное урегулирование споров, что означает сохранение устойчивых, нормальных отношений между спорящими сторонами и после разрешения спора (особый интерес участников спора к медиации проявляется, когда главным в споре являются не правовые претензии, связанные с прошлым, а будущие интересы партнеров и возможность продолжать деловое сотрудничество и развивать партнерские отношения). Также достигнутые в ходе медиации договоренности, как правило, более долговечны и отвечают реальному положению вещей, что не только способствует претворению их в жизнь, но и делает их осуществление обоюдно приемлемым. Все это в целом способно снизить уровень конфликтности отношений гражданского оборота, которое положительно влияет на развитие экономики в целом.

Не секрет, что судебная система в стране не в лучшем состоянии, что проявляется в длительности рассмотрения дел, в качестве выносимых решений, что порождает недоверие и нежелание обращаться в суды за защитой своих прав. Одним из показателей является тот факт, что со вступлением России в Совет Европы несколько тысяч российских граждан обратились в Европейский суд по правам человека с жалобами на неудовлетворительное осуществление правосудия в РФ. Введение института медиации дает возможность обойти все вышеперечисленные неудобства. Именно готовность сторон к ведению переговоров, профессионализм и опыт хорошего медиатора обеспечивают достаточно быстрое урегулирование конфликта, что особенно важно, например, для разрешения споров в сфере предпринимательской, коммерческой деятельности. Быстрота разрешения споров означает также экономичность данного способа урегулирования, поскольку расходы, затрачиваемые на урегулирование, связанные с получением юридической помощи находятся в прямой зависимости от длительности процедуры.

Судья Конституционного Суда Республики Башкортостан Слепнев Е.Л. также отмечает о положительном влиянии института медиации для урегулирования конфликтов и правосудия, в целом : «Введение в практику медиации исключает коррупцию, поскольку эта форма внесудебного рассмотрения споров позволяет самим сторонам контролировать процедуру, определять содержательную часть вырабатываемого решения и не зависеть от властного внешнего воздействия на их волю».

Как и любое другое новое явление, у медиации имеется множество сторонников и противников, но с проведением большой работы по разъяснению его смысла, число последних редет, как среди юристов, так и в обществе в целом. Одним из аргументов противников введения этого новшества является небесспорность самой необходимости процедуры медиации, когда есть институт мирового соглашения. Так, разрешение конфликта без судебных разбирательств – привлекательная возможность для тех представителей бизнеса и гражданского сообщества, кто способен к самостоятельным решениям, кто не

желает тратить деньги и время на длительные судебные разбирательства и рисковать репутацией, партнерскими отношениями; «медиация нацелена на выстраивание, сохранение отношений, т. е. построить будущее, в отличие от судопроизводства, где главное – это навести порядок в прошлом».

Для дальнейшего развития, продвижения, повышения роли медиации в правовой системе России необходима активная поддержка судей и всего юридического сообщества. Государство должно четко определить направления своей политики в области развития данного института. В частности, функционирование процедуры альтернативного урегулирования споров невозможно без правовой грамотности населения, информированности общества об институте медиации и преимуществах самой процедуры.

В целом, медиация – это способ разрешения спора для отважных, умных, способных к творческому мышлению людей, в распространении которого заинтересовано все общество. Эффективность данного направления судебной реформы, думаю, покажет время.

Климова Л.В.

Российская государственная академия интеллектуальной собственности

Правовые проблемы использования объектов авторского права в рекламе

Национальный ориентир на инновационную политику государства существенно меняет место и роль знаний и творческой деятельности человека в современной экономической жизни и хозяйственном обороте, а степень вовлечения в коммерческий оборот объектов интеллектуальной собственности становится важным фактором развития рынка. Важен не только сам факт создания объектов интеллектуальной собственности и охрана интеллектуальных прав, но и особенно, – их дальнейшая адаптация к развивающимся инновационным, рыночным отношениям, а также их популяризация среди населения и коммерциализация.

Находящийся в стадии формирования российский рынок товаров, работ и услуг, содержащий результаты интеллектуальной собственности, безусловно, требует привлечение и использование рекламы с целью продвижения качественно новых товаров, работ и услуг и распространения сведений о полезных свойствах ранее известных, что характеризует сферу рекламы и рекламный рынок в целом как наиболее динамично развивающиеся. Так, по данным Ассоциации коммуникационных агентств России (АКАР)¹ рекламный рынок России вырос на 16% в 2010 г. и составил 250 млрд. руб. с учетом НДС, из которых сегмент телевидения составил 50% (130,7 млрд. руб.), сегмент радио вырос

¹ Официальный сайт АКАР [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.akarussia.ru/>.

на 11% (11,8 млрд. руб.), сегмент печатной рекламы – на 7% (44,8 млрд. руб.), но наибольшего роста достиг рекламный сегмент в сети Интернет – на 40% (26,65 млрд. руб.). Главной особенностью при этом является все более активное использование на современном рекламном рынке объектов интеллектуальной собственности, в связи с тем, что рекламная деятельность наиболее тесно связана с созданием и использованием объектов авторского права – произведений литературы и искусства.

На сегодняшний момент охрана и защита авторских прав на произведения литературы и искусства является краеугольным камнем, в том числе в связи с современным способом копирования и передачи информации, а также творческим характером и оригинальностью, характерными для произведений, особенно, в случае эффективности, с точки зрения, привлечения внимания к объекту рекламирования, формирования или поддержания интереса к нему и его продвижения на рынке товаров, работ и услуг.

Непосредственно обратившись к правовому регулированию рекламы, совершенно очевидно, что целью ФЗ от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) является развитие рынков товаров, работ и услуг, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства РФ о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы. О наличии тесной взаимосвязи законодательства РФ о рекламе и авторского права косвенно указывает ст. 5 Закона о рекламе, посвященная общим требованиям к рекламе и содержащая запрет на распространение в рекламе недостоверных сведений об исключительных правах на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации, а также общеправовое требование обязанности соблюдения законодательства РФ, в том числе требования гражданского законодательства, законодательства о государственном языке РФ при производстве, размещении и распространении рекламы, то есть и обязанность соблюдения законодательства об авторском праве при использовании произведений литературы и искусства в рекламе. Следовательно, Закон о рекламе практически не затрагивает вопросы использования объектов интеллектуальной собственности в рекламе, в том числе при распространении рекламного продукта в сети Интернет, а лишь содержит общеправовые указания на соблюдения законодательства РФ.

Изложенные факты и уровень правовой регламентации позволяют признать многие вопросы регулирования рекламы дискуссионными и актуальными не только с точки зрения науки, но и практики. Особенно важно разрешить проблему эффективности правовой регуляции рекламы, первоначально, в аспекте использования объектов авторского права как наиболее востребованного компонента рекламного продукта.

Правовое регулирование использования рекламного продукта как охраноспособного произведения литературы и искусства находит свое отражение

непосредственно в законодательстве об авторском праве. Наиболее распространенные формы создания рекламного продукта и перехода (отчуждения) исключительных прав на рекламный продукт как охраняемый результат интеллектуальной деятельности являются использование рекламного продукта в режиме служебного произведения (ст. 1295 ГК РФ) и создание и использование рекламного продукта по договору авторского заказа (ст. ст. 1288, 1289 ГК РФ). Иная ситуация возникает в связи с возможностью использования уже охраняемых произведений литературы и искусства в рекламе, в этом случае применяются положения IV части ГК РФ, посвященные особенностям лицензионных договоров о предоставлении права использования произведения (ст. 1286 ГК РФ), а также особенностям договоров об отчуждении исключительного права на произведение (ст. 1285 ГК РФ). Такая особенность связана с осуществлением, обладающим исключительным правом на произведение автором (правообладателем) правомочия запрета, а также с закрепленной обязанностью получить согласие автора (правообладателя) на использование охраняемого объекта авторского права.

Следует учитывать также, что перечень объектов авторского права, установленный ст. 1259 ГК РФ, является открытым и в него входят и такие объекты, как производные, составные произведения, а также часть произведения, его название и персонаж, если по своему характеру они могут быть признаны самостоятельным результатом творческого труда автора и отвечают требованиям, предъявляемым к охраноспособным произведениям.

Практический интерес представляет использование персонажа произведения, особенно, если они используются в основе популярных «брендов». Надо сказать, что предоставление охраны персонажу произведения является новеллой IV части ГК РФ, что и обуславливает достаточно противоречивую судебную практику по данному вопросу. Сложность заключается также в отсутствии достаточного правового регулирования такого объекта авторского права, в том числе и отсутствием легального определения и критериев охраноспособности персонажа произведения, что порождает благоприятную почву для злоупотреблений и нарушений законных прав и интересов авторов (правообладателей).

Одной из проблем использования рекламного произведения является также соблюдение личных неимущественных прав автора произведения, а именно: права авторства и права автора на имя (ст. 1265 ГК РФ). В рекламе, как правило, не указывается имя автора произведения в связи с назначением рекламного продукта и затруднительностью такого указания с технической точки зрения. Однако предусмотрен правомерный выход из такой ситуации: автор вправе использовать свое правомочие обнародовать произведение без указания имени (анонимно). Но ситуация осложняется в случае смерти автора, произведение которого использовалось анонимно, а также в случае, когда произведение перешло в общественное достояние. Это обусловлено предоставленным наследникам автора, их правопреемникам или другим заинтере-

ресованным лицам правом охраны и защиты личных неимущественных прав автора, следовательно, рекламодатель не застрахован от возможных исков в свой адрес со стороны указанных лиц.

В заключении следует отметить, что проблема использования объекта авторских прав в рекламе является сложной и многоаспектной, что порождает благоприятную почву для нарушений прав и законных интересов участников таких правоотношений.

*Коваленко Е.С.
Институт права БашГУ*

К вопросу о категориальности понятия «поглощение» в гражданском праве

В доктрине и практике к отношениям по установлению контроля в АО принято применять термин «поглощение». Впервые его законодательное закрепление встречается в Положении об акционерных обществах 1990 г.¹ в котором под поглощением понималось покупка ста процентов акций общества. При этом обычно общество утрачивало свою самостоятельность, баланс консолидировался с балансом общества-покупателя, изменялась схема управления.

В настоящее время в рамках гражданского законодательства РФ отсутствует единый подход к понятию поглощение. Федеральный закон «Об акционерных обществах»² вообще не использует данный термин, несмотря на то, что в 2006 г. была введена в действие глава, регулирующая отношения по приобретению «контрольного» пакета акций (более 30%).

Следует отметить, что встречается некоторое нормативное регулирование процедуры поглощения в подзаконных нормативно-правовых актах. Так, в соответствии с распоряжение Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг 2002 г.³ поглощение определяется как приобретение 30 и более процентов размещенных обыкновенных акций юридического лица. В Указе Президента РФ 1992 г. «О мерах по реализации промышленной политики при приватизации государственных предприятий»⁴ под поглощением одного предприятия другим понимается приобретение последним контрольного пакета первого (как, видно уже без обозначения необходимого количества акций). При этом поглощающее предприятие признается холдинговой компанией, а поглощае-

1 Постановление Совмина РСФСР от 25.12.1990 г. № 601 (ред. от 15.04.1992 г., с изм. от 24.11.1993 г.) «Об утверждении Положения об акционерных обществах» // СП РСФСР. – 1991. – № 6. – Ст. 92.

2 Федеральный закон от 26.12.1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» // Собрание законодательства РФ. – 1996. – 1. – Ст. 1.

3 Распоряжение Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг от 4.04.2002 г. № 421/р «О рекомендации к применению кодекса корпоративного поведения» // Вестник ФКЦБ России. – 2002. – № 4.

4 Указ Президента РФ от 16.11.1992 г. № 1392 «О мерах по реализации промышленной политики при приватизации государственных предприятий» // Собрание актов Президента и Правительства РФ. – 1992. – № 21. – Ст. 1731.

мое – ее дочерним предприятием. Таким образом, термин «поглощение» понемногу получает законодательное закрепление. Например, в соответствии с Постановлением Правительства от 17.02.1993 г. № 138 «Об учреждении российского акционерного общества «Газпром»¹ реорганизация акционерного общества «Газпром» может быть осуществлена «путем слияния, разделения, выделения, присоединения, а также путем поглощения». Поглощение в данном случае фактически приравнивается к форме реорганизации. Следует отметить, это противоречит положениям ст. 57 ГК РФ и ст. 15 Федерального закона «Об акционерных обществах». При слиянии акционерного общества права и обязанности каждого из них переходят к вновь возникшему обществу; при присоединении права и обязанности одного общества переходят (присоединяются) к правам и обязанностям другого, при этом последние прекращают свое существование. Разница видится, прежде всего, в юридических последствиях такого перехода прав, а именно в изменении юридического статуса и прекращении деятельности одного или обоих участвующих субъектов.

При поглощениях возникают изменения, связанные с субъектным составом участников корпоративных отношений (т. е. можно говорить об изменениях внутренних корпоративных отношениях). В последующем, а возможно, и параллельно, будет иметь место реорганизация акционерного общества. Чаще прибегают реорганизации в форме присоединения.

Процедура реорганизации, к тому же, требует проведения ряда формальных действий, связанные с получением разрешения антимонопольного органа в указанных законом случаях, с обязанностью уведомления кредиторов, публикацией в печатном издании решения о реорганизации и др.²

В доктрине можно встретить понимание категории поглощения как сделки, совершаемой с целью установления юридического и фактического контроля одного общества над другим путем приобретения части акций поглощаемой компании.³ Таким образом, поглощение акционерного общества можно определить следующим образом. Это способ установления корпоративного контроля путем приобретения контрольного пакета акций акционерного общества, которое может сопровождаться реорганизацией поглощаемого юридического лица в форме присоединения.

¹ Постановление Правительства от 17.02.1993 г. № 138 «Об учреждении российского акционерного общества «Газпром».

² Лебедева Н.Н., Сутулова Е.А. Указ.соч. – С. 12.

³ Жуков А.А. К вопросу о понятии «поглощение» юридических лиц / Законодательство и экономика. – 2007. – № 2.

Уставный фонд в системе правовых категорий

Уставный фонд, как условие существования юридического лица коммерческого типа и выражение его имущественной обособленности, не раз становился предметом рассмотрения в научных публикациях.¹ Однако проблема уставного фонда рассматривалась преимущественно в прикладном правоприменительном аспекте. Представляется необходимым определить специфику уставного фонда применительно к системе правовых, прежде всего, гражданско-правовых категорий, уточнить его функции, а также права и обязанности субъектов правоотношения, складывающегося вокруг уставного фонда.

В законодательстве РФ и Республики Беларусь отсутствует легальное понятие уставного капитала (фонда – в белорусской традиции). В частности, в Гражданском кодексе РФ, Федеральном закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» и «Об акционерных обществах» содержится лишь его экономико-стоимостная характеристика – сумма номинальной стоимости долей (акций) участников общества.² В Республике Беларусь вообще имеет место только констатация факта, что при создании коммерческой организации, в том числе хозяйственного общества, формируется уставный фонд.³ Понятие – это форма обобщения явлений окружающего мира, ступень познания, представляющая собой синтезирование и выделение некоторого класса объектов по их специфическим признакам. При этом «понятие имеет тем большую научную значимость, чем более существенны признаки, составляющие содержание данного понятия».⁴ Следовательно, дать понятие уставного капитала (фонда) – это значит выделить атрибутивные признаки данного экономико-правового феномена. При этом указания на количественные характеристики явно не достаточно, поскольку, во-первых, это скорее экономический аспект рассматриваемой категории, а во-вторых – отсутствие в белорусском законодательстве легально закреплённой минимальной величины уставного фонда обществ с

1 Главницкая И.Н. Уставный фонд коммерческих организаций: проблемы правового регулирования // *Промышленно-торговое право*. – 2007. – № 5. – С. 27–42; Горяинова Е.И. Уставный капитал – номинальная величина или реальное имущество: проблемы правового регулирования // *Юрист*. – 2004. – С. 2–9; Ваулин В.П. Правовое регулирование формирования уставных фондов коммерческих организаций. // В.П.Ваулин // *Право Беларуси*. – 2004. – № 28. – С. 76–94; Саяпина И.А. Функции и структура уставного капитала. // *Право и политика*. – 2005. – № 6. – С. 138–151; Функ Я. Уставный фонд коммерческой организации: права по распоряжению имуществом, внесенным в качестве вклада // *Главный бухгалтер*. – 2007. – № 40. – С. 12.

2 Об обществах с ограниченной ответственностью: Федеральный закон РФ. – 1998. – № 14-ФЗ; в ред. Федерального закона РФ от 02.08.2009 г. // [Электронный ресурс]: «Консультант плюс»: Версия Проф. *Технология 3000*. / ООО «ЮрСпектр». – М., 2011.

3 Гражданский кодекс Республики Беларусь: Закон Республики Беларусь, 7.12.1998 г. № 218–3; в ред. Закона Республики Беларусь от 08.07.2008 г. // [Электронный ресурс]: «Консультант плюс»: Беларусь. *Технология 3000*. / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2009.

4 *Философский словарь*: – 5-е изд. / под общ. ред. И.Т.Фролова. – М.: Полит. лит., 1987. – С. 371.

ограниченной и дополнительной ответственностью, дает основание предположить, что абсолютная величина этого фонда далеко не всегда выступает в качестве классифицирующего признака. На сегодняшний день, совершенно справедливо, в правовой науке корпоративные отношения рассматриваются как составная часть предмета гражданского права. Соответственно, уставный фонд как явление материальной действительности, по поводу которого возникают определенные отношения между учредителями (участниками) юридического лица и самим юридическим лицом, на первый взгляд может быть квалифицирован как объект гражданско-правового отношения.

Само понятие «объект гражданских правоотношений» в научной литературе не нашло однозначного толкования. В правовой доктрине выделяется несколько подходов к данной проблеме. Во-первых, так называемая, вещно-правовая теория, согласно которой объектом гражданского правоотношения выступают конкретные предметы и явления материальной действительности (вещи, честь, достоинство и т. д.). Вторая концепция, получившая наименование «теории действия» строится на том, что вещи и нематериальные блага не могут подвергаться воздействию со стороны права. Право как, регулятивная система, призвана упорядочивать поведение субъектов общественных отношений. Следовательно, в качестве объекта правоотношения может выступать только поведение участника относительно какого-то объекта материального мира. Раскрывая понятие «объекты гражданских правоотношений» Е.А.Суханов писал: «...объектом гражданских правоотношений... можно было бы признать правовой режим разнообразных благ. Тем не менее, по сложившейся традиции и при известном упрощении ситуации к числу таких объектов относят материальные и нематериальные блага либо деятельность по их созданию, имея в виду, что в связи с ними (по их поводу) и возникают соответствующие права и обязанности, реализуемые в поведении участников правоотношений».¹ Однако, независимо от подхода к определению объекта правоотношения, атрибутивной характеристикой названного феномена является наличие у субъектов правоотношения прав и обязанностей, возникших по поводу того или иного явления. Таким образом, выделив комплекс прав и обязанностей участников корпоративных отношений по поводу уставного фонда (капитала), можно будет сделать вывод о квалификации последнего в качестве объекта корпоративного правоотношения.

В соответствии со ст. 13 Закона Беларуси «О хозяйственных обществах» участники общества обязаны вносить в уставный фонд общества вклады в порядке, размерах, способами и в сроки, предусмотренные учредительными документами.² В РФ участники общества с ограниченной (дополнительной) ответственностью должны оплачивать на тех же условиях доли в уставном

¹ *Гражданское право: Т. 1: учебник / Отв. ред. проф. Е.А.Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: изд-во БЕК. – 2003. – С. 295.*

² *Закон Республики Беларусь «О хозяйственных обществах» от 10. 01.2006 г. № 2020–XII // Нац. реестр правовых актов Республики Беларусь – 2009. – № 18. 2/1197; 2008. – № 172. 2/1469; 2010. – № 183. 2/1720.*

капитале общества.¹ Таким образом, обязанности у участников объединений корпоративного типа возникают по поводу имущества, передаваемого, как правило, в собственность юридическому лицу. Соответственно, объектом указанных правоотношений является имущество (действия обязанного лица по передаче этого имущества), а не уставный фонд. В соответствии с белорусским и российским законодательством хозяйственное общество вправе увеличить или уменьшить уставный фонд, а также в предусмотренных законом случаях обязано уменьшить его, например, если стоимость чистых активов данной организации по окончании финансового года окажется меньше. Однако и в этих случаях объектом правоотношений является не уставный фонд, а или порядок отражения имущественного состояния общества в учредительных и учетных документах, или имущество (денежные средства) вносимые участниками дополнительно в целях увеличения доли участия последних.

Интересная трактовка уставного капитала (фонда) предложена М.А.Ковалевским, который определил рассматриваемое понятие как «систему локально-публичных гарантий».² Однако, как уже обращалось внимание ранее, уставный капитал (фонд) может действительно гарантировать интересы кредиторов общества только в момент его формирования, т. к. средства, внесенные в этот фонд не лежат «мертвым грузом», а вовлекаются в имущественный оборот. На эти средства приобретаются необходимое сырье, материалы, оплачивается аренда помещений и т. д. Только по окончании финансового года организация приведет в соответствие объявленную величину уставного капитала и стоимости своих чистых активов. Но и в этом случае говорить о гарантиях можно весьма условно, поскольку имущество, определяющее величину этих чистых активов может характеризоваться низкой ликвидностью.

В словаре бизнеса уставный капитал определяется как организационно-правовая форма капитала.³ Чтобы оценить такой подход к трактовке рассматриваемого понятия нужно обратиться к философским общенаучным традициям. В частности, в самом общем виде форма представляет собой способ объективации содержания, т. е. организационно-правовую форму можно определить как способ организации внутренних и внешних взаимодействий, получивший нормативное закрепление. Капитал – это экономическая категория, обозначающая «один из факторов производства..., накопленный путем сбережения запас экономических благ в форме денежных средств и реальных капитальных товаров, вовлекаемый его собственником в экономический процесс с целью получения дохода».⁴ «Капитал, находясь все время в движении и

1 Федер. Закон от 08.02.1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // Собрание законодательства РФ. 1998. – № 7. Ст. 785; 1998. – № 28. – Ст. 3261; 1999. – № 1. – Ст. 2; 2002. – № 12. – Ст. 1093; 2005. – № 1. – Ст. 18; 2006. – № 31 – Ст. 3437; 2006. – № 52. – Ст. 5497; 2008. – № 18. Ст. 1941; – № 44. – Ст. 4981; – № 52. – Ст. 6227; 2009. – № 1. – Ст. 20; – № 29. – Ст. 3642; – № 31. – Ст. 3923; 2010. – № 31. – Ст. 4196.

2 Ковалевский М.А. *Природа уставного капитала акционерного общества* – С. 10–11.

3 Словарь бизнеса [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.smoney.ru/glossary/%D1%83%D1>.

4 Румянцев Е.Е. *Новая экономическая энциклопедия*. – М.: ИНФРА-М. – 2005. – С. 187.

в его процессе, меняя свои формы, принимает попеременно денежную, производительную, товарные формы».¹ Таким образом, внешним проявлением, формой капитала является денежная, товарная и производственная формы. Внешние и внутренние взаимодействия капитала с иными факторами производства складываются в экономической сфере и подчиняются объективным экономическим закономерностям. Право же воздействует на отношения, складывающиеся между субъектами (капитал – это объект), а, следовательно, организовать правовыми средствами внутренние и внешние взаимодействия данного феномена не возможно. Правовой формой функционирования капитала выступает институт права собственности и иных вещных прав.

Прояснить категорию «уставный капитал» можно, опираясь на базовые признаки юридического лица, в частности, такой из них, как имущественная обособленность. Внешним проявлением этого признака как раз и выступает уставный капитал (фонд). Таким образом, уставный капитал (фонд) можно определить как правовую форму выражения имущественной обособленности организации, элемент организационно-правовой формы юридического лица. При этом основной функцией уставного капитала (фонда) является, как уже было отмечено выше, не гарантийная, а учредительная, системообразующая. Именно соотношением величины долей, составляющих уставный капитал, и принадлежащих участникам объединения определяется в конечном итоге индивидуальность той или иной организации, ее хозяйственная стратегия и характер ее менеджмента.

*Константинова А.О.
Институт права БашГУ*

Проблемные аспекты деятельности адвокатуры в Российской Федерации

До принятия долгожданного Закона, исследователи отмечали, «закон об адвокатуре в России сегодня все никак не может родиться из-за боязни его авторов прямо назвать проблемы и принять напрашивающиеся, но нетрадиционные, решения». Итак, закон принят, применяется на практике. В связи с этим возникает логичный вопрос: решены ли накопившиеся проблемы?

Одним из самых насущных и дискуссионных вопросов – был и является вопрос коммерциализации адвокатуры. Для адвокатов, занимающихся обслуживанием бизнеса, актуальным является вопрос о так называемой «коммерциализации адвокатуры». Между тем Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» запрещает адвокатам, как предпринимательскую деятельность, так и создание каких-либо коммер-

¹ Некипелов А.Д. Популярная экономическая энциклопедия. – М.: «Большая Российская энциклопедия». – 2001. – С. 118.

ческих фирм. Относительно коммерциализации адвокатуры существуют две точки зрения.

Одни авторы утверждают: Запрет на предпринимательство, по существу, нарушает Конституцию РФ. Ведь в данном случае ограничиваются права гражданина, а, как известно, в силу ч. 3 ст. 55 Конституции РФ ограничение прав и свобод граждан допускается только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны и безопасности государства. Совершенно очевидно, что занятие адвокатом предпринимательской деятельностью в области права не посягает ни на один из перечисленных институтов. Эта статья законопроекта явно неконституционна и, если она сохранится в принятом законе, то с большой вероятностью на успех может быть оспорена в Конституционном Суде РФ.

В качестве альтернативы коммерциализации речь в законе идет об откате далеко назад, к адвокатуре, объединяющей индивидуально действующих адвокатов либо некоммерческие адвокатские бюро. Это означает, что сегодняшним адвокатским фирмам, которым присущи черты обычной коммерческой организации (а таких немало), придется выбирать – либо оставаться в составе адвокатуры, либо уходить из нее. Такой же выбор встанет перед адвокатами, занимающимися предпринимательской деятельностью (например, теми, кто занимается антикризисным управлением, входит в советы директоров предприятий и т. д.). Для всех них реализация на практике норм закона об адвокатуре будет иметь крайне отрицательные последствия.

Действительно, декоммерциализированная адвокатура имеет массу недостатков, а лучше сказать, упущений. Действительно, произойдет замораживание нынешнего, далеко не блестящего положения адвокатской корпорации. Будут и весьма значительные потери. С позиций макроэкономики отрасль закрывается для капитализации. Никто, даже сами адвокаты, у которых имеются средства, не будут инвестировать в адвокатуру, в адвокатские кабинеты и адвокатские бюро денег больше, чем это необходимо для создания комфортных условий труда. Ведь такие капиталовложения не окупятся в дальнейшем дивидендами. А без инвестиций извне отрасль в условиях рынка обречена на отставание от других капитализированных секторов экономики. Это также означает, что нам в обозримом будущем не достичь индустриального уровня рынка юридических услуг, у нас не будет адвокатских фирм, насчитывающих сотни и даже тысячи высококвалифицированных юристов, фирм, способных работать во всех уголках планеты, где есть платежеспособный спрос на адвокатские услуги мирового уровня (такие компании имеются в США, Великобритании, других странах с развитой экономикой). Кроме того, это значит, что мы заранее признали неизбежное свое поражение в конкурентной борьбе с мощными иностранными юридическими фирмами и отдали им на откуп весь рынок. И еще: адвокатура в России сегодня не имеет серьезного веса в обществе,

влияния на политику, на законодательный процесс. Не будет она его иметь и завтра. Лоббирование в органах власти, как ни цинично это звучит, стоит очень больших денег.

Кроме того, для адвокатуры фактически закрывается возможность ведения инвестиционной деятельности, закрывается конкуренция в современном значении этого слова.

Как отмечает, Генри Резник, «в профессии адвоката сочетаются качества: творчество и высокая общественная значимость. Каждое дело по-своему уникально и не терпит шаблона. Сборники судебных речей говорят о способности адвокатов создавать подлинные шедевры ораторского искусства. Правовые позиции, разработанные адвокатами по конкретным делам, нередко формируют судебную практику и могут приводить к изменению законодательства. С другой стороны, адвокат – участник отправления правосудия, без него, по словам Владимира Даниловича Спасовича, «суд не будет суд, а западня, куда вовлекаемый подсудимый обречен на неизбежное почти осуждение». Обязанность адвоката – постоянно поддерживать честь и достоинство своей профессии. Для адвоката негоже то, что входит в само существо деятельности даже самого честного коммерсанта – безусловно, полезной и уважаемой.

Между тем для обсуждаемой проблемы важно то, что уровень профессиональной защиты не должен зависеть от размера гонорара, от того, осуществляется она по назначению или по соглашению. Коммерциализация же адвокатуры окончательно понизит интерес адвокатов к такого рода делам. В качестве заключения стоит отметить, что Российская адвокатура еще не созрела для коммерциализации, как законодательно (не предусмотрены формы оказания юридической помощи, вытекающей из ст. 48 Конституции РФ), так и морально.

Коробко К.И.

Сыктывкарский государственный университет

Особенности применения стандартов в сфере здравоохранения

Вопрос определения качества оказываемой медицинской помощи является одним из ключевых при осуществлении медицинской деятельности. Специфика медицинской услуги состоит в том, что в большинстве случаев она не имеет овещественного результата, поэтому представляется весьма сложным оценить ее качество.

Действующее законодательство не содержит прямого закрепления понятия «качество медицинской помощи», более того, на основе анализа норм действующего законодательства можно сделать вывод, что законодатель отходит от употребления такого понятия как «качество медицинской помощи». Одним

из критериев, посредством которых определяется качество оказанной медицинской помощи, являются стандарты оказания медицинской помощи.

В соответствии с Федеральным законом «О техническом регулировании» № 184-ФЗ от 27.12.2002 г. элементами технического регулирования стали технические регламенты и стандарты.¹

В ст. 2 Федерального закона «О техническом регулировании» указывается, что стандарт – это документ, в котором в целях добровольного многократного использования устанавливаются характеристики продукции, правила осуществления и характеристики процессов проектирования (включая изыскания), производства, строительства, монтажа, наладки, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации, выполнения работ или оказания услуг. Таким образом, одним из признаков стандарта в рамках правового регулирования Федерального закона «О техническом регулировании» является добровольность его использования.

Таким образом, исходя из норм Федерального закона «О техническом регулировании», следует, что исполнение стандартов – добровольное дело субъектов, в том числе осуществляющих медицинскую деятельность. Нормы указанного федерального закона предусматривают обязательность для применения и исполнения только для технических регламентов.

Однако, проведем анализ норм действующего законодательства на предмет обязательности исполнения стандартов оказания медицинской помощи всеми субъектами, оказывающими медицинские услуги, в том числе субъектами частной системы здравоохранения.

В п. 15 ст. 5 Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан указывается, что к полномочиям федеральных органов государственной власти в области охраны здоровья граждан относится организация и осуществление контроля за соответствием качества оказываемой медицинской помощи, качества лекарственных и дезинфекционных средств, иммунобиологических препаратов и изделий медицинского назначения, сильнодействующих и ядовитых веществ, наркотических средств, психотропных веществ, качества донорской крови и ее компонентов установленным федеральным стандартам в сфере здравоохранения.²

В п. 1 ст. 5.1. Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан закреплено, что к полномочиям РФ в области охраны здоровья граждан, переданным для осуществления органам государственной власти субъектов РФ относится осуществление контроля за соответствием качества оказываемой медицинской помощи установленным стандартам в сфере здравоохранения

¹ Федеральный закон от 27.12.2002 г. № 184-ФЗ «О техническом регулировании» // Собрание законодательства РФ. – 2002. – № 52 (ч. 1). – Ст. 5140. (далее по тексту – Федеральный закон «О техническом регулировании»).

² Основы законодательства РФ об охране здоровья граждан от 22.07.1993 г. № 5487-1 // Ведомости СНД и ВС РФ. – 1993. – № 33. – Ст. 1318. (далее по тексту – Основы законодательства РФ об охране здоровья граждан).

(за исключением контроля качества высокотехнологичной медицинской помощи, а также медицинской помощи, оказываемой в федеральных организациях здравоохранения).

В соответствии с абз. 5 ст. 37.1. Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан, стандарты и порядок оказания медицинской помощи устанавливаются федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере здравоохранения.

В п. 1.2. Административного регламента Федеральной службы по надзору в сфере здравоохранения и социального развития по исполнению государственной функции по осуществлению контроля за исполнением стандартов качества медицинской помощи, утвержденного Приказом Министерства здравоохранения и социального развития РФ от 31.12.2006 г. № 905, указывается, что контроль за соблюдением стандартов медицинской помощи представляет собой государственную контрольно-надзорную функцию по оценке соответствия оказываемой медицинской помощи требованиям к проведению диагностических, лечебных и иных исследований и мероприятий, а также медикаментозного лечения при конкретных заболеваниях и состояниях, установленных стандартами медицинской помощи, а также требованиям к объемам и качеству медицинской помощи.¹

В соответствии с п.п. «з» п. 5 Положения о лицензировании медицинской деятельности лицензионным требованием и условием при осуществлении медицинской деятельности является обеспечение лицензиатом при осуществлении медицинской деятельности контроля за соответствием качества выполняемых медицинских работ (услуг) установленным требованиям (стандартам).²

Исходя из проведенного анализа законодательства РФ об охране здоровья граждан, следует, что исполнение стандартов оказания медицинской помощи обязательно для всех субъектов медицинской деятельности вне зависимости от ведомственной подчиненности, в том числе и для субъектов частной системы здравоохранения.

Кроме того, в соответствии со ст. 3 Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан, законодательство РФ об охране здоровья граждан состоит из соответствующих положений Конституции РФ и Конституций (уставов) субъектов РФ, настоящих Основ, иных федеральных законов и федеральных нормативных правовых актов, законов и иных нормативных правовых актов субъектов РФ. Таким образом, по вопросам установления стандартов в сфере здравоохранения должны применяться нормы Основ законодательства РФ

¹ Приказ Министерства здравоохранения и социального развития РФ от 31.12.2006 г. № 905 "Об утверждении Административного регламента Федеральной службы по надзору в сфере здравоохранения и социального развития по исполнению государственной функции по осуществлению контроля за соблюдением стандартов качества медицинской помощи" // Российская газета. – 2007. – № 60.

² Постановление Правительства РФ от 22.01.2007 г. № 30 «Об утверждении Положения о лицензировании медицинской деятельности» // Собрание законодательства РФ. – 2007. – № 5. – Ст. 656.

об охране здоровья граждан как специальные по отношению к нормам Федерального закона «О техническом регулировании».

Для устранения противоречий и правовой неопределенности при определении вопроса о применении стандартов в сфере здравоохранения, предлагаем дополнить Основы законодательства РФ об охране здоровья граждан статьей «Стандарты в сфере здравоохранения» следующего содержания: «Стандарты в сфере здравоохранения являются обязательными для исполнения на территории РФ субъектами государственной, муниципальной и частной систем здравоохранения».

*Котляр Т.А.
Институт права БашГУ*

К вопросу об основаниях возникновения залогового обязательства

Традиционно основанием возникновения залогового обязательства считался договор. Помимо договора российское законодательство допускало установление залога по односторонней воле завещателя, выраженной в духовном завещании, в котором указано, что определённое имущество должно служить обеспечению обязательства, принадлежащего указанному лицу. Необходимо отметить, что некоторые русские цивилисты, такие как М. С. Варадинов, Гольмстен, придерживались мнения о возможности существования судебного залога, под которым понимали аресты и запрещения, налагаемые судом в обеспечение иска и принятия решений. Напротив, Д.И.Мейер, К.П.Победоносцев, А.А. Васьковский считали невозможным судебный и законный залог, поскольку русское гражданское законодательство прямо не предусматривало таких видов залога. Помимо перечисленных, М.С.Варадинов ещё выделял молчаливый залог, или залог предполагаемый, когда воспрещалось казначеям продавать их недвижимое имущество без разрешения казначейства, а также в случаях обращения взыскания на имущество жены за долги мужа.¹

Согласно действующему гражданскому законодательству залоговое обязательство может возникать как в силу договора, так и на основании закона (п. 3 ст. 334 Гражданского Кодекса РФ, далее ГК РФ).² По общему правилу, в большинстве случаев залог возникает из договора. Закон может быть основанием возникновения залога при наступлении указанных в нём обстоятельств, только если законом предусмотрено какое имущество и для обеспечения исполнения какого обязательства признаётся находящимся в залоге. Важным является принцип единого правового регулирования залоговых обязательств, возника-

¹ Копылов К. В. *Залоговое обязательство в гражданском праве РФ. Дис.... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2000. – С. 18–19.*

² *Гражданский Кодекс РФ. – Ч. 1. – 1994. – № 51-ФЗ; п. 3 ст. 334 // [Электронный ресурс]: «Консультант плюс».*

ющих как на основании договора, так и на основании закона, если законом не установлено иное.

Ввиду акцессорной природы залоговых правоотношений, заключая договор о залоге, следует опираться на конкретное обязательство, обеспечение исполнения которого требуется. Нужно также учитывать, что недействительность или прекращение основного обязательства влечет недействительность или прекращение залогового обязательства; переход прав по основному обязательству влечет переход прав и по залогу; с истечением срока исковой давности по требованию из основного обязательства истекает срок исковой давности и по обязательству из залога. Таким образом, заключая договор о залоге, стороны должны указать существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого залогом.

Помимо договора о залоге, необходимо учитывать такой способ возникновения залогового обязательства, как закон. Залог, возникающий в силу закона, нужно отличать от следующей ситуации: иногда законом установлено, что обязательство определённого рода должно обеспечиваться залогом. Например, положение п. 9 ст. 51 ФЗ «О рынке ценных бумаг»,¹ в силу которого участники рынка ценных бумаг обязаны обеспечивать имущественные интересы владельцев залогом, гарантией и другими способами, предусмотренными гражданским законодательством РФ. Залог, возникающий в силу закона, имеет много общего с удержанием.

В настоящее время залог в силу закона предусмотрен: в случае договора купли-продажи с момента передачи товара покупателю и до его оплаты; товар, проданный в кредит, признается находящимся в залоге у продавца для обеспечения исполнения покупателем его обязанности по оплате товара (п. 5 ст. 488 ГК РФ); при обеспечении выплаты ренты (п. 1 ст. 587 ГК РФ): при передаче под выплату ренты земельного участка или другого недвижимого имущества получатель ренты в обеспечение обязательства плательщика ренты приобретает право залога на это имущество; при обеспечении исполнения обязательств застройщика (п. 1 ст. 13 Федерального закона от 30 декабря 2004 г. № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации»);² при ипотеке земельного участка, приобретённого с использованием кредитных средств банка или иной кредитной организации либо средств целевого займа (п. 1 ст. 64.1 Федерального закона от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)»; при ипотеке земельного участка, на котором находятся здания или сооружения, приобретённые или построенные с использованием кредитных средств банка или иной кредитной

¹ Федеральный закон от 22.04.1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»; п. 9 ст. 51 // [Электронный ресурс]: «Консультант плюс».

² Федеральный закон от 30.12.2004 г. № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации»; п. 1 ст. 13 // [Электронный ресурс]: «Консультант плюс».

организации либо средств целевого займа (п. 1 ст. 64.2 Закона «Об ипотеке»)¹. В некоторых случаях такой залог в силу закона (например, в случае товара, проданного в кредит) может быть исключён соглашением сторон.

В заключение следует отметить, что современное гражданское законодательство не даёт преимущества залоговому праву по закону перед залоговым правом по договору, за исключением случаев, которые закреплены в ст. 368 КТМ РФ.² Поэтому в Концепции (п. 3.4) высказана точка зрения, что требования залогодержателей по закону не должны иметь никакой особой защиты и преимуществ перед требованиями, которые возникли в результате договора о передаче имущества в залог, за исключением тех случаев, когда это однозначно установлено законодательной (императивной) нормой.³

*Кузьмина В.М.
Институт права БашГУ*

Некоторые вопросы корпоративных конфликтов в акционерном обществе

Любые отношения в любом обществе характеризует нестационарный характер. Они подвержены неизбежному изменению, развитию и трансформации. Аналогичная тенденция сопутствует и корпоративным, в частности акционерным правоотношениям.

Условия экономики, рыночные реалии диктуют все новые и новые условия, заставляющие искать наиболее приоритетную модель построения корпоративных отношений, а также ее наиболее актуальное и эффективное законодательное закрепление.

Однако корпоративные права, как и многие другие, имеют не только объективный, но и естественный субъективный характер. Учитывая наиболее распространенную мотивацию поведения индивида, такую как личный интерес, на практике функционирования акционерного общества мы получаем такую проблему, как столкновение общего интереса всех акционеров и собственного интереса отдельного индивида.⁴

В итоге возникает ситуация корпоративного конфликта. Законодательное закрепление понятия «корпоративный спор» в настоящий момент отсутствует, поэтому на практике приходится исходить из тех аспектов, которые раскрыты в

¹ Федеральный закон от 16.07.1998 г. № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)»; п. 1 ст. 61.4, п. 1 ст. 64.2 // [Электронный ресурс]: «Консультант плюс».

² Кодекс Торгового Мореплавания РФ от 30.04.1999 г. № 81-ФЗ; ст. 368 // [Электронный ресурс]: «Консультант плюс».

³ Вебер Х. Комментарий к Концепции оптимизации общих положений обязательственного права России // «Банковское право», 2010. – № 1 // [Электронный ресурс]: «Консультант плюс».

⁴ Гуреев В.А. Проблемы защиты прав и интересов акционеров в РФ, «Волтерс Клувер» [Электронный ресурс]: «Гарант». – 2007.

судебных актах, кодексе корпоративного поведения и доктрине, ибо процент дел данной категории в судах все возрастает.

Кодекс корпоративного поведения определяет корпоративный конфликт как конфликт между органом общества и его акционером (акционерами), а также между акционерами, если такой конфликт затрагивает интересы АО (п.п. 6 п. 2 гл. 1, гл. 10 ККП).

Доктрина чаще всего исходит в раскрытии этого понятия через вопрос потенциальной или реальной конфликтной ситуации, спора.

Экономическая литература в свою очередь говорит нам о корпоративном конфликте, как рассогласованности интересов и обострении противоречий между участниками корпоративного процесса ввиду несоответствия целей, ими преследуемых.¹ Так или иначе, на практике мы видим необходимость защиты корпоративных прав как от фактов самого возможности возникновения такого конфликта, спора, так и необходимость механизма его разрешения в случае возникновения.

Основная масса конфликтов, возникающих в корпоративных отношениях, безусловно, большей частью подлежит разрешению в исковом порядке.

Одним из случаев корпоративного конфликта является возникновение противоречий между акционерами и органами управления обществом. Федеральный закон от 24 ноября 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» предоставил акционерам возможность обращаться в ряде случаев в суд. Пленумы Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ в своем совместном постановлении от 1 июля 1996 г. № 6/8 расширили это право путем закрепления общего положения о том, что «защита нарушенных или оспариваемых гражданских прав осуществляется судом. Поэтому суды должны принимать иски граждан и юридических лиц о признании недействительными актов, изданных органами управления юридических лиц, если эти акты не соответствуют закону и иным нормативным правовым актам и нарушают права и охраняемые законом интересы этих граждан и юридических лиц, поскольку такие споры вытекают из гражданских правоотношений. В частности, подлежат рассмотрению судами споры по искам о признании недействительными решений собрания акционеров, правления и иных органов общества, нарушающих права акционеров, предусмотренные законодательством (п. 8 Постановления № 6/8).

Основные интересы акционеров определены тем объемом содержания прав, которые за ними закреплены, и которые связаны с их участием в обществе. В частности это: интерес в получения части дохода акционерного общества в виде дивиденда, приходящегося на его долю в уставном капитале общества; интерес в получении части имущества акционерного общества в случае его ликвидации; интерес, связанный с контролем над вложенным капиталом

¹ *Никологорская Е.И. Урегулирование корпоративных конфликтов в акционерных обществах // Законы России: опыт, анализ, практика, [Электронный ресурс]: «Гарант». – 2007. – № 7.*

(интерес в управлении обществом); интерес в получении дохода от продажи акций общества (так называемый доход с капитала).

Общим интересом всех акционеров общества следует считать интерес в коммерческом процветании акционерного общества, повышении его экономических показателей, что, в конечном счете, является залогом реализации интереса каждого акционера в получении части дохода общества.

Этот интерес объединяет всех акционеров и присущ им независимо от размера пакета акций, находящегося в его собственности.

Таким образом, необходимо более детальное рассмотрение и закрепление на законодательном уровне вопросов, связанных с проблемой возникновения и разрешения корпоративных споров, создание более эффективного механизма их урегулирования, а также недопущения возникновения.

Кулахметов Ш.Б.

Саратовская государственная академия права

К вопросу о самостоятельности института косвенного иска в процессуальном праве США

Понятие косвенного иска в российском цивилистическом процессе, тем не менее, не является ни легально закрепленным, ни общепризнанным, поскольку отдельные ученые отрицают его существование в рамках классификации исков по характеру защищаемого интереса.¹ В цивилистической процессуальной доктрине стран системы общего права косвенный (derivative) иск исследовался довольно подробно. Так, Юридический словарь американской ассоциации юристов определяет косвенный иск как требование акционера, направленное против совета директоров, и содержащее обвинение в некачественном руководстве компанией.² При этом, теоретики выделяют несколько видов «некачественного руководства». Прежде всего, это бесхозяйственное отношение к бизнесу и активам компании, выразившееся в финансовых потерях, в том числе и недополученной выгоде акционеров; заключение сделок в личных интересах представителей Совета директоров, а не в интересах компании; и мошенничество.³ Типичный повод к иску – нарушение принципа надлежащего управления обществом. Поскольку менеджеры управляют чужим имуществом, на них возлагается «доверительная ответственность». Управляющие должны действовать наиболее эффективно в интересах корпорации, в конеч-

¹ Осокина Г.Л. Чьи права защищаются косвенными исками? // *Российская юстиция*. 1999. – № 10. – С. 18, 19; Она же. *Иск: Теория и практика*. – М., Городец. – 2000. – С. 89 – 106.

² [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=501> от 11.01.2011 г.

³ См., например: *Freshfields, Bruckhaus, Deringer Derivative Actions under Companies Act*. – New York: Freshfields pub., 2007.

ном счете – акционеров, относясь к исполнению своих обязанностей с «должной заботой».¹ Обращаясь к законодательству США прошлых лет, отметим, что изначально косвенный иск воспринимался в законодательстве этой страны как вид группового, в настоящее время же он выделен в самостоятельный процессуальный институт.² Согласно ст. 23.1 Правил гражданского судопроизводства в федеральных районных судах США в праве США 2 вида косвенных исков – иск акционеров против менеджмента с целью возмещения убытков, причиненных недобросовестным управлением и иск акционеров против менеджмента с целью понуждения последнего к совершению определенных действий против третьих лиц. При этом истец обязан доказать действительную принадлежность к кругу акционеров общества и наличие права на предъявление иска.³

По косвенному иску в США фактически установлен претензионный порядок. Процесс начинается с подачи письменной претензии совету директоров. Совет директоров обязан рассмотреть претензию и оценить возможность подачи иска от имени общества с требованиями к третьим лицам, если речь идет о нарушении прав АО последними.

В литературе распространено мнение, что претензионный порядок можно не проходить, если претензия является «тщетной». Однако Модельный закон США о предпринимательских корпорациях фактически не освобождает акционеров от прохождения претензионного порядка в том случае, если акционер обвиняет большинство членов совета директоров в ненадлежащем исполнении обязанности по управлению обществом. Такая претензия, по официальному мнению Национальной ассоциации юристов должна быть подана в трехмесячный срок до момента подачи самого косвенного иска.⁴ В практике сложились следующие мотивировки необходимости подачи претензии. Прежде всего, суды США полагают, что управление корпорацией осуществляется не ее собственниками, а советом директоров, поэтому последний и должен принимать решения относительно обращения в суд за судебной защитой. Более того, реализация претензионного порядка в полной мере соответствует требованию процессуальной экономии, которое является базовым принципом гражданского судопроизводства в США. Примечательно, что в ходе рассмотрения претензии акционеров, совет директоров вправе руководствоваться не только обоснованностью претензии, но и так называемым критерием «делового суждения», то есть претензия оценивается в комплексе и может быть отклонена по таким соображениям, как непропорционально высокая стоимость судебного процесса для компании. В этом случае акционеры права на иск не лишаются. В данной ситуации суд будет обязан установить, имелся ли в дей-

1 Кравченко Р.С. *Корпоративное управление: обеспечение и защита права акционеров на информацию (российский и англо-американский опыт)*. – М.: Спарк, 2002. – С. 45.

2 Решетникова И. В. Хинкин П.В. Ярков В. В. *Защита прав инвесторов*. – М. 1998. – С. 59.

3 *Federal rules of civil procedure [Электронный ресурс]*. – Режим доступа: <http://www.federalrulesofcivilprocedure.info/frcp/>.

4 *Freshfields...Указ. соч.* – С. 28.

ствиях совета директоров личный интерес, и при отсутствии последнего суд не вправе продолжить судопроизводство.

Второй специфической чертой судебной процедуры является обязанность истца обеспечить залог в пользу корпорации перед началом рассмотрения дела. Данная обеспечительная мера установлена, например, в Законе о предпринимательских корпорациях Штата Нью-Йорк и законе Штата Калифорния и распространяется только на мажоритарных акционеров. Указанная мера защищает корпорации от спекулятивных и вымогательских исков и сложилась исторически во времена Великой Депрессии.

Разграничение косвенного и группового иска в процессуальном праве США можно провести и по тому, каким образом осуществляется представительство группы. Если в групповом иске представление интересов группы в суде может быть делегировано истцу-представителю, то в иске косвенном это не обязательно. Более того, «ведущим» истцом по косвенному иску является лицо, в наибольшей степени финансово заинтересованное в исходе дела. Суд обязан выбрать последнего из представленного ему списка акционеров, причем ведущий истец не должен быть профессиональным инвестором, так как представительство истца-профессионала привело бы к изначально неравному процессуальному положению сторон. Ведущий истец обязан известить всех членов группы о процессе и характере исковых требований, а также имеет право выбора адвоката группы.¹ Таким образом, фактически имеется разница и в процессе извещения участников, и в процессе представительства интересов группы. Кроме того, имеется отличие в порядке распределения судебных расходов. По общему правилу, каждая сторона процесса оплачивает труд своих юристов самостоятельно. Однако выигрыш по косвенному иску принадлежит не акционерам, а корпорации. Акционеры же косвенно материально заинтересованы в исходе дела, то есть выигрыш в принципе может отразиться на размере их дивидендов по акциям. Фактически же если бы действовал принцип полной оплаты представительства, указанный порядок привел бы к материальному препятствию в процессе реализации права на иск. Поэтому в производстве по косвенному иску труд адвоката в любом случае оплачивает корпорация, а размер адвокатского гонорара определяется не договором между адвокатом и акционерами, а судом, причем последний учитывает не, только, сколько было затрачено усилий и какой сложности было дело, но и то, насколько известен адвокат, какой он обладает репутацией.² Если же судебное решение вынесено против группы акционеров, расходы распределяются пропорционально тому, какой процент акций принадлежит данному лицу.

Таким образом, в праве США производство по косвенному иску представляет собой самостоятельный, отличный от производства по групповому иску,

¹ Сыродоева О. Судебные способы защиты прав акционеров в США // *Российская юстиция*. – 1995. – № 9. – С. 53.

² Малышев П. Косвенные иски акционеров в судебной практике США // *Российский юридический журнал*. – 1997. – № 1. – С. 144–145.

процессуальный институт, и рассмотрение указанных институтов во взаимосвязи во многом присуще исключительно отечественной правовой традиции.

*Куликов С.С.
Институт права БашГУ*

Предъявление прокурором исков в арбитражный суд как средство защиты государственных и общественных интересов

Данная статья посвящена некоторым проблемным аспектам реализации прокурором полномочий арбитражном судопроизводстве, посредством предъявления иска в защиту государственных и общественных интересов.

В соответствии с ч. 1 ст. 52 АПК РФ, прокурор имеет право обратиться с иском заявлением в арбитражный суд, на любой стадии судопроизводства, в защиту органов государственной власти РФ, органов государственной власти субъектов РФ, органов местного самоуправления, государственных и муниципальных унитарных предприятий, государственных учреждений, а также юридических лиц, в уставном капитале (фонде) которых есть доля участия РФ, доля участия субъектов РФ, доля участия муниципальных образований.

Прокурор защищает интересы данных органов по следующим категориям дел: о признании сделки, совершенной данными органами недействительной, и о применении последствий недействительности ничтожной сделки, совершенной одним из указанных органов.

Также, полномочия прокурора закрепляются приказом Генерального прокурора РФ от 5 июня 2003 г. № 20. «О реализации прокурорами полномочий в арбитражном судопроизводстве». Этот приказ закрепляет общие принципы участия прокурора в арбитражном процессе, основывающиеся на законности и справедливости.

Федеральный Закон «О прокуратуре в Российской Федерации» в ст. 35 определяет участие прокурора в рассмотрении дел судами, ст. 36 выделяет одно из полномочий прокурора, выражающееся в таком специфическом акте прокурорского реагирования, как протест или жалоба – в зависимости от судебного органа и инстанции.

Полномочия прокурора в данной сфере имеют довольно ограниченный объем, ведь прокурор не имеет полномочий по надзору за самой деятельностью суда. К тому же, прокурор выступает в суде как процессуальный истец, при наличии реально заинтересованного, материального истца. К вопросу о заинтересованности и относится следующая проблематика. Прокурор всегда выступает от своего имени, но, в интересах иного лица.¹

¹ Вестник ВАС РФ. – 2006. – № 5. – С. 7.

На практике, в силу отсутствия реальной заинтересованности участников процесса, решения по делу, в котором участвует прокурор, зачастую, оказываются неисполненными.¹ Прокурор представляет публичную сторону интереса, статус процессуального истца предполагает лишь наличие у прокурора публичного интереса, защиту прав представляемого им лица, и соблюдение закона. Представляемое же лицо, в силу фактического отстранения от участия в процессе не имеет должной квалификации и возможности реализации своих прав. Зачастую, такой подход к рассмотрению экономического спора превращается в формальность, что говорит о слабой правоприменительной практике в данной сфере, со стороны прокуратуры. Вообще, правоохранительная система идет по пути упрощения и стандартизации своей работы, что обусловлено, с одной стороны, возрастающими постоянно объемами работы, с другой – невозможностью глубоко и предметно рассматривать каждый случай, требующий вмешательства правоохранительного органа. В итоге, сложные и требующие высокой квалификации дела, связанные с защитой публичных интересов в сфере предпринимательства в арбитражном суде не имеют должного контроля.

Следующий проблемный аспект, это вопрос о развитии статуса прокурора и его полномочий в арбитражном судопроизводстве.

Исходя из анализа существующего законодательства, полномочия прокурора ограничены и узконаправленны. В литературе существует мнение, что данные положения призваны обеспечить диспозитивность и состязательность, равенство сторон в процессе. В частности, данные тезисы указываются и в Информационном письме Генеральной прокуратуры РФ от 22 августа 2002 г. № 38-15-02 «О некоторых вопросах участия прокуроров в арбитражном процессе, связанных с принятием и введением в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации».²

Проблематика заключается в возможной коллизии между органами, имеющими право на предъявление иска в арбитражный суд, в силу того, что многие вышеперечисленные органы, на основании локальных и внутренних нормативных актов имеют право на предъявление иска в арбитражном суде.

Основные тезисы, предлагаемые по данной тематике, предполагают отсутствие иных компетентных органов, обладающих правом на защиту публичных интересов, что и обеспечит отсутствие коллизии и четкое определение полномочий и прав прокурора по защите публичных интересов в арбитражном процессе.

Основания, по которым прокурорам следует предъявлять иски, отмечены в Приказе Генерального прокурора РФ от 24 октября 1996 г. № 59 «О задачах органов прокуратуры по реализации полномочий в арбитражном процессе».

¹ Шобухин В. О некоторых вопросах участия прокурора в арбитражном процессе // *Арбитражный и гражданский процесс.* – 2006. – № 6.

² Нестерова Р.В. К вопросу о роли и пределах участия прокурора в арбитражном процессе // *Арбитражный и гражданский процесс.* – 2006. – № 12.

Инициатива для вступления в процесс возможна не только от самого материального истца, который имеет право обратиться в прокуратуру с обращением о защите своих прав, но и в силу инициативы прокурора, которая основывается на материалах прокурорской проверки. Пункт 2 данного приказа говорит о том, что прокурору стоит принимать меры прокурорского реагирования в определенных случаях, являющимися критериями для определения наличия нарушений закона. Среди них: занятие запрещенной деятельностью, причинение вреда здоровью гражданам, несоответствие учредительных документов юридического лица действующему законодательству.

Данные случаи, указанные в Приказе Генерального прокурора РФ от 24 октября 1996 г. № 59 «О задачах органов прокуратуры по реализации полномочий в арбитражном процессе», позволяют четко и точно реагировать на нарушения закона и защитить публичный интерес в должном объеме.

Таким образом, институт исковой защиты прокурором публичных интересов, на данный момент, имеет четкое закрепление и регламентацию, но, не имеет должной богатой практики, а также собственной разработанной доктрины. Имеет место противоречия и несоответствия прокурорского надзора и защиты публичных интересов в арбитражном суде с доктриной гражданского законодательства, арбитражного судопроизводства. Основной вопрос в данной коллизии состоит в проблеме возможного злоупотребления прокурором своими полномочиями, и вступление его в сферу частного интереса, что противоречит закону.¹

Существующая проблематика реализации прокурором своих полномочий в сфере исковой защиты публичных интересов имеет решение не только на законодательном уровне, но и на уровне практики. Богатая и стабильная практика помогла бы разрешить и многие другие спорные вопросы, касающиеся участия прокурора в арбитражном процессе.

*Кутдусов Р.И.
Институт права БашГУ*

Исполнительский сбор: понятие, сущность и правовое регулирование процесса взыскания

Исполнительное право представляет собой относительно молодую отрасль российского права, предметом правового регулирования которой выступают общественные отношения процессуального характера, складывающиеся по поводу принудительно-исполнительной деятельности судебного пристава-исполнителя в рамках исполнительного производства.

¹ Ковалев А. И снова к вопросу об участии прокурора в арбитражном процессе // Арбитражный и гражданский процесс. – 2007. – № 4.

До принятия в 2007 г. Закона об исполнительном производстве как таковое отсутствовало и легальное определение исполнительского сбора, а это, в свою очередь, расширяло диапазон высказываемых мнений и предлагаемых определений рассматриваемого мной в данной работе правового института.

Исполнительский сбор является денежным взысканием, налагаемым на должника в случае неисполнения им исполнительного документа в срок, установленный для добровольного исполнения исполнительного документа, а также в случае неисполнения им исполнительного документа, подлежащего немедленному исполнению, в течение суток с момента получения копии постановления судебного пристава-исполнителя о возбуждении исполнительного производства.

Исполнительский сбор представляет собой санкцию штрафного характера, т. е. возложение на должника обязанности произвести определенную дополнительную выплату в качестве меры его публично-правовой ответственности, возникающей в связи с совершенным им правонарушением в процессе исполнительного производства.

Постановление о взыскании исполнительского сбора с должника выносится в случае неисполнения должником требований исполнительного документа в срок, установленный для добровольного исполнения, либо неисполнения требований исполнительного документа, подлежащего немедленному исполнению, в течение суток с момента получения копии постановления судебного пристава-исполнителя о возбуждении исполнительного производства.

Судебный пристав-исполнитель при вынесении постановления о возбуждении исполнительного производства устанавливает должнику срок для добровольного исполнения требований исполнительного документа, который не может превышать пяти дней.

В постановлении о возбуждении исполнительного производства судебный пристав-исполнитель в обязательном порядке предупреждает должника о том, что в случае неисполнения требований исполнительного документа в срок, предоставленный для добровольного исполнения, и непредставления доказательств того, что исполнение было невозможным вследствие чрезвычайных и непредотвратимых обстоятельств, с него будет взыскан исполнительский сбор. При определении срока для добровольного исполнения требований исполнительного документа судебному приставу-исполнителю следует исходить из требований исполнительного документа и устанавливать разумные сроки в пределах, установленных законом.

Кроме того, необходимо учитывать, что течение указанного срока начинается со дня, следующего за днем получения должником постановления о возбуждении исполнительного производства, а не со дня вынесения данного постановления, а при немедленном исполнении – со дня, следующего за днем получения (вручения) должником постановления о возбуждении исполнительного производства. В случае, если последний день срока приходится на

нерабочий день, днем окончания срока считается ближайший, следующий за ним рабочий день.

При вручении постановления о возбуждении исполнительного производства представителю должника необходимо убедиться, что он наделен полномочиями для участия в исполнительном производстве. Копии документов, определяющих полномочия соответствующих лиц на участие в исполнительном производстве, приобщаются к материалам исполнительного производства.

После вынесения судебным приставом-исполнителем постановления о взыскании исполнительского сбора оно приобретает статус самостоятельного исполнительного документа и подлежит принудительному исполнению в порядке, предусмотренном Законом.

В соответствии с ч. 2 ст. 115 Федерального Закона «Об исполнительном производстве» и Постановлением Конституционного Суда РФ от 30.07.2001 г. № 13-П постановление судебного пристава-исполнителя о взыскании исполнительского сбора является, по сути, актом о применении меры взыскания штрафного характера, налагаемой в порядке осуществления административно-юрисдикционных полномочий; утверждается старшим судебным приставом и заверяется печатью структурного подразделения территориального органа ФССП России.

Постановление о взыскании исполнительского сбора направляется (вручается) должнику либо его представителю в порядке, аналогичном вручению постановления о возбуждении исполнительного производства. Оно может быть обжаловано в суд в 10-дневный срок с момента получения должником указанного постановления.

В соответствии со ст. 112 Федерального Закона РФ «Об исполнительном производстве» и Постановлением Конституционного Суда РФ от 30.07.2001 г. № 13-П в качестве уважительных причин могут рассматриваться различные фактические обстоятельства, делающие невозможным своевременное исполнение требований исполнительного документа.

День прекращения действия указанных причин неисполнения должен рассматриваться как начало течения срока, предоставленного судебным приставом-исполнителем для добровольного исполнения, по истечении которого возможно принудительное взыскание исполнительского сбора.

Кутукова Е.Р.

Омский государственный педагогический университет

Проблемы оценки доказательств в гражданском процессе

С принятием в 2002 г. Гражданского процессуального кодекса РФ внесены существенные новшества в действующее законодательство, ориентирующие

судебную практику на изменение подходов к проблематике вопросов судебного доказывания и судебных доказательств.

Сложность учения об оценке доказательств вызывала различные суждения о сущности и месте оценки в процессе доказывания. Одни авторы под оценкой доказательств понимают «имеющие правовые последствия суждения суда о достоверности доказательства, его силе и значении для установления искомых юридических фактов».¹ Вторые сводят оценку доказательств к результату судебной деятельности, к судебному акту.² Третьи – характеризуют ее как мыслительную деятельность следователя, прокурора и судей, которая состоит в том, что они, руководствуясь законом и правосознанием, рассматривают каждое доказательство в отдельности и всю совокупность доказательств, определяя их относимость, допустимость, достаточность и достоверность для выводов по делу.³ Четвертые включают в содержание оценки доказательств мыслительную деятельность и ее результат, находящий отражение в процессуальных решениях.⁴

Авторы указанных позиций либо противопоставляют мыслительную деятельность ее результату (Д.М.Чечот, И.Л.Петрухин, И.М.Резниченко), либо отграничивают мыслительную деятельность от ее результата (Б.Т.Матюшин). С точки зрения логики, мышление включает в себя суждение, умозаключение и вывод нового суждения. Последний является необходимым элементом мышления и «оценку доказательств нельзя определить только как вывод (суждение), поскольку в этом случае за рамками определения останется вся предшествующая результату мыслительная деятельность».⁵ Справедливо критикуя авторов за противопоставление мыслительной деятельности выводу, Б.Т.Матюшин в то же время разрывает мыслительную деятельность по оценке доказательств и ее результат: «Оценка доказательств – это сложное явление, заключающее в себе и саму мыслительную деятельность, и ее результат, получающие отражение в процессуальных решениях...». Автор выводит результат за пределы мыслительной деятельности. Результат мышления – это новое суждение, которое входит составной частью в процесс мышления. Поэтому оценку доказательств следует рассматривать как единую мыслительную деятельность, в рамках которой в результате умозаключения из одного или нескольких суждений выводится новое суждение.

В процессуальной литературе сделана попытка обосновать, что «оценка доказательств – самостоятельная процессуальная категория, находящаяся вне границ понятия судебного доказывания».⁶ Основные аргументы сводятся к тому, что оценка доказательств и процессуальное доказывание подчиняются

1 *Гражданский процесс. Под ред. Н.А. Чечина, Д.М. Чечот. – М., 1968. – С. 184.*

2 *Резниченко И.М. Оценка доказательств в советском гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1968. – С. 8.*

3 *Теория доказательств в советском уголовном процессе. Под ред. Н.В.Жогиной. – М., 1973. – С. 428.*

4 *Матюшин Б.Т. Общие вопросы оценки доказательств в судопроизводстве. – Хабаровск, 1987. – С. 6.*

5 *Матюшин Б.Т. Указ. соч. – С. 5.*

6 *Курьлев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. Минск, 1969. – С. 29.*

различным законам и осуществляются различными субъектами, доказывание – совокупность процессуальных действий, регламентированных законом, оценка доказательств – мыслительный процесс, который не может регулироваться законом ни по содержанию, ни по форме.¹ Односторонность данного подхода состоит в абсолютизации мыслительной (логической) стороны оценки средств доказывания в ущерб правовой.

В ст. 67 «Оценка доказательств» ГПК РФ законодатель смешал исследование доказательств и их оценку, включив в данную статью требования, предъявляемые к исследованию письменных доказательств. При оценке документов и иных письменных доказательств суд обязан с учетом других доказательств убедиться в том, что такие документы или иное письменное доказательство исходят от органа, уполномоченного представлять данный вид доказательств, подписаны лицом, имеющим право скреплять документ подписью, содержат все другие неотъемлемые реквизиты данного вида доказательств (ч. 5 ст. 67). При оценке копии документа или иного письменного доказательства суд проверяет, не произошло ли изменение содержания копии документа по сравнению с его оригиналом при копировании, с помощью какого технического приема выполнено копирование, гарантирует ли процесс копирования тождественность копии документа и его оригинала, каким образом сохранялась копия документа (ч. 6 ст. 67). Суд не может считать доказанным факт, подтверждаемый только копией документа или иного письменного доказательства, если утрачен и не передан суду оригинал документа и представленные каждой из спорящих сторон копии этого документа не тождественны между собой и невозможно установить подлинное содержание оригинала с помощью других доказательств (ч. 7 ст. 67).

Анализируя новеллы, закрепленные в ч. 5, 6, 7 ст. 67 ГПК РФ, следует отметить, что они рассматриваются законодателем с точки зрения исследования письменных доказательств. Подобный подход законодателя ведет к смешению понятий «исследование» и «оценка» доказательств. Было бы более логично включить эти правила в содержание ст. 181 ГПК, которая регламентирует порядок исследования письменных доказательств. Кроме того, нелогично включать в статью, содержащую нормы общего института доказательственного права, нормы специального института письменных доказательств.

Таким образом, оценка доказательств – это составная часть судебного доказывания, состоящая в осмыслении участниками результатов непосредственного восприятия доказательств, приводящая к формулированию вывода об юридически значимых обстоятельствах и получающая внешнее выражение в виде процессуальных действий, регламентированных законом.

Процесс доказывания не стоит на одном месте, он закономерно развивается и накапливает исторический опыт, со временем становится более эффективной и действенной структура судебного доказывания, изменится и оценка

¹ Курьилев С.В. Указ. соч. – С. 37.

доказательств судом с ориентацией на выработанные мировые стандарты и с учетом той специфики, которая характерна для России.

Не исключено, что в скором будущем в Российском правовом государстве будет создана универсальная и оптимальная модель доказательственного процесса, которая будет выступать надежным гарантом защиты прав, свобод и охраняемых законом интересов каждого человека и гражданина.

*Кушкарин М.К.
Казахстанский Международный Арбитраж*

**Конфликт между организацией гражданского судопроизводства
и конституционно-правовой гарантией на судебную защиту прав
и законных интересов физических и юридических лиц
(по материалам Республики Казахстан)**

Имеющая высшую юридическую силу и прямое действие на всей территории Республики,¹ Конституция РК содержит гарантию судебного обеспечения незыблемости законных прав и свобод гражданина.²

Вопреки тому, судебное ведомство Казахстана основывается на принципе исключительности юристов, работающих судьями. Такая организация судебного ведомства весьма чревато сказывается на результативности судебного разбирательства по гражданским делам. Этот исход отягощается перемещением центра тяжести гражданского судопроизводства в суды первой инстанции, в которых, собственно, сконцентрированы юристы, начинающие работать судьями. Вследствие чего, тем начинающим судьям не с кого брать пример. Потому что царит обстановка избегания судьями, имеющими несколько лет стажа работы, от надлежащего проведения судебного разбирательства по гражданским делам. Ими попросту игнорируются ходатайства представителей сторон на проведение в ходе судебного разбирательства процессуальных действий в рамках оказания содействия в сборе доказательств; производство не ведется, как то требуется, интенсивно.

Автором настоящей статьи, с целью оказания методологической помощи сторонам судебного разбирательства и их процессуальным представителям, была разработана, зарегистрированная в сентябре 2004 г. Министерством юстиции РК в качестве объекта интеллектуальной собственности, методика по организации процессуального представительства сторонам гражданского судопроизводства, потерпевших по уголовным делам частного обвинения.

Хотя, реализация механизма данной методики требует больших усилий, сопряженных с образованием объемных дел, выходящих порою за пределы де-

¹ Часть 2 ст. 4 Конституции РК.

² Часть 2 ст. 13 Конституции РК: «2. Каждый имеет право на судебную защиту своих прав и свобод».

сятка томов, в зависимости от тематики судебной тяжбы. Но себя оправдывает, потому что способствует успешному преодолению возникающей на первых двух этапах (в суде первой инстанции и в апелляционном суде) движения дела косности, представляя собой процессуальную тактику.

Одним из главенствующих препонов реализации гарантии Конституции РК о надлежащей судебной защите нарушенных кем-то законных интересов и прав физических и юридических лиц является существующая уже на протяжении последних трёх лет в надзорной коллегии по гражданским и административным делам Верховного суда РК процессуальная преграда, предотвращающая доступ к отмене состоявшегося в территориальном суде постановления суда кассационной инстанции: предварительное рассмотрение ходатайства на возбуждение надзорного производства.

Усиление этого препона было произведено в начале 2010 г. путем замены наименования процессуального обращения в надзорную коллегию ВС РК с прежнего «надзорная жалоба» на «ходатайство». В нашем понимании, эта замена ниспровергла юридическое предназначение процессуального обращения в судебную инстанцию, завершающую судебное производство по делу. Поэтому мы считаем, именно такой результат был целью этой новеллы надзорного производства. Но на самом деле, представляет собой непреодолимую преграду реализации этой конституционной гарантии.

Вторым недостатком организации в Казахстане гражданского судопроизводства является отсутствие Конституционного суда. Именно придание судебному ведомству циклического контрольного и надзорного полномочия на состоявшегося в суде первой инстанции судебного решения служит судьям преференцией гарантированного обеспечения предотвращения отмены выносимого судебного решения.

Наряду с тем существует закрепление ГПК РК¹ множества всевозможных ограничений, также обеспечивающих предотвращение отмены судебного решения, выносимого судьёй суда первой инстанции.

Опять же, сугубо специализированный Конституционный Закон РК² по регламентации организации судебного ведомства вообще гарантирует судьям судов всех инстанций освобождение от ответственности за выносимый заведомо не правосудный судебный акт.³ Совокупностью той нормы, принципа собственного внутреннего убеждения судьи и установки⁴ принятие по делу решения отдано на откуп отдельно взятого судьи в прямой зависимости от уровня его базового образования, опыта и иных личностных качеств. Причём, решение суда по делу выносится от имени Республики Казахстан. То есть, зако-

¹ Гражданский процессуальный кодекс РК.

² Часть 3 ст. 39 Конституционного Закона РК № 132-II от 25.12.2000 г. «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» (с последующими изменениями и дополнениями).

³ «3. Отмена или изменение судебного акта само по себе не влечет ответственности судьи, если при этом не были допущены грубые нарушения закона, о которых указано в судебном акте вышестоящей судебной инстанции». (Ст. 4).

⁴ Часть 2 ст. 12 ГПК РК: «По конкретным делам судьи не подотчётны».

нодательно деятельность судейского корпуса основана на субъективном факторе, настолько пропитавшим внутриведомственную обстановку, что отдельно взятые судьи стали отражать публично невосприятие новелл процессуального механизма проведения судебного разбирательства (как в случае с восстановлением апелляционного суда) и выдвигать абсолютно несостоятельные личные концепции предназначения судебного производства. И как следствие, этим фактором порождено сокрытие судьями контрольно-надзорных инстанций территориального суда порожденных судьёй суда первой инстанции недочётов. На самом деле, такая организация вынесения судебного решения является абсолютно не состоятельной, как противоречащая борьбе с коррупционными проявлениями. И её необходимо откорректировать.

На мой взгляд, существенным пробелом организации гражданского судопроизводства также является придание постановлениям ВС РК силы источника права.¹ Тогда как, мы имеем дело с внутренним документом отдельно взятого государственного ведомства. Тем более, что этот внутренний документ адресован в первую очередь работникам этого ведомства, судьям. Служит им инструкцией на вынесение судебного решения по отдельно взятому делу. В этом уже заложен признак предрешённости судебного решения, следовательно, исхода судебного разбирательства. Наряду с тем, возведение внутреннего документа судебного ведомства до уровня источника права неоправданно вывело его из стадии юридической экспертизы, проводимой по нормативно-правовым актам всех иных государственных ведомств без исключения с регистрацией в Реестре.²

Вместе с тем, имеется пример выравнивания процедуры гражданского судопроизводства в сторону принципов ГПК РК о состязательности и равноправии сторон.³ Коим является введение⁴ с начала 2010 г. апелляционного суда, проводимого восстановленной Апелляционной судебной коллегией областного и приравненного к нему суда (территориального суда).

Инициатор судебной реформы Президент РК Н.А.Назарбаев на V Съезде судей РК заявил, что: «Для судебной власти сделано очень много». Именно с целью усиления ответственности судейского корпуса по обеспечению населения и юридических лиц конституционной установкой о «судебной защите законных прав и свобод», мы вправе ожидать от судейского корпуса такой работы, при которой суд всегда будет надёжным оплотом закона и справедливости».

1 Часть 1 ст. 4 Конституции РК.

2 Постановление Правительства РК от 29.04.2006 г. № 343 «Об утверждении Правил ведения Государственного реестра нормативных правовых актов, эталонного контрольного банка нормативных правовых актов Республики Казахстан» (с последующими изменениями).

3 Статья 15 ГПК РК.

4 Закон РК № 227–IV ЗРК от 10.12.2009 г. «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Гражданский процессуальный кодексы Республики Казахстан по вопросам совершенствования судебной системы».

Обращение прокурора в суд в защиту социальных прав, свобод и законных интересов граждан

С сожалением можно констатировать тот факт, что нарушения прав, свобод и законных интересов стали частью повседневной жизни граждан и, зачастую, имеют тенденцию устойчивого роста. Так, в Докладе Уполномоченного по правам человека в РФ за 2009 г. наряду с увеличением общего количества обращений граждан отмечается, что «значительное число нарушений прав человека имело системный и комплексный характер».¹ Иными словами, нарушения прав человека были порождены изъянами в законодательстве или в устойчивой практике его применения. Кроме того, нередко допускались нарушения сразу нескольких прав человека одним действием государственного органа или должностного лица.

Особенно остро проблема умаления и попираания прав человека и гражданина, пренебрежения его законными интересами проявляется в кризисные моменты исторического развития государства. В 2009 и 2010 гг. Российская Федерация находилась на одном из таких исторических этапов, когда неокрепшая, пребывающая в процессе становления политико-правовая, социально-экономическая система государства столкнулась с беспощадными вызовами времени, в частности мировым финансово-экономическим кризисом. Последовавшие за указанным кризисным явлением массовые нарушения прав граждан в различных сферах жизнедеятельности, особенно в сфере труда и социального обеспечения, вызвали необходимость законодательного совершенствования существующего правозащитного механизма.

Данные обстоятельства явились основанием пересмотра в 2009 г. процессуальной компетенции прокурора, участвующего в гражданском судопроизводстве в целях защиты прав, свобод и законных интересов граждан.

В соответствии с ч. 1 ст. 45 Гражданского процессуального кодекса РФ от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ² (далее – ГПК РФ) прокурор вправе обратиться в суд с заявлением в защиту прав, свобод и законных интересов граждан, неопределенного круга лиц или интересов РФ, субъектов РФ, муниципальных образований. При этом ГПК РФ закреплено положение о том, что заявление в защиту прав, свобод и законных интересов гражданина может быть подано прокурором только в случае, если гражданин по состоянию здоровья, возрасту, недееспособности и другим уважительным причинам не может сам обратиться в суд.

¹ Доклад Уполномоченного по правам человека в РФ за 2009 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.ombudsman.gov.ru>.

² СЗ РФ. – 2002. – № 46. – Ст. 4532; СЗ РФ. – 2010. – № 52 (ч. 1). – Ст. 7004.

Указанное нормативное положение вызвало бурную дискуссию среди ученых и практиков,¹ поскольку осложняло исковую работу прокуроров по защите прав, свобод и законных интересов граждан. В частности, основная полемика развернулась вокруг перечня уважительных причин, при наличии которых прокурор может обращаться в суд за защитой конкретного гражданина. Законодатель предпочел оставить этот перечень открытым, возможно, предполагая, что правоприменительная практика наполнит его конкретным содержанием и укажет на иные уважительные причины невозможности обращения гражданина в суд. Однако судебная практика пошла по пути ограниченного толкования нормы ч. 1 ст. 45 ГПК РФ и судами принимались лишь те заявления прокуроров, в которых обосновывалась невозможность обращения самого гражданина в суд в силу состояния здоровья, возраста и недееспособности. Заявления прокуроров, содержащие в себе другие уважительные причины невозможности самостоятельной реализации гражданином права на судебную защиту, не принимались судом.

Руководствуясь нормой ч. 1 ст. 45 ГПК РФ, прокурор должен был собрать документы, подтверждающие наличие законодательно закрепленных уважительных причин невозможности самостоятельного обращения гражданина в суд; установить фактические обстоятельства нарушения прав гражданина; произвести сбор и анализ доказательств, подтверждающих заявленные требования. Необходимо отметить, что отсутствие в гражданском процессуальном законодательстве и иных нормативных актах точных характеристик уважительных причин, содержащихся в ст. 45 ГПК РФ, еще больше осложнили работу прокуроров по предъявлению в суды заявлений в защиту прав, свобод и законных интересов граждан. Иными словами, законодатель, обозначив в ГПК РФ некоторые уважительные причины, не позаботился о раскрытии их содержания, оставив тем самым неоправданно широкие возможности для судебного усмотрения. Например, непонятно какие заболевания свидетельствуют об уважительности причин невозможности самостоятельного обращения гражданина в суд; какой возраст гражданина будет свидетельствовать о его неспособности самостоятельного обращения в суд; возможно ли обращение прокурора в суд в интересах гражданина в силу его общей и (или) юридической неграмотности и другое.

Федеральным законом от 5 апреля 2009 г. № 43-ФЗ «О внесении изменений в ст. 45 и 131 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации»² ч. 1 ст. 45 ГПК РФ была дополнена положением следующего содержания: «Указанное ограничение не распространяется на заявления прокурора, основанием для которого является обращение к нему гражданина о защите нарушенных или оспариваемых социальных прав, свобод и законных интере-

¹ Темираева С. *Защита прав граждан в суде* // *Законность*. – 2006. – № 7. – С. 23–25; Фирсова О. *Состояние здоровья как обоснование предъявления иска прокурором* // *Законность*. – 2007. – № 2. – С. 9–11; Черновол И. *Исковая работа в защиту прав граждан* // *Законность*. – 2008. – № 4. – С. 24–26.

² *СЗ РФ*. 2009. – № 14. – Ст. 1578.

сов в сфере трудовых (служебных) и иных непосредственно связанных с ними отношений; защиты семьи, материнства, отцовства и детства; социальной защиты, включая социальное обеспечение; обеспечения права на жилище в государственном и муниципальном жилищных фондах; охраны здоровья, включая медицинскую помощь; обеспечения права на благоприятную окружающую среду; образования».

Изложенная выше норма позволяет прокурорам обращаться в суд с заявлениями в защиту социальных прав, свобод и законных интересов граждан без обоснования причин невозможности самостоятельного обращения гражданина в суд. Достаточно лишь указания в заявлении на обращение гражданина к прокурору, что существенно облегчает проводимую прокурором подготовительную работу по предъявлению в суд заявлений в порядке гражданского судопроизводства, а также способствует сосредоточению внимания на существе допущенного нарушения прав, свобод и законных интересов гражданина. Кроме того, это нормативное положение ограничивает возможность судебного усмотрения в таком важном вопросе, как пределы гражданской процессуальной компетенции прокурора по защите прав, свобод и законных интересов граждан.

Статистические данные предъявления прокурорами заявлений в интересах граждан и неопределенного круга лиц в суды Саратовской области свидетельствуют об эффективности внесенных в ГПК РФ изменений. В частности, в 2009 г. в суды Саратовской области прокурорами направлено 20099 заявлений в интересах граждан и неопределенного круга лиц, что почти в два раза больше, чем в 2008 г. – 10078 заявлений. В 2010 г. количество заявлений прокуроров в интересах граждан и неопределенного круга лиц осталось на уровне 2009 г.

В этой связи представляется целесообразным распространить положительный эффект защиты социальных прав граждан на защиту иных прав, свобод и законных интересов граждан путем исключения из ч. 1 ст. 45 ГПК РФ нормы о необходимости обоснования прокурором невозможности предъявления иска самим гражданином. Кроме того, необходимо закрепить в ч. 1 ст. 45 ГПК положение о том, что обращение гражданина к прокурору о защите нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов является достаточным основанием для предъявления прокурором в суд заявления в интересах этого гражданина.

Понятие дисциплины труда в российском трудовом праве: признаки и значение

В ст. 189 Трудового кодекса РФ установлено общее определение понятия «дисциплина труда», используемого в трудовом законодательстве: «Дисциплина труда – обязательное для всех работников подчинение правилам поведения, определенным в соответствии с ТК РФ, иными федеральными законами, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами, трудовым договором».¹

Трудовая дисциплина невозможна без наличия и исполнения, взаимных прав и обязанностей работодателя и работника, перечень которых приводится в ст. 21 и 22 ТК РФ.

Установление конкретных прав и обязанностей работника по работе в определенной должности, специальности, профессии и порядок их выполнения допускается также в должностной инструкции, с которой принимаемый на работу работник должен быть ознакомлен под роспись.² При этом следует отметить, что составленная надлежащим образом должностная инструкция в ряде случаев играет существенную роль в отношениях сторон, регулируемых трудовым законодательством.

В соответствии с ТК РФ правам и обязанностям работника корреспондируют соответствующие права и обязанности работодателя.

Базируясь на перечисленных в ТК РФ правах и обязанностях можно выделить комплекс дисциплинарных прав и обязанностей работника и работодателя.

Работник обязан добросовестно исполнять свои трудовые обязанности, соблюдать правила внутреннего трудового распорядка, дисциплину труда, в том числе своевременно и точно исполнять распоряжения работодателя, выполнять установленные нормы труда, соблюдать требования по охране труда, технике безопасности и производственной санитарии, бережно относиться к имуществу работодателя.

Работодатель обязан организовать труд работников и произвести оплату труда, создать условия, необходимые для соблюдения работниками дисциплины труда, в том числе обеспечивать безопасность и условия труда, соответствующие государственным нормативным требованиям охраны труда, обеспечивать бытовые нужды работников, связанные с исполнением ими трудовых обязанностей.

¹ Трудовой кодекс РФ от 30.12.2001 г. № 197-ФЗ (ред. от 25.11.2009 г.) // Собрание законодательства РФ. – 2002. – № 1 (ч. 1). – Ст. 3.

² Селянин А.В. Дисциплина труда, трудовой распорядок /А.В.Селянин. – произв.-практ. изд. – М.: Альфа-Пресс, 2005. – С. 14.

«Трудовая дисциплина предполагает создание работодателем необходимых экономических, материальных и организационных условий для нормальной высокопродуктивной работы».¹ Кроме того, «в обязанность работодателя входит нормативное закрепление правил трудового распорядка».² В этих целях работодатель (за исключением работодателей – физических лиц, не являющихся индивидуальными предпринимателями) наделен полномочиями по разработке и принятию системы локальных нормативных актов, содержащих предписания о правилах поведения работников в процессе труда.

Таким образом, работодатель в силу управленческих полномочий обладает дисциплинарной властью. Работник, тем самым, заключая трудовой договор, признает эту власть за работодателем и обязуется ей подчиняться.

На основе изложенного выше можно выделить полномочия работодателя в сфере дисциплины труда: принимает локальные нормативные акты, регулирующие правила внутреннего трудового распорядка; конкретизирует права и обязанности каждого работника в соответствии с трудовым договором (должностной инструкцией) и действующим трудовым законодательством; требует от работников исполнения ими трудовых обязанностей и бережного отношения к имуществу работодателя (в том числе к имуществу третьих лиц, находящемуся у работодателя, если работодатель несет ответственность за сохранность этого имущества) и других работников; требует от работников соблюдения правил внутреннего трудового распорядка; оценивает деятельность работника с позиций исполнения им трудовых обязанностей; поощряет работников за добросовестный эффективный труд; проводит дисциплинарное расследование; привлекает работников к дисциплинарной ответственности в порядке, установленном ТК РФ, иными федеральными законами.

В теории права различают понятия трудовой, производственной и технологической дисциплины. Производственная дисциплина направлена на обеспечение порядка на производстве, связанного с выполнением норм труда, бережным отношением к имуществу работодателя, соблюдением порядка на рабочем месте и так далее.³ Технологическая дисциплина – составная часть производственной дисциплины, заключается в соблюдении технологических процессов, правил обращения с машинами и так далее.⁴ Дисциплина труда – понятие более широкое, которое включает в себя, в том числе и производственную дисциплину, и технологическую дисциплину.⁵

1 Шишко Г.Б. Организация правовой работы в организации по обеспечению законности, воспитанию персонала и укреплению трудовой дисциплины / Г.Б. Шишко. // Национальная государственность и европейские интеграционные процессы. – Минск: Изд. центр БГУ, 2008. – С. 38–40.

2 Костян Н., Новицкая Л. Понятие, сущность и значение трудовой дисциплины / Н.Костян, Л.Новицкая. // Кадровик. – 2007. – № 9. – С. 40.

3 Комлев В.Н. Меры ответственности за нарушения трудовой и производственной дисциплины / В.Н.Комлев. // Юридический консультант. – 2006. – № 4. – С. 11.

4 Там же.

5 Ковалева Е.А. Понятие трудовой дисциплины и дисциплинарного проступка / Е.А.Ковалева. // Право Беларуси. Часть 2. – Новополоцк, 2004. – С. 19.

В результате можно сделать вывод, что дисциплина труда – понятие, которое предполагает определенный порядок взаимоотношений для участников трудовых отношений, и включает в себя ряд понятий, определяющих обязательные правила по регулированию у конкретного работодателя трудового распорядка, охраны труда, оплаты труда, нормирования труда и так далее. Дисциплина труда – отличительный признак трудовых правоотношений. Обязанность соблюдать дисциплину труда есть одна из основных обязанностей работника как субъекта трудового правоотношения. При этом работодатель обязан создавать условия, необходимые для соблюдения работниками дисциплины труда.

*Левушкин А.Н. к.ю.н., доцент
Ульяновский государственный университет*

Особенности алиментных обязательств родителей и детей в отдельных государствах-участниках Содружества Независимых Государств

Институт алиментных обязательств является одним из важнейших институтов семейного права. В современных условиях алиментные правоотношения носят достаточно конфликтный характер и потому заслуживают пристального внимания со стороны государств. Анализ семейного законодательства республики Таджикистана,¹ Молдовы,² Азербайджана,³ Казахстана,⁴ Украины⁵ и Беларуси⁶ показал, что в целом нормы об алиментных обязательствах родителей и детей схожи с другими странами СНГ за исключением отдельных норм, а именно: в Молдавии не установлен конкретный срок для взыскания алиментов за прошедший период; дополнен перечень обстоятельств, прекращающих алиментные обязательства в Молдавии (вступления нетрудоспособного потомка в брак, отмены решения судебной инстанции о выплате алиментов), в Таджикистане (по окончании совершеннолетними детьми обучения в образовательных учреждениях среднего или высшего образования либо достижения ими в период обучения возраста двадцати и двадцати четырех лет соот-

1 Семейный кодекс Республики Таджикистан от 13.11.1998 г. (ред. от 20.03.2008 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.untj.org/files/gender/Policies_Laws_Statistics/Family_Code_rus.pdf.

2 Семейный кодекс Республики Молдова от 26.10.2000 г. № 1316-XIV (ред. от 09.07.2010 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.jurconsult.ru/law/moldova/semeynyi-codex.php>.

3 Семейный кодекс Азербайджанской Республики от 28.12.1999 г. №781-ІГ (ред. от 31.05.2010 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.aile.az/index.php/ru/svadba/yuridicheskie-voprosi/111-2009-03-24-18-52-28>.

4 Закон Республики Казахстан от 17.12.1998 г. № 321-І ЗРК «О браке и семье» (ред. от 27.07.2010 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.pavlodar.com/zakon/index.html?dok=00149>.

5 Семейный кодекс Украины от 10.01.2002 г. № 2947-III (ред. от 06.07.2010 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=1&nreg=2947%2D14>.

6 Кодекс Республики Беларусь о браке и семье от 9.07.1999 г. №278-3 (ред. от 15.07.2010 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://minskdiplom.ucoz.com/load/kodeks_respubliki_bielarus_o_brake_i_seme/1-1-0-34.

ветственно). Семейный Кодекс Таджикистана закрепляет право на алименты совершеннолетних детей, продолжающих образование. Суд вправе взыскать с родителей алименты на детей, достигших совершеннолетия и являющихся студентами очной формы обучения государственных образовательных учреждений среднего и высшего образования до достижения ими двадцати и двадцати четырех лет соответственно. Размер алиментов определяется судом в твердой денежной сумме, исходя из материального и семейного положения и других заслуживающих внимания интересов сторон взыскиваемой ежемесячно.

В Таджикистане суд вправе уменьшить размер алиментов, взыскиваемых на несовершеннолетних детей или освободить от их уплаты, если дети находятся на полном содержании государства или общественной организации.

Семейное законодательство стран СНГ по-разному определяет минимальный размер алиментов. Так, в СК РФ понятие минимального размера алиментов не содержится. Высказывались многочисленные предложения об установлении минимального размера алиментов в размере одной второй или одной трети минимального размера оплаты труда в РФ. Необходимость введения минимального размера алиментов объяснялась тем, что родители являются лицами, которые обязаны обеспечивать своим детям средства к существованию. В СК Республики Армения¹ минимальный размер ежемесячных платежей на каждого ребенка не должен быть меньше установленного размера минимальной заработной платы, а при взыскании алиментов с родителей, получающих пособие по безработице – 20 процентов пособия по безработице.

Семейный кодекс Кыргызской Республики от 30 августа 2003 г. № 201² устанавливает в ч. 3, 4 ст. 86 ч. 3, 4, что при ведении фермерского хозяйства при отсутствии наличных денежных средств в обороте алименты могут быть компенсированы натуральными продуктами. Отсутствие заработка и (или) фактического дохода не снимает с родителя ответственности за содержание детей, и он обязан самостоятельно изыскивать средства для уплаты алиментов в установленном размере, исходя из расчетной суммы минимальной заработной платы, либо компенсировать движимым или недвижимым имуществом.

Из анализа ст. 89 Семейный кодекс Кыргызской Республики, в которой регулируется взыскание и использование алиментов на детей, оставшихся без попечения родителей, видно, что в отличие от СК РФ, там отсутствует положение, что пятьдесят процентов дохода от обращения поступивших сумм алиментов используется на содержание детей в воспитательных учреждениях, лечебных учреждениях, учреждениях социальной защиты населения и в аналогичных организациях. В Кыргызской Республики руководство детского учреждения по согласованию с органом опеки и попечительства имеет право на досрочное получение необходимой суммы из вклада для ее использования в интересах

¹ Семейный кодекс Республики Армения от 8.12.2004 г. ННО-123 (ред. от 04.08.2005 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://minjust.lgg.ru/common/img/uploaded/docs/SK.doc>.

² Семейный кодекс Кыргызской Республики от 30.08.2003 г. № 201 (ред. от 17.07.2009 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://pravo.tazar.kg/index.php?newsid=15>.

ребенка (только для лечения, протезирования, обеспечения индивидуальными аппаратами по коррекции слуха и зрения по заключению соответствующих медицинских учреждений).

Семейный кодекс Республики Узбекистан от 30 апреля 1998 г. № 608-1¹ устанавливает размер взыскиваемых алиментов на каждого ребенка, который должен быть не меньше одной третьей части установленного законодательством минимального размера заработной платы.

Размер алиментов может быть уменьшен судом, если у родителей, выплачивающих алименты, имеются другие несовершеннолетние дети, которые при взыскании алиментов в размере, определенном законом, оказались бы менее обеспеченными материально, чем дети, получающие алименты, а также в случаях, если родитель, с которого взыскиваются алименты, является инвалидом и находится в затруднительном материальном положении или если получающий алименты имеет самостоятельный доход.

Суд может вынести решение об уменьшении размера алиментов или об освобождении от уплаты алиментов, если несовершеннолетний ребенок находится на полном содержании государственных или негосударственных учреждений с учетом материального положения выплачивающих алименты родителей. При отпадении обстоятельств, послуживших основанием к уменьшению размера алиментов или освобождению от их уплаты, заинтересованная сторона вправе обратиться в суд с требованиями о взыскании алиментов в размере, определенном законом. Содержание, воспитание и образование несовершеннолетних детей, оставшихся сиротами в результате смерти родителей, полностью осуществляются государством.

Суд при вынесении решения об отобрании у родителей несовершеннолетнего ребенка и размещении его в детское воспитательное учреждение может взыскать с каждого из родителей в пользу этого учреждения алименты.

Трудоспособные совершеннолетние дети обязаны содержать своих нетрудоспособных нуждающихся в помощи родителей и заботиться о них.

Нахождение родителей на содержании в государственных или негосударственных учреждениях не освобождает трудоспособных совершеннолетних детей от заботы о них и оказания им материальной помощи.

Судья по спору о взыскании алиментов с трудоспособных совершеннолетних детей до его окончательного разрешения может вынести определение с указанием о временном взыскании необходимой суммы.

Размер алиментов, взыскиваемых с трудоспособных совершеннолетних детей, должен быть не меньше одной третьей установленного законодательством минимального размера заработной платы.

Семейное законодательство стран СНГ по-разному устанавливает имущественные санкции за неисполнение алиментных обязательств, в частности,

¹ Семейный кодекс Республики Узбекистан от 30.04.1998 г. № 608-1 (ред. от 14.09.2010 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://fmc.uz/legisl.php?id=k_sem.

п. 2 ст. 115 СК РФ предусматривает размер законной неустойки за неуплату алиментов по решению суда в размере одной второй процента от суммы невыплаченных алиментов за каждый день просрочки; ст. 1111. Кодекса Республики Беларусь о браке и семье – 0,3 процента от суммы невыплаченных алиментов за каждый день просрочки; в Казахстане, Таджикистане, Узбекистане, Киргизии, Молдове – в размере одной десятой процента от суммы невыплаченных алиментов за каждый день просрочки; ст. 103 Семейного Кодекса Республики Армения – в размере 0,05 процентов от суммы невыплаченных алиментов за каждый день просрочки. Основное назначение неустойки как способа обеспечения исполнения обязательства – действенное побуждение к добровольному, добросовестному исполнению возложенной обязанности. Но если размер неустойки мал, он не выполнит свою функцию. Представляется, что это слишком незначительные размеры, чтобы эффективно стимулировать своевременную уплату алиментов – денежных средств, являющихся одним из основных источников существования получателя алиментов. Для сравнения интересно привести норму Семейного кодекса Украины: п. 1 ст. 196 предусматривает право на взыскание неустойки в размере одного процента от сумм неуплаченных алиментов за каждый день просрочки.

Анализ семейного законодательства показал, что нормы об алиментных обязательствах родителей и детей сходны в странах СНГ. Но существуют и особенности, обусловленные различными факторами. В большинстве государств провозглашен принцип, который лежит в основе правоотношений родителей и детей – родители обязаны содержать детей до их совершеннолетия.

Лосицкая С.Н.
Астраханский государственный технический университет

О проблемах отсрочки и приостановления в исполнительном производстве

Проблема невозможности фактического исполнения юрисдикционных актов по имущественным спорам органами принудительного исполнения в условиях существующей экономической нестабильности, производственного кризиса и материальной нестабильности субъектов хозяйственного оборота, в частности физических лиц, обостряется с каждым днем. Все чаще заставляет обращать внимание на существующие пробелы исполнительного законодательства и правоприменитель, и служба принудительного исполнения актов, и сами стороны исполнительного производства, в частности, взыскатель.

Институты приостановления и отсрочки в исполнительном производстве, как меры санкционированного временного бездействия по инициативе должника, во многом последнему позволяют опосредовано через суд или судеб-

ного пристава-исполнителя манипулировать взыскателем, используя фактор времени в корыстной цели – ухода от присужденных выплат.

Нормы приостановления исполнительного производства Федерального закона «Об исполнительном производстве», носящие как обязательный, так и факультативный характер¹ приостановления производства в части или полностью, а также отсрочка исполнения акта в главном критерии схожи – во время приостановления или отсрочки «исполнительные действия не совершаются и меры принудительного исполнения не применяются».²

Отличия же прослеживаются в определении срока возобновления исполнительных действий: в первом – «до устранения обстоятельств, послуживших основанием для приостановления»³ (ст. 42 Закона об исполнительном производстве) – срок не установлен точной датой; во втором – «...исполнительные действия не совершаются и меры принудительного исполнения не применяются в течение срока...»,⁴ установленного уполномоченным органом (ст. 37 Закона) – срок определен.

Законодателем сделана попытка компенсации взыскателю в условиях временного неисполнения принудительного акта в виде индексации присужденных денежных сумм в случае их обесценивания в результате произошедшей инфляции (ст. ст. 208, 434 ГПК РФ). Однако, данная мера носит условный характер, поскольку применяется при наличии инфляционных обстоятельств, и не отражает реальность упущенных возможностей конкретного взыскателя, в чем и прослеживается нарушение права взыскателя.

Характерно, что и специальными нормами Федерального закона «Об исполнительном производстве» № 229-ФЗ от 2 октября 2007 г., и нормами Гражданского процессуального кодекса РФ регламентированы основания и порядок приостановления исполнительного производства.

Так, ст. ст. 37, 39–42 ФЗ «Об исполнительном производстве» регламентированы положения о судебных правомочиях, а также правомочиях пристава-исполнителя по приостановлению исполнительного производства, что, в принципе, способствует развитию коррупционного элемента. Так, в случае розыска должника-гражданина (п.п. 2 п. 2 ст. 40 закона), судебный пристав-исполнитель единолично без выяснения позиции взыскателя вправе приостановить производство, что влечет нарушение прав взыскателя в этой части (официально быть информированным и возразить), а при судебном рассмотрении вопроса объективно воспользовался бы своими правами – не в рамках обжалования.

Право ходатайствовать о приостановлении или отсрочке в исполнительном производстве кроме взыскателя предоставлено должнику, судебному при-

¹ Валиев Д.Х. *Исполнительное производство: Учебник для вузов. 2-е изд., доп. и перераб.* – СПб: Питер, 2010. – С. 172.

² *Федеральный закон «Об исполнительном производстве». Федеральный закон «О судебных приставах».* – Новосибирск: Сиб. Унив. Изд-во, 2010. – С. 27.

³ Там же, – С. 29.

⁴ Там же, – С. 27.

ставу-исполнителю и суду. Последние два – субъекты по природе своей незаинтересованные в нарушении чьих-либо прав, а заинтересованные лишь в соблюдении закона, восстановлении нарушенного или оспариваемого права/законного интереса (суд), а также в правильном и своевременном исполнении юрисдикционных актов (служба судебных приставов-исполнителей).

Нельзя то же самое сказать о должнике, который по юридической природе виновен (презумпция вины¹).

Должник, пройдя стадии судебного разбирательства, и, не согласившись с позицией взыскателя/суда, не заключил мировое соглашение, а в исполнительном производстве уклоняется от требований, содержащихся в законном акте.

Таким образом, государство в лице судебных органов/службы судебных приставов-исполнителей возложило на себя полномочия санкционирования приостановления и отсрочки исполнительного производства, и тем самым, предопределило необходимость государственного регулирования вопроса компенсирования возможных отрицательных последствий в случае уклонении и/или фактическом неисполнении должником юрисдикционного акта.

В этом ракурсе интересным представляется позиция законодателя, выраженная в ст. 324 Арбитражного процессуального кодекса РФ, согласно которой «в случае предоставления должнику отсрочки или рассрочки исполнения судебного акта арбитражный суд вправе по заявлению взыскателя принять меры по обеспечению исполнения судебного акта по правилам, установленным главой 8 настоящего Кодекса».²

В данной норме формулировка «вправе» требует поправки, поскольку право взыскателя данной формулировкой ставится в зависимость от его участия в судебном заседании и не реализуемо в случае его не извещения / неявки, что не препятствует рассмотрению заявления в суде по существу.

Таким образом, замена «вправе» – «обязан» предопределена условиями экономической целесообразности, а постановка в прямую зависимость отсрочки, приостановления судом исполнительного производства от одновременного обязательного введения обеспечительных мер – важный аргумент в решении проблемы фактического неисполнения юрисдикционных актов.

Введение единственного полномочного органа по решению вопроса приостановления и отсрочки исполнительного производства – суда – в совокупности с другими эффективными мерами позволит в части разрешить проблему неисполнения юрисдикционных актов.

Представляется целесообразным при рассмотрении вопроса отсрочки/приостановления в отношении физических лиц введение института аналогичного залогу, действующему в уголовном процессуальном праве РФ, или иному подобному институту.

¹ Исаенкова О.В. *Гражданский процесс: курс лекций. ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права»*. – Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2009. – С. 391.

² *Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу РФ (постатейный) / С.Ф.Афанасьев и (др.); отв. ред. Г.А.Жилин. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 766.*

Сужение перечня оснований представления отсрочки / приостановления исполнительного производства закономерно и обосновано, поскольку служит основой для злоупотреблений должника по моделированию ситуаций – порождает нигилизм – есть решение о взыскании сумм, но нет его исполнения.

Реальное восстановление права взыскателя возможно лишь при фактическом получении им присужденных сумм, со всеми компенсациями.

Лутфуллина Е.Б.
Институт права БашГУ

Торги как способ заключения договора

Данная статья посвящена анализу правовой природы расширения практики применения торгов в различных сферах общественных отношений, предполагающих заключение договора.

В соответствии с п. 1 ст. 447 ГК РФ договор, если иное не вытекает из его существа, может быть заключен путем проведения торгов с лицом, выигравшим торги. Пункт 2 ст. 447 ГК РФ говорит о том, что собственник вещи или же обладатель имущественного права, которые решили заключить договор об отчуждении имущества, могут сами организовать торги либо обратиться к услугам специализированной организации, которая в данном случае и выступает в качестве организатора торгов. Данная организация действует на основании договора с собственником вещи или обладателем имущественного права и выступает от их имени или от своего.

В современном мире торги – один из актуальных способов заключения договоров, тесно связанный с законами рынка и выражающих их наиболее последовательно. В частности, это объясняется конкуренцией, присущей торгам. Необходимость срочного поиска контрагента и желание обеспечить при этом максимально выгодные условия соглашения путем стимулирования будущих контрагентов, обострение конкуренции между ними – главные причины активного использования различных форм публичных торгов. Именно на торгах оперативность и конкурентоспособность как нельзя лучше сочетаются с одним из основных принципов гражданско-правового регулирования – принципом автономии воли.

Гражданский кодекс РФ выделяет две формы проведения торгов: в виде аукциона либо конкурса. Различия между ними заключается в том, что на конкурсе выигравшим признается лицо, которое по заключению конкурсной комиссии предложит лучшие условия, а по аукциону – лицо, предложившее наиболее высокую цену. Выбор формы проведения торгов определяет сам собственник продаваемой вещи или обладатель имущественного права, если иное не предусмотрено законом. Регулируется и количество участников тор-

гов: два или более лиц. Иначе они теряют всякий смысл и признаются не состоявшимися.

Первым и необходимым этапом проведения торгов является принятие решения о проведении торгов для заключения договора. В свою очередь у организаторов имеются определенные обязанности по извещению о проведении торгов. Если иное не предусмотрено законом, такое извещение должно быть сделано организатором не менее чем за тридцать дней до их проведения.

По своей юридической сущности извещение о проведении торгов является односторонней сделкой, порождающей соответствующие последствия.

По мнению Турсуновой Ю.С извещение представляет собой оферту (предложение) принять участие в торгах. Извещение о проведении торгов – это выражение организатором торгов намерения вступить в правоотношения по поводу организации и проведения торгов, из условий которого ясно или подразумевается, что сообщение будет связывать оферента (организатора) как только адресат (конкретный субъект или неопределенное число лиц) примет его путем вполне определенного действия (подачи заявки на участие в торгах).

А заявка на участие в торгах, вносимая претендентами, является согласием (акцептом) на вступление в правовые отношения, возникающие в связи с проведением торгов. Особенность в том, что одновременно она выступает в качестве оферты либо составной части оферты будущего договора, заключаемого по результатам торгов, в которой достаточно определенно выражено намерение лица, сделавшего предложение, считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение и которая содержит существенные условия договора.

Неотъемлемой стадией заключения гражданско-правового договора по результатам торгов является составление протокола о результатах торгов. Он носит характер основного или предварительного договора, либо служит основанием для заключения договора по результатам торгов в будущем.

Исходя из правовой природы торгов можно выделить две группы оснований признания договора, заключенного по результатам торгов, недействительным: общие и специальные основания. В свою очередь к специальным относятся: признание несостоявшимися и признание торгов недействительными. Существует два случая признания торгов несостоявшимися: во-первых, до заключения договора по результатам торгов, а, во-вторых, после заключения рассматриваемого договора. Данные моменты признания торгов несостоявшимися влияют на определение юридических последствий.

В свою очередь, торги, проведенные с нарушением правил их проведения, могут быть признаны недействительными. В этом случае применяются правила о признании недействительными оспоримых сделок.

Признание торгов недействительными влечет недействительность договора, который был заключен с лицом, выигравшим торги. В данном случае следует наступление также и последствия признания сделки недействительной.

Каждая из сторон согласно ст. 167 ГК РФ обязана возвратить другой все полученное по сделке, а в случае невозможности возвратить полученное в натуре, возместить его стоимость в деньгах. Таким образом, на основании вышеизложенной правовой характеристики, торги применяются как особый способ, так называемый отдельный специфический механизм заключения договоров, который обусловлен необходимостью поиска контрагента и обеспечение заключения сделки на максимально выгодных условиях.

*Лутфуллина Л.Р.
Институт права БашГУ*

Проблемы обеспеченности жильем в Российской Федерации

Плохое состояние и несправедливое распределение жилищного фонда России является одной из главных социально-экономических проблем страны.

Жилищная проблема до сих пор остро стоит для 61% российских семей. При этом каждая четвертая семья имеет жилье, находящееся в плохом или очень плохом состоянии, износ коммунальной инфраструктуры составляет 60%. Общая потребность населения России в жилье составляет более 1,5 млрд. кв. м, для ее удовлетворения необходимо увеличить жилищный фонд на 46%. Лишь 12,4% семей в состоянии приобрести жилье самостоятельно или с помощью заемных средств.¹

Нехватка качественного жилья приводит к разводам в молодых семьях, к отказу от рождения детей, многочисленным конфликтам и бытовым преступлениям. Так по результатам опросов проведенных ВЦИОМ причиной 41% разводов в стране являются именно плохие жилищные условия.

Россияне живут в крайне стесненных по цивилизованным меркам условиях. В России на одного человека приходится только 22 кв. м. жилья. В развитых странах в два-три раза больше. Например, в Швеции обеспеченность жильем составляет 45 кв. м на человека, в США – 65 кв. м. В России 64% жилых помещений состоят из 3-х и менее комнат. В Германии – только 8%, а в США и вовсе 1,5%.²

Жилищная проблема была бы не столь остра, если бы не сопровождалась еще и огромным расслоением населения по уровню доходов, что ограничивает большую часть населения в возможности хоть как-то улучшить жилищные условия. Уровень доходов 10% самых богатых граждан в стране превышает уровень доходов 10% самых бедных в 17 раз. В Швеции подобная разница доходов является всего лишь шестикратной, в соседней Белоруссии – также шестикратной.

¹ Архив НИИ Академии Генпрокуратуры РФ.

² [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://gazeta-pravda.ru>.

На позитивное решение жилищной проблемы существенно влияет бедность значительной части россиян, которая приобретает устойчивый характер. По данным Федеральной службы государственной статистики, в 2007 г. 18,3 млн. российских граждан имели доходы ниже прожиточного минимума, размер которого составил 3847 руб. Причем, по оценкам экспертов Института социально-экономических проблем народонаселения РАН, существующий прожиточный минимум сегодня является не границей бедности, а границей нищеты. Из 100% лиц, уровень доходов которых ниже прожиточного минимума, 48% – это люди, имеющие работу, 19% – дети в возрасте до 15 лет. К наиболее тревожным особенностям данного социального феномена относится то, что почти половина бедных – это лица, работающие и получающие зарплату (в то время как в развитых странах к числу бедных, как правило, относятся только неработающие). По расчетам экономистов, средняя зарплата в России в 4 раза отстает от требуемого уровня. Более того, далеко не вся зарплата выплачивается – в 2007 г. задолженность по зарплате составила более 4 млрд. руб.¹

Около 10 млн. домохозяйств с доходами ниже прожиточного минимума (5000 руб. на члена семьи) не имеет никаких шансов купить хотя бы одну квартиру за всю жизнь. И как не прискорбно, в эту группу чаще всего входит та часть общества, от которой зависит демографическое воспроизводство населения в стране – молодые и многодетные семьи. Им остается надеяться только на государственную помощь.

Сегодня в очереди на жилье в стране стоит около 2,5 млн. семей и сокращается эта очередь крайне медленно – на 5% в год. Даже если в очередь не будут вставать новые семьи, для решения жилищной проблемы бедных семей государству потребуется 20 лет.

Особенно остро проблема улучшения жилищных условий стоит перед многодетными семьями. Если из обычных семей только каждая 20-ая нуждается по государственным социальным стандартам в улучшении жилищных условий, то среди многодетных семей – каждая шестая. Всего их в очереди стоит около 130 тыс. Молодых семей в очереди – около 300 тыс.

Решение проблемы жилья – это обязанность государства. Нужно принимать экстренные меры, а не просто создавать экономические и правовые условия для самостоятельного решения жилищного вопроса. И именно на государстве лежит ответственность за то, что проблема ветхого жилья приобрела такие масштабы и остроту. В такой ситуации федеральные и региональные власти запускают целевые программы жилищного строительства, но денег на них, как всегда, выделяется мало. Вот если увеличить финансирование, то проблема обязательно решится.

¹ Архив НИИ Академии Генпрокуратуры России.

Передача прав на технологию посредством проведения торгов на право заключения лицензионного договора

В данной статье рассматривается процедура передачи прав на единые технологии посредством проведения торгов. Цель работы объективное рассмотрение условий проведения конкурсов и аукционов. В ходе исследования проанализированы статьи действующего законодательства, посвященные данному вопросу. Сформулировано положение по улучшению правового регулирования данного вопроса.

Закон РФ «О передаче прав на единые технологии» от 25 декабря 2008 г. № 284-ФЗ определяет возможность передачи прав на технологию посредством проведения торгов на право заключения лицензионного договора. Торги – состязательный порядок заключения некоторых договоров.¹

Понятие конкурс как разновидность торгов определяется согласно ФЗ от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд». В законе, под конкурсом подразумеваются торги, победителем которых признается лицо, которое предложило лучшие условия исполнения государственного или муниципального контракта и заявке на участие, в конкурсе которого присвоен первый номер.² Конкурс может носить открытую и закрытую формы. В случае размещения заказа на поставку товаров, выполнения работ, оказание услуг, сведения о которых составляют государственную тайну, конкурс проводится в закрытой форме.

Другой разновидностью торгов является аукцион. Под аукционом подразумеваются торги, победителем которых признается лицо, предложившее наиболее низкую цену государственного или муниципального контракта.³ Целью аукциона служит снижение начальной цены контракта указанной в извещении о проведении открытого конкурса. Однако ст. 448 ГК признает за победителем торгов вообще лицо, предложившее наивысшую цену. Победителем аукциона на право заключения лицензионных договоров и договоров об отчуждении прав на единые технологии согласно ст. 9 ФЗ «О передаче прав на единые технологии» является не только лицо, предложившее лучшую цену, но также предложившее лучшие условия внедрения единой технологии на территории РФ.

Процедура проведения торгов в идее конкурса или аукциона на публичной основе преследует цель устранения коррупции в данной сфере. Победителем

¹ Сухарев А.Я. *Большой юридический словарь*. 3-е изд., доп. и перераб. – М.: Инфра-М. – 2007., VI. – С. 543 (Б-ка словарей «ИНФРА-М»).

² *СЗ РФ*. – 2005. – № 30. – Ст. 3105.

³ Глава 3 ФЗ РФ от 21.07.2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».

таких торгов признается лицо, предложившее наилучшую цену и лучшие условия по внедрению единой технологии. В случае отказа победителем торгов от заключения лицензионного договора, лицо, осуществляющее от имени РФ или субъекта РФ распоряжение правом на технологию вправе обратиться в суд с требованием принудительного заключения договора. Рассмотрим порядок проведения торгов подробнее.

Согласно ст. 5 закона «О передаче прав на единые технологии» на организатора открытого конкурса на право заключения договоров о передаче прав на единые технологии возлагается обязанность по размещению извещения о проведении открытого конкурса на сайте в сети Интернет. На организатора закрытого конкурса на право заключения договоров о передаче прав на единые технологии направлять приглашения принять участие в закрытом конкурсе заранее определенным лицам, в том числе исполнителю.

В этой связи возникает вопрос об отличии открытого от закрытого конкурса. При каких условиях может быть организована та или иная форма проведения торгов. Статья 7 Закона определяет лиц, которые могут быть участниками открытых и закрытых конкурсов. Итак, участником открытого конкурса может быть любое лицо, а участником закрытого – только лицо, специально приглашенное для участия в конкурсе, за исключением лиц, в отношении которых начата процедура (ликвидации или банкротства) и лиц, чья деятельность на момент подачи заявок на участие в конкурсе приостановлена в порядке установленной законодательством.

Следует отметить, что на организатора и открытого и закрытого конкурса на право заключения договоров о передаче прав на единые технологии наряду с вышеупомянутыми действиями возлагается обязанность по формированию конкурсной комиссии и утверждения конкурсной документации, не менее чем за 45 суток до дня вскрытия конвертов с заявками на участие в конкурсе и открытия доступа конкурсной комиссии к заявкам на участие в конкурсе, поданных в форме электронных документов, подписанных в соответствии с законодательством РФ.

Организатор конкурса имеет право отказаться от проведения конкурса не позднее чем за 20 дней до дня вскрытия конвертов с заявками на участие в конкурсе и открытия доступа конкурсной комиссии заявкам на участие в конкурсе поданных в форме электронных документов, путем размещения решения об отказе от проведения открытого конкурса или направления такого решения лицам которые были направлены приглашения принять участие в конкурсе.

В день, установленный извещением о проведении открытого конкурса или приглашением принять участие в закрытом конкурсе, и конкурсная комиссия рассматривает поданные заявки на участие в конкурсе и подводит итоги конкурса. В случае если к участию в конкурсе допущено только одно лицо, либо к участию в конкурсе ни одного лица не допущено, либо все допущенные к участию в конкурсе лица отказались заключить договор об отчуждении права

на единую технологию или лицензионный договор, конкурс признается несостоявшимся и передача права на единую технологию осуществляется на основе проведения аукциона. Каждое заседание комиссии опосредуется ведением протокола.

Необходимо отметить, что ФЗ «О передаче прав на единые технологии» регламентирует также порядок проведения торгов по договору об отчуждении права и по договору о доведении единой технологии до стадии практического применения с учетом интересов заинтересованного лица. В этой связи возникает вопрос о целесообразности объединения статей посвященных конкурсам и аукционам по всем категориям договоров по передаче прав на технологии в отдельный Федеральный закон. В том виде, в котором сейчас находятся нормы регулирующие данные правоотношения, являются затруднительными для восприятия и реализации на практике.

*Макарова Ю.С.
Институт права БашГУ*

Развитие института деликтной ответственности правоохранительных органов в российском законодательстве

Первой нормой общего характера, решившей проблему гражданской ответственности государства за акты власти, в российском праве стала ст. 407 Гражданского кодекса РСФСР 1922 г.¹ (далее – ГК 1922 г.). Не подвергавшаяся никаким изменениям в течение сорока с лишним лет своего существования эта статья первого ГК во многом предопределила последующие нормы советского и российского права на ту же тему.

Вплоть до принятия ГК 1922 г. ст. 407 имела в проекте содержание, прямо противоположное тому, какое она обрела в ее окончательном виде. В проекте, который 27 октября 1922 г. был внесен на рассмотрение ВЦИК, предусматривалось установить в виде общего правила ответственность учреждения за неправильные служебные действия его должностных лиц. А.Г.Гойхбарг,² руководивший подготовкой ГК 1922 г., недвусмысленно дает понять, что прообразом этой нормы была ст. 131 Веймарской конституции 1919 г.,³ но в числе немногих существенных изменений, которые в результате двухдневной работы внесла в проект комиссия, образованная сессией ВЦИК, оказалось и кардинальное изменение ст. 407, вошедшей в текст кодекса уже в совершенно ином виде.

В практике применения ст. 407 ГК 1922 г. уже впервые годы ее четко выявились три спорных аспекта. 1) несмотря на недостаточную определенность тек-

¹ Гражданский кодекс РСФСР. – 1922.

² Гойхбарг Александр Григорьевич. Юридическая библиотека [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.lawlibrary.ru>.

³ Веймарская конституция. – 11.08.1919 г.

ста названной статьи, прежде всего слов «неправильные служебные действия должностного лица, судебная и арбитражная практика уже в 1924–1926 гг. пришла к выводу, что в ней имеются в виду незаконные административные распоряжения должностных лиц, их незаконные действия в сфере административной деятельности госучреждений, и т. п. 2) в научной и учебной литературе 20-х годов сложилось и до середины 40-х годов сохранялось понимание нормы ст. 407, решающей не столько вопрос о деликтной ответственности конкретного учреждения, сколько в целом проблему ответственности государства за властные действия его должностных лиц. К.М.Варшавского, М.М.Агаркова,¹ Х.И.Шварца, Е.А.Флейшиц² трудно заподозрить в том, что они не были уверены в самостоятельной имущественной ответственности госучреждения как юридического лица. Тем не менее в их работах того периода, посвященных анализу ст. 407, и даже в названиях соответствующих глав и параграфов этих работ говорится именно об ответственности государства, в ряде случаев – об ответственности государства за акты власти. 3) Действовавшая ст. 407 ГК 1922 г. подвергалась резкой критике, причем не за отдельные ее недостатки, а за неверное решение проблемы ответственности государства за акты власти. Наше право, писал о ней К.М.Варшавский, «в области внедоговорного вреда, причиненного служебными действиями должностных лиц, провозглашает принцип безответственности государства». И далее: «Не подлежит сомнению, что сама по себе взятая такая безответственность представляет зло». Однако, уже в 30-х годах критика ст. 407 сменяется ее оправданием. В работе 1938 г. Х.И.Шварц³ пишет, что если бы ГК 1922 г. признавал ответственность государства за действия своих служащих независимо от того, в какой области деятельности – государственной, хозяйственной или административной – вред причинен, этой ответственностью «широко воспользовались бы классово – враждебные элементы – нэпманы, кулаки, чем был бы нанесен ущерб пролетарскому государству», что же касается ст. 407, то «эта статья устанавливает не безответственность государства, как это пытались доказать некоторые юристы (Варшавский и др.), а, наоборот, провозглашает ответственность государства за действия служащих, но ограничивает эту ответственность случаями, указанными в законе.

Решающий шаг на пути от общего правила о безответственности государства за причиненный вред к воплощению в жизнь прямо противоположного правила, был сделан при принятии в 1961 г. Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик.⁴ В ст. 89 Основ было закреплено, что «Государственные учреждения отвечают за вред, причиненный гражданам неправильными служебными действиями их должностных лиц в области административного управления, на общих основаниях, если иное не пред-

1 Агарков М.М. «Учение о ценных бумагах», «Основы банковского права», избранные труды Агаркова по гражданскому праву. – 1927.

2 Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения – М., 1951 – С. 128.

3 Там же. – С. 51.

4 Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик. – 1961.

усмотрено специальным законом. За вред, причиненный такими действиями должностных лиц организациям, государственные учреждения отвечают в порядке, установленном законом. За вред, причиненный неправильными служебными действиями должностных органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда, соответствующие государственные органы несут имущественную ответственность в случаях и пределах, специально предусмотренных законом».

Некоторые авторы указывали на конституционное значение нормы, решающей вопрос о возмещении вреда, причиненного актами власти, не зависит от того, как по существу решается этот вопрос в такой норме. Она конституционна потому, что решает один из важнейших вопросов взаимоотношений государства с членами гражданского общества, и она тем более конституционна, когда отказывает в таком возмещении и тем самым как бы выводит эти взаимоотношения из-под действия другой отрасли права – гражданского права. При принятии Конституции СССР 1977 г.¹ эти предложения были реализованы в ее ст. 58 ч. 3 которой гласила:

«Граждане СССР имеют право на возмещение ущерба, причиненного незаконными действиями государственных и общественных организаций, а также должностных лиц при исполнении ими служебных обязанностей». Таким образом, ответственность правоохранительных органов государства вошла в «конституционное поле», в 1992–1993 гг. правило о возмещении вреда, причиненного незаконными актами власти, обрело в России уже не только по смыслу, но и по форме значение конституционного принципа.

*Маньковский И.А. к.ю.н., доцент
Международный институт трудовых и социальных отношений*

Теории сущности юридического лица: ретроспективный анализ и перспективы дальнейшего исследования

Высокий уровень развития науки гражданского права на современном этапе ее осмысления и интерпретации, значительное количество опубликованных научных работ, посвященных исследованию различных категорий и институтов, защищенных диссертаций, подготовленных по проблемам цивилистики, как на территории РФ, так и на территории Республики Беларусь является основанием для утверждения о том, что практически все категории и институты гражданского права неоднократно исследовались и в достаточной степени разработаны учеными прошлого и наших дней.

Являясь категорией гражданского права теоретико-правовая конструкция, именуемая юридическим лицом, так же как и другие категории гражданского

¹ Конституция СССР. – 1977.

права, многократно исследовалась учеными разных стран на протяжении всего своего существования в качестве предусмотренной правом формы участия человека (группы людей) в гражданском обороте. В процессе проводимых исследований разрабатывались и обосновывались различные теории сущности юридического лица, которые, по мнению В.Ф.Чигира, «различаются в зависимости от той исторической эпохи и соответствующей ей системы производственных отношений, в условиях которой принимались попытки выявить сущность юридического лица».¹

Однако к единому мнению ученые так и не пришли, что свидетельствует о сложности данной юридической категории как объекта научного познания, а с учетом той роли, которую правовая конструкция «юридическое лицо» играет в экономическом развитии государства, также об актуальности и необходимости ее дальнейших теоретических исследований.

Цивилистике, как науке изучающей систему общественных связей, развивающихся в сфере имущественного оборота, известно достаточно большое количество теорий сущности юридического лица, которые стали активно разрабатываться с XIX в. и продолжают обсуждаться по настоящее время с целью уяснения субстрата юридического лица, являющегося носителем свойств юридической личности.

Основные из известных теорий сущности юридического лица целесообразно классифицировать на две большие группы: 1) теории, разработанные зарубежными учеными; 2) теории, разработанные цивилистами советского периода.

К первой группе теорий сущности юридического лица следует отнести: «теорию фикции», разработанную Фридрихом Карлом фон Савиньи; «теорию целевого имущества», предложенную Алоизом фон Бринцем; «теорию коллективной собственности», автором которой является французский цивилист Планиоль; «органическую теорию» Карла Георга фон Безелера и его ученика Отто Фридриха фон Гирке; «теорию интереса» Рудольфа фон Иеринга; «реалистическую теорию» Р.Саллейля и некоторые другие.

Ко второй группе теорий сущности юридического лица относятся: «теория коллектива» А.В.Венидиктова, С.Н.Братуся, О.С.Июффе, В.П.Грибанова; «теория государства» С.И.Аскназия; «теория директора» Ю.К.Толстого; «теория социальной реальности» Д.М.Генкина, Б.Б.Черепихина; «теория социальных связей» О.А.Красавчикова; «теория организации» А.А.Пушкина и некоторые другие. Кроме указанного деления, все приведенные теории принято разделять на две большие группы в зависимости от того, что считают субстратом юридического лица – носителем свойств юридической личности: 1) фикционные теории, авторы которых отрицают существование во вне какого-либо реального субъекта со свойствами юридической личности; 2) реалистические

¹ Чигир В.Ф. *Субъекты гражданского права: Комментарий к ГК Республики Беларусь // Промышленно-торговое право. – 1999. – № 1. – С. 49.*

теории, авторы которых признают реальное, фактическое существование носителя таких свойств.

Исследование и анализ наиболее известных теорий возникновения и сущности юридического лица применительно к современным условиям развития права и экономики позволит уяснить социальное, правовое и экономическое значение анализируемой правовой конструкции, ее содержание, которое в каждый конкретный исторический отрезок времени может быть различным и зависеть от реальной потребности общества в наделении субъекта гражданского оборота теми или иными качествами.

Наиболее известными из теорий сущности юридического лица, разработанных учеными советского периода, являются «теория коллектива» А.В.Венедиктова, «теория государства» С.И.Аскназия, «теория директора» Ю.К.Толстого, а также «теория социальной реальности» Д.М.Генкина. Цивилисты советского периода, авторы всех выше названных теорий, в своих научных трудах учитывали особенности существовавшего в то время политического режима, что отразилось на их научных взглядах, на проблему сущности юридического лица и достоверности сделанных ими научных выводов.

Одной из первых наиболее состоятельных теорий сущности юридического лица, предложенных западными учеными, является «теория фикции» Фридриха Карла фон Савиньи, разработанная в начале XIX в.

Ее содержание сводится к тому, что юридическое лицо выделяется как самостоятельный субъект права, отличный от физических лиц, вводится такой признак юридического лица, как наличие обособленного от физических лиц имущества и «ограничение ответственности пайщиков-акционеров»,¹ т. е. самостоятельная имущественная ответственность юридического лица по своим обязательствам. «Теория фикции впервые обосновала существование юридической личности – корпорации независимо от существования ее участников».² Согласно анализируемой теории, «юридическое лицо – создание закона. Лишь право может перенести свойственную человеку естественную правоспособность на идеальное, фиктивное существо».³

Таким образом, на основе анализа теории фикции можно сделать вполне логичный вывод о том, что юридическое лицо является теоретической конструкцией, разработанной теоретической и практической юриспруденцией правовой формой осуществления хозяйственной деятельности, закрепленной в законодательстве и существующей только в нормах права.

Несмотря на многократные попытки исследования такого феномена правовой действительности, как «юридическое лицо», завершившиеся опубликованием объемных теоретических трудов, исследователи так и не смогли прийти к единому мнению относительно сущности юридического лица, его

1 Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. – М.: Юрид. лит., 1950. – С. 166.

2 Советское гражданское право: В 2 т. / Отв. ред. В.А. Рясенцев. – М.: Юрид. лит., 1965. – Т. 1. – С. 128.

3 Братусь С.Н. Юридические лица в советском гражданском праве. – М.: Юрид. изд-во Министерства юстиции СССР. – 1947. – С. 75.

субстрата и места в системе гражданского права. Вместе с тем согласно верному утверждению. Г.Ф.Шершеневича, актуальному и в наши дни, «эта воображаемая величина играет большую роль в жизни. Благодаря ей, обособляются интересы, общие многим физическим лицам, а также и юридические средства достижения их».¹

Сформировавшиеся в цивилистической науке неоднозначные подходы к пониманию сущности юридического лица свидетельствует о сложности исследуемой юридической категории как объекта научного познания, а с учетом той роли, которую правовая конструкция «юридическое лицо» играет в экономическом развитии государства, также об актуальности и необходимости ее дальнейших теоретических исследований.

Наряду с этим, факт наличия большого количества научных трудов, посвященных исследуемому феномену правовой действительности и подготовленных учеными разных стран за весь период его изучения является благодатной почвой для публичных высказываний относительно научной бесперспективности и практической нецелесообразности дальнейших исследований теоретико-правовой конструкции «юридическое лицо».

Несмотря на наличие достаточно большого количества разнообразных научных исследований, имеющих своей целью познание закономерностей развития общественных связей, подпадающих под воздействие норм гражданского права, цивилистическая доктрина продолжает свое развитие в умах современных ученых, что, по мнению В.Г.Тихини «обусловлено той особой ролью правового регулирования экономических отношений, возникающих в современном обществе и государстве, которая возложена на основную отрасль частного права гражданское право».²

Необходимость и безусловная целесообразность дальнейших цивилистических исследований, в том числе и теоретико-правовой конструкции, именуемой юридическим лицом, обусловлена рядом факторов, к которым, в том числе, относится необходимость преодоления такого явления в науке, как догматизм, т. е. одностороннее, схематическое мышление, основанное на слепой вере в авторитеты и защите устаревших положений.³

Слепое поклонение догме может привести к развитию застойных явлений в цивилистике, что безусловно отразится на качестве правового регулирования одной из важнейших сфер человеческого бытия сфере гражданского (экономического) оборота, сфере материального производства и потребления, одним из основных участников которой является «юридическое лицо».

Целесообразность и перспективность дальнейших исследований сущности юридического лица, составляющего его субстрата и места юридического лица

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. – М., 1907. – С. 194.

² Маньковский И.А., Вабищевич С.С. Юридические лица: научно-практическое исследование сущности и современного правового положения. – Минск: Молодежное, 2009. – С. 7.

³ Большой энциклопедический словарь / Под ред. А. М. Прохорова. – М.: Большая Российская энциклопедия; СПб.: НОРИНТ, 1997. – С. 366.

в системе правовых фикций обусловлена также динамичным развитием общества, происходящими в нем экономическими процессами, стремлением экономик разных государств к интеграции в единые экономические пространства, такие, как, например Европейский Союз, Евро-Азиатский Экономический Союз.

Исследование и анализ наиболее известных теорий возникновения и сущности юридического лица применительно к современным условиям развития права и экономики позволит уяснить социальное, правовое и экономическое значение анализируемой правовой конструкции, ее содержание, которое в каждый конкретный исторический отрезок времени может быть различным и зависеть от реальной потребности общества в наделении субъекта гражданского оборота теми или иными качествами.

Матвеев А.Г.

Пермский государственный университет

Авторское право и произведения, созданные компьютером

Художественные, музыкальные и иные произведения, созданные компьютером, рассматриваются в правовой доктрине постиндустриальных стран как объекты авторского права. Согласно господствующей точке зрения, автором таких артефактов является лицо, обеспечившее необходимые условия для их создания. Данное утверждение покоится на аксиоме, гласящей, что весь процесс деятельности компьютера изначально запрограммирован человеком. И социально-гуманитарное знание исходит из того, что такая аксиома пока еще соответствует уровню развития технологий.

Само выражение «лицо, обеспечившее необходимые условия для создания произведения компьютером» имеет различные трактовки. Можно сказать, что автором произведения рассматриваемого вида является лицо, которое управляет компьютером. С другой стороны, им также справедливо признать автора программы либо того, кто ее настроил. Четкий ответ на такие вопросы пока не получен. Л.Бентли и Б.Шерман отмечают, что это еще предстоит сделать на практике.¹

Представляется, что указанная выше юридическая квалификация произведений, созданных компьютером, является спорной, а в скором будущем, думается, станет не приемлемой. Дело в том, что само по себе утверждение о предопределенности «творческой деятельности» компьютера не совсем соответствует реальности. Исследования А.Тьюринга,² А.Колмогорова,³ Н.Бострома⁴

¹ Бентли Л. Шерман Б. *Право интеллектуальной собственности. Авторское право.* – СПб., – 2004. – С. 203.

² Тьюринг А. *Могут ли машины мыслить?* // *Информационное общество: Сб. – М., 2004.* – С. 221–284.

³ Колмогоров А. *Автоматы и жизнь* // *Там же.* – С. 285–313.

⁴ Бостром Н. *Сколько осталось до суперинтеллекта?* // *Там же.* – С. 314–341.

показывают, что вычислительные машины не всегда действуют, детерминировано: результаты их действий в некоторые моменты зависят от случайности. Более того, эти авторы убеждены, что создание машины, способной мыслить, в принципе возможно. «Я уверен, – писал Алан Тьюринг, – что через пятьдесят лет станет возможным программировать работу машин с емкостью памяти около 10⁶ так, чтобы они могли играть в имитацию настолько успешно, что шансы среднего человека установить присутствие машины через пять минут после того, как он начнет задавать вопросы, не поднимались бы выше 70%».¹

Если оставить вопрос о возможности создания мыслящей машины на откуп кибернетикам и вернуться к вопросу о юридической квалификации произведений, создаваемых современными компьютерами, то нетрудно представить себе следующую ситуацию. Определенная ЭВМ методом случайной компиляции объединяет в целое некоторое число мелодических, гармонических и ритмических элементов. При помощи того или иного промоушена это целое признается творческим музыкальным произведением, причем произведением удачным, популярным и, как следствие, способным приносить доход. Исходя из разделяемой автором настоящей работы точки зрения на творчество, согласно которой это последнее представляет собой социально-коммуникативный феномен, признание данного продукта творческим вполне возможно. Следовательно, вопрос о том, может ли это музыкальное произведение быть объектом авторского права, должен быть решен положительно. Далее следует вопрос об авторе рассматриваемого артефакта. Естественно, что у программиста, оператора, управляющего компьютером, и лица, проинвестировавшего в раскрутку произведения и, тем самым, придавшего ему статус творческого, будут разные ответы на этот очень сложный вопрос. Думается, что признание авторами программиста либо оператора равносильно признанию автором рисунков, выполненных обезьянкой, собственником этого животного. Такая ситуация, хотя и возможная на практике, на самом деле, является доведенной до абсурда авторско-правовой логикой, в которой идея авторства, на которой основано авторское право, фактически оказывается извращенной. Признание автором лица, раскрутившего произведение, (назовем его «инвестором» либо «куратором») также абсурд, так как это лицо никаким образом не принимало участия в создании данного продукта, однако именно оно «сделало» из этого продукта творческое произведение. Думается, что в описанной ситуации нет автора и не нужно путем фиктивных конструкций присваивать данный статус одной из выше указанных фигур. Любой юридический институт имеет определенные границы, безмерное растяжение которых может привести к его разрушению.

Авторское право (в большей степени континентальное и в меньшей англо-американское) не может регулировать отношения по использованию произведений, у которых нет автора, т. е. лица, творческим трудом которого создано произведение. Данное утверждение – общеизвестный, фундаментальный

¹ Тьюринг А. Указ. соч. – С. 243.

принцип этого института. Ведь не являются же именно по этой причине объектами авторского права произведения фольклора. Однако, когда речь заходит о продуктах деятельности ЭВМ, всегда находится много желающих, которые готовы установить «истинного» автора этого продукта. Однако вопрос о регламентации использования созданного компьютером произведения требует своего решения, так как он непосредственным образом связан с другими вопросами: как лицу, вложившему в промоушен продукта компьютерного творчества, защитить свои инвестиции и контролировать использование такого произведения третьими лицами?

Представляется, что в данном случае целесообразно наделить инвестора самостоятельным исключительным правом, подобным праву изготовителя базы данных (5 гл. 71 ГК РФ)¹ или праву публикатора произведения науки, литературы или искусства (6 гл. 71 ГК РФ). Для этого необходимо внести определенные изменения и дополнения в гл. 71 ГК РФ, посвященную регламентации смежных прав. Однако для конкретных предложений по совершенствованию действующего законодательства необходимо специальное цивилистическое исследование, место которому за рамками настоящей работы. Здесь же возможно остановиться лишь на обосновании таких изменений гражданского законодательства.

Указанные в 5 и 6 гл. 71 ГК РФ права являются новеллой российского законодательства. Их появление демонстрирует четкую тенденцию расширения круга смежных прав. В 1961 г., когда была принята Римская конвенция² – первый и главный международный акт в сфере смежных прав, этими правами могли обладать три группы субъектов: артисты-исполнители, производители фонограмм и вещательные организации. Такой же круг обладателей смежных прав был представлен в Законе РФ «Об авторском праве и смежных правах»,³ утратившим силу с 1 января 2008 г.

Обоснованием расширения круга смежных прав является возврат инвестиций, вложенных в определенный проект, а не охрана интересов лиц, занимающихся художественным творчеством. Представляется, что такая наблюдаемая сегодня инфляция исключительных прав этого рода, во-первых, является повсеместной, а, во-вторых, в будущем только усилиться, что, возможно, приведет к тотальному зарегулированию отношений по использованию произведений искусства и, возможно, к недопустимому ограничению прав на информацию и доступ к культурным ценностям. Положительным эффектом экспансии смежных прав является то, что их применение позволяет находить адекватные

¹ Федеральный закон от 18.12.2006 г. № 230-ФЗ «Гражданский кодекс РФ. Часть четвертая». Принят Государственной Думой РФ 24.11.2006 г. Парламентская газета. – 2006. – № 214 – 215.

² Международная конвенция об охране прав артистов-исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций (Рим, 26.10.1961 г.) // Бюллетень международных договоров. – 2005. – № 7.

³ Закон РФ от 9.07.1993 г. «Об авторском праве и смежных правах» № 5351-1, принят ВС РСФСР 9.07.1993 г. Российская газета от 3.08.1993 г.

решения в регулировании отношений в сфере искусства, не ставя под угрозу целостность авторского права.

В заключение хотелось бы отметить, что при построении системы разнородных смежных прав было бы разумно отказаться от идеи, что эти права очень тесно связаны с авторским правом и что они непременно производны от него. Следовало бы в будущем сделать перечень смежных прав более открытым, что позволило бы решить некоторые проблемы, связанные с правовой регламентацией отношений по использованию специфических видов художественных произведений.

*Медведев Д.Е. начальник юридического департамента
ООО «Управляющая компания «Татбурнефть».*

Система договоров, заключаемых при осуществлении деятельности по строительству объектов нефтегазодобывающих производств, и её отражение в нормативно-правовом регулировании

Гражданско-правовое регулирование деятельности по строительству объектов нефтегазодобывающих производств обеспечивается на уровнях нормативно-правового и договорного регулирования. В совокупности данные уровни регулирования деятельности по строительству указанных объектов обеспечивают всю полноту целостности и упорядоченности отношений, возникающих между субъектами по поводу строительства объектов нефтегазодобывающих производств.

Как нам представляется, вообще любой деятельности, реализуемой в рамках договорных отношений, так или иначе присущи определенные логически и последовательно следующие друг за другом определенные поведенческие юридические акты субъектов гражданского оборота, что побуждается их интересом в достижении определенного конечного результата. Все звенья указанной цепи, каждое из которых последовательно в соответствии с алгоритмом совершения юридических актов следуют друг за другом, присущи, таким образом, той или иной деятельности, и в конечном итоге порождают в заданном векторе свою систему договоров в её динамическом развитии.

В отечественной цивилистической науке исследованиями проблем системы договоров в отечественной науке гражданского права в разное время занимались такие видные ученые как О.С.Иоффе, С.Н.Братусь, М.В.Гордон, И.Б.Новицкий, Л.А.Лунц, О.А.Красавчиков, М.И.Брагинский, В.В.Витрянский, О.Н.Садиков, В.Ю.Романец и ряд других ученых. В то же время многоаспектность, многогранность и актуальность остающихся неразрешенными проблем в понятии системы договоров, оставляют исследователям обширное поле для продолжения поиска полноты его истинного содержания.

Как совершенно справедливо заметил В.Ю.Романец, исследуя систему договоров и заимствуя понятие «система» из философской литературы как целостное множество взаимосвязанных элементов: «...исследование того или иного объекта как системы предполагает, во-первых, наличие множества элементов, рассматриваемых в качестве единиц анализа; во-вторых, взаимосвязанность этих элементов с обязательным присутствием системообразующих связей, обеспечивающих целостность системы; в-третьих, иерархичность строения, выражающуюся в понимании данной системы как элемента системы более высокого уровня».¹

По нашему мнению, указанные системные признаки в договорном регулировании в полной мере присущи всей совокупности договоров, заключаемых при осуществлении деятельности по строительству объектов нефтегазодобывающих производств. Доказательством тому является следующее: (1) в рассматриваемой системе имеется множество элементов – договоров, как единиц анализа; (2) целостность системы договоров, заключаемых при строительстве объектов нефтегазодобывающих производств, обеспечивается на уровне системообразующих связей; (3) иерархичность строения элементов системы (договоров) определяется последовательностью действий, как заказчика, так и подрядчика, необходимых для достижения конечного результата – передаче заказчику завершеного строительством и готового к эксплуатации объекта нефтегазодобывающего производства, вследствие чего подрядчик и (или) заказчик при определенных условиях вступают в договорные отношения, приобретая необходимые для осуществления строительства материалы, прибегая к услугам технического и технологического сопровождения строительства объекта, транспортного обеспечения, аренды техники и т. д.

Исходя из изложенного, систему договоров, заключаемых при строительстве объектов нефтегазодобывающих производств, можно определить как всю совокупность заключаемых сторонами договора строительного подряда отдельных договоров по признакам логической и иерархической последовательности множественности отдельных элементов (договоров), соединенных межсистемными связями, определяющими целостность и завершенность самой системы, с учетом специфичности объекта нефтегазодобывающего производства как объекта гражданских прав.

Исследования системы договоров, заключаемых при осуществлении деятельности по строительству объектов нефтегазодобывающих производств, представляется необходимым также в ключе отражения этой системы в нормативно-правовом регулировании, а также влияния законодательства на исследуемую систему договоров.

В этой связи следует, на наш взгляд, заметить то, что система договоров в целом нашла своё отражение в действующем гражданском законодательстве в качестве подсистемы по отношению к общей системе договоров в граждан-

¹ Романец В.Ю. Система договоров в гражданском праве России. – М.: Издательство Юрист, 2006. – С. 5.

ском праве, а также на уровне межотраслевых связей и в иных отраслях законодательства. В то же время, как нам представляется, особенности системы договоров, заключаемых при осуществлении деятельности по строительству объектов нефтегазодобывающих производств, обусловленные спецификой самой исследуемой деятельности, всецело не находят своего отражения в имеющейся системе, что снижает её эффективность. При этом недостаточность присутствия норм в законодательстве, которые способствовали бы формированию полноценной структуры системы такого рода договоров, не позволяет оптимизировать как саму систему, так и всецело использовать её потенциал в правоприменительной деятельности. В принципе, сама система договоров в гражданском праве, которая формируется и выстраивается под влиянием многочисленных факторов, способствует развитию как самой системы отдельных видов договоров в рамках осуществления той или иной деятельности, так и развитию системы нормативно-правовых актов, регулирующих ту или иную деятельность. На наш взгляд, такая тенденция обусловлена, в том числе воздействием специфики той или иной деятельности, её результатов, влиянием особенностей нормативно-правового регулирования. Как нам представляется, процесс оптимизация системы договоров применительно к той или иной деятельности заключается в необходимости учета её особенностей в нормативно-правовом регулировании. Так, например, применительно к деятельности по строительству объектов нефтегазодобывающих производств указанное выше предложение по оптимизации системы договоров становится возможным в рамках нормативно-правового регулирования посредством закрепления в параграфе 3 гл. 37 ГК РФ норм, регламентирующих особенности строительства совокупности сложных объектов как единого объекта гражданских прав, к коим относятся и объекты нефтегазодобывающих производств. В дополнение к этому необходимым представляется включение системы договоров, заключаемых при осуществлении деятельности по строительству объектов нефтегазодобывающих производств, в специальный нормативно-правовой акт. И это представляется возможным в рамках межотраслевых связей гражданского и иных отраслей права. В этом случае исследуемая система договоров определяла бы специфику и особенности как самой деятельности по строительству объектов нефтегазодобывающих производств, так и механизм взаимодействия между элементами системы, находя отражение в системе нормативно-правовых актов. Такой подход, как нам представляется, стал бы вполне логичным шагом отражения системы договоров, заключаемых при осуществлении деятельности по строительству объектов нефтегазодобывающих в законодательстве, что предопределило бы оптимизацию самой системы и повышение эффективности нормативно-правового регулирования при строительстве объектов нефтегазодобывающих производств.

Федеральный закон «Об инновационном центре «Сколково»: первый шаг или движение назад?

Принятие и вступление в силу Федерального закона № 244-ФЗ «Об инновационном центре «Сколково» является одним из шагов на пути развития в России экономики, основанной на принципах диверсификации и конкуренции, и в полной мере отвечает задачам, поставленным в Концепции долгосрочного социально-экономического развития РФ до 2020 г. Создание Центра является уникальным событием, и новый закон призван нивелировать наиболее существенные административные и правовые препоны для осуществления научных исследований и разработок.

Особенность данного закона в том, что он фактически вводит особый режим правового регулирования для инновационного центра, применяемый наряду с «правилами проекта», устанавливаемыми управляющей компанией, чьё появление как субъекта права является новеллой российского права. По сути, и сам закон посвящён не столько самому «Сколково» или исследованиям, а этой самой управляющей компании.

Закон даёт следующее определение управляющей компании: «российское юридическое лицо, на которое в порядке, установленном Президентом РФ, возложена реализация проекта», при этом не уточняет ни организационно-правовую форму управляющей компании, ни даже её тип (коммерческая или некоммерческая организация). Также закон не уточняет, возможно ли в ней иностранное участие. Вероятнее всего, вышеизложенное будет конкретизировано в соответствующем Указе Президента РФ.¹

Состав учредителей и особенности деятельности управляющей компании проекта «Сколково» говорит о её квазигосударственном характере, она является своего рода органом публичной власти с правами юридического лица, сочетающего в себе функции отраслевых ведомств и муниципалитета. Де-факто, данной компанией является Фонд развития Центра разработки и коммерциализации новых технологий, созданный в форме некоммерческой организации.

Интересен тот факт, что полномочия управляющей компании настолько широки, что разделены на действия (п. 1 ст. 5) и функции (п. 2 ст. 8) – компания, в том числе, осуществляет государственный контроль на территории Центра. При этом остаётся неурегулированным порядок отчётности и передачи полномочий управляющей компании – решение данных вопросов отдано на откуп Президенту РФ.

Неясен вопрос, касающийся права собственности управляющей компании (судя по своему названию, она призвана управлять чужим имуществом) на

¹ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/law/review/881836.html>.

землю и строения, которые она не строит, а лишь организует строительство объектов. Не ясно, по какой процедуре будет осуществляться предоставление земельных участков для последующего строительства: с предварительным согласованием места размещения объекта или без такого согласования (на основании торгов). Вероятнее всего, земельные участки будут предоставляться вторым способом, поскольку управляющая компания утверждает Генеральный план Центра и Правила землепользования и застройки Центра. При наличии данных документов, исходя из п. 11 ст. 30 Земельного кодекса РФ, предоставление земельного участка с предварительным согласованием места размещения объекта не осуществляется. Из этого же исходит и судебная практика (Постановления ФАС Волго-Вятского округа от 28.05.2010 по делу № А43-37840/2009, ФАС Северо-Кавказского округа от 18.06.2010 по делу № А53-24769/2009).¹

Возможность вхождения новых участников в проект «со стороны» также определяется решением этой компании, равно как и возможность установления дополнительных обязательных условий, что несёт в себе потенциальную коррупционную составляющую.

Установленный налоговый режим для членов проекта более благоприятен, чем режим организаций-участников особых экономических зон РФ, существенным конкурентом которых, по замыслу, должно явиться «Сколково». Так, при соблюдении определенных показателей (ограничение размера прибыли до 1 млрд. руб. и др.) предполагается освобождение на 10 лет от ряда важных налогов – на прибыль, НДС, на имущество, а также снижение размера страховых взносов. При этом остаются невыясненными вопросы участия иностранных инвесторов в проекте через дочерние российские организации – зарубежное законодательство может резко ограничивать льготы для доходов от подобных «дочек» на период данных налоговых каникул.

Работоспособность описанного в законе механизма, по которому управляющая компания берёт на себя функции таможенного брокера, при этом затраты на уплату таможенных пошлин будут возмещаться в виде государственных бюджетных субсидий, поступающих непосредственно на счета всё той же управляющей компании, в текущий момент вызывает определённые опасения – сказать, насколько данная схема распределения финансовых потоков оправдана, предсказать невозможно.

Закрепление в законе положений об уголовной, гражданско-правовой и административной ответственности участников проекта на данный момент не нашло дальнейшего отражения в Кодексе РФ об административных правонарушениях, ГК и УК РФ. При этом в законе также не устанавливает никаких гарантий соблюдения законности принимаемых управляющей компанией актов и решений, а также механизма защиты прав и законных интересов заинтере-

¹ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/law/review/881836.html>.

сованных лиц, в том числе инвесторов, помимо тех, что закреплены соответствующими отраслями права.

Важным вопросом является возможность защиты интеллектуальных прав участников проекта. De jure, согласно ч. IV ГК РФ, они принадлежат разработчикам, однако могут существовать определённые нюансы. Так, государство или муниципальные образования, выступая в роли заказчика научных (кстати, в Законе ни разу не упомянуты слова «наука» или «научный») разработок, могут получить права на соответствующие результаты интеллектуальной деятельности. Государство, по сути, действуя через управляющую компанию, предоставляет материальную и административную базу, и понятен интерес участников проекта в том, чтобы в дальнейшем их интеллектуальные права никто не оспаривал. Фактически же, решение данного вопроса отнесено к регулированию правил проекта, что может нивелировать его значение.

Коммерциализация результатов исследований предполагает собой стимулирование лишь прикладных направлений в науке, поскольку нацелена на получение прямого коммерческого результата и начинается с момента выявления перспектив коммерческого использования новой разработки, а заканчивается реализацией разработки на рынке и получением коммерческого эффекта. Теоретические области, в частности, находящиеся ныне в самом глубоком упадке по сравнению с остальными, стимулироваться не должны, исходя из положений закона.

Резюмируя вышесказанное, необходимо отметить, что все изменения в законодательство должны дать мощный старт к созданию в России прикладной науки – симбиоза бизнеса и науки, ориентированной на рыночный заказ, когда научные идеи и разработки продаются в виде прав на технологии. Центр «Сколково» должен стать школой инновационной экономики, фабрикой передовых технологий, основой для постиндустриальной промышленности на базе технологий.

Моисеева О.В.

Поволжская академия государственной службы им. П.А.Столыпина

Современные проблемы и перспективы развития нотариальной правореализационной практики

Нотариат представляет собой уникальный институт, обладающий двойственной правовой природой,¹ сочетающий в своей организации и деятельности принцип публичности и принцип защиты прав и законных интересов физических и юридических лиц, государства и общества в целом. Паритетное сочетание частного и публичного характера нотариальной деятельности по-

¹ Черемных Г.Г., Черемных И.Г. *Нотариальное право РФ: Учебное пособие.* – М., 2006. – С. 58.

звонит говорить о широких возможностях органов нотариата по обеспечению конституционного права на квалифицированную юридическую помощь.

Однако, анализ действующего материального и процессуального законодательства РФ, регулирующего деятельность органов нотариата, позволяет выявить ряд проблем осуществления нотариальной правореализационной практики и эффективного использования потенциала органов нотариата.

Во-первых, одним из приоритетных направлений развития государства на современном этапе указывается модернизация экономики, т. е. создание в стране благоприятных условий для мотивации высокой производительности труда, развития малого и среднего бизнеса, создания и внедрения инноваций и т. п.¹ Эффективность процесса модернизации экономики невозможна без привлечения иностранных инвестиций. При этом зарубежные бизнесмены особое внимание уделяют законодательному урегулированию общественных правоотношений и безупречным правовым гарантиям, которые, потенциально, могут быть обеспечены нотариатом. Однако, тот тип нотариата, который существует в России сегодня, не позволяет создать привычную для иностранных инвесторов, соответствующую европейским стандартам, систему подтверждения и обеспечения правовых гарантий. Для этого необходим переход к более активной модели нотариата «латинского типа».

Во-вторых, весьма нецелесообразным и даже ошибочным представляется решение законодателя об отмене требования обязательного нотариального удостоверения сделок с объектами недвижимого имущества. Вероятно, законодатель полагает, что институт государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним вполне способен самостоятельно обеспечить правовые гарантии права собственности на недвижимое имущество, без участия нотариуса.² Но в сложившейся ситуации не был учтен важный фактор: регистрация и нотариальное удостоверение – это два различных по своей правовой природе института, где регистрация призвана лишь обеспечить публичность и достоверность информации о зарегистрированных правах и сделках для третьих лиц. Что же касается нотариального удостоверения, то это специальная форма, в которую облачается соглашение непосредственно самих сторон сделки, что обеспечивает права и интересы именно этих лиц в первую очередь.

Как указывает в одном из своих выступлений М.И.Сазонова – Президент Федеральной нотариальной палаты – все больше людей понимают, что вытеснение нотариата из гражданского оборота недвижимости явилось не только неправильным, но и вредным.³ Это признают и абсолютное большинство чле-

¹ Липсиц И.В. Экономика: Учебник. – М., 2008. – С. 127.

² Черемных И.Г. Нотариат и нотариальное право России: учебное пособие / Под ред. Г.Г.Черемных. – М., 2007. – С. 220.

³ Сазонова М. Нотариат обеспечивает стабильность оборота недвижимости // Российская юстиция. – 2000. – № 4. – С. 56.

нов судейского корпуса, и адвокаты, и даже риелторы. В этой связи совершенно очевидна необходимость вернуть нотариат в сферу оборота недвижимости.

В-третьих, одной из особенностей нотариальной правореализационной практики является понимание института нотариата как органа превентивного правосудия, что на сегодняшний день признается большинством исследователей.¹ В этой связи можно выделить два направления нотариальной деятельности: по непосредственному обеспечению защиты прав и свобод без обращения в суд (например, совершение нотариусом исполнительной надписи для взыскания денежной суммы на документах, подтверждающих задолженность) и содействие полному и всестороннему исследованию обстоятельств дела уже на стадии судебного рассмотрения (например, обеспечение доказательств по делу). Однако, неоднозначность толкования конкретных правовых норм, противоречие их друг другу и юридическая безграмотность правоприменителей зачастую не позволяют реализовать весь потенциал института нотариата в качестве органа превентивного правосудия. Для выработки однозначной позиции по данному вопросу необходимо: законодательно закрепить необходимость ведения нотариусом протоколов по процедуре совершения отдельных видов нотариальных действий; предоставить нотариусу полномочия по удостоверению односторонних заявлений и двухсторонних соглашений сторон гражданского судопроизводства по отдельным процессуальным вопросам; а также распространить деятельность нотариуса как органа превентивного правосудия и на уголовное судопроизводство.

В-четвертых, современная нотариальная правореализационная практика сводится в основном к выполнению нотариусом удостоверительной функции, что, в конечном итоге, вызывает желание исключить его из цепочки правовых действий (например, воспользоваться правом заключения договора купли-продажи недвижимости в простой письменной форме без нотариального удостоверения). В результате существует вероятность нарушения законодательства со стороны участников гражданского оборота. Чтобы не допустить подобных ситуаций необходим переход к более активной модели нотариата европейского типа, что позволит уйти от нотариуса-бюрократа, проверяющего документы, к нотариусу, осуществляющему комплексное юридическое обслуживание всех заинтересованных участников гражданского оборота.² Так, нотариус, помимо подготовки проекта договора, изучения объекта недвижимости, проверки отсутствия арестов и запрещений, может передать договор на государственную регистрацию, забрать его из органов Росреестра, выдать зарегистрированные документы сторонам. Для эффективной организации этого процесса необходимо отработать и наладить механизм электронного общения между нотариусами и должностными лицами различных госорганов.

¹ Черемных Г.Г. Нотариат как институт превентивного правосудия // *Нотариус*. – 2005. – № 2. – С. 4.
² Корсик К. Нотариус в одном окне // *Российская газета*. – 2009. – № 4910 (86). – С. 26.

В-пятых, бесспорная юрисдикция органов нотариата гарантирует однозначность, правомерность и законность совершаемого нотариального действия в рамках нотариальной правореализационной практики. Однако бывают ситуации, когда нотариус вынужден использовать информацию, достоверность которой ничем не подкреплена. Так, прежде, чем совершить нотариальное действие, нотариус обязан проверить дееспособность лица, обратившегося к нему, по внешним признакам психического состояния, что иногда бывает крайне затруднительно. Единая база данных о лицах психически больных либо признанных недееспособными судом позволила бы существенно упростить эту задачу и избежать дальнейшего оспаривания произведенного нотариального действия. Кроме этого, не всегда нотариус имеет возможность оперативно получить необходимую информацию, в результате чего он вынужден совершать нотариальные действия, которые впоследствии могут быть оспорены. Создание единых электронных баз данных относительно отмены или изменения доверенностей на распоряжение недвижимостью и транспортом; совершения, изменения или отмены завещаний; открытия наследственных дел; совершения нотариальных актов, затрагивающих права несовершеннолетних¹ и т. п. позволят существенно уменьшить процент отмены нотариальных действий.

Таким образом, анализ действующего законодательства позволяет обнаружить целый комплекс проблем нотариальной правореализационной практики, тормозящий процесс эффективного использования мощного потенциала органов нотариата. Однако, в эпоху реформирования российского законодательства, применение отмеченных мер позволит преодолеть эти недоработки и вывести нотариальную правореализационную практику на новый виток развития.

*Морозов С.Ю. к.ю.н., доцент
Ульяновский государственный университет*

Организованность общественного отношения в свете диалектической взаимосвязи категорий «свойство» и «объект»

Профессор С.С.Алексеев указывал на то, что определенная организованность – неотъемлемое свойство любых общественных отношений, а организационные отношения – лишь конститутивный элемент (промежуточный момент) в их становлении и развитии.² Аналогичной позиции придерживался и О.С.Иоффе. Он полагал концепцию О.А.Красавчикова ошибочной, поскольку «организованность, составляющую неотъемлемое свойство общественных яв-

¹ Черемных И.Г. Становление независимого нотариата России как института по осуществлению правоохранительной деятельности. Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. – М., 2007. – С. 217.

² Алексеев С.С. Социальная ценность права в советском обществе. – М., 1971. – С. 59.

лений, он (Красавчиков О.А – С.М.), ссылаясь на конкретные способы правовой организации отдельных имущественных отношений, отсекает от последних и объявляет особо гражданско-правовым общественным отношением».¹

Насколько правомерны такие утверждения? Для начала рассмотрим тезис о том, что организованность – неотъемлемое свойство любых общественных отношений. Само по себе утверждение представляется верным, однако оно не свидетельствует о том, что гражданских отношений, складывающихся по поводу организованности иных общественных отношений, не существует. Любое общественное отношение следует рассматривать как явление материального мира, которое по отношению к субъекту является объектом познания. Любой объект обладает признаками, т. е. тем, в чем объекты сходны друг с другом или то, в или то, чем они отличаются. Признаком может быть не только свойство, но и отношение, а также отсутствующее свойство или отношение. Признак, отсутствующий у вещи, не свойственный ей, не является её свойством. Одним из признаков любого общественного отношения является то, что оно представляет собой волевою целенаправленную деятельность людей. Однако любая человеческая деятельность – от простейших до наиболее сложных ее форм – сводится к организующим процессам. Остается только еще деятельность дезорганизующая, но и она есть результат столкновения разных организационных процессов. Таким образом, у человека нет иной деятельности кроме организационной, нет иных задач кроме организационных.² Все социальные образования стремятся не только к организации, но и к самоорганизации. Поскольку организованность присуща любой деятельности людей, то ее следует считать неотъемлемым свойством любого общественного отношения, в том числе и гражданско-правового.

Вместе с тем, одни и те же свойства могут проявляться у разных объектов. Самые разные общественные отношения могут приобретать свойство организованности посредством различных правовых средств, социальных норм и т. д. В то же время любое свойство можно также рассматривать как объект, несколько отличающийся от исходного объекта. Если исходный объект проявляется субъекту только своими свойствами, то свойства проявляются как своими свойствами, так и свойствами исходного объекта. Далее можно говорить о «свойствах свойств», «свойствах свойств» и т. д.³ Так, признаком любого общественного отношения является опосредованная связанность свойств объектов. Следовательно, одним из свойств организованности является связанность с другими свойствами общественного отношения. Например, если общественное отношение является политическим, то следует говорить о политической

¹ Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР: Ч. 1. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1975. – С. 96; Яковлева В.Ф., Смирнов В.Т. Правовые проблемы перевозки и материально-технического снабжения. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1978. – С. 66.

² Философия самоорганизации. – М.: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2009. – С. 184.

³ Жилин Д.М. Теория систем: Опыт построения курса. Изд. 5-е, испр. – М.: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2010. – С. 17.

организованности, если отношение экономическое – то нужно вести речь об экономической организованности, а когда общественное отношение возникает по такому тождественному для сторон признаку, как наличие веры в бога, то организованность будет религиозной. Здесь свойство организованности общественного отношения связано с другим его свойством – принадлежности к определенной сфере человеческой деятельности. Таким образом, организованность общественного отношения может быть правовой, политической, экономической, религиозной и т. п.

Общественные отношения могут складываться в частных интересах, а могут возникать исходя из интересов публичных. В данном случае, свойство организованности может сочетаться, либо не сочетаться со свойством публичности отношений. Исходя из этого, следует вести речь либо об организованности частных отношений, либо об организованности публичных отношений.

Таким образом, свойство организованности общественных отношений может рассматриваться как самостоятельный объект, который может являться перед субъектом различными свойствами (помимо указанных выше свойств, организованность бывает сильной и слабой, абсолютной или частичной, постоянной и временной, устойчивой и неустойчивой, развивающейся и деградирующей, внешней и внутренней и т. п.). И объект, и свойство находятся в диалектической причинно-следственной относительной взаимосвязи. То есть, объект является свойством относительно его надструктуры, а свойство является объектом, относительно его подструктуры.¹

Организованность правоотношений представляет собой определенное состояние правовых связей. А любое состояние определяется как сочетание определенных параметров, под которыми понимаются меры количественного описания свойства. Исходя из того, что правовые связи представляют сочетание субъективных прав и обязанностей, в качестве параметров будут выступать определенные меры возможного и должного поведения. Следовательно, организованность правоотношения может рассматриваться в качестве объекта, представляющего собой требуемое сочетание мер возможного и должного поведения. Поведение же представляет собой определенную последовательность волевых действий, в том числе и юридических.

Общественные отношения могут складываться по поводу организованности как объекта иного общественного отношения. Можно провести такую аналогию. Бизнесмен является одновременно членом партии богатых и крупным кредитором большого количества должников. Наличие богатства является свойством, как политического, так и экономического общественного отношений, участником которых выступает бизнесмен. Однако, если богатый (свойство) человек придерживается определенных политических взглядов и является участником политического общественного отношения, то это вовсе

¹ Брылев Н.И. Торжество безотносительности или кризис теоретического познания [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.nbrilev.ru>.

не означает, что он не может вступить в экономическое общественное отношение по поводу богатства (объекта). О.С.Июффе и С.С.Алексеев, по сути, утверждают обратное: если организованность является свойством любых общественных отношений, то не может быть общественных отношений по поводу организованности.

Но, как справедливо заметил Б.М.Гонгало, О.А.Красавчиков говорил именно об отношениях, а не об организованности как свойстве общественных явлений. Организованность обозначалась в качестве непосредственной цели организационных отношений.¹ Аналогичную позицию занимает Т.И.Илларионова, которая указывает: «Хотелось бы отметить, что при дифференциации социальных связей, предпринятой О.А.Красавчиковым, за исходный признак принималась относительно самостоятельная функциональная роль фактически существующих социальных связей, а не структурное свойство любого отношения».² Критики концепции организационных отношений, на наш взгляд, не обращают внимание на то, что организационные отношения являются внешним регулятором иных общественных отношений, которым и придается свойство организованности.

Вышесказанное свидетельствует о том, что об организованности общественных отношений, если конечно не преследуется цель определения общего понятия данного явления, нельзя вести речь абстрактно, вне привязки к конкретным отношениям. В противном случае придется признать тождество, например, организованности частных экономических отношений и публичных правовых отношений. Если организованность провозглашается как свойство всех общественных отношений, то она свойственна и публичным и частным отношениям. Если принять за основу позицию С.С.Алексеева и О.С.Июффе, пришлось бы констатировать, что и в административном праве нет каких-то особых организационных отношений, а есть только свойство организованности, в том числе и имущественных отношений. Между тем, по мнению М.М.Агаркова, высказанному еще в 1940 г. «советское административное право регулирует отношения, из которых складывается организующая деятельность государства (организационные отношения)».³

Таким образом, следует признать, что гражданское право регулирует организационные общественные отношения в том случае, если они направлены на организацию иных частных отношений имущественного характера.

¹ Гонгало, Б.М. *Предмет гражданского права // Проблемы теории гражданского права; институт частного права.* – М.: Статут, 2003. – С. 19.

² Илларионова, Т.И. *Гражданско-правовые организационные отношения и способы их защиты // Гражданское право, экономика и стандартизация: межвузовский сб. науч. трудов.* – Свердловск: Изд-во Уральского ун-та, 1978. – Вып. 64. – С. 29.

³ Агарков, М.М. *Предмет и система советского гражданского права // Советское государство и право.* – 1940. – № 8–9. – С. 61.

О некоторых особенностях правового регулирования заседаний третейских судов

Согласно процессуальным традициям протокол судебного заседания является значимым процессуальным документом. Но теория и практика третейского разбирательства отходят от этой процессуальной традиции. Согласно ст. 30 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», если стороны не договорились об ином, то в заседании третейского суда ведется протокол. Это объясняется принципами устности третейского процесса и свободой сторон в избрании методов и способов судебного познания и фиксации результатов такого познания. В государственных судах процедура судебного разбирательства многоступенчата, и предполагает возможность обжалования судебных актов, принимаемых нижестоящими судами, в этом случае результаты судебного познания, полученные в ходе судебного разбирательства, подлежат фиксации с тем, чтобы вышестоящий суд мог удостовериться в том, что выявлено в результате судебного разбирательства. При рассмотрении дел протокол имеет, прежде всего, значение письменного доказательства.

Федеральный закон «О третейских судах в Российской Федерации» в отличие от гражданского процессуального кодекса (ст. 228 ГПК РФ) и от арбитражного процессуального кодекса (ст. 155 АПК РФ) не детализирует требований, предъявляемых к протоколу судебного заседания. Очевидно, что протокол должен содержать информацию, которая позволяла бы идентифицировать данное третейское разбирательство. К таким сведениям должны быть отнесены: наименование третейского суда, который рассматривает дело; состав третейского суда; сведения о председательствующем; дату и место судебного заседания; наименование дела и сторон, участвующих в деле; сведения о явке в судебное заседание лиц, участвующих в деле, их представителей, свидетелей, экспертов, переводчиков; сведения о содержании судебных прений и об оглашении решения, принятого третейским судом.

В Законе не урегулировано, кто должен вести протокол судебного разбирательства. Такими лицами могут быть как председательствующий в судебном заседании, так и один из третейских судей, а также и секретарь судебного заседания. Наиболее целесообразным было бы, чтобы вопрос о ведении протокола судебного заседания решался в Правилах постоянно действующих третейских судов. Желательно было бы возложение такой обязанности на технических работников (секретарей, референтов, стенографов и т. п.), что снимет вопрос о достоверности данных, фиксируемых третейским судьей, который должен выполнять более важную функцию – рассматривать и разрешать правовой спор и в связи с этим вынужден отвлекаться от тщательного ведения

протокола. Секретарь связан с третейским судом служебными отношениями, и на него распространяются правила о соблюдении в установленных случаях конфиденциальности. В некоторых регламентах постоянно действующих третейских судов предусмотрено, что именно секретарь, приглашаемый за счет сторон судебного заседания, ведет протокол судебного заседания.

Закон не разрешает вопрос о праве сторон, участвовавших в деле, знакомиться с содержанием протокола, представлять замечания и возражения относительно полноты и правильности составления протокола, о порядке рассмотрения таких замечаний и о действиях третейского суда в этой связи. Данная процедура должна быть урегулирована в правилах и регламентах постоянно действующих третейских судов.

В данном случае возникает вопрос о процедуре внесения таких изменений и дополнений. В соответствии с п. 2 ст. 13 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации» полномочия третейских судей прекращаются после принятия решения по конкретному делу, а ознакомление с протоколом и принесение ходатайства о внесении изменений и дополнений в него, возможны только после окончания третейского разбирательства, то необходимо возобновление полномочий третейских судей для решения этого процессуального вопроса. Законодательство о третейских судах не предусматривает возможности возобновления полномочий третейских судей для внесения изменений и дополнений в протокол судебного заседания. Следовательно, регулирование этого вопроса возможно только за счет норм, устанавливаемых локальными источниками правового регулирования третейского разбирательства, – за счет регламентов и правил постоянно действующих третейских судов.

Мурушов У.И.

Министерство труда и социальной защиты Азербайджанской Республики

О пенсионном обеспечении по возрасту в Азербайджанской Республике

В любой стране пенсионная реформа является неотъемлемой частью социально-экономических реформ проводимых в процессе строительства правового государства. Для успешного проведения данных реформ указами президента Азербайджанской Республики от 17 июля 2001 г. была утверждена «Концепция пенсионной реформы» и принята «Государственная программа Азербайджанской Республики по развитию пенсионно-страховой системы» (после этого – Государственная программа) от 30 декабря 2008 г. По государственной программе пенсионные выплаты лицам, вышедшим ранее общего пенсионного возраста (т. е. лицам, с льготными условиями выхода на трудовую пенсию), доплаты к трудовым пенсиям (предусмотренные за стаж службы и относительно базовой части пенсии), а также другие нестраховые выплаты,

финансируемые за счет обязательных государственных социальных страховых взносов, являются фактором, ослабляющим принципы существующей пенсионно – страховой системы. В связи с совершенствованием обеспечения трудовой пенсии, а также претворением в жизнь положений Государственной Программы был принят закон Азербайджанской Республики «О внесении изменений и дополнений в закон Азербайджанской Республики «О трудовых пенсиях»» от 27 октября 2009 г. Согласно закону, с 1 января 2010 г. было предусмотрено применение целого ряда нововведений, как в принципах начисления пенсии, так и в определении ее суммы.

С этой точки зрения наибольший интерес вызывают новшества, применяемые относительно назначения и определения суммы самой большой части трудовых пенсий – пенсии по возрасту. Назначение данного вида пенсии зависит от двух факторов: от определяемого законом границы пенсионного возраста и наличия необходимого страхового стажа. Согласно поправкам и изменениям в ст. 7 вышеуказанного закона, начиная с 1 января 2010 г., были пересмотрены оба этих фактора. Так, с 1 января 2010 г. граница пенсионного возраста мужчин ежегодно увеличивается на 6 месяцев до 1 января 2012 г., а для женщин до 1 января 2016 г. Таким образом, с 1 января 2010 г. возрастная граница для пенсионного обеспечения мужчин устанавливается на уровне 62 лет и 6 мес., а с 1 января 2011 г. – 63 г., для женщин эта граница устанавливается с 1 января 2010 г. – 57 лет и 6 мес., с 1 января 2011 г. – 58 лет и 6 мес., с 1 января 2013 г. – 59 лет, с 1 января 2014 г. – 59 лет и 6 мес., а с 1 января 2015 г. – 60 лет.

Как показывает опыт разных стран, для назначения пенсии согласно законодательству граница пенсионного возраста регулируется по-разному. В некоторых странах, исходя из принципа правового равенства, пенсионный возраст мужчин и женщин установлен на одном уровне. А в других по сравнению с женщинами для мужчин предусмотрен на 5 лет более поздний срок выхода на пенсию. Например, в США, Германии, Японии, Испании, Канаде, Швеции, Великобритании и Франции пенсионное право вступает в силу и для мужчин, и для женщин при достижении 65-го возраста. В Чили, Польше, Австралии, Молдове и Грузии же пенсионный возраст наступает в для мужчин в 65 лет, а для женщин 60 лет; в РФ, на Украине, Узбекистане и Беларуси соответственно в 60 и 55 лет, а в Таджикистане, Казахстане и Кыргызстане соответственно в 63 г. и 58 лет.

По нашему мнению, назначение пенсии должно определяться не только с правовой точки зрения, но и с учетом изменений, происходящих в демографическом развитии страны, а также следует знать, что в странах с максимально высоким уровнем пенсионного возраста средняя продолжительность жизни людей гораздо выше по сравнению с другими странами. Например, в то время как средняя продолжительность жизни людей во Франции и Швеции 81 г., в Канаде и Испании 80 лет, в Великобритании, Японии и Германии 79, в США

78 лет, тот же показатель в РФ и Украине составил 68 лет, в Беларуси 70, а в Узбекистане 67 лет.

В развитых странах с целью назначения пенсии при определении возрастной границы выхода на пенсию, период пенсионных отчислений рассчитывается как минимум за 12 лет.

Следует отметить что, что на основе проведенных исследований можно сделать вывод о старении населения земли. К процессу старения относятся с двух позиций – с точки зрения «нижнего старения», т. е. спад рождаемости и численности детей и с позиции «верхнего старения», т. е. с ростом продолжительности жизни и снижением смертных случаев среди пожилого населения и относительно низкими темпами роста численности детей. По расчетам Всемирного Банка в 2025 г. удельный вес лиц старше 65 лет составит среди населения Украины – 20%, Словении – 23%, Хорватии и Чешской Республики 22%, Болгарии, Венгрии и Польши – 21%. Анализ статистических материалов переписи населения за 1999 и 2009 гг. показывает, что за последние 10 лет численность детей в возрастной границе 0–14 лет сократилась на 518 тыс. чел. или на 20,5% , численность же лиц 65 лет и старше увеличилась на 63,5 тыс.чел. или на 8,8%. Таким образом, анализ изменений происшедших в демографическом развитии населения показывает, что при сохранении пенсионного возраста женщин в пределах 57 лет могут возникнуть проблемы при выдаче пенсий, начиная с 2015 г. С этой точки зрения, увеличение пенсионного возраста женщин в соответствии со сложившейся демографической ситуацией представляется целесообразным. Следует отметить, что в подготовленном сотрудниками Совета Европы профессором Денни Пересом и Пол Шукенсом проект под названием « Типовое положение по социальному обеспечению для стран Южного Кавказа» согласно Европейскому Кодексу Социального Обеспечения предлагает рост пенсионного возраста до 65 лет.

Вместе с тем следует указать, что средняя продолжительность жизни мужчин в Азербайджане составляет 69,6 лет. Таким образом, проведенное исследование показывает, что между уровнем демографического развития населения Азербайджана и определением пенсионного возраста мужчин на уровне 63 лет представляет собой определенное противоречие. По нашему мнению, исходя из принципа правового равенства, следует необходимость поэтапного роста пенсионного возраста женщин до 62 лет.

Согласно изменениям в пенсионном законодательстве, другое условие пенсионного обеспечения уровень страхового периода был увеличен от 5 до 12 лет. По мнению С.Ю.Муслимова в настоящее время средний возраст покинувших пенсионный возраст, т. е. умерших для мужчин составляет 74,7 лет, а для женщин 75,8 лет. Если принимать во внимание существующие возрастные границы, то в нашей стране мужчины получают пенсию в течение 12,7 лет, а женщины в течение 18,8 лет. Иногда лица, оплатившие страховые взносы всего лишь в течении 5 лет получают пенсию на длительное время, это являет-

ся серьезной нагрузкой на бюджет. В результате законы рыночной экономики и принципы индивидуального учета современной страховой системы в грубой форме нарушаются. По нашему мнению, при определении пенсионного возраста необходимо ссылаться на среднюю продолжительность жизни по всей стране. В Азербайджане средняя продолжительность жизни у мужчин составляет 69,6 лет, а для женщин 75,8 лет. С другой стороны можно сказать, что пенсионная система Азербайджана действует на основе принципа солидарности. Обязательные страховые взносы лиц, умерших до достижения пенсионного возраста и у которых члены семей не имеют права получения трудовой пенсии за потерю главы семьи, остаются в пользовании Государственного Фонда Социальной Защиты. Как отмечалось выше, рост страхового стажа для назначения пенсии входит в противоречие с периодом получения пенсии, как у мужчин, так и у женщин.

Вместе с тем следует сказать, что в юридической литературе 5 летний срок характеризуется как долгосрочный период. Опыт других стран также показывает, что при определении страхового стажа как правовой основы для назначения пенсии за основу берется 5-ний срок страхового стажа. Например, в ст. 7 Закона РФ «О трудовых пенсиях» для назначения пенсии гражданам требуется наличие 5 летнего срока страховых взносов. Согласно ст. 24 закона Республики Беларусь «О Пенсионном обеспечении» для лиц с неполным трудовым стажем и имеющих как минимум 5-ний страховой стаж может назначаться пенсия. Во Франции независимо от продолжительности страхового стажа, лицо достигшее установленного законом пенсионного возраста имеет право на получение пенсии. С этой точки зрения, обеспечение пенсией по возрасту, лиц имеющих как минимум 5 летний страховой стаж, также является целесообразным.

Согласно поправкам и дополнениям, проведенным в ст. 8 данного Закона, были пересмотрены принципы пенсионного обеспечения для многодетных женщин и матерей с детьми инвалидами. Так, по ст. 8.1 данного Закона начиная с 1 января 2010 г. для женщин родивших 5 детей и воспитавших их до 8 летнего возраста, а также имеющие как минимум 10 летний страховой стаж имеют право на получение пенсии, при этом пенсионный возраст уменьшается от общего в соответствии с количеством детей, т. е. 1 год на одного ребенка. Таким образом, с 1 января 2010 г. женщины, родившие 3 или 4 ребенка и воспитавшие их в течение 8 лет, не являются многодетными. Это значит, что с 1 января 2010 г. им будет назначаться пенсия на общих основаниях. С этой даты пенсионный возраст женщин, родивших 5 и более детей и воспитавших их в течение 8 лет увеличивается на 3 года и начиная с 1 января 2015 г. женщины родившие 5-х детей и воспитавшие их в течение 8 лет смогут рассчитывать на пенсию по достижении 55 лет (соответственно этот возраст для женщин родивших 6 детей и воспитавших их в течение 8 лет составит 54,7 лет, для женщин родивших 8 детей и воспитавших их в течение 8 лет данный воз-

раст составит 53 г. и т. д.). Согласно ст. 8.2 данного Закона матери имеющие детей-инвалидов, воспитавшие их в течение 8 лет и обладающие как минимум 10 летним страховым стажем в соответствии со статьей 7 данного Закона имеют право трудовой пенсии, с уменьшением пенсионного возраста на 5 лет.

По статистическим данным на 1 октября 2009 г. в общей численности получавших пенсию по возрасту 45,1% (383547 чел.) приходилось на многодетных женщин, получающих пенсию на льготных условиях. Ограничение льгот в получении пенсий для многодетных женщин, соответствуя принципам системы страхового пенсионного обеспечения, может рассматриваться как положительный фактор в деле реализации целей и задач, предусмотренных в Государственной Программе.

Конечно, с точки зрения демографического развития страны, необходимо уделять должное внимание социальной защите и многодетных женщин. По нашему мнению, данная защита должна проводиться не за счет средств обязательных страховых взносов, а при помощи государственного бюджета. За последние годы в стране, благодаря указам и распоряжениям Президента Азербайджанской Республики сформировался институт Президентской стипендии и применение данного института позволило существенно улучшить социальное обеспечение целого ряда граждан страны (члены семей погибших в Карабахской войне и 20 января 1990 г., инвалиды войн и т. д.). На наш взгляд, учреждение специальной Президентской стипендии многодетным женщинам, также является целесообразным.

*Нафикова Р.А.
Институт права БашГУ*

Проблемы популяризации брачного договора в современной России

Рост числа заключаемых брачных договоров говорит об актуальности разработки правовых проблем, возникающих в процессе реализации соответствующих норм. Действительно, отсутствие четкой законодательной регламентации договорного режима имущества супругов оставляет ряд вопросов открытыми для дискуссии.

В брачном договоре супруги могут регулировать отношения по разделу имущества на случай расторжения брака. Однако раздел общего супружеского имущества может быть осуществлен и посредством заключения соответствующего соглашения, упомянутого ст. 38 СК. В связи с этим возникает вопрос о соотношении брачного договора и соглашения о разделе общего имущества.

Буквальное толкование положений закона все же дает основание усматривать пересечение объемов понятий «брачный договор» и «соглашение о разделе имущества супругов». По всей видимости, это обуславливается зачаточным

состоянием системы договоров в семейном праве. В связи с этим недостаточно обоснованной представляется точка зрения авторов, считающих, что «супруги, уже принявшие решение о разводе, не могут заключить брачный договор», а соглашение, «имеющее своим предметом... раздел нажитого в период брака имущества, должно заключаться в порядке, предусмотренном ст. 38 СК РФ».

Одну из важнейших граней имущественных отношений супругов составляют отношения по поводу жилого помещения, принадлежащего одному из супругов (или обоим) на праве собственности. Жилье для многих россиян является наиболее ценным имуществом. Поэтому, учитывая остроту жилищных проблем в России, трудно недооценить важность четкого регулирования отношений в этой сфере. Актуальной в связи с этим видится также возможность урегулировать жилищные права и обязанности супругов договорным путем, поскольку только в индивидуальном соглашении можно учесть специфику каждой конкретной ситуации.

Жилищный кодекс РФ от 29 декабря 2004 г. № 188-ФЗ, допуская заключение таких соглашений между собственником жилого помещения и членами его семьи, не регламентирует порядок заключения и форму таких соглашений. В то же время Семейный кодекс РФ оставляет открытым перечень условий, которые допустимо включать в брачный договор, поэтому вполне возможным представляется регулирование жилищных прав и обязанностей супругов в его рамках.

Действующий Жилищный кодекс РФ устанавливает, что прекращение семейных отношений с собственником помещения влечет для данного лица и прекращение права пользования жилым помещением. Однако и здесь стороны могут договорным путем изменить это правило. Например, в брачном договоре может быть установлено, что за бывшим членом семьи собственника сохраняется право пользования жильем на определенный срок или до момента приобретения им иного помещения, пригодного для проживания. Такое договорное условие исключительно актуально именно для супружеских отношений, так как лишает возможности собственника жилья угрожать выселением его супругу.

Популяризация брачного договора в нашей стране способствует установлению цивилизованного порядка имущественных отношений между супругами, позволяющего избежать большого числа конфликтов между бывшими супругами.

Проблема законодательного определения сроков рассмотрения и разрешения гражданских дел

В соответствии со ст. 2 Гражданского процессуального кодекса РФ¹ (далее – ГПК РФ) одной из задач гражданского судопроизводства является правильное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел. Проблема соблюдения сроков – это одна из ключевых проблем гражданского процесса России, которая имеет давнюю историю и до сих пор не находит своего решения.

Еще дореволюционные исследователи отмечали среди недостатков «чрезвычайную медленность судопроизводства, происходящую от огромного количества инстанций, по которым дело должно пройти до окончательного разрешения своего, от бесполезной переписки и от длины и неопределенности гражданских сроков».² Для того, чтобы предотвратить медленность судопроизводства и исключить злоупотребления сторон, заключающееся в сознательном затягивании процесса, авторами выдвигались предложения по фиксации в законе сроков совершения процессуальных действий.

Спустя почти двести лет данные предложения не утратили своей актуальности, и уже современные исследователи предлагают свои способы решения данной проблемы. Проблема сроков актуальна ещё и потому, что Россия всё больше вовлекается в процесс глобализации, который оказывает влияние и на внутреннее законодательство. В соответствии со ст. 46 Конституции РФ³ каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод, при этом каждый вправе в соответствии с международными договорами РФ обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты.

Имеющаяся в Европейском суде по правам человека (далее – ЕСПЧ) практика рассмотрения дел по жалобам граждан РФ лишь подтверждает тот факт, что проблема соблюдения сроков в гражданском процессе не нашла своего решения до сих пор. Существует более 60 Постановлений ЕСПЧ⁴ по обращениям граждан РФ, касающихся несоблюдения процессуальных сроков в области гражданского процесса и нарушения права на судопроизводство в разумный срок.

¹ Гражданский процессуальный кодекс РФ от 14.11.2002 г. № 138-ФЗ (ред. от 23.12.2010 г.) // Собрание законодательства РФ. – 2002. – № 46. – Ст. 4532.

² Нефедьев Е.А. Учебник русского гражданского судопроизводства. – М., 1909. – С. 28–29.

³ Конституция РФ (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 г. № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 г. № 7-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ. – 2009. – № 4. – Ст. 445.

⁴ [Электронный ресурс]: «Консультант плюс».

Существует масса причин, приводящих к невыполнению сроков рассмотрения дела. К ним обычно относят большую нагрузку, возможность судье самостоятельно определять сроки совершения отдельных процессуальных действий, отсутствие в гражданском процессуальном законе последствий за установление неразумного срока и т. д.¹ Хотелось бы остановиться только на одной из этих причин, а именно – объективной невозможности в течение установленного законом срока совершить данное процессуальное действие.

Примером такого срока может служить ст. 257 ГПК РФ, обязывающий суд рассматривать заявления об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, местного самоуправления, должностного лица, государственного и муниципального служащего в течение десяти дней. Данная категория дел относится к производству по делам, возникающим из публичных правоотношений, которое является одним из самых сложных видов гражданского судопроизводства, имеет особую специфику, а также большой общественный резонанс, так как при рассмотрении данной категории дел осуществляется защита конституционных прав граждан. Например, идентичные производства по Арбитражному процессуальному кодексу РФ² (далее – АПК РФ) и ГПК РФ рассматриваются в разные сроки. Так, дела об оспаривании решений и действий (бездействия) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц, в соответствии со ст. 210 АПК РФ, рассматриваются в срок, не превышающий двух месяцев со дня поступления соответствующего заявления в арбитражный суд, включая срок на подготовку дела к судебному разбирательству и принятие решения по делу, если иной срок не установлен федеральным законом. Ранее был установлен срок в 10 дней, что препятствовало нормальному осуществлению правосудия с изучением документов и походило на оперативное квазисудебное решение. Безусловно, законодатель, вводя такой срок, имел целью обеспечить скорейшее восстановление нарушенных прав заявителя. Однако практика показывает, что соблюдение данных сроков практически невозможно. Поэтому, вряд ли можно признать считать, что установление сокращенного срока способствует скорейшей защите нарушенного права, так как главное в процессе – это не планы выполнить и статистику не испортить, а установить истину по делу.

Большинство стран Центральной Европы, относящихся к кодифицированной правовой системе (civil law countries) не содержат в гражданских процессуальных кодексах жестких и очень сжатых сроков рассмотрения гражданских дел. Как правило, кодексы данных стран устанавливают гибкие критерии определения срока рассмотрения дела и управления судебным процессом (case-management) со стороны суда.

¹ Борисова Л.В. *Некоторые аспекты реализации положения о разумном сроке в российском гражданском судопроизводстве* // Юрист. – 2008. – № 3. – С. 56–58.

² *Арбитражный процессуальный кодекс РФ от 24.07.2002 г. № 95-ФЗ (ред. от 27.07.2010 г.)* // Собрание законодательства РФ. – 2002. – № 30. – Ст. 3012.

Во Франции, например, подобно России, в ГПК установлены различные процедуры (треки) движения дела в зависимости от его сложности. В результате средняя продолжительность рассмотрения гражданского дела в Суде большой инстанции (Tribunal de grande instance) составляет 8,8 месяца, в окружных судах (tribunal d'instance) – около 5 мес. Однако этот показатель включает также срок рассмотрения дел в упрощенном порядке, поэтому разбирательство в исковом (обычном) производстве часто намного длиннее. Срок разрешения дел в апелляции в среднем составляет более года.

В Германии средние сроки рассмотрения дел составляют 4,6 мес. и их можно назвать разумными. Участники процесса успевают представить нужные документы, а у суда имеется время для полноценного и всестороннего их анализа. На низовом уровне судебной системы – в участковых судах (Amtsgerichte) около 50% дел разрешаются в течение трех месяцев, 30% – 6 мес. и 18%, – 12 мес. Суды земель (Landsgerichte) разбирают 40% дел в течение 3 мес., 5% – 6 мес., 22% – 1 год, 10% – более года.¹

Применение подобной практики в российских условиях недопустимо, так как в основе нарушения сроков лежит не только проблема их законодательного закрепления, но и масса других, прежде всего, субъективных факторов. Чрезмерность срока судебного разбирательства может быть вызвана злоупотреблениями со стороны не только судей, но и других участников процесса. Например, по делу Марченко против РФ, рассмотренному ЕСПЧ, власти РФ отметили, что причиной длительного судебного разбирательства по делу стало поведение заявителя, заявившего шестнадцать ходатайств о переносе судебных заседаний, тридцать три судебных заседания прерывались по требованию заявителя, в том числе в связи с проведением экспертиз, семью отводами судьям и т. д. В связи с этим ЕСПЧ отметил, что, несмотря на то, что попытки заявителя гарантировать свое собственное участие в судебном заседании в целях лучшей защиты собственных интересов поняты, способ осуществления заявителем своих процессуальных прав, безусловно, способствовал затягиванию судебного разбирательства по делу.² Таким образом, проблема законодательного закрепления сроков рассмотрения дел в российском гражданском судопроизводстве требует своего дальнейшего научно-практического решения. Анализируя сроки в странах с правовой системой, подобной российской, легко прийти к выводу, что законодателю следует заняться пересмотром процессуальных сроков. Безусловно, не стоит совсем убирать сроки из процессуальных кодексов, но удлинить их или более гибко дифференцировать в зависимости от характера заявленного требования нужно.

¹ Примаков Д. В повестку дня судебной реформы: продление процессуальных сроков [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.pravo.ru/review/view/47313>.

² Дело Марченко (Marchenko) против РФ (Жалоба № 29510/04) // [Электронный ресурс]: «Консультант плюс».

Особенности стадии возбуждения дела о несостоятельности (банкротстве) по российскому законодательству

Традиционно арбитражный процесс делят на следующие стадии: возбуждение дела, подготовка дела к судебному разбирательству, судебное разбирательство, вынесение судебного акта, производство по пересмотру судебных актов и, как особая стадия, прямо не являющаяся частью арбитражного процесса, но органично с ним связанная, – исполнение судебных актов. Несомненно, что наличие этих стадий характерно и для дел о банкротстве. Но специфика этих дел позволяет говорить о возможности деления их рассмотрения на две основные стадии, отражающие их особенность: это разбирательство дел о банкротстве в арбитражном суде и процедуры банкротства.

В ходе разбирательства дела арбитражный суд, руководствуясь, прежде всего, нормами АПК с применением особых процессуальных норм, установленных законодательством о банкротстве, производит собственно рассмотрение дела. Именно разбирательство наиболее близко обычному арбитражному процессу и состоит из вышеперечисленных подстадий: возбуждения дела, подготовки дела, судебного разбирательства и вынесения судебного акта, который может быть оспорен в вышестоящих процессуальных инстанциях. Главной задачей разбирательства является принятие законного и обоснованного судебного акта, являющегося основой урегулирования имущественного конфликта, но не завершающего разрешение конфликта.¹

Дела о несостоятельности (банкротстве) возбуждаются в арбитражном суде путем подачи заявления (ст. 4 АПК РФ). Также как и в других видах гражданского судопроизводства, перед арбитражным судом встает вопрос о наличии оснований (предпосылок и условий) для возбуждения дела. Совокупность оснований (предпосылок и условий) для возбуждения дела о несостоятельности (банкротстве) образует определенный механизм возбуждения дел этой категории в арбитражном суде.²

По мнению ряда ученых, применительно к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ, заявление о признании должника банкротом является единственным основанием для возбуждения дела о банкротстве. Опираясь на данную точку зрения, возбуждение производства по делу о несостоятельности возможно при наличии толь-

¹ Арбитражный процесс: Учебник (отв. Ред. проф. В.В.Ярков). – «Вольтерс Клувер», Система Гарант. – 2003.

² Мкртчян А.Ф. Механизм возбуждения дела о банкротстве по заявлению кредитора в арбитражном суде // Российская юстиция. – 2006. – № 3.

ко одной предпосылки – подачи в арбитражный суд заявления о признании должника банкротом.¹

Действительно, без данного заявления указанное производство не может быть возбуждено. Однако очевидно, что из данной модели «выпадают» так называемые признаки инициирования банкротства.² М.Полуэктов рассматривает признаки инициирования банкротства как условия для возбуждения дела о банкротстве.³ В.Ф.Попондопуло, определяет признаки инициирования банкротства как внешние признаки банкротства, «служащие основанием для возбуждения производства по делу о несостоятельности».⁴

Авторы учебника «Арбитражный процесс» под редакцией профессора В.В.Яркова считают, что для возбуждения дела о банкротстве необходимо наличие материально-правовых и процессуально-правовых условий. К материально-правовым условиям относятся: наличие субъекта банкротства, наличие у должника признаков банкротства. К процессуально-правовым условиям относятся: направление в арбитражный суд заявления о признании должника банкротом лицом, обладающим таким правом; соблюдение определенного порядка получения долга.

Право на обращение в арбитражный суд с заявлением о признании должника банкротом – это право возбудить и поддерживать рассмотрение в арбитражном суде дело о несостоятельности (банкротстве).⁵ Право на обращение в арбитражный суд с заявлением о признании должника несостоятельным (банкротом) является правомочием, осуществление которого полностью зависит от его обладателя, кроме случаев обязательного обращения в арбитражный суд для должника. Данное правомочие перерастает в субъективное право с момента подачи заявления о признании должника несостоятельным (банкротом), и при наличии определенных процессуальных юридических фактов, переводящих абстрактную возможность (правоспособность) в субъективное процессуальное право, это так называемая схема реализации правоспособности (правоспособность – юридический факт – субъективное право).⁶

Как показывает обзор арбитражной практики, в ряде случаев суды отказывали заявителям в возбуждении дел о несостоятельности исходя из правового статуса лиц и некоторых других обстоятельств, которые не являются препятствием для такого отказа.

1 Солодилов А.В. «Основания возбуждения производства по делу о несостоятельности (банкротстве)». // Вестник Федерального Арбитражного суда Западно-Сибирского округа. – 2004. – № 6.

2 Телюкина М.В. Основы конкурсного права. – М., «Волтерс Клувер». 2004. – С. 98, 101.

3 Полуэктов М. Условия несостоятельности (банкротства) кредитных организаций. // Законодательство и экономика. – 2000. – № 11. – С. 20.

4 Попондопуло В.Ф. Конкурсное право. Правовое регулирование несостоятельности (банкротства). – М., 2001. – С. 15.

5 Комментарий к АПК РФ под ред. Шакарян М.С. – М.: Проспект, 2003. – С. 525.

6 Сергун А.К. Процессуальная правоспособность и правосубъектность (в литературе и в ГПК): вопросы науки советского гражданского процессуального права // Труды ВЮЗИ. Т. 38. – М.: «Проспект», 2003. – С. 525.

Таким образом, можно говорить уже о двух основаниях для возбуждения производства по делу о несостоятельности: заявлении о признании должника банкротом и наличии признаков инициации банкротства. Кроме того, для возбуждения производства по делу о банкротстве необходимо, чтобы требования к должнику были подтверждены решением суда, арбитражного суда, третейского суда, а уполномоченных органов – решениями налогового, таможенного органов о взыскании задолженности за счет имущества должника (п. 3 ст. 6 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ). При этом право на обращение в арбитражный суд возникает только по истечении определенных сроков исполнения указанных решений (п. 2 ст. 7 названного Федерального закона). Поскольку без наличия данных предпосылок возбуждение производства по делу о банкротстве невозможно, их также можно отнести к основаниям для возбуждения производства по делу о несостоятельности.

Николюкин С.В. к.ю.н.

Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации

Современные тенденции развития третейской формы защиты нарушенных гражданских прав

Согласно современной правовой доктрине России третейские суды не входят в структуру государственных судов и не являются элементами российской судебной системы. Это подчеркивает их самобытный характер, который проявляется в том, что защита нарушенных гражданских прав как альтернатива осуществляется негосударственными органами частного характера, которые рассматривают исключительно гражданско-правовые споры, если иное не установлено законом. Несмотря на то, что третейский суд и является частноправовым образованием, его правосубъектность не может быть охарактеризована исключительно в контексте гражданско-правовой доктрины. Это связано с тем, что третейский суд выполняет публично значимые функции, а именно осуществляет защиту гражданских прав. То есть, происходит своего рода делегирование государством публично значимых полномочий третейскому суду.

Действительно, третейские суды следует рассматривать, как частноправовые механизмы урегулирования споров, поскольку они создаются самими участниками гражданско-правовых отношений и государство непосредственно не участвует в процессе их формирования и деятельности.

Тем не менее, не учитывать публично-правового характера третейских судов было бы неправильным, поскольку элемент публичности в данном случае проявляется в опосредованности отношений с государственными судами.

В чем же выражается взаимодействие государственных и третейских судов. Во-первых, признается презумпция действительности решений третейского

суда; во-вторых, провозглашается недопустимость по общему правилу пересмотра существа решения третейского суда государственным судом; в-третьих, утверждается возможность отмены решений третейского суда не иначе как в исключительных случаях, предусмотренных законом. Кроме того, сочетание публичного и частного в третейском разбирательстве заключается в том, что частные лица по своему усмотрению изменяют публично-значимые отношения- подведомственность рассмотрения дел, устанавливаемую государством в целях реализации одной из государственных функций- осуществления правосудия и защиты субъективных гражданских прав. Также, возможность изменения подведомственности рассмотрения спора является фундаментальным принципом третейского процесса, без которого невозможно представить существование этого института.¹

Между тем, сочетание частного и публичного в особенностях третейского разбирательства влечет неоднозначные представления о правовом положении третейского суда. А.Г.Плешаков предлагает рассматривать третейский суд в качестве метода разбирательства споров, который стороны сами себе выбирают.²

О.Ю.Скворцов считает данную точку зрения неточной, поскольку она основывается на смешении смежных понятий- третейский суд как институциональная основа третейского разбирательства и процессуальная деятельность третейского суда по разрешению переданного на его рассмотрение спора. Сам третейский суд является юрисдикционным органом, принимающим ту или иную личину в зависимости от предписаний законодательства и от воли его учредителей.³

К.К.Лебедев подчеркивает, что «третейскими называются негосударственные самодеятельные суды, избираемые самими участниками правоотношения для разрешения возникшего между ними спора».⁴

Я.Ф.Фархтдинов пишет о том, что «третейские суды, независимо от форм их организации, являются уполномоченными государством общественными правоприменительными юрисдикционными органами (судами) по разрешению споров гражданско-правового характера, а их деятельность имеет правовой, правоприменительный характер со всеми вытекающими отсюда юридическими последствиями».⁵

1 Хрестоматия альтернативного разрешения споров. Учебно-методические материалы и практические рекомендации / Сост. Г.В. Севастьянов. – СПб.: АНО «Редакция журнала «Третейский суд», 2009. – С. 139–140.

2 Плешаков А.Г. Диспозитивное начало в сфере гражданской юрисдикции: проблемы теории и практики. – М., 2002. – С. 202.

3 Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – С. 196.

4 Лебедев К.К. В кн.: Коммерческое право. В 2 ч. Учебник / Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлева. 3-е изд., перераб. и доп. – М., 2002. – С. 605.

5 Фархтдинов Я.Ф. Место третейских судов в системе органов по защите нарушенных или оспоренных гражданских прав // Третейский суд. – 2001. – № 5/6. – С. 35.

Е.А.Виноградова полагает, что «третейский суд – это лица (лицо), избранные сторонами или назначены ими в определенном порядке, рассматривающие и разрешающие спор, переданный на их рассмотрение по соглашению сторон, в порядке, также определенном этими сторонами, и правомочные вынести решение, имеющее для сторон ту степень обязательности, которая прямо или косвенно определена в их соглашении».¹

На наш взгляд, третейский суд представляет собой санкционированный государством юрисдикционный орган, разрешение споров в котором осуществляется третьими по отношению к сторонам спора частными физическими лицами – третейскими судьями (арбитрами), избранными самими сторонами с целью принятия обязательного для них решения.²

Юрисдикционный характер третейского суда определяется тем, что разрешая правовые споры, третейские суды осуществляют правоприменительную деятельность, направленную на властную реализацию норм материального права охранительного правоотношения.

Осуществляется эта деятельность исключительно в процессуальных формах, однако порядок формирования процессуальных норм, на основании которых действуют третейские суды, имеет существенные особенности. Источником соответствующих процессуальных форм выступают как нормы действующего законодательства, так и те нормы, которые устанавливаются соглашением сторон, передающих спор на разрешение третейского суда. При этом регламентация процедуры, процессуального порядка деятельности третейского суда направлена на то, чтобы обеспечить права лиц, спор которых передан на разрешение третейского суда.

Кроме того, важно проанализировать особенности властных полномочий третейского суда, которые обусловлены его ролью в правоприменительном процессе. Властное положение третейского суда проявляется следующим образом.

Во-первых, третейский суд в лице председательствующего (третейского судьи) руководит ходом процесса, определяет порядок исследования доказательств, направляет процессуальные действия лиц, участвующих в деле, обеспечивает присущими ему способами реализацию их процессуальных прав и обязанностей.

Во-вторых, объем прав и обязанностей третейского суда соответствует объему прав и обязанностей других субъектов процессуальных правоотношений и, соответственно, превышает объем прав и обязанностей любого конкретного субъекта. Объем компетенции третейского суда по отношению к каждому субъекту процессуальных отношений определяется нормами третейского права процессуального характера.

¹ Виноградова Е.А. *Правовые основы организации и деятельности третейского суда: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук.* – М., 1994. – С. 10–12.

² Николюкин С.В. *Третейские механизмы урегулирования коммерческих споров: монография.* – М.: Юрлитинформ, 2011. – С. 22.

В-третьих, третейский суд вправе выносить постановления, имеющие властный характер, разрешающие спор сторон в целом и отдельные вопросы, возникающие в процессе третейского разбирательства. При соблюдении определенных законом условий постановления третейского суда обеспечиваются государственным принуждением.

В-четвертых, обязанности третейского суда перед сторонами по рассмотрению и разрешению дела являются одновременно публично-правовыми обязанностями перед государством. В этом качестве третейский суд выполняет такие публичные функции, как разрешение в установленных законом пределах споров участников гражданского оборота; применение правовых норм; защиту прав и законных интересов сторон, чем способствует снижению конфликтности; восстановление нарушенных прав; устранение препятствий для нормального развития экономических отношений; обеспечение соблюдения субъектами гражданских отношений правовых норм.

В-пятых, третейский суд вправе применять меры процессуальной ответственности к участникам третейского разбирательства в пределах, ограниченных соглашением сторон, законодательством о третейских судах и иными нормативными актами.

Таким образом, одним из наиболее популярных и эффективных альтернативных способов разрешения гражданско-правовых споров является третейский суд. Его суть заключается в том, что спорящие лица самостоятельно избирают третейских судей, которым доверяют рассмотрение и разрешение возникшего между ними спора. По справедливому суждению В.Н.Анурова популярность третейского разбирательства в отдельно взятой стране свидетельствует о высокой правовой культуре людей, проживающих в ней. Если же национальные третейские суды пользуются еще и общемировой известностью, то можно говорить о создании благоприятных фактов, способствующих приданию национальному правосознанию универсального характера. Взгляды на справедливость, добросовестность участников коммерческого оборота, разумность профессионального сообщества людей – третейских судей, становятся общими стандартами разрешения коммерческих споров во всем мире.¹

*Никонова К.Н.
Институт права БашГУ*

Особенности определения родовой подсудности арбитражных судов

Общее правило родовой подсудности закреплено в ч. 1 ст. 34 Арбитражного процессуального кодекса РФ. Дела, подведомственные арбитражным судам, рассматриваются в первой инстанции арбитражными судами субъектов

¹ Ануров В.Н. Третейское соглашение. Монография. – М.: Проспект, 2009. – С. 3.

РФ, за исключением дел, отнесенных к подсудности Высшего Арбитражного Суда РФ. Правила родовой подсудности разграничивают компетенцию арбитражных судов субъектов РФ, Высших арбитражных судов РФ и Федеральных арбитражных судов округов, поскольку только эти судебные органы вправе рассматривать и разрешать по первой инстанции дела, отнесенные к ведению арбитражных судов.

Критерием разграничения компетенции Высшего Арбитражного Суда, компетенции арбитражных судов субъектов РФ и федеральных арбитражных судов округов, является родовая подсудность, поскольку именно предмет спора предопределяет, какой арбитражный суд правомочен рассматривать то или иное дело.

В ч. 2 ст. 34 Арбитражного процессуального кодекса определена компетенция Высшего Арбитражного Суда РФ по рассмотрению подведомственных арбитражному суду дел по первой инстанции. К его подсудности отнесены отдельные категории дел, прямо названные в данной норме. Причем круг этих дел очень ограничен. В отличие от АПК 1992 г., позволявшего Высшему Арбитражному Суду РФ принять к своему производству споры, подсудные другим арбитражным судам. При наличии соглашения сторон о передаче спора на разрешение Высшего Арбитражного Суда или в случае невозможности рассмотрения дела соответствующим арбитражным судом (ч. 3 и ч. 4 ст. 23 АПК 1992 г.), новый АПК не предоставляет Высшему Арбитражному Суду таких прав.

Значительно сокращен и круг дел, отнесенных к подсудности Высшего Арбитражного Суда РФ, по сравнению с тем, что был определен АПК 1992 г., который, кроме того, носил еще и открытый характер. Так, кроме споров, отнесенных к подсудности Высшего Арбитражного Суда ст. 23 АПК 1992 г., предусматривалась возможность отнесения к его ведению законодательными актами РФ, межгосударственными соглашениями и международными договорами иных споров. В связи с этим (ст. 371 ТК)¹ предусмотрено, что Высший Арбитражный Суд РФ рассматривает дела о продлении сроков, установленных для обжалования актов таможенных органов в административном порядке.

Арбитражный Процессуальный Кодекс РФ определяет подсудность дел Высшему Арбитражному Суду РФ. Высший Арбитражный Суд РФ рассматривает в качестве суда первой инстанции: 1) дела об оспаривании нормативных правовых актов президента РФ, Правительства РФ, федеральных органов исполнительной власти, затрагивающих права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности; 2) дела об оспаривании ненормативных правовых актов Президента РФ, Совета Федерации и Государственной Думы Федерального собрания РФ, Правительства РФ, не соответствующих закону и затрагивающих права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности;

¹ Трудовой Кодекс РФ от 30.12.2001 г. – № 197-ФЗ.

3) экономические споры между РФ и субъектами РФ, а так же экономические споры между субъектами РФ.

Это означает, что все другие подведомственные арбитражному суду дела, независимо от того, касаются ли они имущества, находящегося в федеральной собственности, или имущества, относящегося к собственности субъектов РФ, муниципальных образований, рассматриваются арбитражными судами субъектов РФ.

То же самое относится и к спорам о признании недействительными ненормативных актов государственных и иных органов. По АПК 1992 г., такие акты, изданные государственными и иными органами РФ, обжаловались в Высший Арбитражный Суд РФ. По новому арбитражному процессуальному кодексу, круг органов акты, которых могут быть обжалованы в Высший Арбитражный Суд, ограничен актами высших органов государственной власти РФ, Акты других государственных органов, в том числе федеральных министерств и ведомств, обжалуются в арбитражном суде субъекта РФ по общим правилам территориальной подсудности. По общему правилу родовой подсудности Федеральные арбитражные суды округов рассматривают в качестве суда первой инстанции, заявления о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок.

Под судами субъектов РФ понимаются действующие в республиках, краях, областях, городах федерального значения, автономной области и автономных округах арбитражные суды (см. ст. 3 ФКЗ «Об Арбитражных судах» и ст. 34 АПК). Причем по содержанию и объему компетенции все арбитражные суды субъектов РФ равны между собой. Это обстоятельство имеет важное значение для определения родовой подсудности дел, поскольку в случае невозможности рассмотрения того или иного дела в одном арбитражном суде оно может быть рассмотрено в другом арбитражном суде того же уровня, то есть в арбитражном суде другого субъекта РФ.

Родовая подсудность дает возможность определить, какого уровня арбитражный суд в системе арбитражных судов вправе рассматривать то или иное дело. Так как критерием родовой подсудности является род дела или предмет спора, то она и получила название родовой или предметной подсудности. Именно родовая подсудность позволяет разграничить подведомственные арбитражному суду дела в зависимости от их рода или предмета спора между арбитражными судами различных уровней, звеньев в системе арбитражных судов.

Действие норм Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации во времени

На сегодняшний день в соответствии со ст. 1 Гражданского процессуального кодекса РФ (далее – ГПК РФ) производство по гражданским делам ведется по гражданским процессуальным нормам, действующим во время рассмотрения дела, совершения отдельных процессуальных действий или исполнения решения суда.

На наш взгляд, проблема действия источников гражданского процессуального права во времени тесно связана с вопросами о том, должен ли новый закон распространять свое действие лишь на отношения, возникшие после его вступления в силу, или он регулирует и отношения, возникшие до его вступления в действие.

Гражданское судопроизводство ведется однозначно по гражданским процессуальным законам, действующим во время рассмотрения и разрешения дела, совершения отдельных процессуальных действий и т. д. В связи с этим К.И.Комиссаров считает, что новая норма процессуального права не регулирует старые отношения точно так же, как старый закон уже не служит регулятором новых правоотношений.¹ Иными словами, действие гражданских процессуальных норм характеризуется отсутствием обратной силы закона.

Однако абсолютно отрицать обратную силу действия закона нельзя. Специфика такой сферы общественных отношений, как гражданское судопроизводство, требует особого подхода к этой проблеме.

По общему правилу «обратное» применение нормы процессуального права практически неосуществимо. Это вызвало бы необходимость ревизии уже произведенных по старому процессуальному закону судебных действий, повторного их совершения по новым правилам, что привело бы к неустойчивости процессуальных гарантий сторон.

Тем не менее, обратная сила процессуального закона все же допустима для распространения его норм на последующие права и обязанности – применительно к уже урегулированным длящимся правоотношениям в целях уравнивания правового положения лиц, вступивших в правоотношение до введения в действие нового закона, с теми, кто становится участником аналогичных отношений уже после этого момента. Обратная сила процессуального закона касается лишь длящихся отношений, возникших в прошлом, по которым не наступили окончательные последствия. Например, Указ Президиума Верховного Совета РСФСР от 12.06.64 г. «О порядке введения в действие Гражданского и

¹ Комиссаров К.И. *Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства.* – С. 129.

Гражданского процессуального кодексов РСФСР»¹ придал некоторым нормам ГПК РФ обратную силу.

Кроме случаев обратной силы закона, по мнению некоторых ученых, существует противоположное явление – «переживание» старого закона после введения в действие нового закона. Продление силы закона в таком смысле возможно только применительно к длящимся отношениям.²

Таким образом, по нашему мнению, действие гражданско-процессуальных норм во времени характеризуется отсутствием обратной силы закона: независимо от времени возникновения дела при совершении любых процессуальных действий следует применять законодательство, действующее в момент совершения этих действий. Для придания закону обратной силы необходимо специальное указание об этом в законе.

Омарова Э.Б. к.ю.н.

Евразийский национальный университет им. Л.Н.Гумилева

Модификация «имущественного элемента» в трудовом праве

В трудовом праве в составе трудового правоотношения всегда выделялся «имущественный элемент», сфера применения которого в новых рыночных условиях расширяется. Трудовой кодекс Республики Казахстан (далее – ТК РК) во многих своих положениях содержит «имущественный элемент» в той или иной форме.

Изменился «имущественный элемент» в вопросе задержки работодателем заработной платы. Согласно п. 4 ст. 134 ТК РК «При задержке по вине работодателя выплаты заработной платы и иных выплат, связанных с расторжением трудового договора с работником, работодатель выплачивает работнику задолженность и пеню. Размер пени рассчитывается исходя из ставки рефинансирования Национального Банка Республики Казахстан на день исполнения обязательств по выплате заработной платы и исчисляется за каждый просроченный календарный день, начиная со следующего дня, когда выплаты должны быть произведены и заканчивается днем выплаты». И это является государственной гарантией по оплате труда работников наряду с другими элементами системы основных гарантий, такими как: величина минимального размера заработной платы; величина минимального размера тарифной ставки; ограничение перечня оснований и размеров удержаний из заработной платы по распоряжению работодателя, а также налогообложения доходов от заработной платы и др.

¹ Указ Президиума ВС РСФСР от 12.06.1964 г. «О порядке введения в действие Гражданского и Гражданского процессуального кодексов РСФСР».

² Алексеев С.С. *Общая теория права.* – Т. 2. – С. 238–239.

По казахстанскому законодательству к принудительному труду не относятся: несвоевременная выплата заработной платы либо выплата ее не в полном объеме, требования от работника продолжения работы без оплаты, что согласуется с Конвенциями МОТ № 29 «О принудительном или обязательном труде» (1930); № 105 «Об упразднении принудительного труда» (1957). Российское законодательство расширяет перечень видов принудительного труда, включив в него нарушение установленных сроков выплаты заработной платы и ее выплату не в полном размере, т.е. к принудительному труду относит любой труд, осуществляемый в условиях его невыплаты как в полном, так и в частичном размере. Других признаков этой формы принудительного труда закон не указал, поэтому любая задержка выплаты, частичная или полная невыплата заработной платы, по мнению российских ученых, должны квалифицироваться в качестве принудительного труда вне зависимости от причин, повлекших данные последствия, и вины работодателя в их возникновении.

Актуальность этого вопроса очевидна, так как на ряде предприятий республики продолжается порочная практика длительной задержки заработной платы наемных работников. Так, за 2009 г. по актам прокурорского надзора взысканы долги по заработной плате перед 183 тыс. работниками на сумму 8,8 млрд. тенге. Указанное явно свидетельствует, что проблемы со своевременной выплатой заработной платы все еще остаются. Практика показывает, что работодатели не всегда привлекаются к ответственности за задержку выплаты заработной платы, поэтому хотелось бы, чтобы казахстанское трудовое законодательство переняло положение российского законодательства о том, что любая задержка выплаты заработной платы (частичная или полная ее невыплата), приравнивается к принудительному труду. В данном случае речь идет об ответственности по заключенному в письменной форме трудовому договору. Следует также предусмотреть в Уголовном кодексе РК статью, устанавливающую уголовную ответственность работодателя за задержку выплаты заработной платы в целях установления юридических гарантий трудовых прав работников мерами уголовно-правового характера.

В целях дальнейшего развития и совершенствования системы юридических гарантий трудовых прав граждан, как необходимого уровня укрепления законности в сфере труда, в ТК РК предусмотрена специальная гарантия на случай несвоевременной выплаты заработной платы. Это выплата пени, как способ обеспечения своевременного исполнения обязанности. Она состоит, в свою очередь, в возложении на работодателя дополнительных обременений на случай ненадлежащего исполнения обязанности. В казахстанском законодательстве не предусмотрена, как в других странах СНГ, самозащита в форме приостановления наемным работником трудового договора до выплаты работодателем заработной платы.

Материальная ответственность работодателя за ущерб, причиненный работнику незаконным лишением его возможности трудиться предусмотрена

в ст. 162 ТК РК. Согласно данной статьи работодатель обязан возместить работнику неполученную им заработную плату и иные причитающиеся ему выплаты в случаях: 1) незаконного перевода на другую работу; 2) недопущения работника к рабочему месту; 3) одностороннего изменения условий трудового договора; 4) отстранения от работы; 5) необоснованного расторжения трудового договора. Здесь помимо традиционных случаев (незаконное увольнение, перевод на другую работу, отстранение от работы), выделяется такой случай как одностороннее изменение работодателем условий трудового договора. При этом трудовым, коллективным договорами, актами работодателя, согласованными с представителями работников, также могут быть установлены дополнительные случаи возмещения работодателем ущерба, причиненного незаконным лишением работника возможности трудиться. Опыт стран ЕврАзЭС показывает, что в Таджикистане и Кыргызстане, например, особым случаем является распространение любым способом порочащих работника сведений, при условии, если уволенный испытывал затруднения в поступлении на другую работу. В Узбекистане перечень случаев незаконного лишения работодателем работника возможности трудиться не является исчерпывающим. В России и Кыргызстане к случаям ответственности работодателя относятся задержка работодателем выдачи работнику трудовой книжки, внесение в трудовую книжку неправильной или не соответствующей законодательству формулировки причины увольнения работника, а также отказ от исполнения или несвоевременного исполнения решения органа по рассмотрению трудовых споров или государственного инспектора труда о восстановлении работника на прежней работе. На наш взгляд, опыт Казахстана заслуживает внимания, поскольку законодатель не устанавливает исчерпывающего перечня оснований для привлечения работодателя к материальной ответственности за лишение работника возможности трудиться, а представляет возможность работодателям, по согласованию с представителями работников, устанавливать и дополнительные основания подобной ответственности. В то же время считаем, что в будущем следует предусмотреть указанные выше юридические гарантии в законодательных актах в целях обеспечения их исполнения принудительной силой государства.

Модификация «имущественного элемента» трудового правоотношения состоит также в повышении заработной платы путем ее индексации, предусмотренной в ст. 124 ТК РК, которая производится работодателем в порядке, установленном соглашениями, коллективным договором или актом работодателя, исходя из уровня инфляции, определенного на соответствующий период нормативными правовыми актами Республики Казахстан.

Расширение алиментарных свойств заработной платы происходит в тех статьях ТК РК, которые предусматривают сохранение зарплаты в случаях невыполнения работником трудовых обязанностей (ст. 100 – оплачиваемый ежегодный трудовой отпуск; ст. 102 – дополнительные оплачиваемые ежегодные

трудоустройство; ст. 112 – учебный отпуск, оплата которого определяется трудовым, коллективным договорами, договором обучения; ст. 133 – оплата времени простоя по вине работодателя; ст. 150 – оплата периодических медицинских осмотров за работниками, обязанными их проходить; ст. 151 – оплата донорам за время обследования и сдачи крови и др. «Имущественный элемент» расширен также в ст. 155 – компенсационные выплаты в связи с использованием работником личного имущества в интересах работодателя; ст. 157 – компенсационные выплаты в связи с потерей работы; ст. 158 – порядок и условия выплаты полевого довольствия и др.).

Глава 13 ТК РК «Гарантийные и компенсационные выплаты», носящая имущественный характер, также претерпела определенные изменения. Так, за выполнение государственных и общественных обязанностей заработная плата работнику выплачивается не работодателем, как это было раньше, а по месту выполнения обязанностей не менее средней месячной заработной платы по месту основной работы (п. 2 ст. 149 ТК РК). Гарантии установлены в целях сохранения работнику места работы. Средний заработок за счет работодателя может быть сохранен при осуществлении работником избирательного права, депутатских обязанностей, явки во ВТЭК и в других случаях.

Расширение «имущественного элемента» происходит в институте заработной платы посредством установления премии, а также различных выплат, доплат, надбавок, играющих немаловажную роль в общей сумме доходов наемного работника. Для усиления заинтересованности работников в повышении эффективности производства и качества выполняемых работ работодателем могут вводиться системы премирования и другие формы стимулирования труда, которые определяются условиями коллективного, трудового договоров и (или) актами работодателя (см. ст. 126 ТК РК).

ТК РК, к сожалению, не дает ответа на многие вопросы установления премий, надбавок и доплат, отдав их решение на откуп работодателю. Пункт 4 ст. 126 ТК РК, где упоминается о том, что система оплаты труда должна обеспечить долю основной заработной платы (относительно постоянной части заработной платы) не менее 75% в среднемесячной заработной плате работников без учета единовременных стимулирующих выплат, не решает всех проблем, возникающих на практике. В этой связи мы поддерживаем авторов, предлагающих некоторые надбавки и выплаты предусмотреть в законе в целях обеспечения гарантий их выплаты не ниже установленных размеров.

К вопросу о принятии Федерального закона «О банкротстве физических лиц»

Институт банкротства в настоящее время прочно вошел в систему Российского права. За период с 1992 г. по настоящее время было принято три федеральных закона о несостоятельности (банкротстве) – Закон РФ от 19 октября 1992 г. № 3929-1 «О несостоятельности (банкротстве) предприятий», Федеральный закон от 8 января 1998 г. № 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», который и действует по настоящее время с различными изменениями и дополнениями. Эти законы детально регулировали и регулируют взаимоотношения несостоятельного должника – юридического лица с кредиторами. А взаимоотношения физического лица, оказавшегося в подобной ситуации, до настоящего момента остаются практически неурегулированными. Хотя и в законе 1998 г. и в законе 2002 г. нормы, долженствующие регулировать банкротство физического лица, были предусмотрены, однако, применение этих норм невозможно, поскольку это противоречит Гражданскому кодексу РФ, где такая возможность не предусмотрена.

Формальный подход к разграничению деятельности гражданина на предпринимательскую и непредпринимательскую, принятый в современном российском законодательстве о банкротстве, оставляет за пределами правового поля такие сферы как, например, потребительское кредитование. Остаются неурегулированными многие вопросы взаимоотношений гражданина – должника и кредиторов, что в условиях отсутствия эффективной системы исполнительного производства и реальной возможности с помощью правовых средств получить долги приводило к криминализации этой сферы. Неплатежеспособность необязательно должна быть связана с предпринимательской деятельностью гражданина – она может быть вызвана отсутствием или нехваткой у должника наличных средств на дату исполнения обязательства, внезапным заболеванием или иным неблагоприятными обстоятельствами. Поэтому институт банкротства гражданина, который применяется в развитых правовых системах как один из наиболее эффективных способов защиты граждан, попавших в тяжелое материальное положение волею обстоятельств, может позволить в один момент очиститься от бремени долгов и начать все с начала. В положении должника с непосильным бременем гражданин может оказаться, взяв займ у банка, купивший недвижимость или дорогостоящий товар в кредит и т. п. Но в настоящее время нормы о несостоятельности граждан в России не действуют. Поэтому, можно сказать с уверенностью, что в России нет альтернативных правовых средств для решения проблемы недостатка имущества для расчета

с кредиторами. Главное отличие правового регулирования банкротства от регулирования других видов отношений должника с кредиторами – совершенно разные цели.

Если цель Закона «Об исполнительном производстве» – полное удовлетворение требований кредитора, то цель законодательства о несостоятельности – пропорциональное удовлетворение кредиторов. Такое регулирование нужно, прежде всего, для разрешения конфликта между требованиями кредиторов. Закон о несостоятельности действует сегодня только в отношении предпринимателей и юридических лиц. В результате проигрывают не только граждане – должники, проигрывают и кредиторы, поскольку удовлетворение имеет только тот кредитор, который обратился первым и сумел получить имущество раньше других.

Еще одна существенная причина, по которой банкротство должника для кредитора выгоднее, чем исполнительное производство. Исполнительное производство состоит в продаже имеющегося у должника имущества и удержания из доходов должника части средств на выплату кредитору. Других инструментов у пристава-исполнителя нет. Кроме того, он связан исполнительным листом, в котором выражено решение суда. Стоимость обслуживания проблемного долга зачастую выливается кредитору в сумму, которая бывает больше всей стоимости проведения процедуры банкротства.

Таким образом, законодательное урегулирование банкротства граждан на настоящий момент является просто необходимым, но такой закон все еще не принят. Законопроект находится на обсуждении в Правительстве РФ. Что же предлагает законодатель в данном проекте для должника и кредитора? Гражданин считается не способным удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей, если соответствующие обязательства и (или) обязанность не исполнены в течение шести месяцев с даты, когда они должны быть исполнены. Для определения признаков банкротства гражданина учитывается, в том числе размер обязательств по возврату неосновательного обогащения в виде уплаченных до расторжения договора имущества, выполненных работ или оказанных услуг и по возмещению убытков в виде реального ущерба, причиненных нарушением обязательств.

При рассмотрении дела о банкротстве гражданина применяются следующие процедуры: реструктуризация долгов; конкурсное производство; мировое соглашение. Дело о банкротстве гражданина подлежит рассмотрению Арбитражным судом по месту жительства должника. Правом обращения в Арбитражный суд с заявлением о признании должника банкротом обладают гражданин-должник, конкурсный кредитор, уполномоченный орган. Заявление о признании гражданина банкротом принимается судом, если требования к должнику в совокупности составляют не менее чем 50 000 руб. и указанные требования не исполнены в установленный срок. Заявление должника может

быть подано только при наличии средств на выплату вознаграждения конкурсному управляющему в фиксированной сумме за два месяца и опубликование сведений об открытии конкурсного производства в средствах массовой информации.

Конкурсное производство вводится в отношении гражданина на срок до шести месяцев. С даты открытия конкурсного производства срок исполнения возникших до открытия конкурсного производства денежных обязательств и уплаты обязательных платежей для целей участия в деле о банкротстве считается наступившим. К последствиям открытия конкурсного производства относится прекращение начисления процентов, неустоек (штрафов, пеней) и иных финансовых санкций по всем обязательствам должника. Прекращается взыскание по всем исполнительным документам, за исключением исполнительных документов по требованиям о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, компенсации морального вреда, о признании права, а так же по требованиям о взыскании алиментов. Полномочия по распоряжению имуществом переходят к конкурсному управляющему. Конкурсный управляющий – процессуальная фигура, которая профессионально помогает гражданину пройти процедуру конкурсного производства. Если должник-гражданин является добросовестным, т. е. хочет принять непосредственное участие в деле выплаты задолженностей, то он вправе представить в арбитражный суд план реструктуризации долгов.

План реструктуризации долгов должен содержать положения о порядке и сроках погашения требований всех конкурсных кредиторов и уполномоченных органов, известных должнику на момент представления плана реструктуризации долгов в денежной форме. Срок реализации плана не может быть более пяти лет, и понятно, что одного желания должника расплатиться недостаточно, необходимо, что бы гражданин имел постоянный доход. Если план реструктуризации не выполнен, или вообще не был представлен, то должник признается банкротом и наступают определенные последствия этого: гражданин не вправе обращаться в кредитные организации за получением кредита без указания на свое банкротство в течение пяти лет с момента признания его банкротом. После признания должника банкротом дело о банкротстве не может быть возбуждено в течение пяти лет. На любой стадии рассмотрение дела о банкротстве может быть заключено мировое соглашение между должником и кредиторами, включенными в реестр требований кредиторов. Условия мирового соглашения практически идентичны требованиям ФЗ № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

Единственное отличие – в нем не принимает участия конкурсный управляющий. Цель мирового соглашения – поэтапное, наиболее полное удовлетворение требований всех кредиторов. Как видно даже из краткого обзора, положения проекта закона о банкротстве физических лиц достаточно либеральны к должнику, предоставляют ему достаточную самостоятельность в процедурах

банкротства. Тем не менее, положение кредиторов так же является защищенным, у них имеются определенные процессуальные права, чтобы на любой стадии распознать недобросовестность должника, путем перехода от одной процедуры к другой. Начался уже 2011 г., а данный законопроект не прошел еще даже первого чтения в Госдуме, поэтому его применение отдалается на неопределенное время. Хотелось бы, чтобы процесс принятия такого нужного законодательного акта был ускорен.

*Попович А.А.
Российский университет дружбы народов*

Медиация как альтернативный способ разрешения споров

С 1 января 2011 г. Федеральный закон «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (далее – ФЗ) вступил в законную силу. Данный закон разработан в целях создания правовых условий для развития в России альтернативных (неюрисдикционных) способов разрешения конфликтов при участии независимых лиц – медиаторов, осуществляющих деятельность, в том числе на профессиональной основе.

В первую очередь следует отметить, что процедура медиации существенно отличается от судебных процедур. В случае обращения сторон в суд, они передают разрешение спора на усмотрение суда. Здесь стороны являются скорее пассивными наблюдателями, так как только суд (государственный или третейский) вправе принять решение. Если стороны разрешают спор посредством медиации, то они самостоятельно решают вопрос об урегулировании конфликта. Посредник (медиатор) помогает сторонам достичь соглашения, принимающего во внимание интересы обеих сторон, но он никаких решений не выносит, медиатор лишь формально фиксирует тот компромисс, к которому пришли стороны. Кроме того, суд выносит решение в строгом соответствии с законом, а при медиации стороны пытаются, конечно же в рамках закона, достичь справедливости, найти точки соприкосновения, удовлетворяющие и одну, и другую сторону.

Помимо всего прочего, разрешение споров с участием посредника является более гибким. Стороны могут договориться о восстановлении в правах одной из них путем внесения изменений в договор, принесения извинений и других способов, которые удовлетворят участников данного спора.

Следует упомянуть и о сроках разрешения споров. ФЗ устанавливает срок для проведения процедуры медиации в 60 дней (по общему правилу). В исключительных случаях срок по договоренности сторон может быть увеличен, но не должен превышать 180 дней. В суде же дела рассматриваются в более длительные сроки, а иногда затягиваются и на годы.

Процедура медиации освобождена от всякого формализма и предоставляет полную диспозитивность сторонам. Они могут в любой момент отказаться от разрешения спора с участием посредника и обратиться в суд. Кроме того, стороны минимизируют свои риски по вынесению неблагоприятного решения. В случае недостижения соглашения, медиатор не вправе выносить какое – либо обязательное решение по спору без согласия сторон. Исполнение решения, вынесенного медиатором, основывается на принципе добровольности. Стороны сами заинтересованы в его исполнении, т. е. в данном случае отсутствует элемент принуждения со стороны государства.

В настоящее время проблема коррупции в России является наиболее актуальной. Медиация в этом случае ограничивает проникновение данного недуга в сферу урегулирования споров. Главным элементом таких правоотношений является добровольность и заинтересованность сторон разрешить спор. Здесь сами стороны являются действующими лицами, которые выносят решение. Даже если одна из сторон будет сомневаться в объективности и честности медиатора, она в любой момент может отказаться от услуг этого посредника и обратиться к другому, а, в крайнем случае, вправе перенести спор на рассмотрение суда.

Стоит сказать и об исполнении медиативного соглашения, заключенного сторонами разрешаемого спора. Данное соглашение является договором, соответственно, исполняется добровольно. Стороны, в соответствии с принципом свободы договора, предусмотренном Гражданским кодексом РФ, вправе определить ответственность за неисполнение такого соглашения. В противном случае они могут обратиться в суд с требованием о принудительном исполнении договора. Существует иной вариант исполнения медиативного соглашения: заверение соглашения у нотариуса, которое впоследствии приобретает силу исполнительного документа. Подобный метод исполнения действует в Германии.

Эффективность медиации, несомненно высока, и это подтверждается опытом других стран: Италии, Франции, Англии, Германии, Австрии и др.

Урегулирование споров, возникающих в гражданском обороте, это, конечно же, сфера частных интересов, в которые государство на современном этапе не должно вмешиваться, но, тем не менее, эффективность применения процедуры медиации в России зависит от того, насколько точно данный способ урегулирования споров закреплен на законодательном уровне.

ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» предусматривает лишь право, а не обязанность сторон обращаться к участию посредника при разрешении споров. Хотя во многих странах, в том числе в США, Японии, Финляндии и других, по некоторым категориям дел стороны именно обязаны обращаться к услугам медиаторов. В США посредниками разрешаются до 80%

споров.¹ Некоторые считают, что отсутствие обязанности обращаться к медиации является главным недостатком закона, другие же говорят о том, что «пока нам такого закона будет достаточно».² Вопрос только в том, что если говорить о снижении нагрузки на суды путем введения медиации, то она должна быть обязательной по некоторым категориям дел, в противном случае никакой разгрузки судебной системы в ближайшем будущем не произойдет.

Закон предусматривает, что деятельность медиатора может осуществляться как на профессиональной, так и на непрофессиональной основе. Осуществлять деятельность медиатора на непрофессиональной основе могут лица, достигшие возраста восемнадцати лет, обладающие полной дееспособностью и не имеющие судимости. Осуществлять деятельность на профессиональной основе могут лица, достигшие возраста двадцати пяти лет, имеющие высшее профессиональное образование и прошедшие курс обучения по программе подготовки медиаторов. Даже если учитывать, что речь идет о непрофессиональной деятельности, столь низкие критерии удивляют. Ведь значение процедуры медиации не зависит от того, на какой основе действует медиатор. Особенно поражает нижняя возрастная граница для медиатора – непрофессионала. Вместе с тем из системного анализа приведенных положений следует, что для медиатора – профессионала наличие судимости и ограничение дееспособности не помеха.

Кроме того, в законе не урегулирован вопрос о сроках исковой давности. Следует закрепить положение о том, что инициирование процедуры медиации не является препятствием для последующего обращения в суд по причине истечения срока исковой давности за время проведения процедуры медиации. Аналогичное положение содержится в Директиве 2008/52/ЕС Европейского парламента и Совета от 21 мая 2008 г. относительно некоторых аспектов медиации в гражданских и коммерческих делах.

Целесообразно также предусмотреть, по примеру Австрии, обязательное страхование ответственности профессиональных медиаторов.

Необходимо обратить внимание на Законодательный декрет Италии от 4 марта 2010 г., № 28. Данный законодательный акт устанавливает рамки механизма медиации. В законе же, принятом Государственной думой РФ, вообще отсутствуют какие – либо положения о механизме проведения медиации.

Сегодня часто можно встретить скептические высказывания о неготовности нашего менталитета к мирному разрешению спорных ситуаций. Однако мир меняется, и от этого будет зависеть уровень нашего социального интеллекта и профессиональной компетентности.³

1 Осутин С.В. «Комментарии к законопроекту о медиации» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.osv.ru/PressCenter.mvc/List/Articles/ByAuthor/15>.

2 Там же.

3 Российская Бизнес-газета. – 2010. – № 756 (23).

Правосубъектность казенных учреждений ФСИН России

Казенные учреждения – новый тип государственных учреждений в России, который был введен Федеральным законом РФ от 8 мая 2010 г. № 83-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием правового положения государственных (муниципальных) учреждений».

Согласно указанному закону «казенное учреждение – государственное (муниципальное) учреждение, осуществляющее оказание государственных (муниципальных) услуг, выполнение работ и (или) исполнение государственных (муниципальных) функций в целях обеспечения реализации предусмотренных законодательством РФ полномочий органов государственной власти (государственных органов) или органов местного самоуправления, финансовое обеспечение деятельности которого осуществляется за счет средств соответствующего бюджета на основании бюджетной сметы».¹

В казенные учреждения будут переводиться следственные изоляторы и исправительные учреждения ФСИН России. Необходимо определиться с правосубъектностью данных учреждений.

Казенные учреждения должны будут зачислять все дополнительные доходы в соответствующий бюджет, однако, исключением стала Федеральная служба исполнения наказаний, которая доходы от своей деятельности может оставлять себе: «Доходы, полученные от приносящей доход деятельности федеральными казенными учреждениями, исполняющими наказания в виде лишения свободы, в результате осуществления ими собственной производственной деятельности в целях исполнения требований уголовно-исполнительного законодательства РФ об обязательном привлечении осужденных к труду, в полном объеме зачисляются в федеральный бюджет, отражаются на лицевых счетах получателей бюджетных средств, открытых указанным учреждениям в территориальных органах Федерального казначейства, и направляются на финансовое обеспечение осуществления функций указанных казенных учреждений сверх бюджетных ассигнований, предусмотренных в федеральном бюджете, в порядке, установленном Министерством финансов РФ».²

Возможность участия в договорной работе законом определена четко: «Заключение и оплата казенным учреждением государственных (муниципальных)

¹ Федеральный закон РФ от 8.05.2010 г. № 83-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием правового положения государственных (муниципальных) учреждений» // СЗ РФ. – 2010. – № 19. – Ст. 2291.

² Федеральный закон РФ от 8.05.2010 г. № 83-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием правового положения государственных (муниципальных) учреждений» // СЗ РФ. – 2010. – № 19. – Ст. 2291.

контрактов, иных договоров, подлежащих исполнению за счет бюджетных средств, производятся от имени Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципального образования в пределах доведенных казенному учреждению лимитов бюджетных обязательств, если иное не установлено настоящим Кодексом, и с учетом принятых и неисполненных обязательств». То есть, как мы видим, казенное учреждение обязано заключать договоры и контракты от имени публично-правового образования.

Казенное учреждение самостоятельно выступает в суде в качестве истца и ответчика. Однако, сохранилось положение о субсидиарной ответственности государства. При недостаточности лимитов бюджетных обязательств, доведенных казенному учреждению для исполнения его денежных обязательств, по таким обязательствам от имени РФ, субъекта РФ, муниципального образования отвечает соответственно орган государственной власти (государственный орган), орган управления государственным внебюджетным фондом, орган местного самоуправления, орган местной администрации, осуществляющий бюджетные полномочия главного распорядителя бюджетных средств, в ведении которого находится соответствующее казенное учреждение.¹

Отсутствует возможность привлечение заемных средств: казенное учреждение не имеет права предоставлять и получать кредиты (займы), приобретать ценные бумаги. Субсидии и бюджетные кредиты казенному учреждению не предоставляются.

Сведения об учреждении и его деятельности, публикуются в открытом доступе в сети Интернет на общероссийском сайте, который будет создан Федеральным казначейством и запущен с 1 января 2012 г.

Следует отметить, что изменение типа государственного или муниципального учреждения не является его реорганизацией.

Затронули изменение и сферу налогообложения: казенные учреждения освобождаются от уплаты государственной пошлины, казенные учреждения не вправе применять упрощенную систему налогообложения.

Контроль за деятельностью казенных учреждений ФСИН России будет, осуществляется с учетом требований законодательства РФ о защите государственной тайны. Таким образом, казенные учреждения ФСИН России не обладают абсолютной правосубъектностью. Она имеет пределы, которые очерчены их профилем деятельности. Создание данного типа учреждений позволит сократить случаи необоснованного расширения правосубъектности учреждений в составе ФСИН России, которые обладают специальной правосубъектностью в силу закона.

¹ *Федеральный закон РФ от 8.05.2010 г. № 83-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием правового положения государственных (муниципальных) учреждений» // СЗ РФ. – 2010. – № 19. – Ст. 2291.*

Гражданский кодекс Российской Федерации: ещё раз к вопросу о правовом статусе в иерархии нормативных актов

Мнение многих российских юристов, согласно которому Гражданский кодекс РФ должен приобрести статус федерального конституционного закона, звучит всё чаще. В качестве одной из причин данного явления необходимо выделить успешную работу Совета по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства при Президенте РФ, и как следствие, опубликование Концепции развития гражданского законодательства, подготовленной во исполнение Указа Президента России от 18.07.2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса РФ».¹

ГК РФ в силу основополагающих основ своего содержания признаётся своеобразной «экономической конституцией» государства, однако его роль в иерархии норм права до сих пор остаётся спорной. С одной стороны, он обладает всеми признаками обыкновенного федерального закона, и не должен противоречить Конституции РФ, международным договорам, федеральным конституционным законам, и, в то же время, будет верховенствующим по отношению к подзаконным актам.

Процесс модифицирующей существующее гражданское законодательство кодификации, длившийся с 1994 г. по 2006 г., привёл к созданию полновесного кодекса, состоящего из четырёх частей, представляющих обыкновенные федеральные законы, включающих 7 разделов, 77 глав и 1551 статью.

Проекты всех четырёх частей ГК в разное время создавались по инициативе Президента РФ, и вносились в Государственную Думу РФ, что подчёркивает важность, придаваемую принятию ГК РФ. Любые изменения в Кодекс должны проходить, согласно настоящему порядку, обязательную правовую экспертизу в Совете по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства, согласно Указу Президента РФ, следствием чего явилась достаточная стабильность акта – всего внесённых поправок за 15 лет набралось около 80, – и это одна из сильных сторон ГК РФ.

Превосходство Конституции РФ над ГК обусловлено положением ч. 1 ст. 15 Конституции, в соответствии с которой «законы и иные правовые акты, принимаемые в РФ, не должны противоречить Конституции РФ». Основной закон государства Российского содержит многочисленную плеяду фундаментальных экономических принципов, относящихся к сфере гражданско-правового регулирования, в том числе, утверждающие модель рыночной экономики.

В то же время, ГК зачастую воспроизводит и детализирует конституционные положения (запрет на вмешательство государства в частные отношения

¹ Указ Президента РФ от 29.10. 2003 г. № 1267.

отражен, как и в нескольких статьях Конституции, так и в п. 1 ст. 1 ГК РФ). Соответствие ГК РФ нормам международного права находится на достаточно высоком уровне, во всяком случае, Европейский суд по правам человека имеет немногочисленную практику в области применения ГК РФ, гораздо более внимания уделяется процессуальным кодексам.

Гражданский кодекс РФ в силу положения ст. 76 Конституции РФ уступает в силе федеральным конституционным законам, и одновременно считается вышестоящим по отношению ко всем подзаконным актам, о чём также говорят нормы п. 3–7 ст. 3 ГК РФ.

В соответствии с ч. 5 ст. 76 Конституции РФ, ГК РФ обладает приоритетом по отношению к законодательству субъектов РФ. Однако, учитывая тот факт, что многие регионы разработали свои гражданско-правовые нормы до вступления ГК в силу, Пленумы Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ приняли совместное постановление, в котором отражено, что «нормы гражданского права, содержащиеся в актах субъектов РФ, изданных до введения в действие Конституции РФ, могут применяться судами при разрешении споров, если они не противоречат Конституции РФ и Гражданскому кодексу РФ».¹

Однако существуют и мнения в пользу другой позиции, согласно которой ГК РФ является законом, превосходящим другие по своей юридической силе. Основанием будет являться п. 2 ст. 3 ГК РФ, который утверждает приоритет ГК: «нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать ГК РФ», что характерно и для иных кодексов в РФ – Семейного, Жилищного, Трудового и пр. Также ГК имеет в своём составе много отсылочных норм – об общественных и религиозных организациях, о регистрации юридических лиц и т. д.

Гражданский кодекс РФ содержит немало норм, касающихся иных частноправовых отраслей – жилищного, семейного, земельного и пр. В свете вышеуказанного мнения о том, что специальные кодексы имеют приоритет по отношению к законам, также касающихся предмета их регулирования, необходимо сделать вывод, согласно которому конкретные общественные отношения будут регулироваться ГК РФ, если они рассматриваются как гражданские, Жилищным кодексом РФ – как жилищные и т. д.

Согласно позиции Конституционного Суда РФ, противоречия между ГК и другими федеральными законами, должны устраняться судами в процессе правоприменения, «так как Конституцией РФ не определяется иерархия актов одного вида».² Таким образом, суд, хотя и прямо не признавая антиконституционность данной нормы, тем не менее, указывает на некий диссонанс в сфере правового регулирования. В практике того же Конституционного Суда, касающейся споров между нормами федеральных законов и ГК РФ, находят от-

¹ Постановление Пленума Верховного Суда и Пленума Высшего Арбитражного Суда от 01.07.1996 г. № 6/8. – П.3.

² Определение Конституционного Суда РФ от 03.02.2000 г. № 22-О. Мотивировочная часть. – П.3.

ражения такие принципы, как высшая сила специальных норм по сравнению с силой общих и верховенство последующего закона над предыдущим.¹

Подводя краткие итоги, необходимо отметить, что существует глубокое противоречие в российском законодательстве. ГК РФ фактически является по своему статусу обыкновенным федеральным законом, и, в то же время, законодатель поставил его выше по отношению к законам той же правовой категории.

Принятие специального закона, в котором будет закреплена иерархия правовых актов, составленная в соответствии с классической теорией государства и права, возможно, будет являться одним из решений данной проблемы. Вся система, включающая статус актов – от норм международных соглашений до локальных актов организаций. Однако, все конфликты между нормами, находящимися в разных кодексах, могут при этом сохраниться, при условии, если законодатель на федеральном уровне не вмешается, изменив законодательство в пользу нормы, признанной объективно лучшей.

Стоит отметить, что все подобные манипуляции не смогут привести к устранению коллизий или повышению авторитета любых кодексов в юридическом сообществе, если не будет сделан акцент на качестве и актуальности данного законодательства.

*Прокофьева Р.В.
Институт права БашГУ*

Мировое соглашение как специфическая разновидность гражданско-правового договора

Наличие развитых экономических отношений как внутри страны, так и за её пределами неизбежно приводит к столкновению интересов субъектов предпринимательской деятельности. Для урегулирования возникших спорных вопросов стороны обращаются в суд в рамках искового производства. Однако законодателем предусмотрен альтернативный способ разрешения конфликтов, который состоит в применении различных примирительных процедур. Наиболее распространенной среди них является мировое соглашение.

Очевидным достоинством данного правового института можно назвать синтез материальных и процессуальных норм. Столь удачное сочетание позволяет лицам в должной мере пересмотреть все необходимые условия договора, при этом делая их обязательными для контрагента, путём процессуального оформления (обязательного утверждения судом). К тому же заключение мирового соглашения позволяет сторонам значительно сэкономить как время, так и финансы. Вместе с тем именно «неоднородность» его правовой природы по-

¹ Газье Анн (Gazier Anne). Гражданский кодекс РФ и закон // Закон. – 2009. – № 5. – С. 159.

рождает множество спорных вопросов, возникающих при правоприменении. В частности, отсутствие чёткого законодательного определения термина приводит к тому, что мировое соглашение рассматривают как сугубо процессуальное, не акцентируя надлежащим образом внимание на том, что, по сути, оно представляет собой не что иное как договор, и не допускают возможность его заключения вне суда. Но, тогда возникает вопрос, следует ли относить к мировым соглашениям, в том смысле, который вложен в это понятие современным законодательством, тот документ, которым стороны разрешают спор, не прибегая к помощи суда, и каким нормативным актом, в таком случае это должно регулироваться, потому как действующее процессуальное законодательство, на, то и процессуальное, что содержит лишь нормы, непосредственно касающиеся судопроизводства. При ответе на первый вопрос, мы придерживаемся позиции, высказанной М.К.Треушниковым: «Мировые соглашения в зависимости от места их заключения принято делить на судебные и внесудебные. Мировое соглашение, принятое в судебном заседании, называется судебным; внесудебным является соглашение, заключенное вне судебного заседания».¹ Следовательно, мировое соглашение не теряет своей цивилистической направленности, ни в одном из случаев, а лишь соответствует той ситуации, в которой заключается.

Если рассматривать мировое соглашение только с точки зрения гражданского права, как содержащее в себе материальные нормы, без привязки к процессуальному назначению, можно увидеть двойственность договорной сущности, а именно само соглашение между сторонами – как полноценный договор (сделку), содержащий в себе элементы других договоров, невыполнение (или ненадлежащее выполнение) условий которых явилось основанием возникновения спора. Таким образом, можно говорить о специфической разновидности гражданско-правового договора, наряду с уже предусмотренными законодателем, потому как в соответствии с п. 2 ст. 421 ГК «Стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами». В связи с этим возникает необходимость правовой регламентации. Д.Л.Давыденко считает, что «логичнее всего такое понятие предусмотреть в ГК РФ в качестве одного из видов договоров под наименованием «Мировое соглашение» («мировая сделка»)² С одной стороны

¹ *Гражданский процесс: учебник/под ред. М.К.Треушникова.* – М., 2007.

² *Давыденко Д.Л. Мировое соглашение и мировая сделка: соотношение понятий // Вестник ВАС РФ. – 2008. – № 12.*

С моей точки зрения мировое соглашение удачнее всего вписалось бы в концепцию так называемых модельных кодексов, имеющих рекомендательный характер.

В них можно было бы дать подробное описание наиболее часто встречающихся вариантов мировых соглашений, классифицировав их по видам договоров, лежащих в основе, с указанием обязательных условий. Это позволило бы сторонам при составлении своего варианта соглашения предусмотреть все необходимые положения, которые требуется включить в содержание, чтобы в дальнейшем избавиться от каких бы то ни было неясностей при его толковании и исполнении. Что же касается, введения в оборот определения мирового соглашения, то одних диспозитивных норм будет мало. Идеальным вариантом выступает закрепление именно на законодательном уровне, путем включения в ГК РФ или в отдельный закон, что смогло бы сделать акцент именно на гражданско-правовой основе.

данный подход не лишён смысла, потому как где, как ни в Гражданском Кодексе следует закреплять нормы, касающиеся договорных правоотношений, но вместе с тем мировое соглашение в каждом случае настолько специфично, в плане того широкого круга договоров, которые могут лежать в его основе, что упоминание только лишь в ГК РФ может не охватить всех тонкостей и нюансов, которые возникают на практике.

*Раднаева Д.Б.
Филиал ОАО Банк ВТБ*

Актуальные проблемы совершенствования некоторых положений российского законодательства об ипотеке (залоге недвижимости)

Наличие несовершенства действующего российского законодательства о залоге в целом, и об ипотеке, в частности, становится все более явным с развитием рыночных отношений. Назревает необходимость реформирования законодательства таким образом, чтобы позволить участникам отношений избежать те немалые сложности, которые вытекают из действующих положений о залоге недвижимости (ипотеке) и практики их применения судами.

В настоящее время законодательство и правоприменительная практика требуют предельно точного описания закладываемого имущества, и отсутствие такого описания влечет риск недействительности договора. Соответственно описание, на наш взгляд, должно включать кроме всего прочего, залоговую стоимость имущества, но законодательство обошло стороной этот немаловажный вопрос, не давая подробных указаний и четкого определения понятия залоговой стоимости. На практике довольно часто возникает связанная с этим проблема о том, за какую цену продавать заложенное имущество. Лишь Гражданский кодекс РФ в п. 3 ст. 350 определяет, что начальная продажная цена заложенного имущества, с которой начинаются торги, определяется решением суда в случаях обращения взыскания на имущество в судебном порядке, либо по соглашению сторон в остальных случаях. Некоторые авторы предлагают вообще убрать требование об указании стоимости заложенного имущества в договоре об ипотеке, «поскольку такая стоимость в любом случае будет со временем меняться и не должна влиять на размер средств, которые сможет получить обеспеченный кредитор».¹ Однако, согласиться с вышеизложенным не представляется возможным, поскольку согласно ст. 339 Гражданского кодекса РФ оценка предмета залога является существенным условием договора о залоге и в случае, если стороны такого договора не достигнут со-

¹ Бевзенко Р.С. Существенные условия договора ипотеки в арбитражной практике // Законодательство. – 2008. – № 9.

глашения по этому условию, либо оно вообще отсутствует в нем, то договор о залоге не может считаться заключенным.¹

Следующий проблемный аспект связан с необходимостью урегулирования вопросов, вытекающих из неразрывной связи земельного участка с расположенным на нем зданием. В ст. 1 Земельного кодекса РФ провозглашен принцип «единства судьбы земельных участков и расположенных на них иных объектов недвижимости». В настоящее время «единая судьба» земельных участков и зданий порождает неопределенность и целый ряд проблем, в том числе: когда у залогодателя отсутствует какое-либо оформленное право на земельный участок или данное право оспаривается; при залоге здания, расположенного на земельном участке, который арендован на основании незарегистрированного краткосрочного договора аренды; при решении вопроса о возможности залога унитарным предприятием здания, расположенного на арендованном земельном участке, который находится в собственности государства или муниципального образования. Необходимы законодательные изменения, которые позволят разрешить указанные неясности, должна быть более четкая правовая регламентация, а не только сложившаяся юридическая практика крупных банков и других субъектов рассматриваемых правоотношений.

На уровне федеральных законов отсутствует правовое регулирование порядка внесения в Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество (далее – ЕГРП) записи об ипотеке, возникающей в силу закона. Это создает возможность для злоупотребления правом со стороны залогодателя, который может без согласия залогодержателя продать объект ипотеки третьему лицу, у которого нет возможности получить информацию об обременениях объекта из ЕГРП. Такое лицо признается в текущей судебной практике добросовестным приобретателем объекта недвижимости.² Для устранения указанного риска, а также в целях обеспечения открытости и доступности сведений обо всех обременениях имущества в законодательство необходимо включить нормы, предусматривающие эффективный механизм внесения в ЕГРП на недвижимое имущество записей об ипотеке, возникающей в силу закона.

В настоящее время существует ряд проблемных положений, связанных с несогласованностью требований законодательства в отношении ипотеки отдельных видов недвижимого имущества. Рассмотрим некоторые из них.

Действующее законодательство содержит противоречивые требования к порядку оформления договора о залоге морских и речных судов. Так, согласно Федеральному закону «О залоге» № 2872/1-ФЗ от 29.05.1992 г. договор о залоге морских и речных судов должен быть нотариально удостоверен и зарегистрирован в соответствующем реестре судов. Однако специальное законодательство о морских и речных судах (как то: Кодекс торгового мореплавания РФ

¹ Пункт 43 совместного постановления Пленума ВАС РФ и ВС РФ от 01.07.96 г. – № 6/8.

² Маковская А.А. Судебная защита прав добросовестного приобретателя // *Недвижимость и инвестиции. Правовое регулирование.* – 2009. – № 2–3 (11–12).

и Кодекс внутреннего водного транспорта РФ) не содержит требования о нотариальном удостоверении такого договора. Указанное несоответствие между федеральными законами подлежит устранению, а к оформлению договора о залоге морских и речных судов должны быть установлены четкие требования. Кроме того, отсутствует связь между соответствующими реестрами. В настоящее время судовые реестры ведутся местными портами и, хотя данные реестры являются частью «единого» реестра, практически невозможно выяснить является ли предполагаемый объект ипотеки свободным от ареста, обременений, прав третьих лиц за границей или в другом порту.

Существует несогласованность требований законодательства относительно залога воздушных судов. Необходимо провести четкое разделение между нормами, регулирующими регистрацию прав в отношении недвижимости в целом, и нормами, регулирующими регистрацию прав в отношении воздушных судов. Требование о регистрации обременений в Государственном реестре гражданских воздушных судов необходимо удалить как излишнее, в силу требования о регистрации таких обременений в Едином государственном реестре прав на воздушные суда.

Довольно интересен вопрос о залоге имущества, которое может быть классифицировано как имущество мобилизационного резерва. Действующее законодательство содержит в себе значительные риски для залогодержателей, так как оно запрещает передавать в залог имущество мобилизационного резерва (имущество организаций, входящих в систему государственного резерва, также земельные участки, на которых эти организации расположены, и участки недр, которые используются для хранения государственного резерва), но не содержит четкие критерии квалификации имущества как мобилизационного. Банковское сообщество сетует, что на практике каждый раз в случае спора, отнесение имущества к мобилизационному, оценивается судом на основе различных доказательств. В результате кредиторы, полагающиеся на «чистоту» имущества и его хорошую ликвидность, оказываются в ситуации, когда на него не может быть обращено взыскание по той причине, что это имущество оказалось мобилизационным и принадлежит на праве собственности РФ. Данная неясность законодательного регулирования мобилизационного имущества должны быть устранена. В целом, выявленные юридические проблемы делают залоговые сделки более сложными, чем они должны быть, и они не в полной мере удовлетворяют потребности современного гражданского оборота. Соответственно, для решения этих проблем в некоторых случаях будет достаточно внесения уточнений в законодательство, в иных – потребуются более кардинальные перемены. В любом случае, по нашему мнению, потребуются комплексное изменение целого ряда законов, касающихся залога ипотеки (залога недвижимости), включая Гражданский кодекс РФ, Закон о залоге, Закон об ипотеке, Закон об оценочной деятельности и многие другие законы. Таким образом, реформирование некоторых положений законодательства об ипо-

теке послужит существенным фактором как для развития и роста экономики страны, так и для повышения эффективности и правовой значимости обеспечивающей «аксессуарной» сделки не только для кредиторов, но и для заемщиков.

*Савицкая О.Г.
Московский университет МВД России*

Некоторые аспекты обеспечения имущественной ответственности организаций, оказывающих услуги в сфере управления многоквартирными домами

В настоящее время одним из ключевых субъектов на рынке жилищно-коммунальных услуг выступает управляющая организация. Привлекая организацию к управлению многоквартирным домом, собственники передают ей весь комплекс полномочий по управлению данным домом. Вместе с тем, отсутствие законодательных требований к обеспечению имущественных гарантий деятельности управляющих организаций существенно тормозит развитие института управления многоквартирными домами.

Отметим, что за последние два года было создано более 10 тыс. организаций, оказывающих услуги по управлению жилищным фондом, обслуживающих свыше 800 тыс. домов, в которых проживает около 70 млн. граждан. Ежегодный ущерб от злоупотребления управляющих организаций составил более 65 млрд. руб.¹

На сегодняшний день основной вектор реформы жилищно-коммунального хозяйства направлен на развитие саморегулирования в сфере управления многоквартирными домами. Под саморегулированием следует понимать механизм воздействия на деятельность хозяйствующих субъектов, сочетающий административное и корпоративное регулирование.

Федеральный закон от 01.12.2007 г. № 315-ФЗ «О саморегулируемых организациях», вступивший в силу 14 декабря 2007 г., определил правовой статус саморегулируемых организаций, однако сложившийся опыт показал, что общих положений данного Закона недостаточно для организации деятельности саморегулируемых организаций в сфере управления многоквартирными домами, в связи с чем для устранения законодательных пробелов необходимо внести соответствующие дополнения в Жилищный кодекс РФ, предусматривающие особенности создания саморегулируемых организаций в данной сфере.

Под саморегулируемой организацией в сфере управления многоквартирными домами следует понимать некоммерческую организацию, созданную в соответствии с Гражданским кодексом РФ, Федеральным законом «О саморе-

¹ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.sro.ru/>.

гулируемых организациях», основанную на членстве юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, оказывающих услуги по управлению многоквартирными домами, сведения о которой внесены в государственный реестр саморегулируемых организаций.

Одной из основных задач саморегулируемой организации должно стать обеспечение имущественных гарантий деятельности управляющих организаций. С целью защиты прав и законных интересов собственников помещений в многоквартирном доме необходимо установить, чтобы выполнение требования к страхованию гражданской ответственности за причинение ущерба третьим лицам, а также за неисполнение договорных обязательств перед потребителями услуг являлось обязательным условием членства в саморегулируемой организации.

Для обеспечения индивидуального подхода к деятельности каждой управляющей организации размер страховой суммы предлагаем определить в процентном отношении от площади обслуживаемого жилищного фонда, его технического состояния и вида предоставляемых услуг. Договор страхования гражданской ответственности может распространяться на все работы, которые выполняет управляющая организация в течение определенного периода, либо на работы, выполняемые в отношении конкретного многоквартирного дома.

Выгодоприобретателями по договорам страхования вправе выступать как потребители произведенных работ, так и иные лица, которым может быть причинен вред в результате выполнения работ членами саморегулируемой организации. Помимо введения обязательного страхования деятельности управляющих организаций, саморегулируемой организацией в сфере управления многоквартирными домами должен предусматриваться компенсационный фонд, который также будет являться дополнительным механизмом обеспечения ответственности. Формирование компенсационного фонда следует осуществлять за счет денежных взносов членов саморегулируемой организации, размер которых устанавливается данной организацией самостоятельно.

Считаем целесообразным определение размера компенсационных взносов пропорционально площади и технической характеристике обслуживаемого жилищного фонда, а также установление следующего порядка расходования средств компенсационного фонда: средства компенсационного фонда подлежат использованию только в тех случаях, когда возмещение ущерба не покрывается страховыми выплатами.

Отметим, что компенсационный фонд, созданный саморегулируемой организацией, обладает рядом особенностей, среди которых можно выделить: строгое целевое расходование его средств (возмещение причиненного вреда жизни и здоровью, имуществу граждан, окружающей среде, государственному и муниципальному имуществу и т. д.); компенсационный фонд является гарантом обеспечения имущественной ответственности членов саморегулируемой организации, что обуславливает возложение на них обязанности сохранения

средств данного фонда; средства, израсходованные из компенсационного фонда, подлежат восстановлению. Так, когда за счет средств компенсационного фонда производилось возмещение причиненного вреда, его причинитель – член саморегулируемой организации должен будет пополнить компенсационный фонд на эту сумму, а в случае его неплатежеспособности пополнение средств фонда производится за счет средств остальных участников в равных долях.

Следует учитывать, что страхование гражданской ответственности и формирование компенсационного фонда – принципиально разные по своей правовой природе гражданско-правовые институты. Создание компенсационного фонда представляет собой фактически выдачу саморегулируемой организации в соответствии с прямым предписанием закона публичной гарантии возмещения вреда, причиненного ее членами в период осуществления профессиональной деятельности. Это означает, что из средств компенсационного фонда должен возмещаться вред, причиненный членами этой организации, в любом размере в пределах суммы сформированного фонда. Обязательство же страховщика всегда носит ограниченный характер, как по причинам причинения вреда, так и по размеру – в пределах предусмотренной договором страховой суммы.

Размещение средств компенсационного фонда в целях их сохранения и инвестирования следует осуществлять через управляющие компании. Контроль за соблюдением управляющими компаниями ограничений размещения и инвестирования средств компенсационного фонда должен быть возложен на депозитария на основании договора об оказании услуг специализированного депозитария. В связи с изложенным, необходимо закрепить в Жилищном кодексе РФ нормы, определяющие порядок страхования гражданской ответственности в случае выполнения работ и оказания услуг управляющими организациями ненадлежащего качества, особенности формирования компенсационного фонда саморегулируемой организацией в сфере управления многоквартирными домами.

Кроме того, с целью создания правовых основ для развития института саморегулирования в сфере управления многоквартирными домами, следует внести дополнения в Жилищный кодекс РФ, регламентирующие обеспечение деятельности данных саморегулируемых организаций: определяющие основные задачи, права и обязанности саморегулируемых организаций в сфере управления многоквартирными домами, порядок разработки и утверждения стандартов и правил, требований к членству в данных организациях, механизмы взаимодействия саморегулируемых организаций с органами государственной власти и местного самоуправления, а также с собственниками помещений в многоквартирных домах. Принятие указанных дополнений в Жилищный кодекс РФ позволит значительно повысить управляемость жилищно-коммунальным комплексом и обеспечить переход к рыночным отношениям в сфере управления многоквартирными домами.

Понятие и значение охраны труда

Правовая база настоящего правового института весьма внушительна, ибо в нее входят не только национальные и международно-правовые акты сферы трудовых отношений, но и близких к ним отраслей: административной, конституционной, гражданской, уголовной.

На основе анализа нормативно-правовых актов и доктринальных источников раскрываются основные понятия охраны труда в современной России. Трудовое законодательство включает совокупность норм, имеющих целью обеспечить условия труда, безопасные для жизни и здоровья работников. Таким образом, конкретизируется положение Конституции РФ о том, что «каждый имеет право на труд в условиях, отвечающих требованиям безопасности и гигиены» (ч. 3 ст. 37). Также, ч. 2 ст. 7 Конституции РФ гласит: «В Российской Федерации охраняется труд и здоровье людей».¹ Таким образом, указанными статьями закрепляется право на безопасные условия труда и обязанность государства охранять не только трудовую деятельность граждан, но и здоровье в процессе реализации права на труд.

Открывая раздел Трудового кодекса «Охрана труда», ст. 209 закрепляет содержание основных понятий, используемых в процессе обеспечения безопасных условий труда для работников, и тем самым служит правильному пониманию и применению правовых норм, включенных в названный раздел.

Так, определение в Трудовом Кодексе понятия «охраны труда» как система сохранения жизни и здоровья работника в процессе трудовой деятельности, включающая в себя правовые, социально-экономические, организационно – технические, санитарно – гигиенические, лечебно – профилактические, реабилитационные и иные мероприятия,² дает представление об этой сфере как о многогранной деятельности государства и работодателей, направленной на охрану жизни и здоровья работников в процессе труда и в связи с ним. Кроме того, приведенное определение позволяет рассматривать охрану труда не только как систему мероприятий, опосредованных правом и подкрепленных в силу этого соответствующим механизмом обеспечения, но и как систему организационных действий руководителей., позволяющих оперативно решать вопросы охраны труда, которые возникают в процессе производственной деятельностью. Под условиями труда в данной статье понимается совокупность факторов производственной сферы и трудового процесса, оказывающих влияние на работоспособность и здоровье работника. Одни ученые под охраной

¹ Конституция РФ от 12.12.1993 г.– М.: Издательство «Омега – Л», 2010.

² Трудовой Кодекс РФ от 30.12.2001 г.

труда предполагают всемерную охрану трудоспособности человека.¹ Другие ученые охрану труда рассматривают в широком и узком смыслах. Охрана труда в широком смысле представляет собой систему норм и правил, установленных в интересах работников и направленных на создание условий, благоприятных для трудовой деятельности, в узком – система сохранения жизни и здоровья работников в процессе трудовой деятельности.²

Прежде всего, охрана труда, регламентированная законодательным путем, это деятельность органов и должностных лиц, уполномоченных обеспечить строгое, неукоснительное соблюдение той части трудового законодательства и нормативных правовых актов, в том числе международно-правового уровня, которые наделяют определенными полномочиями, устанавливают предметы ведения каждого участника трудовых правоотношений, закрепляют механизм обеспечения реализации и защиты их прав и законных интересов. Конечно, указанная деятельность не может быть реально осуществима без учета указанных в ст. 209 Трудового кодекса РФ правовых, социально-экономических, организационно-технических, санитарно-гигиенических, лечебно-профилактических, реабилитационных и иных мероприятий.

Охрана труда имеет социальное, экономическое и правовое значение. Социальное значение охраны труда в том, что она: 1) охраняет жизнь и здоровье работника от возможных производственных вредностей; 2) направлена на сохранение работоспособности и трудового долголетия человека; 3) способствует его культурно-техническому росту, так как лишь не чрезмерно усталый от работы работник способен вечерами учиться, повышать свою квалификацию, читать, развлекаться, заниматься спортом, развивать свою личность; 4) способствует гуманизации труда, его облегчению.

Экономическое значение охраны труда в том, что она способствует: 1) росту производительности труда работников, а тем самым и росту производства, экономики; 2) экономии фонда обязательного социального страхования и сокращению потерь рабочего времени, так как при хорошей охране труда меньше производственного травматизма, профессиональных заболеваний, а следовательно, меньше больничных листов и возмещения ущерба за вред, причиненный здоровью работника.

Таким образом, институт охраны труда имеет две специфические особенности. Во-первых, он опирается в значительной мере на технические и медицинские стандарты и близок к технике, в частности, к метрологии, медицине (гигиене труда, токсикологии), к физиологии труда, к экологии. Правовые нормы, обеспечивающие безопасность труда, зачастую переплетаются с техническими, медицинскими, физиологическими нормативами, с нормами организационного характера.³

1 *Трудовое право России: Учебник. 2-е изд. Под ред. С.П.Маврина и Е.Б.Хохлова М., 2007.*

2 *Трудовое право России: Учебник В.Б.Гольцов, 2006.*

3 *Трудовое право России и зарубежных стран: Учебник 2 – е изд. Под ред. И.Я. Киселев. – 2006.*

Правовое значение охраны труда состоит в том, что: 1) она способствует работе по способностям с учетом тяжести условий труда, физиологических особенностей женского организма, его материнской функции, семейных обязанностей работников, а также психофизиологических особенностей организма несовершеннолетних, уровня трудоспособности инвалидов; 2) правовой статус гражданина включает основное его право на охрану труда и юридические статутные гарантии этого права не только в процессе трудовой деятельности, но и при приеме на работу лиц, требующих особой защиты. Так, нельзя принимать женщин, несовершеннолетних до 18 лет на противопоказанные для них по медицинским основаниям работы; 3) вопросы охраны труда являются объектом организационно-управленческих отношений коллектива работников и профсоюзного органа организации с администрацией, работодателем, а также социально-партнерских отношений на федеральном, отраслевом, региональном и территориальном уровнях; 4) она является важнейшим элементом трудового правоотношения работника с работодателем, по которому работодатель обязан обеспечить охрану труда на рабочем месте работника, а работник – соблюдать инструкции по охране труда.

*Сафина Ю.Ф.
Институт права БашГУ*

Значение альтернативных способов при разрешении экономических споров

С 1 января 2011 г. вступил в силу Федеральный закон «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)». Проект данного закона прошел серьезную экспертизу на ряде научно-практических форумов с участием судейского корпуса, юридической ответственности и практикующих иностранных медиаторов.

Следует отметить, что в настоящий момент нормы российского законодательства в отношении альтернативных способов разрешения споров носят отрывочный и декларативный характер. Законодательство не определяет понятия альтернативных способов разрешения споров и разрешительных процедур.

Альтернативное разрешение споров – решение спора в порядке, установленном сторонами по своему выбору с вынесением обязательного для исполнения решения, либо прекращение конфликта на основе достижения взаимовыгодных договоренностей.

Существует несколько альтернативных методов разрешения споров. Первый, самый распространенный, нормальный и естественный – урегулирование споров путем переговоров самими сторонами. Вторым может быть более сложный, более квалифицированный – переговоры с участием юридического

консультанта. И третий – переговоры с участием посредника. Посредник помогает сторонам, во-первых, наладить переговоры, во-вторых, провести их нормально, помогая им своим опытом, умением, правильной позицией. И самое главное, он помогает им закончить, по возможности, спор соглашением, которое имеет силу закона и подлежит обязательному исполнению.

Наконец, существует еще более сложная форма разрешения споров – третейское разбирательство, когда дело разрешает не государственный судья, а тот, которого выбрали спорящие стороны. И вот этот третейский суд по поручению, по просьбе спорящих сторон разрешает спор, выносит решение. Это уже не соглашение между спорящими сторонами, а это именно решение. И коль скоро стороны доверили разрешение спора этому третейскому суду, то решение третейского суда является для них обязательным и они его должны выполнить. Но выполнить они его должны добровольно. А если добровольного исполнения нет, тогда одна из сторон, заинтересованная в этом, может обратиться в государственный суд с просьбой дать разрешение на принудительное исполнение данного решения третейского суда. Государственному суду не надо по существу разрешать спор. При этом суд может, не производя судопроизводства, не вынося собственного решения, проверить, были ли соблюдены правила процедуры, обе ли стороны участвовали в разрешении спора и имели возможность представлять доказательства, не нарушена ли процедура разрешения спора. И если все это соблюдено и решением третейского суда не нарушается публичный порядок, учтены исходные правовые позиции, установленные в данном обществе, и не нарушены интересы третьего лица, то суд подтверждает необходимость исполнения судебного решения и выдает соответствующий исполнительный лист. Тогда решение третейского суда будет принудительно исполнено. Думаю, что альтернативные методы в нашем обществе используются, и довольно широко. Например, переговоры между сторонами. Может быть, меньше, чем с использованием посредника. За рубежом, например в США, Англии, Австралии, посредничество используется очень широко. И во Франции и Германии тоже начали применять этот метод. Используется он и в России, но недостаточно. Мы думаем, что у этого метода разрешения споров есть большая перспектива и в нашей стране.

Необходимость применения альтернативных методов не только не говорит о кризисе судебной системы России, но говорит о том, что она приобретает современные черты. Потому что практически весь мир, его цивилизованная часть давно пришла к тому, что нецелесообразно «навешивать» все конфликты на суды. Например, внутрисемейные конфликты. Здесь чем меньше принуждений, тем лучше.

Это как раз усиливает нашу судебную систему, делает ее более гибкой, более современной, и, помимо прочего, менее загруженной и следовательно, получающей дополнительные возможности для качественной работы. У суда слишком много работы – в каждом маленьком деле надо разобраться, этих

дел очень много, не хватает ни сил, ни времени. Поэтому чем больше наряду с судами будет функционировать несудебных, более гибких, простых, быстрых, дешевых и человечных методов разрешения споров, методов урегулирования конфликтов, тем лучше. Это достоинство судебной системы. Это говорит о том, что она современная и развитая система, которая работает не в одиночестве, а в системе разнообразных методов урегулирования споров. Это достижение судебной системы. К утрате авторитета суда она не приведет. Дело в том, что вся эта система взаимодействует с судами. В случае необходимости подключаются суды. Не урегулирован спор в процессе медиации – попадает в суд. Урегулирован, но не исполнен одной из сторон, – попадает в суд. Судебная государственная поддержка всегда есть, но именно поддержка. А большая часть споров может разрешаться. Заключили соглашение, выполнили его – все, суду нечего делать.

И это действительно свидетельство развитого гражданского общества, совершенствования судебной системы. Это новые шаги к строительству настоящего правового государства. И чем больше подобных возможностей самостоятельного разрешения споров, без привлечения государства, тем дальше развивается гражданское общество.

*Сафронова Е.В.
Институт права БашГУ*

О некоторых вопросах злоупотребления в системе трудовых отношений

Трудовой кодекс РФ провозглашает задачу – создание необходимых правовых условий для достижения оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений, интересов государства (ст. 1 ТК РФ).

Все это свидетельствует о том, что происходит процесс преобразования во взаимоотношениях между работниками, работодателями и государством: создаются условия для повышения самостоятельности субъектов трудового права в регулировании трудовых и непосредственно с ними связанных отношений, поощряется добросовестное отношение к труду. К сожалению, приходится констатировать, что трудовое право не только выполняет свою основную функцию, но и становится средством получения необоснованных преимуществ перед другими субъектами права. Прежде всего, имеется в виду такое правовое явление, как злоупотребление правом.¹

В частности злоупотребление предоставленными работнику законодательством трудовыми правами может выражаться в следующем: намеренное введение руководства и работников работодателя в заблуждении относительно своих причин отсутствия на рабочем месте, в частности сообщение либо не

¹ Журнал «Кадровик» от 09.09.09 г.

сообщение им о болезни; не предоставление объяснений о причинах своего отсутствия на рабочем месте даже после получения письменных запросов от работодателя; наличие у работодателя сведений о том, что работник не собирався продолжать исполнение своих трудовых функций; работник документов, подтверждающих уважительность причин отсутствия на рабочем месте не предоставляет; фактически работает на другом предприятии, что подтверждается показаниями свидетелей, сведениями из ИФНС, либо иными другими сведениями (публикацией в местной газете); требует оплаты за время самовольного невыхода на работу и неисполнения трудовых обязанностей.

Допускаемое работником злоупотребление правом приводит к получению им выгод, прежде всего в виде собственной неуязвимости в отношении увольнения, даже если увольнения, вызвано непосредственно действиями работника или вызвано экономической ситуацией на предприятии.

Злоупотребление правом может причинить имущественный ущерб работодателю в случае, когда увольнение будет признано незаконным и с него будет взыскана заработная плата за время вынужденного прогула, а также иные взыскания в пользу работника. Неосновательное получение выгод от злоупотребления правом, как правило, сопряжено с причинением вреда другому участнику правоотношений, хотя причинение вреда может выступать и в качестве единственной цели недобросовестного лица.

Для злоупотребления правом характерна внешняя, формальная правомерность поведения работника в возникшей юридической ситуации, поскольку его иск о восстановлении на работе с точки зрения закона подлежит удовлетворению, так как наличествуют основания, свидетельствующие о незаконности увольнения. При очевидности факта умышленного сокрытия работником обстоятельств незаконности производимого увольнения суд оказывается перед сложным выбором: признать увольнение незаконным, поощрив тем самым проявленную истцом недобросовестность, либо отказать в иске, формально допустив при этом нарушение закона.

Трудовое законодательство требует от работника добросовестности только при исполнении своих трудовых обязанностей, возложенных на него трудовым договором (абз. 17 ст. 21 ТК), однако не содержит аналогичного требования применительно к реализации и защите работником своих трудовых прав. Отсутствие подобного требования следует рассматривать как пробел трудового законодательства, подтверждением чего служит анализ ситуаций, в которых суд испытывал затруднения при квалификации действий работника как недобросовестных.

В трудовом законодательстве (в частности, в Трудовом кодексе РФ) отсутствует прямое указание на недопустимость злоупотребления правами субъектами трудовых отношений, что создает реальную угрозу их стабильного и поступательного развития: лицо, злоупотребляющее правом, причиняет вред (как имущественный, так и личный неимущественный) своему контрагенту,

добросовестно выполняющему свои трудовые обязанности, или создает ситуацию реальной угрозой его причинения.¹

Таким образом, неразработанность трудового законодательства создает не только возможность получения лицом, злоупотребляющим правом, необоснованных преимуществ перед другими управомоченными субъектами, но и возможность безнаказанного совершения деяний для удовлетворения собственных потребностей (при причинении при этом вреда другим лицам) или пренебрежительное отношение к правам и законным интересам других лиц.

Сахно Д.К.

Национальный исследовательский университет – Высшая школа экономики

Статус ребенка в ходе исполнения решений суда об определении его места жительства

После определения места жительства ребенка с одним из его родителей данное решение суда должно быть исполнено. Считается, что при исполнении такого решения у сторон наверняка не возникнет путаницы в понимании и исполнении решения суда.² В противном случае родитель или судебный пристав-исполнитель вправе обратиться в суд с заявлением о разъяснении вынесенного решения. Но, к сожалению, на практике так происходит далеко не всегда. Процесс исполнения судебных решений, касающихся судьбы детей, является сложным и весьма неоднозначным, т. к. чаще всего действия родителей по исполнению решения должны иметь регулярный характер. Данный процесс неразрывно связан и со многими психологическими аспектами лиц, участвующих в нем, который также необходимо принимать во внимание. Так, общение с детьми, их воспитание всегда вызывают у родителей сильные эмоции, чаще всего заряд положительной энергии, желание счастья для собственного ребенка, которые сложно совместить с присутствующим иногда чувством обиды, разочарования, злости или эгоизма, которые вызывает осознание принудительной силы судебного решения.

Во-первых, интересно остановиться на таком вопросе, как предмет исполнительного производства. В частности, в документах судебных приставов-исполнителей родители ребенка обозначаются как должник и взыскатель соответственно, а ребенок оказывается в роли «имущества». Данный факт рассматривается средствами массовой информации как оскорбляющий и негуманный.³ Данный довод, конечно, не является юридическим, но вполне имеет

¹ Миронов В.И. Трудовое право России. Учебник. – М.: 2005.

² Кузнецова О.В., Слобцов И.А. Споры о детях: определение места жительства ребенка и порядка его общения с родителями. – М.: Подготовлен для системы «Консультант плюс», 2009.

³ На свидание с сыном отец приходит с судебными приставами [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.gazeta.spb.ru/64895-0/>.

право на существование: ни в одной отрасли права субъект не рассматривается в качестве предмета, объекта или имущества. Потому такое приравнивание несовершеннолетнего лица, из чьих прав и интересов должен исходить суд, вынося решение об определении его места жительства, к имуществу или неодушевленным объектам (наряду, например, с ценными бумагами, недвижимым имуществом должника или обязательственными правами, которые являются предметами других видов исполнительных производств), выглядит крайне нелогичным и не исходящим из интересов ребенка.

Если рассматривать исполнительное производство как закономерное продолжение судебного разбирательства, то такой подход к определению роли ребенка в исполнительном производстве вызывает еще больше вопросов. В ходе судебного разбирательства несовершеннолетнее лицо, чье место жительства в настоящий момент определяется, не обозначается никаким специальным термином. Он не выступает ни истцом, ни ответчиком, ни одной из категорий третьих лиц. Но при этом абсолютно точно можно сделать вывод, что суд рассматривает это лицо именно как лицо, субъект права. В частности, ребенок имеет независимых и незаинтересованных (по отношению к спорящим родителям) представителей – органы опеки и попечительства, прокурор; он имеет право на выступление в суде и высказывание своего мнения, а с достижения 10-летнего возраста его мнение обязательно должно учитываться. В ходе же исполнительного производства несовершеннолетнее лицо не только отсутствует в нем в каком-либо статусе, но и ввиду этого не имеет в нем никаких прав. ФЗ «Об исполнительном производстве»¹ в ст. 48 указывает три категории лиц, участвующих в исполнительном производстве: должник, взыскатель и иные лица, содействующие исполнению требований, содержащихся в исполнительном документе (переводчик, понятые, специалист, лицо, которому судебным приставом-исполнителем передано под охрану или на хранение арестованное имущество, и другие). Под категорию должника и иных лиц несовершеннолетний явно не подпадает – должником является родитель, который должен исполнить решение суда в пользу второго родителя, т. е. передать ему ребенка; а в качестве иных лиц по данной категории дел можно рассматривать органы опеки и попечительства и работников милиции. А вот относительно категории взыскателя нельзя дать столь однозначный ответ. Как следует из текста п. 3 ст. 49 ФЗ «Об исполнительном производстве» взыскателем является гражданин или организация, в пользу или в интересах которых выдан исполнительный документ. А теперь обратимся к судебной практике, а именно к п. 5 п. 8 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.05.1998 г. № 10 «О применении судами законодательства при разрешении споров, связанных с воспитанием детей». В нем указывается, что «место жительства ребенка определяется исходя из его интересов, а также с обязательным учетом

¹ Федеральный закон РФ «Об исполнительном производстве» от 02.10.2007 г. № 229-ФЗ (в ред. от 27.07.2010 г.) // СЗ РФ. – 2007. – № 41. – Ст. 4849.

мнения ребенка, достигшего возраста десяти лет, при условии, что это не противоречит его интересам».¹

На необходимость соблюдения интересов ребенка как одну из задач исполнительного производства указывают и практики.² Таким образом, получается, что решение выносится в пользу одного из родителей, но в интересах ребенка. Далее, исходя из правила об обязательности учета мнения ребенка, достигшего десятилетнего возраста, судебный пристав в порядке ст. 38 ФЗ «Об исполнительном производстве» может подать в суд заявление об изменении способа и порядка исполнения или обратиться в суд с новым иском заявлением в связи с возникновением новых обстоятельств.³

Потому можно сделать вполне логичный вывод о том, что в исполнительном производстве данное несовершеннолетнее лицо должно обладать хотя бы частью прав взыскателей, а не присутствовать в исполнительных документах без определенного статуса, без прав и без возможности защитить их в случае их нарушения, а тем более приравниваться к предмету исполнительного производства. Конечно, можно возразить, что предметом исполнительного производства в данной категории дел является место жительства ребенка, а не он сам. Но с другой стороны, учитывая реалии данного исполнительного производства, именно ребенок меняет или сохраняет свое место жительства, а не недвижимое имущество, являющееся местом жительства ребенка, изменяет свое местонахождение. Поэтому в очередной раз надо, в том числе и законодателям, учитывать специфику данной категории дел. На наш взгляд, будет рациональным посвятить производству по делам, затрагивающим интересы детей, отдельные статьи в тексте ФЗ «Об исполнительном производстве» (как это сделано, например, в отношении денежных средств, имущественных прав и эмиссионных ценных бумаг, вселения или выселения, восстановления на работе), но введя при этом особый статус указанного несовершеннолетнего лица, с тем, чтобы дистанцировать его от категорий «спорного имущества» или «предмета спора».

В пользу данного тезиса говорит и психологический фактор. Нельзя отрицать тот факт, что сами стороны по делу и их представители предметом спора считают именно ребенка, а не его место жительства. Нейтральная формулировка «определение места жительства ребенка», по сути, скрывает в себе борьбу именно за ребенка, а не за его местонахождение, – не где, а с кем он будет жить.

1 Пункт 5 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.05.1998 г. № 10 «О применении судами законодательства при разрешении споров, связанных с воспитанием детей» (ред. от 06.02.2007 г.) // [Электронный ресурс]: «Консультант плюс».

2 Ермолинская Т. (ведущий специалист-эксперт отдела контроля, анализа, планирования и статистики Управления ФССП России по Республике Карелия) – Как не нанести психологическую травму ребенку при исполнении решения суда [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://ssp.karelia.ru/content/kak-nanesti-psikhologicheskuyu-travmu-rebenku-pri-ispolnenii-resheniya-suda>.

3 Кузнецова О.В., Слобцов И.А. Споры о детях: определение места жительства ребенка и порядка его общения с родителями. – М.: Подготовлен для системы «Консультант плюс», 2009.

К вопросу о сущности авторского права в современных условиях

Ко времени введения в действие Основ гражданского законодательства на территории РФ от 4 августа 1992 г. понятие интеллектуальной собственности уже прочно вошло в юридический оборот, т. е. широко использовалось в различных подзаконных актах и в публикациях на юридические темы. Окончательно термин «интеллектуальная собственность» был узаконен новой Конституцией РФ от 12 декабря 1993 г. Хотя ст. 44 Конституции РФ, посвященная свободе литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, и не раскрывает содержание данного понятия, но подчеркивает, что «интеллектуальная собственность охраняется законом».

В соответствии с Федеральным законом от 18.12.2006 г. № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» была принята часть четвертая Гражданского кодекса РФ (далее ГК РФ), которая включает один раздел VII «Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации», состоящий из 9 глав. Соблюдение правил в сфере интеллектуальной собственности является одним из главных показателей развития общества. Но эти правила зачастую нарушаются. Одним из самых распространенных правонарушений в сфере авторского права и смежных прав является воспроизведение контрафактных экземпляров произведений, фонограмм и их незаконная реализация. Все большую угрозу правообладателям представляет незаконное размещение произведений и фонограмм в сети Интернет и сети сотовой связи. Авторское право решает проблему разумного сочетания прав автора на произведение с возможностью использования его обществом.

В РФ автором может быть только физическое лицо, творческим трудом которого создано произведение. Автором произведения считается лицо, указанное в качестве автора на оригинале или экземпляре произведения, до тех пор, пока не будет доказано иное. При опубликовании произведения анонимно или под псевдонимом (за исключением случая, когда псевдоним автора не оставляет сомнения в его личности) издатель, имя или наименование которого обозначено на произведении, считается представителем автора и в этом качестве имеет право защищать права автора и обеспечивать их осуществление. Это положение действует до тех пор, пока автор такого произведения не раскроет свою личность и не заявит о своем авторстве. Статья 17 ГК РФ определяет, что носителем авторских прав в отношении созданных ими произведений могут быть и лица, не достигшие совершеннолетия либо признанные в установленном законом порядке недееспособными или ограниченно дееспособными. Но при реализации авторских прав малолетних авторов (не до-

стигших 14 лет) и недееспособных лиц в качестве их законных представителей выступают родители или опекуны, которые и совершают сделки от их имени. Нарушителем авторских и смежных прав является любое физическое или юридическое лицо, которое не выполняет требований, установленных действующим авторским законодательством. Защита авторских и смежных прав может осуществляться как в юрисдикционной, так и в неюрисдикционной формах. В рамках юрисдикционной формы, в свою очередь, выделяется общий и специальный порядок защиты. По общему правилу защита авторских и смежных прав, а также охраняемых законом интересов их обладателей осуществляется в судебном порядке. В качестве средства защиты выступает судебный иск, т. е. обращенное к суду требование об отправлении правосудия, с одной стороны, и обращенное к ответчику материально-правовое требование о выполнении лежащей на нем обязанности или о признании наличия или отсутствия правоотношений – с другой.

Специальным порядком защиты авторских и смежных прав является административный порядок их защиты. Неюрисдикционная форма защиты охватывает собой действия граждан и организаций по защите авторских и смежных прав, которые совершаются ими самостоятельно, без обращения за помощью к государственным или иным компетентным органам.

Способы защиты авторских и смежных прав – закрепленные законом материально-правовые меры принудительного характера, посредством которых производятся восстановление (признание) нарушенных (оспариваемых) прав и воздействие на правонарушителя. Авторское право и Интернет в контексте развития авторских отношений порождают спорные вопросы. С развитием сети Интернет появились новые виды объектов авторского права, например, программное обеспечение для функционирования интернет-сайтов и т. п. Появились и новые формы распространения объектов авторского права.

По действующему авторскому законодательству возможно территориальное ограничение действия авторских прав (при этом мы акцентировали внимание, что это невозможно, когда речь идет о распространении произведения в Интернет). За последние сто с небольшим лет авторское право сделало большие шаги, поэтому будем надеяться, что авторское право в Интернет найдет свое правовое регулирование. Сегодня интеллектуальная деятельность человека важна и имеет первостепенное значение не только для духовного развития человека и человечества, но и для социального и экономического состояния любого государства. Незаконное воспроизведение произведений (литературы, искусства, науки и т. д.) наравне с незаконным распространением являются наиболее известными видами их нелегального использования. Необходимо так же решить вопросы компенсации за время, потраченное правообладателями в судах на защиту своих прав, оплаты труда их представителей. Такой подход позволит создать слаженную работу, обеспечить не простое декларируемое, а подлинную реализацию авторских прав.

К вопросу правового регулирования прав концессионера по концессионному соглашению

В данной статье даётся подробный анализ правовому регулированию прав концессионера по концессионному соглашению. В результате проведённого исследования автором данной статьи выявлены правовые пробелы, которые должны быть устранены посредством внесения изменений и дополнений в Федеральный закон «О концессионных соглашениях».

Концессионные права в соответствии с концессионным законодательством РФ осуществляются концессионером в отношении: 1) третьих лиц, когда концессионер действует как законный владелец недвижимого объекта; 2) государства, когда концессионер выступает в положении должника по концессионному обязательству; 3) объекта недвижимости, когда концессионер обязуется осуществлять деятельность по использованию (эксплуатации) объекта концессионного соглашения, несёт бремя расходов и содержания имущества.

По российскому концессионному законодательству права концессионера регулируются п. 1 ст. 8 Федерального закона «О концессионных соглашениях». На взгляд автора, при анализе данной правовой нормы следует внести изменение:

– во-первых, дополнить ч. 1 ст. 8 новым п. 1.1 следующего содержания: «1.1 владеть и пользоваться объектом концессионного соглашения при соблюдении условий, установленных концессионным соглашением».

– во-вторых, необходимо ст. 8 Федерального закона «О концессионных соглашениях» дополнить новым подп. 4 п. 1 следующего содержания: «4. Проводить реконструкцию, техническое переоснащение объекта концессионного соглашения без согласия концедента».

– в-третьих, следует дополнить новым п.п. 5 п. 1 ст. 8 Федерального закона «О концессионных соглашениях» следующего содержания: «5. Компенсировать вложенные в создание, реконструкцию и эксплуатацию объекта концессионного соглашения капиталовложения, в предусмотренных настоящим Федеральным законом и типовыми соглашениями случаях».

– в-четвёртых, представляется возможным в Федеральном законе «О концессионных соглашениях» закрепить право собственности концессионера на приобретённое им сырьё, материалы, оборудование. Дополнить новым п.п. 6 п. 1 ст. 8 Федерального закона «О концессионных соглашениях», а именно: «6. Приобретать право собственности на сырьё, материалы, оборудование, приобретённое концессионером при исполнении концессионного соглашения».

Правовым пробелом Федерального закона «О концессионных соглашениях» в сфере регулирования прав концессионера является отсутствие конкретного перечня обстоятельств, при которых концессионер имел бы право изменить срок концессионного соглашения. Именно продление срока гарантировало бы право концессионера получения прибыли от своего инвестирования (капиталовложения). С целью устранения данного правового пробела является необходимым дополнить новой ст. 6.1 Федерального закона «О концессионных соглашениях» следующего содержания: «Ст. 6.1 Продление срока концессионного соглашения. Концессионер вправе продлить срок концессионного соглашения при наличии следующих обстоятельств: 1) задержка в завершении или приостановление эксплуатации объекта концессионного соглашения в результате форс-мажорных обстоятельств (т. е. обстоятельств непреодолимой силы); 2) приостановление проекта в результате действий государственных органов власти; 3) повышение издержек, не предусмотренных в концессионном соглашении, в результате требований концедента, если концессионер не может возместить данные издержки без соответствующего продления срока концессионного соглашения».

В концессионных соглашениях, по мнению многих исследователей, например Русиновой А., за концессионером должно быть закреплено право, что в случае возникновения у него в результате действий концедента расходов, не предусмотренных концессионным соглашением, требовать возмещения этих расходов концедентом. На наш взгляд целесообразно дополнить новым п.п. 7 п. 1 ст. 8 Федерального закона «О концессионных соглашениях» следующего содержания: «7. Концессионер в случае возникновения у него в результате действий концедента расходов, не предусмотренных концессионным соглашением, вправе требовать либо возмещения этих расходов концедентом, либо продление срока действия концессионного соглашения на срок, необходимый для покрытия данных расходов».

Гл. 3 Федерального закона «О концессионных соглашениях» устанавливает процедуру проведения конкурса на право заключения концессионного соглашения. При правовом анализе ст. 21 Закона непонятно вправе ли концессионер сам непосредственно предлагать государству провести конкурс на право заключения концессионного соглашения. В связи с данной ситуацией, на наш взгляд, являлось бы целесообразным дополнить новым п. 1.1 ст. 21 Федерального закона «О концессионных соглашениях» следующего содержания: «1.1 Концессионер вправе по своей инициативе предлагать государству провести конкурс на право заключения концессионного соглашения на соответствующий объект».

Таким образом, в настоящий период времени существуют пробелы в правовом регулировании прав концессионера. Во-первых, в Федеральном законе «О концессионных соглашениях» должно быть установлено право концессионера на владение и пользование объектом концессионного соглашения при со-

блюдении условий, установленных концессионным соглашением; во-вторых, право концессионера на проведение реконструкции, технического переоснащения объекта концессионного соглашения; в-третьих, право концессионера на компенсацию вложенных капиталовложений в объект концессионного соглашения, в предусмотренных законодательством случаях; в-четвёртых, право собственности концессионера на приобретённое им сырьё; в-пятых, право концессионера предлагать государству провести конкурс на право заключения концессионного соглашения; в-шестых, право концессионера на возмещение расходов концедентом, если они возникли в результате действий последней стороны.

*Сидорова В.Н. к.ю.н., доцент
Санкт-Петербургский гуманитарный университет профсоюзов*

Российское законодательство о несостоятельности (банкротстве) как проблема гражданского права

Интеграция России в мировую рыночную экономику становится одной из косвенных причин возникновения в нашей стране экономических кризисов, в т.ч. связанных с мировыми кризисами. Проблемы кризисных периодов носят не только экономический, но и социальный характер. Как подчеркивает германский экономист Бреде, «на предприятии смыкаются производственный и социальный факторы. Они выступают в качестве комплекса, хозяйства, производящего для рынка товары».¹ В связи с этим значительно повышается роль четко урегулированного и реально действующего в кризисных условиях законодательства о банкротстве, которое должно соответствовать новейшим мировым тенденциям.

Правовой институт современного российского законодательства о несостоятельности (банкротстве) – очень сложный и чрезвычайно важный инструмент регулирования материальных отношений рыночной экономики, один из самых динамично развивающихся правовых институтов. За десятилетний период 1992–2002 гг. в России были приняты три специальных закона общего значения, регулировавшие рассматриваемые правоотношения, с последующими многочисленными изменениями. Но и после внесения очередных изменений,² в правоприменительной практике не только не уменьшалось количество имеющих проблемных вопросов, а, напротив, возникали новые. Общие основопо-

¹ Brede. Betriebswirtschaftslehre. Die 4. Auflage. – Oldenbourg-Munchen-Wien, 1992. – S. 5.

² ФЗ РФ от 30.12.2008 г. № 296-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)», ФЗ от 19.07.2009 г. № 195-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», ФЗ от 27.07.2010 г. № 219-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон "О несостоятельности (банкротстве)" и ст. ст. 1 и 4 Федерального закона "О внесении изменений в Федеральный закон "О несостоятельности (банкротстве)" и др.

лагающие понятия института несостоятельности (банкротства) по-прежнему нуждаются в дальнейшем научно-эмпирическом исследовании, осмыслении и правовой корректировке. Юридико-техническая сложность заложенного в ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» механизма правового регулирования отношений приводит к тому, что подавляющее большинство правовых норм лишены перспективы их практической реализации.

Объем статьи позволяет лишь обозначить проблемные вопросы и сформулировать ряд выводов, полученных в результате проведенных исследований. Однако, прежде чем перейти к непосредственному изложению этих выводов и предложений по совершенствованию действующего законодательства, представляется необходимым отметить, что вопросы несостоятельности (банкротства) юридических лиц входят в сферу научных и практических интересов автора с момента принятия Федерального закона от 19.11.1992 г. № 3929-1 «О несостоятельности (банкротстве) предприятий».

В результате проведенного комплексного исследования современных достижений экономико-правовой науки, действующего законодательства, правоприменительной и судебной практики в объеме, достаточном для выяснения проблем в правовом регулировании отношений несостоятельности (банкротства) юридических лиц, автор, в частности, приходит к следующим выводам:

1. Необходимо на законодательном уровне признать институт несостоятельности (банкротства) юридического лица экономико-правовым институтом, что даст кредиторам, а также государству возможность вне юридических процедур банкротства более эффективно и гибко влиять на процессы несостоятельности (банкротства) хозяйствующих субъектов посредством использования экономических инструментов воздействия: финансовых вливаний, льготного налогообложения, оперативного размещения госзаказа на изготовление профильной продукции и др.

2. Необходимо внести в понятийный аппарат института несостоятельности (банкротства) понятие «стадия экономико-правового состояния юридического лица». Под стадией экономико-правового состояния юридического лица, автор понимает этап или период развития экономической деятельности субъекта, ограниченный определенным временным отрезком, для которого характерны специфические особенности, соответствующие уровню его финансового и экономического состояния. В зависимости от финансового и экономического состояния юридического лица – потенциального банкрота, правоотношения института несостоятельности (банкротства) в своем развитии проходят три стадии экономико-правового состояния:

– стадия неплатежеспособности, которая включает два подэтапа: неплатежеспособность в условиях обычного коммерческого оборота и неплатежеспособность, предшествующая несостоятельности или банкротству юридического лица; стадия несостоятельности; стадия банкротства.

3. Необходимо на законодательном уровне:

– внести и разграничить понятия «фактическое (т. е. экономическое) банкротство» и «юридическое банкротство». Закрепление в институте несостоятельности (банкротства) понятия «фактическое банкротство» имеет большое практическое значение, поскольку позволит избирательно и оперативно влиять на процессы несостоятельности (банкротства) должника посредством экономических мер, минуя сложные юридические процедуры банкротства. Примерами такого избирательного влияния служит государственная поддержка фактических банкротов – АВТОВАЗа и градообразующего предприятия в г. Пикалево;

– предусмотреть процедуру введения элементов охранительного (ограничительного) режима для юридических лиц, находящихся в состоянии фактического банкротства, с целью оперативного восстановления их платежеспособности и состоятельности как экономическими, так и юридическими инструментами.

4. Необходимо на законодательном уровне дифференцировать режим правового регулирования отраслевых отношений (гражданских, трудовых, налоговых и иных регулятивных отношений) в зависимости от стадии экономико-правового состояния юридического лица и соответствующей этой стадии процедуры несостоятельности (банкротства). Отраслевые регулятивные отношения могут существовать в трех режимах правового регулирования:

– обычный режим правового регулирования (в условиях обычной экономической деятельности);

– охранительный (ограничительный) режим: с элементами ограничений, например, по объекту, субъектному составу, сумме или процедуре оформления правоотношения и др.;

– режим охранительного правоотношения: в конкурсном производстве при банкротстве юридического лица. Автором установлено, что режим правового регулирования отраслевых отношений, стадии экономико-правового состояния юридического лица и применяемые процедуры банкротства находятся в тесной взаимосвязи и взаимозависимости, что приводит к необходимости их комплексного регулирования.

5. На законодательном уровне размер денежных требований к должнику, необходимых для возбуждения процедур банкротства, следует дифференцировать в зависимости от суммы долга, периода просрочки и от вида бизнеса: крупный, средний, малый. Установленная действующим законодательством единая сумма задолженности в 100 000 руб., позволяющая возбудить процедуру банкротства в отношении любого юридического лица, независимо от вида бизнеса, является нерациональной (пример из правоприменительной практики автора: в денежном обязательстве на сумму 4 800 000 000 руб. сумма 100 000 руб. может быть отклонением в пределах обычной бухгалтерской ошибки).

6. На законодательном уровне необходимо более четко определить цели регулирования отраслевых отношений на различных стадиях экономико-правового состояния юридического лица и в процедурах банкротства. Размытость целей в действующем Законе осложняет правоприменительную практику его применения. Результаты исследования позволяют выделить две основные цели регулирования отношений в институте несостоятельности (банкротства) юридического лица:

– цель восстановления платежеспособности и состоятельности должника (на стадиях неплатежеспособности и несостоятельности);

– цель защиты интересов кредиторов в рамках охранительного правоотношения (на стадии банкротства в конкурсном производстве).

7. В соответствии с основными целями регулирования отношений, как вариант, предлагается принять два закона под условными названиями:

– ФЗ РФ «О ликвидации неплатежеспособности и несостоятельности должника» или «О восстановлении платежеспособности и состоятельности должника», что по сути одно и то же, в котором целесообразно урегулировать правоотношения по ликвидации неплатежеспособности и несостоятельности юридического лица на стадиях, предшествующих банкротству (вне судебных процедур или в рамках упрощенных судебных процедур). Представляется, что для ликвидации неплатежеспособности и несостоятельности должника нет необходимости вводить арбитражных управляющих с широкими полномочиями вмешательства в оперативно-хозяйственную деятельность должника, но необходимо ввести элементы охранительного (ограничительного) режима, включая функции внешнего контроля, например, с участием кредиторов;

– ФЗ РФ «О банкротстве», в котором необходимо урегулировать режим охранительного правоотношения на стадии банкротства в процедуре конкурсного производства.

Скалий И.Ю.

Саратовская государственная академия права

Факторы воздействия на независимость судебной системы

О том, что судьи независимы, зафиксировано в нашей стране на уровне конституционных положений в качестве существующей данности. Закон «О судебной системе в РФ» более полно раскрывает этот принцип, где указываются характерные черты независимости судей: суды осуществляют судебную власть независимо от чьей бы то ни было воли, подчиняясь только Конституции и закону; гарантии их независимости устанавливаются конституцией и федеральными законами; особое значение независимости судей состоит в обеспечении

ими соответствия актов государственных органов конституции и федеральным законам.¹

Независимость судей провозглашена в качестве одного из основополагающих принципов построения судебной системы. Вместе с тем представляется, что существующее законодательное определение данного принципа не соответствует в полной мере его содержанию.

Принцип независимости судей является важнейшим принципом судопроизводства. В условиях борьбы с коррупцией, подрывающей авторитет судебной власти, обращение к исследованию сущности данного принципа и существующих проблем, препятствующих его полноценной реализации, является, несомненно, актуальной задачей юридической науки.

Проблема независимости не нова. Она имеет давнюю историю и существует ровно столько, сколько сам суд.² Сложилось такое мнение, что в нашей стране нет справедливого и независимого суда.

На реализацию принципа независимости судей влияют как внешние, так и внутренние факторы. К внешним факторам относятся посягательства на судебную независимость со стороны других ветвей государственной власти. К внутренним факторам относятся воздействия организационно-управленческого характера, существующие в самой судебной системе и исходящие со стороны квалификационных коллегий судей и председателей судов.³

Судебная система общих и арбитражных судов предполагает не только определенное соотношение процессуальных полномочий вышестоящих и нижестоящих судов, но и наличие у первых внутрисистемных управленческих функций и соответствующих им полномочий.

Субъектами управленческих воздействий являются, прежде всего, руководители судов, хотя принятие всех юридически значимых для карьеры судей решений – полномочие квалификационной коллегии судей. Они же присваивают квалификационные классы действующим судьям, налагают дисциплинарные взыскания, формируют комиссии для приема экзаменов у кандидатов на должность судьи и т. д. Но принятие такого решения, как правило, иницируется председателем суда. Председатель суда и его заместитель вправе участвовать в заседании квалификационной коллегии, также председатель суда представляет характеристику на судью, когда речь идет о назначении федерального судьи без ограничения срока полномочий.⁴

Сложившийся порядок способствует прямой или косвенной зависимости судей от председателей судов и не позволяет обеспечить действительно независимое осуществление правосудия всеми судьями.

¹ Статья 5 Федерального конституционного закона РФ от 31.12.1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» // [Электронный ресурс]: «Гарант».

² Ершов В.В. Статус суда в правовом государстве. – М., 1992. – С. 76–112.

³ Макарова О.В. Обеспечение независимости судей в РФ // Журнал Российского права. – 2010. – № 1. – С. 95–104.

⁴ И.Б. Михайловская. Судебная власть: внутрисистемное управление // Государство и право. – 2008. – № 10. – С. 21–25.

Недостаточная разработанность проблемы управленческих отношений в системе судебных органов имеет своим следствием неопределенность и оценочный характер понятий, которые используются в качестве оснований для принятия решений, существенным образом влияющих на профессиональную деятельность судьи.

В последнее время все активнее и не без оснований поднимается проблема оказания влияния на судей со стороны должностных лиц судебной системы.¹

Как показывает практика, именно они, используя свой высокий статус, пытаются оказать влияние на судей в целях получения нужных, а точнее незаконных решений.²

Поэтому требуется реализация комплекса мер по совершенствованию всего правового механизма обеспечения независимого правосудия. Здесь важно предусмотреть действенную юридическую ответственность для должностных лиц за неправомерное вмешательство в процессуальную деятельность.

Независимость судей только тогда становится реальной ценностью, когда права судьи на независимость, его личность, и должностные полномочия, надежно защищены и гарантированы. Данному направлению свойственно стремление к максимальной юридизации и расширению гарантий независимости судей, обеспечивающих реальную возможность для судьи быть независимым и охраняющих его от внешнего давления.

Конституционный принцип независимости судей и подчинения их только закону должен обеспечиваться реально действующими правовыми, организационными и другими гарантиями, закрепленными в законах государства. Независимость судей необходимое свойство судебной власти, обеспечивающее справедливое судебное разбирательство, надлежащую судебную защиту прав и свобод личности.

*Скарякина Л.Ю.
Институт права БашГУ*

О некоторых аспектах исторического развития договора поручения

Под поручением на разных этапах развития государства и права понимали различное содержание представительства. На наш взгляд, необходимо рассмотреть историю развития взглядов в теории права на институт поручения и нормы закона, направленные на регулирование договора поручения, начиная с римского права до сегодняшнего дня.

¹ Савченко А.Н. Принцип независимости судебной власти // *Российский судья*. – 2009. – №3. – С. 10–12.

² Терехин В.А. Обеспечение независимости суда – приоритетное направление судебно-правовой политики // *Российская юстиция*. – 2009. – № 10. – С. 6–10.

В римском праве под именем поручения (*mandatum*) разумелся договор, в силу коего одно лицо принимает на себя безвозмездно выполнение порученного ему дела. Основанием этого отношения предполагалось дружественное расположение (*ex officio et amicitia*), вследствие чего главным признаком его почиталась безвозмездность. Правда, допускалась и возможность вознаграждения за услугу, но лишь в качестве почетного дара (*honorarium*) как воздействия за действие с другой стороны. Римское понятие о договоре не признавало в нем иного, кроме непосредственного личного отношения. В римском договоре мандатарий действует для своего доверителя, в его интересе.¹

Дореволюционные цивилисты по-разному именовали договор поручения. Распространено было общее название «доверенность». Известно также название «договор полномочия» и представительство. Для выражения сущности представительства, наряду с «замещением», широко использовались такие понятия, как «заступление» и «замена».² Н.О.Нерсесов договор поручения связывал с личным наймом, при этом разграничивал договор поручения и представительство. Под представительством ученый-юрист понимал «совершение одним лицом – представителем – от имени другого – принципала – юридической сделки, из которой возникают непосредственно права и обязанности только для этого последнего». Понятие представительства, сформулированное Н.О.Нерсесовым, схоже с современным понятием договора поручения.

Д.И.Мейер отмечал, что договор доверенности, называемый также поручением, препоручением, составляет собою юридическое отношение, в котором одно лицо обязывается быть представителем другого по какому-либо гражданскому действию.³ Сторонами договора доверенности являлись: лицо представляемое и лицо представляющее. Совершался договор доверенности письменно. Самой обыкновенной формой его совершения была форма письма от доверителя поверенному, называемая верительным письмом. Верительное письмо свидетельствовалось нотариусом. Будучи актом полномочия, верительное письмо содержало изложение поручения, возлагаемого на поверенного. По закону требовалось также, чтобы верительное письмо содержало указание на то, что доверитель не будет спорить против совершенного поверенным на основании его доверенности. Без этого указания верительное письмо не принималось к засвидетельствованию. Таким образом, формой совершения договора доверенности являлась выдача от доверителя поверенному верительного письма. Но само по себе верительное письмо представляло собой только акт, указывающий поверенного и не составлявший непосредственно сам договор. Именно этим отличалось оно от других договорных актов. Верительное письмо есть уже последствие договора, заключенного между доверителем и поверенным, сам же договор доверенности заключался

1 Победоносцев К.П. *Курс гражданского права. Три тома.* – СПб, Синодальная типография, – 1896. – Т. 2.

2 Брагинский М.И., Витрянский В.В. *Договорное право. Книга третья.* – М., Статут, 2005. – С. 512.

3 Мейер Д.И. *Русское гражданское право.* – Петроград, Типография «Двигатель», 1914.

иногда безмолвно. Но могло быть и то, что договор доверенности заключался письменно и свидетельствовался у нотариуса, а потом уже выдавалось от доверителя поверенному верительное письмо. Таким образом, мы видим, что на данном этапе в законодательстве отсутствует само определение договора поручения. Указывается лишь на сам акт полномочия, которое содержало изложение поручения.

В советском гражданском праве рассматриваемый договор получает свое название – договор поручения, которое сохранилось до сегодняшнего дня.

Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. под договором поручения понимал соглашение, по которому одна сторона (поверенный) обязуется совершать за счет и от имени другой стороны (доверителя) порученные ему доверителем действия (ст. 251). Договор считался, по общему правилу, безвозмездным. Правила о поручении содержались в главе IX под разделом «А». В разделе «Б» следовали положения о доверенности, где подчеркивалось, что «для совершения от имени доверителя действий, которые должны непосредственно устанавливать права и обязанности доверителя, поверенный должен быть снабжен письменной доверенностью или уполномочием» (ст. 264). На данном этапе формулируются основные признаки договора поручения. Но договор поручения рассматривается неразделимо с институтом доверенности, точнее, доверенность рассматривается как элемент договора поручения.

Гражданский кодекс РСФСР 1964 г. внес два изменения в систему регулирования правоотношений поручения. Во-первых, была сделана конкретизация предмета договора поручения. В определение указанного договора было включено положение о том, что предметом поручения служат не просто действия, а «определенные юридические действия». О.С.Иоффе подчеркивал, что в Кодексе, судя по редакции соответствующей нормы, «речь шла вообще о действиях, совершаемых во исполнение поручения. В действительности, однако, в порядке поручения могут быть совершены не любые, а лишь юридически целенаправленные действия, о чем свидетельствует выступление поверенного от имени доверителя, осуществимое только путем сознательного установления или реализации правоотношений с третьими лицами. Во-вторых, положения о доверенности, находившиеся ранее в одной главе с поручением в разделе «Обязательственное право», были перемещены в общую часть Кодекса (гл. 4 «Представительство и доверенность»). Тем самым доверенность перестала быть только «приложением» к договору поручения, получив самостоятельное подтверждение полномочий представителя, полученных им и за пределами договора поручения. Также часть норм о договоре поручения переместились в главу 4 «Представительство и доверенность» ГК РСФСР 1964 г. ГК 1964 г. по-прежнему предполагал, по общему правилу, безвозмездность договора поручения. Возникновение института договорного поручения связано с развитием имущественного оборота, осложнением и разнообразием юридических отношений. Ведь мы часто прибегаем к услугам посторонних лиц, когда в силу

каких-то причин не можем довольствоваться своими собственными действиями. Так было и будет всегда. И вот поэтому появлялись различные формы представительства, одной из которых стало поручение.

Сова В.В.

Российская государственная академия интеллектуальной собственности

Содержание договоров о создании объектов интеллектуальной собственности

Создание объектов интеллектуальной собственности является следствием кропотливой работы. И зачастую такая работа ведется автором (или авторами) в связи с обязательствами, сложившимися между авторами и третьими лицами. Наиболее часто такие обязательства зафиксированы в заключенных по этому поводу договорах. Эти договоры можно объединить в одну группу, которую можно озаглавить как договоры о создании объектов интеллектуальной собственности.

Одной из основных проблем, связанных с этой группой, является то, что Гражданский кодекс РФ (далее – ГК РФ), за определенным исключением, практически ничего не упоминает о содержании этих договорных конструкций. Так, ничего не говорится о содержании договоров заказа о создании отдельных объектов интеллектуальной собственности (ст. ст. 1288–1291, 1372, 1431, 1463 ГК РФ), договора о создании служебных объектов интеллектуальной собственности. Наконец, ничего не говорится о том, что должен содержать договор между соавторами, который направлен на совместное создание соавторами объектов интеллектуальной собственности. Это ставит перед наукой задачу по определению содержания этих договоров.

В литературе принято считать, что содержанием договоров является совокупность условий. Существуют разные подходы к классификации данных условий, однако чаще всего их подразделяют на три группы: существенные, обычные, случайные.

Анализ доктрины, а также имеющихся в законодательстве положений по поводу отдельных видов договоров о создании объектов интеллектуальной собственности позволяет отнести к существенным следующие условия.

Во-первых, в соответствии с п. 1 ст. 432 ГК РФ существенным условием любого договора является его предмет. Как представляется, их предметом является проведение исследования и/или создание результатов интеллектуальной деятельности. Вопрос о правах на создаваемые объекты интеллектуальной собственности к предмету не относится и должен быть вынесен в качестве самостоятельного условия договора.

Во-вторых, существенным условием любого договора о создании объектов интеллектуальной собственности является срок создания обусловленного предметом договора результата и передача его заказчику, хотя данное условие не все исследователи относят к существенным.¹ В ГК РФ к существенным условиям срок напрямую отнесен лишь в отношении авторского договора заказа (п. 1 ст. 1289). Относительно договора на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ существенность срока косвенно подтверждается в ст. 773 ГК РФ, где в качестве обязанностей исполнителя указана сдача результата его работы в оговоренный договором срок.

Наконец, в-третьих, существенным является цена, хотя в литературе оно обозначается как обычное,² при том, что из законодательства³ явствует именно существенный характер для отдельных договоров о создании объектов интеллектуальной собственности, что по аналогии закона может быть отнесено и к остальным договорам о создании объектов интеллектуальной собственности.

К обычным условиям договоров о создании объектов интеллектуальной собственности, в первую очередь, относится условие о порядке сдачи материального носителя, в котором выражен объект интеллектуальной собственности. Оно неразрывно связано с предметом договора, однако его включение не влияет на действительность всего договора. Данное условие включает в себя требования к материальному носителю созданного в рамках договора объекта интеллектуальной собственности и к порядку направления его заказчику (работодателю).

К обычным условиям относится еще и условие о порядке внесения изменений и исправлений в созданный по договору объект интеллектуальной собственности. Включение такого условия в договор о создании объектов интеллектуальной собственности связано с тем, что созданный исполнителем результат интеллектуальной деятельности может, так или иначе не соответствовать условиям договора, в связи, с чем возникнет необходимость его изменить или что-либо исправить.

Может сложиться впечатление, что второе условие является частью первого. Однако это впечатление обманчиво. Эти два условия действительно пересекаются между собой, особенно в отношении требований к порядку направления результата работы исполнителя заказчику (работодателю). Но первое условие касается создания результата интеллектуальной собственности и исполняется в процессе его «рождения», тогда как второе условие может быть реализовано только когда объект интеллектуальной собственности уже создан, однако

¹ Срок относят к существенным условиям, например: Корчагина Н.П., Моргунова Е.А., Погуляев В.В. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса РФ (постатейный). Комментарий к ст. 1289; Черничкина Г.Н. Договоры на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ // Право в Вооруженных Силах. – 2004. – № 2.

² Черничкина Г.Н. Договоры на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ // Право в Вооруженных Силах. – 2004. – № 2.

³ Пункт 1 ст. 769 и п. 1 ст. 1288 ГК РФ.

по каким-либо причинам может не соответствовать условиям заключенного договора. Именно в связи с этим различием эти два условия выделены в качестве самостоятельных элементов договора.

Поскольку случайные условия не влияют на действительность договора или на его особенности, а также их включение в договор целиком зависит от воли самих сторон, рассмотрение их в настоящей статье представляется нецелесообразным.

Сорокина О.И.

Рязанский государственный университет им. С.А. Есенина

Институт несостоятельности (банкротства) гражданина в России: исторический аспект

Возникновение первых норм, регулирующих несостоятельность, по мнению Г.Ф.Шершеневича, следует относить к тому историческому периоду, когда впервые столкнулись требования со стороны денежных верителей на имущество одного и того же ответчика.¹ В праве древних народов институт несостоятельности отсутствовал: обеспечение обязательств служило не имущество должника, а он сам. Должник выдавался кредитору, который мог делать с ним, что хотел: мстить за невыполнение обязательства или сделать своим рабом.

Хотя само слово «банкротство» появилось в российском праве значительно позднее, положения, касающиеся несостоятельности, имеются уже в Русской правде. Однако здесь речь идет только о «торговой» несостоятельности. Важным этапом развития института несостоятельности физических лиц, не занимающихся предпринимательством, стало принятие 19 декабря 1800 г. Банкротского устава.

Устав был разделен на две части: первая посвящена торговой или, вернее, купеческой несостоятельности, вторая «содержит много постановлений относительно вступления дворян в обязательства, а также несостоятельности этих лиц».² Таким образом, устанавливается разница между несостоятельностью торговой и неторговой, причем каждая определяется особыми положениями.

Банкротом по Уставу признается тот, кто не может сполна заплатить своих долгов: «когда дворянин или чиновник покажет или без того известны сделаются многие на нем неоплаченные обязательства и взыскания, уравнивающие или превосходящие все известное его имение».³

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. IV. Конкурсный процесс. Торговый процесс [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://download.nchti.ru/libr/books/Right/ClassicOfRussianCivilistic/Elib/1026.html>.

² Шершеневич Г.Ф. Указ. сочин. Там же.

³ Шершеневич Г.Ф. Указ. сочин. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://download.nchti.ru/libr/books/Right/ClassicOfRussianCivilistic/Elib/1026.html>.

Несостоятельность по Уставу влекла за собой не только имущественные (арест имущества), но и личные последствия для должника (заключение под стражу). Устав содержал правила о заключении мировой сделки, об отсрочке в платеже долгов, об очередности удовлетворения требований кредиторов.

Недостатки Устава 1800 г., которые были выявлены в ходе его применения, стали причиной принятия Устава о несостоятельности 1832 г. Однако Устав 1832 г. применялся исключительно к торговым отношениям. Закон носил словесный характер и применялся только в отношении сословий купцов и мещан.¹ И лишь в 1846 г. действие норм о торговой несостоятельности Устава 1832 г. было распространено на дворянство, тем самым вводился единый порядок по делам о торговой и неторговой несостоятельности.

В вопросе разграничения торговой и неторговой несостоятельности в дальнейшем большую роль сыграли указы Сената. Сенат установил критерии, позволявшие отделять эти виды несостоятельности. Несостоятельность признавалась торговой, если хотя бы один долг проистекал из торговли, то есть был связан с осуществлением предпринимательской деятельности.²

В первые годы после революции конкурсные отношения не могли существовать, и только с введением в 1921 г. новой экономической политики, с расширением свободного торгового оборота, случаи несостоятельности владельцев торговых и промышленных предприятий стали распространенным явлением. В связи с чем, произошло возрождение некоторых положений о несостоятельности.

Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. включал нормы материально-правового характера, регулирующие отношения, связанные с несостоятельностью гражданских и торговых товариществ и физических лиц. Однако механизм применения данных норм отсутствовал. Поэтому в 1927 г. ГПК РСФСР был дополнен 37 главой «О несостоятельности частных лиц физических и юридических». Нормы 37 главы ГПК РСФСР применялись только к физическим и юридическим лицам, занимающимся на территории СССР торговой и промышленной деятельностью в виде промысла. В отношении граждан вопрос о несостоятельности не возникал вообще. Поэтому к гражданам при наступлении неоплатности и при обращении взысканий со стороны кредиторов применялись статьи 266, 101 ГПК РСФСР, то есть неплатежи взыскивались в порядке гражданского судопроизводства путем обращения взыскания на принадлежащее должнику имущество.³

После свертывания НЭПа значение института несостоятельности стало уменьшаться. Нормы этих глав оказались недействующими. В результате проведения реформы советского гражданского права в 60-х годах институт несо-

1 Самохвалова Н. История развития несостоятельности (банкротства) физических лиц в России // Арбитражный и гражданский процесс. – 2009. – № 10. – С. 45.

2 Российское законодательство X–XX вв. / Под ред. О.И. Чистякова. – М., 1984. – С. 137.

3 Сулова Т.М. Несостоятельность (банкротство) граждан, не являющихся индивидуальными предпринимателями: Дис... канд. юрид. наук. – Пермь, 2001. – С. 71.

стоятельности был исключен из гражданского и гражданско-процессуального законодательства.

В связи с изменением конституционного строя, переходом к новым политическим, социальным и экономическим отношениям институт несостоятельности (банкротства) снова появился в российском гражданском праве.

В 1992 г. был принят Закон РФ «О несостоятельности (банкротстве) предприятий», определивший условия и порядок объявления несостоятельным (банкротом) коммерческих юридических лиц и граждан-предпринимателей. Несостоятельность физических лиц осталась за сферой его действия.

Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» 1998 г. закрепил наряду с предпринимательским банкротством также и непредпринимательское банкротство. Введение в силу положений о банкротстве граждан-предпринимателей было отложено до внесения соответствующих изменений в гражданское законодательство.

Применение Закона о банкротстве 1998 г. выявило множество недостатков, поэтому 26 октября 2002 г. был принят действующий в настоящее время Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)».

Положения § 1 главы X действующего Закона о банкротстве устанавливают правила банкротства граждан, в том числе не являющихся индивидуальными предпринимателями. Гражданин считается неспособным удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей, если, во-первых, соответствующие обязательства и (или) обязанность не исполнены им в течение трех месяцев с даты, когда они должны были быть исполнены, и, во-вторых, если сумма его обязательств превышает стоимость принадлежащего ему имущества.¹

Однако в соответствии с п. 2 ст. 231 Закона о банкротстве положения о банкротстве физических лиц не действуют вплоть до вступления в силу федерального закона о внесении соответствующих изменений и дополнений в федеральные законы.

Уже несколько лет разрабатывается и обсуждается законопроект «О реабилитационных процедурах, применяемых в отношении гражданина-должника». В настоящее время Минэкономразвития РФ подготовлена и внесена в Правительство очередная редакция законопроекта. По словам главы департамента корпоративного управления Минэкономразвития Ивана Осколкова, принятие закона «должно уместиться в 2011 г.»²

1 Пункт 1 ст. 3 Федерального закона от 26.10. 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // [Электронный ресурс]: «Консультант плюс».

2 Минэкономразвития: закон о банкротстве физических лиц может появиться в России в 2011 г. // Российская газета от 07.12.2010 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.rg.ru/2010/12/07/bankrotstvo-anons.html>.

Корпоративный шантаж (гринмейл)

Понятие гринмейла, или корпоративного шантажа, прочно вошло в современную действительность. Однако единого подхода к его определению до сих пор нет.

Традиционно под гринмейлом понимают вмешательство третьих лиц в деятельность акционерного общества, основанное на факте владения его голосующими акциями, направленное на создание препятствий в осуществлении обществом нормальной хозяйственной деятельности с целью понуждения последнего к выкупу акций, принадлежащих третьим лицам, по цене в значительной мере превышающей рыночную.¹

Крайне важно отметить, что для квалификации действий как «корпоративный шантаж» имеет значение несоразмерность требований. Нельзя здесь не согласиться с В.Тутыхиным и И.Пылаевым: «гринмэйл отличается от правомерного использования акционером или иным лицом своих законных прав наличием, как правило, финансового или иного имущественного требования (отступного), несоразмерного тому, на что лицо, действующее добросовестно, могло бы претендовать...».²

Примеров корпоративного шантажа, подтверждающих его направленность на недружественный захват общества в современной практике достаточно. Так, в 2001 г. компания Protsvetaniye Holdings Ltd пыталась оспорить методику ОАО «Башнефть» по начислению дивидендов в арбитражном суде Республики Башкортостан, однако проиграла дело.³ Представитель истца, комментируя это, отмечал, что рассматривалась возможность обращения в суды за пределами России, в том числе в США. Однако после консультаций с юристами от этих намерений отказались, поскольку был велик риск отказа со стороны судов США в принятии такого иска к рассмотрению.⁴ Это не помешало, однако, миноритариям и дальше отстаивать свои права, и уже в 2004 г. иск был подан от имени университетского пенсионного фонда Гарвардского университета. Истец обвинял нефтяную компанию в том, что она не направляла оговоренных в депозитарном соглашении 10% от годовой чистой прибыли на выплату дивидендов по привилегированным акциям. Гарвард владел хоть и приличным, но все же миноритарным пакетом акций. Таким образом, миноритарные акционеры проиграли иски в российских су-

1 Слободчикова М.А. Корпоративный шантаж // Корпоративный юрист. – 2009. – № 6. – С. 61.

2 Тутыхин В., Пылаев И. Типология незаконных действий при захвате предприятий // Слияния и поглощения. – 2005. – № 06 (28). – С. 50.

3 Решение Арбитражного суда РБ от 27.09.2001 г. по делу № 1248/01 – Г – НАА; Определение ФАС Уральского округа от 09.02.2002 г. по делу Ф04 – 349/01 // Архив Арбитражного суда РБ.

4 Бушуева Ю. Инвесторам все мало // Башкортостан. 2001. – № 60 (383). – 19 окт.

дах, однако это не остановило истцов в их обращении с иском в американский суд (который впоследствии никаких положительных решений не принял).

Как расценивать все эти случаи? Особенно в свете рассуждений о корпоративном шантаже и злоупотреблении правом интересны два последних: в них судебная перспектива (особенно в последнем случае) не просматривалась практически с самого начала. Представляется, что эти действия никак нельзя квалифицировать как злоупотребление правом, поскольку в противном случае мы придем к тому, что само право на защиту будет подвергнуто сомнению. В специальной литературе можно встретить мнения, согласно которым аналогичные действия расцениваются как злоупотребление. Так, один автор отмечает: «для вывода о наличии злоупотребления меньшинством своим правом необходимо установить намерение меньшинства получить неоправданные, нарушающие принцип равенства личные выгоды. Если его действия имеют целью защиту собственных законных интересов (пресечение ненадлежащего поведения контролирующих акционеров, демонстративно игнорирующих интересы миноритарных акционеров), они могут считаться правомерными».¹

С такой позицией согласиться нельзя. Безусловно, действия, описанные данным автором, крайне актуальны для акционерных обществ: акционеры предъявляют иски о признании недействительными решений органов управления, о возмещении убытков лицами, осуществляющими функции управления, оспаривают положения внутренних документов. Указанные действия акционеров не только затрудняют деятельность общества, но, потенциально, могут причинить убытки акционерному обществу. Однако это само по себе не является поводом для их обвинения в корпоративном шантаже. Если согласиться с вышеизложенной позицией, то любое действие миноритарного акционера, которое не вписывается в общий корпоративный интерес, можно представить как шантаж, а так недалеко и до изменения модальности в части субъективных прав: из «может», она превратится в «должен». Но акционер ничего не должен в части голосования. Право участвовать в голосовании, равно как и право голосовать определенным образом – это именно его (акционера) субъективное право, составляющее содержание акции как ценной бумаги (если, конечно, иное специально не оговорено законом или акционерным соглашением). Равным образом сказанное относится и к праву на защиту, в том числе в судебном порядке, даже если судебные издержки весьма обременительны для акционерного общества. Еще одно «чувствительное» место для корпоративного шантажа – право акционера на информацию.

В практике встречаются случаи, когда злоупотребление правом выражается в том, что лица, приобретя небольшой пакет акций, требуют предоставить копии огромного количества документов, начиная с протоколов общих собраний акционеров за несколько лет и заканчивая всеми бюллетенями для голосования на собраниях. Иногда счет требуемых копий идет на десятки и сотни

¹ Адамович Г. Указ. соч. – С. 15.

тысяч экземпляров. Разумеется, право акционеров на информацию не менее «свято» и неприкасаемо, чем все иные права. В соответствии с положениями ст. 52 Федерального закона «Об акционерных обществах» акционеры вправе получать информацию о проведении общего собрания акционеров, а также имеют право доступа к документам общества, предусмотренным ст. 89–91 Федерального закона «Об акционерных обществах». Но, зададим вопрос: если оспаривать решение органа управления имеет право только то лицо, которое в момент его принятия было акционером (это подтверждается судебной практикой в настоящее время), равно как и то, что такое оспаривание имеет совершенно конкретные сроки (и сокращенные к тому же) исковой давности, то можно ли считать правомерным интерес нового акционера, который не был им в период проведения соответствующего корпоративного мероприятия к бюллетеням давностью, к примеру, один год (не говоря о более поздних сроках)? Представляется, что нет.

В конечном итоге, если акционер все-таки преследует цель оспорить то или иное корпоративное решение, он всегда имеет возможность воспользоваться правом истребования доказательств через суд. Да и в этом случае судебная перспектива изначально не просматривается, поэтому соразмерными подобными требованиями миноритарного акционера назвать никак нельзя, а значит – налицо признаки злоупотребления правом. Корпоративным шантажом, по нашему мнению, надо признавать только такие действия акционера, не имеющие возможности влияния на принятие управленческих решений акционерных обществом, которые: выходят за рамки действий, которые могут осуществляться им в рамках корпоративных отношений.

*Субботина А.В.
Институт права БашГУ*

Правовая природа права акционера на участие в управлении

Действующее гражданское законодательство не дает участникам хозяйственного общества (акционерам) надежных гарантий осуществления и защиты своих корпоративных прав из-за неопределенности правовой природы внутрикорпоративных правоотношений, так как от этого будет зависеть, применимы ли общие принципы и положения гражданского права к регулированию этих отношений. Существует многолетняя научная дискуссия, суть которой заключается в возможности выделения как самостоятельной гражданской категории корпоративных отношений, составляющих определение характера прав, удостоверяемых акцией, и больше всего вопросов вызывает именно «право на участие в управлении».

Акция – единственная ценная бумага в российском законодательстве, удостоверяющая право членства в акционерном обществе. И как корпоративная ценная бумага, наряду с имущественными правами предоставляет и иные права: право на участие в управлении акционерным обществом, право на получение информации о деятельности акционерного общества и другие права, которые нельзя отнести к имущественным. Вопрос о правовой природе этих прав был и остается актуальным. Хрестоматийным является положение о том, что предметом гражданско-правового регулирования являются, с одной стороны, имущественные отношения и личные неимущественные отношения – с другой. Однако, если существование имущественных прав акционеров среди ученых не вызывает особых сомнений, то вопрос об отнесении прав на управление и на информацию к разновидности личных неимущественных прав в юридической литературе является дискуссионным.

Л.Р.Юлдашбаева, различающая имущественные права в широком и узком смысле слова, полагает, что право на участие в управлении акционерным обществом является имущественным правом в широком значении понятия имущественного права.¹

А.Ю.Бушев считает, что право акционера на участие в управлении акционерным обществом не относится к имущественным правам, более того, он не признает права участия собственно гражданскими субъективными правами, утверждая, что сами по себе, взятые в отдельности, они не имеют ни имущественной, ни абсолютной личной природы, а служат лишь средством подготовки и организации имущественных отношений, а также обеспечения имущественного интереса акционера.² Однако, с данной точкой зрения автора согласиться трудно по целому ряду оснований. Во-первых, указанные права нашли свое прямое закрепление в нормах закона (ст. 31, 91 Закона об АО), и обеспечиваются юридическими средствами в случае их нарушения. Таким образом, налицо все постулируемые признаки субъективного права. Во-вторых, несмотря на тесную связь права на управление с имущественными правами и, прежде всего, с правом на дивиденды, будет в корне неверным сведение первых лишь к разновидности или средству обеспечения вторых. Реализация акционером права на управление и права на информацию имеет собственное содержание, свои цели и специфические правовые формы их осуществления, что в совокупности позволяет говорить о данных правах как о самостоятельной разновидности субъективных прав.

С.Н.Братусь в контексте рассмотрения предмета гражданского права высказывался за отнесение прав, вытекающих из членства граждан в различных кооперативных и общественных организациях, к числу личных неимуществен-

¹ Юлдашбаева Л.Р. *Правовое регулирование оборота эмиссионных ценных бумаг (акций, облигаций)*. – М., 1999. – С. 22–23.

² Бушев А.Ю., Скворцов О.Ю. *Акционерное право. Вопросы теории и судебно-арбитражной практики*. – М., 1997. – С. 94.

ных.¹ Необходимо заметить, что в современной юридической литературе к числу характерных особенностей личных неимущественных прав относят: 1) отсутствие материального содержания; 2) неотделимость от личности их носителя (неотчуждаемость); 3) наличие свойства индивидуализации самой личности – обладателя этих прав. С определенной долей условности мы еще можем говорить об отсутствии в них материального содержания, однако не находим своего подтверждения в нормах позитивного закона такой признак личных неимущественных прав как их неотделимость от личности носителя. С одной стороны, переход права собственности на акцию влечет и переход к другому лицу всех удостоверяемых акцией прав, а с другой – лицо, даже оставаясь акционером, вправе осуществлять право на участие в общем собрании акционеров и голосование на нем через своего представителя (ст. 57 Закона об АО), что также идет в разрез с сущностью личных неимущественных прав. Свойством индивидуализации личности в том смысле, который вкладывается в данный признак, названные права так же не обладают.

Необходимо уточнить, что личные неимущественные права являются более узкой по отношению к неимущественным правам дефиницией. В ее рамках есть все основания для выделения новой категории неимущественных корпоративных прав, к которым как раз и будет относиться право на участие в управлении. При этом неимущественные корпоративные права обладают своими отличительными от личных неимущественных прав признаками, это – отчуждаемость, относительность, а также их корпоративный характер. Д.В.Ломакин придерживается позиции о существовании неимущественных элементов в комплексе членских (корпоративных) прав. Он отмечает: «среди прав акционера можно найти права неимущественного характера, например, право на получение информации о деятельности общества, право голоса на общих собраниях акционеров. Неимущественные права тесно связаны с имущественными правами акционера, которые являются основными, образуют с ними единый комплекс – право членства, которое в целом носит имущественный характер».² Однако, мы полагаем, что несмотря на то что любая ценная бумага всегда предоставляет комплекс субъективных гражданских прав, в котором, исходя из природы ценных бумаг, в количественном плане преобладают имущественные права, это не означает подчиненного или предварительного характера неимущественных прав, предоставляемых акцией, так как для успешной реализации непосредственно имущественных прав необходимо осуществление неимущественных прав, и в первую очередь, именно право на участие в управлении акционерным обществом, а так же необходимо заметить, что именно неимущественные права являются гарантией соблюдения имущественных прав акционера.

¹ Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. – М., 1963. – С. 74.

² Ломакин Д.В. Акционерное правоотношение. – М., 1997. – С. 69.

Проведенное исследование природы прав акционера на участие в управлении, неясность в вопросе, к какой именно группе относить корпоративные правоотношения, в устоявшуюся и общераспространенную классификацию гражданских правоотношений – вещные и обязательственные, абсолютные и относительные, с учетом специфических признаков субъективных прав акционеров, можно справедливо заметить, что корпоративные отношения уже не укладываются в сложившуюся систему гражданско-правовых отношений. В свете изложенного, так как основной задачей права является не только закрепление правом уже сложившихся отношений, основанных на действии экономических законов, но и введение с помощью юридических законов новых отношений, стимулирующих развитие экономики, мы можем говорить о необходимости отнесения основных прав, закрепленных за акционерами, к самостоятельной группе, в качестве одной из разновидностей внутрихозяйственных правоотношений – корпоративных отношений.

*Султанбекова Л.Ф.
Институт права БашГУ*

Коллизии подведомственности и пути их разрешения

Полностью избежать возникновения споров о подведомственности вряд ли возможно в силу динамизма развития частноправовых отношений, сложности самой юрисдикционной системы, что определяет неизбежность таких конфликтов. Поэтому следует создать правовой механизм устранения коллизий подведомственности между различными органами гражданской юрисдикции, исключения случаев пересечения компетенции различных органов (положительная коллизия подведомственности) либо, наоборот, исключения таких ситуаций, когда конкретное юридическое дело не подведомственно ни одному из судебных органов в связи с их отказом принять его к своему рассмотрению (отрицательная коллизия подведомственности).

По общему правилу подведомственность дела определяет соответствующий юрисдикционный орган, в том числе и арбитражный суд. В связи с возможностью возникновения споров о подведомственности необходима разработка коллизионных норм, направленных на устранение и разрешение споров о подведомственности между различными органами гражданской юрисдикции. Разрешение спорных вопросов подведомственности возможно различными способами. Так, направления разрешения коллизий подразделяются на нормотворческие, правоприменительные и организационные. Можно выделить несколько устоявшихся способов разрешения коллизий.

Во-первых, оптимальным вариантом разрешения коллизий подведомственности является внесение изменений в соответствующие федеральные законы, ее регламентирующие. В этом плане позитивна роль новых АПК и ГПК.

Во-вторых, при разграничении подведомственности судов общей юрисдикции и арбитражных судов следует исходить из понимания правовой природы арбитражного суда как органа судебной власти в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, к ведению которого отнесено разрешение всех споров и иных дел в данной области. Именно из этого критерия следует исходить при анализе многих спорных ситуаций разграничения подведомственности между судами общей юрисдикции и арбитражными судами.

В-третьих, имеется круг дел, которые исключительно подведомственны арбитражному суду независимо от характера требований, например дела о несостоятельности, которые подведомственны только арбитражным судам, поскольку производство по делам о банкротстве поглощает все остальные требования, заявленные в рамках как арбитражного и гражданского процессов, так и исполнительного производства. Новый АПК расширил круг дел, подведомственных исключительно арбитражным судам (ст. 33 АПК).

В-четвертых, посредством принятия совместных постановлений высших органов и заинтересованных юрисдикционных органов, в частности Высшего Арбитражного Суда РФ и Верховного Суда РФ, снявших ряд коллизионных вопросов подведомственности дел этим органам, например постановления от 18 августа 1992 г. «О некоторых вопросах подведомственности дел судам и арбитражным судам».

В-пятых, с помощью специальных коллизионных норм. Можно выделить несколько таких нормативных положений.

1) Согласно ч. 4 ст. 22 ГПК при обращении в суд с заявлением, содержащим несколько связанных между собой требований, из которых одни подведомственны суду общей юрисдикции, другие – арбитражному суду, если разделение требований невозможно, дело подлежит рассмотрению и разрешению в суде общей юрисдикции. В случае, если возможно разделение требований, судья выносит определение о принятии требований, подведомственных суду общей юрисдикции, и об отказе в принятии требований, подведомственных арбитражному суду.

2) Другим примером коллизионной нормы является ст. 165 ГК, определяющая, что сделки бесспорного характера в случаях, указанных в законе, подлежат нотариальному удостоверению и (или) государственной регистрации. При возникновении же спора сделка признается действительной либо регистрация сделки производится на основании решения суда, в том числе арбитражного.

В-шестых, путем установления правовых последствий неподведомственности дела арбитражному и другим судам. В АПК 2002 г. принципиально изменились процессуально-правовые последствия неподведомственности дела арбитражному суду. В нем нет оснований для отказа в принятии иско-

вого заявления (в том числе и в связи с неподведомственностью), поскольку установление обстоятельств дела, свидетельствующих об отсутствии права на обращение в суд, может производиться только в судебном заседании и быть основанием для прекращения производства по делу (п. 1 ст. 150 АПК). Временная неподведомственность дела арбитражному суду, связанная с несоблюдением претензионного порядка, является основанием либо для оставления заявления без движения (ч. 1 ст. 128 АПК), либо для оставления заявления без рассмотрения (п. 2 ст. 148 АПК).

В-седьмых, с целью исключения коллизий подведомственности был разработан особый порядок передачи дел, которые отнесены к исключительной подведомственности арбитражных судов, из производства судов общей юрисдикции, поскольку правила § 1 гл. 4 введены в действие в особом порядке – через десять дней со дня официального опубликования нового АПК.

Согласно ст. 7 Федерального закона «О введении в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» дела, которые находятся в производстве судов общей юрисдикции и которые в соответствии с АПК отнесены к подведомственности арбитражных судов, в течение двух недель со дня введения в действие § 1 «Подведомственность» гл. 4 АПК с согласия истцов передаются судам общей юрисдикции в соответствии с правилами подсудности, установленными АПК и действующими на момент передачи дела.

Суслова С.И. к.ю.н

Байкальский государственный университет экономики и права

Права участников юридических лиц в жилищных правоотношениях

В настоящее время в законодательстве названы два юридических лица, являющихся участниками жилищных правоотношений. Это потребительские кооперативы (ЖК и ЖСК), а также товарищества собственников жилья (ТСЖ). Права лиц, являющихся членами данных некоммерческих организаций, с той или иной степенью детализации, изложены в ЖК РФ.¹ В свете обсуждаемых изменений гражданского законодательства обращение к вопросу о возможном пересмотре взаимоотношений между членами данных юридических лиц и их участников вызывает серьезный интерес еще и потому, что затрагивает огромное количество собственников и иных пользователей жилых помещений.

Обозначим несколько групп проблемных вопросов. Во-первых, как и раньше, нерешенным остался вопрос о такой организационно правовой форме как ТСЖ. С момента появления данного юридического лица обсуждается вопрос о возможности его отнесения к потребительским кооперативам. Доктрина дав-

¹ Жилищный кодекс РФ: ФЗ от 29.12.2004 г. № 188-ФЗ (в ред. ФЗ РФ № 237-ФЗ от 27.07.2010 г.) // Собрание законодательства РФ. – 2005. – № 1 (часть 1). – Ст. 14.

но исходит из утверждения о рассмотрении ТСЖ в качестве самостоятельной организационной формы некоммерческой организации.¹ Однако одно из основных обоснований данного положения базировалось на п. 3 ст. 50 ГК РФ, который в настоящий момент допускает создание различных форм некоммерческих организаций, предусмотренных иными федеральными законами (в роли которого выступил ЖК РФ). В Проекте о внесении изменений в Гражданский Кодекс РФ (далее – Законопроект) п. 3 ст. 50 подвергся корректировке и не допускает расширительного толкования перечня организационно-правовых форм некоммерческих организаций. Соответственно, это дает основание для утверждения о том, что ТСЖ как некоммерческая организация может рассматриваться только как вид потребительского кооператива. Хотя ст. 1162 Законопроекта в примерном перечне потребительских кооперативов о ТСЖ не упоминает, но именно в данном случае он предполагается открытым.

Во-вторых, подобное законодательное решение вопроса о ТСЖ оказывает существенное влияние на правовое положение его участников. Те признаки, которые на данный момент позволяют отграничить ТСЖ от ЖК или ЖСК, после изменения гражданского законодательства должны стать признаками ТСЖ. В частности, согласно ст. 1161 некоммерческие корпоративные организации признаются собственниками своего имущества. Вызывает большие вопросы применение данного императивного указания гражданского законодательства в отношении ТСЖ, поскольку правом собственности на общее имущество многоквартирного дома (для управления которым и создается ТСЖ) принадлежит собственникам жилых и нежилых помещений в данном доме и не может перейти к ТСЖ при его регистрации. Так же на членов ТСЖ будет распространяться положения ст. 1163, в соответствии с которыми у членов ТСЖ появятся обязанности по внесению дополнительных взносов.

В-третьих, вызывает серьезную озабоченность то обстоятельство, что Законопроект достаточно категорично прописывает правила о том, что гражданско-правовое положение потребительских кооперативов, а самое главное – права и обязанности их членов «определяются в соответствии с настоящим Кодексом законом о потребительских кооперативах» (ст. 116 Законопроекта). Подобные формулировки не допускают детализацию прав и обязанностей члена ТСЖ нормами ЖК РФ. Безусловно, если соответствующая регламентация появиться в рамках отдельного закона о потребительских кооперативах, то большой проблемы не будет. Вместе с тем до этого момента встанет вопрос о легитимности применения положений жилищного законодательства в том случае, если законодатель не укажет своего прямого отношения к данной проблеме. Еще один момент, на который стоит обратить внимание при характеристике прав участников ТСЖ связан с органами управления. Дело в том, что жилищное законодательство в отношении ТСЖ предусматривает лишь два органа

¹ Наиболее последовательно эту позицию отстаивает П.В.Крашенинников (см.: Крашенинников П.В. Жилищное право. Изд. 4-е, перераб. и доп. с учетом нового Жилищного кодекса РФ. – М., 2005. – С. 228–230.).

управления – общее собрание и правление. В отношении потребительских кооперативов (при условии, что количество членов превышает 100) допускается создание представительного органа (в частности конференции). Распространение данного правила на деятельность ТСЖ может повлечь достаточно серьезные неблагоприятные последствия, заключающиеся в создании ситуации, при которой многие собственники будут устранены от голосования по вопросам, имеющим серьезное социальное значение, поскольку несогласные будут вынуждены подчиниться решению большинства. Это представляется недопустимым в области жилищных отношений. Единственным выходом в этом случае видится прямое закрепление в жилищном законодательстве указания на то, что данное решение может быть принято всеми собственниками единогласно. Известно, что на федеральном уровне предпринимаются достаточно удачные попытки увеличить количество ТСЖ для управления многоквартирными домами. Выбор данного способа управления стимулируется различными, в том числе и финансовыми механизмами. Так, условием выделения регионам средств из Фонда содействия развитию ЖКХ¹ является наличие нормативных правовых актов субъектов РФ и муниципальных правовых актов, предусматривающих формирование благоприятных условий для образования и деятельности ТСЖ, а также наличия такого способа управления многоквартирным домом как ТСЖ в 20 процентах домов от общего числа многоквартирных домов в соответствующем муниципальном образовании.²

Представляется, что все подобные усилия могут быть нивелированы ужесточением правового положения членов ТСЖ, а также неоднозначностью толкования ряда норм, предусмотренных Законопроектом.

Применительно к таким юридическим лицам как ЖК и ЖСК отметим следующее. Законопроект практически не меняет подходов к правовому регулированию отношений в данной сфере, а лишь уточняет ряд моментов. В частности, потребительский кооператив включается в группу юридических лиц, получивших единое название корпоративных организаций (корпораций) в силу наличия членских отношений. В ст. 1162 Законопроекта дается примерный перечень потребительских кооперативов, а также конкретизируются права участников на преобразование кооператива в общественную организацию граждан, ассоциацию (союз) или в фонд. Одним из принципиальных изменений, влияющих на права участников потребительского кооператива, можно считать лишь отмену действия ч. 5 ст. 116 ГК РФ и введение прямого запрета на распределение полученной прибыли между участниками (ч. 1 ст. 116 Законопроекта).

¹ О фонде содействия реформированию ЖКХ: ФЗ РФ от 21.07.2007 г. № 185-ФЗ (в ред. от 09.03.2010 г.) // Собрание законодательства РФ. – 2007. – № 30, – Ст. 3799.

² Указанный закон варьирует данную цифру от 5 до 20% в зависимости от года подачи документов для получения финансовых средств.

Заканчивая общий обзор предлагаемых изменений гражданского законодательства в отношении юридических лиц, участвующих в жилищных отношениях, затронем еще три, общих для них момента.

Во-первых, думается, что требует уточнения в жилищном законодательстве такое право участника ЖК, ЖСК и ТСЖ как обжалование решения органов корпорации, влекущих гражданско-правовые последствия. Это предопределено тем, что согласно ст. 652 Законопроекта случаи и порядок такого обжалования должны быть установлены законом. ЖК РФ говорит только об условиях и порядке обжалования решения общего собрания многоквартирного дома. Нет никаких уточняющих норм по этому поводу ни в главах, посвященных правовому положению членов ТСЖ, ни правовому положению членов ЖК и ЖСК.

Во-вторых, достаточно проблематичным для практической реализации выглядит требование Законопроекта об обязательной нотариальной форме решения общего собрания участников корпорации и иного постоянно действующего коллегиального органа корпорации, а также состава участников, присутствовавших при их принятии (п. 4 ст. 653 Законопроекта). Думается, что введение такого требования оправдано лишь для коммерческих корпораций. В отношении некоммерческих организаций в жилищной сфере, где проведение собрания и так представляет собой большую сложность, допустимо по группам лиц и в заочной форме введение такой обязанности может привести к невозможности ее исполнения. Нельзя забывать и про финансовую нагрузку (плата за совершение нотариального действия), которую в этом случае должны будут нести собственники жилых помещений.

В-третьих, вызывает серьезные опасения абз. 2 п. 4 ст. 2985 Законопроекта, в котором допускается возможность изменения доли собственника в общем имуществе здания на основании судебного решения. Дословно текст данной нормы звучит так: «размер долей собственников помещений в праве собственности на общее имущество здания может быть изменен с учетом характеристик помещения (высота потолка, этаж и т. п.) по соглашению между ними или в судебном порядке». Отсутствие критериев возможного изменения долей и фактов, на которых должно строиться обоснованное судебное решение в данном случае, может вызвать достаточно серьезные ущемления прав собственников.

Правовое регулирование отношений по поводу прав участников юридических лиц в сфере жилищных отношений должно быть наиболее последовательным и продуманным, поскольку касается такого социально значимого объекта как жилое помещение. Выразим надежду, что после внесения изменений в гражданское законодательство не произойдет ухудшение прав лиц, являющихся участниками рассмотренных юридических лиц, и, как следствие, не покачнется относительная стабильность отношений в области управления многоквартирными домами, которая с таким трудом формировалась последние годы.

Вопросы совершенствования законодательства РФ о деятельности благотворительных организаций в области семейного устройства детей, оставшихся без попечения родителей

В Концепции долгосрочного социально-экономического развития РФ на период до 2020 г.¹ одним из основных целевых ориентиров социальной политики названо преобладание к 2020 г. семейных форм устройства детей, оставшихся без попечения родителей (п. 8 Раздел III Концепции). Проблема семейного неблагополучия, влекущая за собой массовый отказ от исполнения родителями своих родительских прав, признанных на государственном уровне и гарантированным им Конституцией РФ, приняла сегодня характер эпидемии, и поэтому долгосрочная задача по семейному устройству детей не может быть кардинально решена только усилиями государства и его разнообразных органов без участия институтов гражданского общества – прежде всего, некоммерческих, в т. ч. благотворительных организаций, специализирующихся в вопросах семейного устройства детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей.

В России возрождение благотворительности началось в 1990-х гг., и Федеральный закон от 11.08.1995 г. № 135-ФЗ «О благотворительной деятельности и благотворительных организациях» (в ред. от 30.12.2008 г. № 309-ФЗ) установил основы правового регулирования благотворительной деятельности, в целях ее широкого распространения и развития в РФ. Однако, несмотря на имеющийся рост числа граждан и организаций, участвующих в благотворительной и добровольческой деятельности, расширении масштабов реализуемых благотворительных программ и проектов, коренного перелома в отношении благотворительной деятельности и организаций, до сих пор не произошло. Основная причина этого – отсутствие эффективного законодательства о благотворительной деятельности, негативно сказывающегося на доверии населения к благотворительным организациям. Вместе с тем, развитие институтов гражданского общества должно иметь четкие государственные гарантии, создающие благоприятные условия для их деятельности.

Осознание государством потенциала благотворительных организаций и добровольчества как мощного ресурса развития общества способствовало внесению изменений и дополнений в российское законодательство,² выработке Правительственной Концепции содействия развитию благотворительной дея-

¹ Утверждена распоряжением Правительства РФ от 17.11.2008 г. № 1662-р // [Электронный ресурс]: «Консультант плюс».

² Федеральный закон РФ от 22.09.1999 г. «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» (п.п. 9.1 п. 2 ст. 26.3) (в ред. Федерального закона от 05.04.2010 г. № 42-ФЗ); Федеральный Закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» (п. 25 ст. 15) (в ред. Федеральных законов от 18.10.2007 г. № 230-ФЗ, от 05.04.2010 г. № 40-ФЗ).

тельности и добровольчества в РФ,¹ где одним из основных первоочередных направлений содействия развитию институтов благотворительности, занимающихся социально значимыми видами деятельности, названа социальная реабилитация детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей.

В Послании Президента РФ Федеральному Собранию РФ от 30 ноября 2010 г. был поставлен вопрос о совершенствовании законодательства о благотворительной деятельности и предложено, чтобы средства, получаемые на поддержку детей от благотворительных организаций, должны быть полностью исключены из налогооблагаемого дохода. Предложение Президента РФ представляется справедливым и своевременным, и определение «поддержка детей» следует рассматривать с широкой точки зрения, для того, чтобы стимулировать российские благотворительные организации заниматься вопросами семейного устройства детей, оставшихся без родительского попечения, тем самым, способствуя их социальной реабилитации.

Более широкому распространению и развитию благотворительной деятельности в этой сфере, на наш взгляд, могли бы способствовать следующие изменения в российском законодательстве:

1. В целях противодействия мошенническим обманам и повышения доверия населения к благотворительным организациям и добровольцам, осуществляющим сбор денежных средств для передачи их нуждающимся гражданам или юридическим лицам, в т. ч. организациям для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, следует предусмотреть в ФЗ «О благотворительной деятельности и благотворительных организациях» Раздел «Правила осуществления денежных сборов для социально значимых видов деятельности», которые должны регулировать общественные благотворительные денежные сборы, осуществляемые как в общественных местах, так и денежных сборов, осуществляемых по принципу «от двери к двери», т. е. в жилых помещениях и организациях всех форм собственности. Время и порядок проведения благотворительных денежных сборов должен быть согласован с органами местного самоуправления, на территории которых предполагается организация данной деятельности.

2. Необходимо установить единые требования по исполнению государственной функции по осуществлению контроля Министерством Юстиции за соответствием деятельности некоммерческих организаций уставным целям и задачам в части проведения проверок российских некоммерческих организаций, их филиалов и представительств, в том числе благотворительных организаций, и филиалов и представительств иностранных некоммерческих неправительственных организаций. В настоящее время проведение проверок по отношению к филиалам и представительством международных организаций и иностранных неком

¹ *Одобрено Распоряжением Правительства РФ. – 2009. – № 1054-р.*

мерческих неправительственных организаций¹ необоснованно исключено из административной процедуры по выполнению государственной функции, что ставит в неравное положение российские некоммерческие, в т. ч. благотворительные организации. При этом контроль за деятельностью иностранных некоммерческих организаций осуществляется только на основании анализа отчетов иностранных некоммерческих организаций и участия в их мероприятиях, что изначально снижает его эффективность, поскольку проверки как плановые, так и внеплановые выполняют определенную профилактическую функцию. Вместе с тем Административный регламент предусматривает, что в случае выявления факта неустранения нарушений может быть принято решение о необходимости проведения внеплановой проверки отделения иностранной некоммерческой неправительственной организации (п. 98 Административного регламента). Таким образом, внеплановая проверка предусматривается в случае неоднократного нарушения иностранной некоммерческой организацией законодательства РФ и применяется как одна из крайних мер реагирования в качестве меры ответственности. Сегодня, в связи с создавшимся положением в сфере международного усыновления, когда права несовершеннолетних детей, – граждан РФ, – оставшихся без попечения родителей, грубо нарушаются, отсутствие эффективного контроля за деятельностью иностранных благотворительных организаций, сфера деятельности которых – усыновление российских детей иностранными гражданами, недопустимо. Помимо этого необоснованные преимущества при осуществлении контроля за соответствием деятельности иностранных некоммерческих организаций их уставным целям и задачам, и соблюдением ими законодательства РФ, приводят к необоснованным ограничениям для усыновления детей, оставшихся без попечения родителей, гражданами РФ. По нашему мнению, проверки должны проводиться в отношении всех некоммерческих организаций без исключения. Это позволит унифицировать меры контроля за деятельностью некоммерческих организаций и будет способствовать усилению контроля за агентствами, которые помогают в иностранном усыновлении.

3. Одной из возможных форм поддержки благотворительной деятельности по вопросам семейного устройства детей может являться расширение практики заключения соглашений о сотрудничестве благотворительных организаций с органами государственной власти и органами местного самоуправления. Сотрудничество может осуществляться в форме совместной подготовки программ, проведения семинаров с органами опеки и попечительства по подготовке граждан, выразивших желание стать опекунами, попечителями не-

¹ Приказ Министерства Юстиции РФ от 31.03.2009 г. № 90 «Об утверждении Административного регламента исполнения Министерством юстиции Российской Федерации государственной функции по осуществлению контроля за соответствием деятельности некоммерческих организаций уставным целям и задачам, филиалов и представительств международных организаций, иностранных некоммерческих неправительственных организаций заявленным целям и задачам, а также за соблюдением ими законодательства Российской Федерации», раздел III, п. 19 (далее – Административный регламент).

совершеннолетних граждан либо принять детей, оставшихся без попечения родителей, в семью на воспитание в иных установленных семейным законодательством РФ формах; широкого вовлечения общественности в проблемы детей-сирот путем массовых социологических опросов населения, их обсуждения на местных он-лайн форумах; информирования в местных средствах массовой информации об успешном опыте приемных родителей и содействия наставничеству в отношении лиц, испытывающих трудности при воспитании приемных детей; содействия в создании сети самопомощи приемных родителей; проведения бесплатных консультаций по правовым вопросам для усыновителей, опекунов и попечителей; выполнения благотворительными организациями других проектов по заказу органов государственной власти и местного самоуправления, направленных на повышение правового сознания граждан РФ по отношению к семье в целом, ответственного отношения родителей к своим правам и обязанностям.

*Таюпов А.М.
Институт права БашГУ*

О некоторых аспектах фальсификации доказательств в арбитражном процессе

В соответствии со ст. 161 Арбитражно-процессуального кодекса РФ, суд проверяет заявление о фальсификации, принимает для этого предусмотренные законом меры. В гражданском процессе сторона, считающая, что его процессуальный противник сфальсифицировал доказательства, может сделать заявление об этом. Такое полномочие даёт ст. 186 ГПК РФ. В случае заявления о том, что имеющееся в деле доказательство является подложным, суд может для проверки этого заявления назначить экспертизу или предложить сторонам представить иные доказательства.

Согласно ст. 161 АПК РФ, если лицо, участвующее в деле, обратится в арбитражный суд с заявлением в письменной форме о фальсификации доказательства, представленного другим лицом, участвующим в деле, суд: разъясняет уголовно-правовые последствия такого заявления; исключает оспариваемое доказательство с согласия лица, его представившего, из числа доказательств по делу; проверяет обоснованность заявления о фальсификации доказательства, если лицо, представившее это доказательство, заявило возражения относительно его исключения из числа доказательств по делу. Исходя из анализа ст. 161 АПК РФ следует, что арбитражный суд в установленном порядке констатирует факт фальсификации доказательств и применяет соответствующие предусмотренные законом меры тогда, когда материалы дела позволяют до-

стоверно установить, что доказательство, о фальсификации которого по делу заявлено, действительно содержит признаки материального подлога.

Наше мнение таково, что в целях арбитражного процесса фальсификация доказательства установлена уже в случае достоверно подтвержденного факта о наличии фальсифицированного доказательства в материалах дела арбитражного суда. Арбитражный процессуальный кодекс не предусматривает ограничений, исключающих возможность обращения с заявлением о фальсификации доказательств стадии подготовки к судебному разбирательству, однако при его рассмотрении судом должен вестись протокол предварительного судебного заседания. Процедура рассмотрения заявления в таком случае также производится в соответствии со ст. 161 АПК РФ. Имеет место различная позиция суда по вопросу ведения протокола и принятия заявления на стадии подготовки к судебному разбирательству: судом принимается заявление о фальсификации (что отражается в протоколе предварительного судебного заседания), выносится определение о назначении судебной экспертизы для проверки обоснованности заявления о фальсификации; судом принимается заявление о фальсификации (что отражается в протоколе предварительного судебного заседания), в определении о назначении судебного заседания указывается о том, что заявление о фальсификации будет рассмотрено в процессе проведения судебного разбирательства в порядке ст. 161 АПК РФ; судом не принимается заявление о фальсификации (со ссылкой на право стороны сделать это только в судебном заседании в порядке ст. 161 АПК РФ).

*Тимергазин С.Р.
Институт права БашГУ*

Корпоративный захват как результат конфликта интересов участников корпоративных отношений

Понятие «корпоративный захват» стало наращивать объемы своего проявления выраженные в крайних негативных для общества последствиях.

Обозначим «корпоративным захватом» такую систему действий участников корпоративных отношений, действующих в собственном или чужом интересе, которая имеет законный или незаконный в гражданско-правовом смысле характер, проявляется, в том числе в форме злоупотреблений правами, и направлена на приобретение указанными лицами, объектов корпоративных отношений на сверхвыгодных условиях. Данной позиции соответствует судебная практика.¹

¹ Постановлением Президиума ВАС РФ от 14.10.2008 г. по делу № 7920/08 установлено, что захват корпоративного контроля может быть осуществлен путем хищения долей в уставном капитале ООО. // Определение ВАС РФ. – 2009. – № 348/09.

«Корпоративный захват» не является вдруг возникшим из ниоткуда «сюрпризом». Он всегда имеет жесткую связь с корпоративными конфликтами. К примеру, к попытке захвата в 2006 г. привел конфликт на ОАО «КПД» – крупнейшей строительной компании Республики Башкортостан, совет директоров предприятия незаконно сместил со своего поста генерального директора ОАО «КПД» Рашита Мамлеева.

Термин «корпоративный конфликт» также не имеет однозначного понимания, но в различных взглядах ученых-юристов он имеет один общий момент – четкую обусловленность интересом.

Вся деятельность людей основана на удовлетворении их интересов. Данная категория обуславливает любую сферу деятельности человека, а потому она играет основополагающую роль в его жизни. Условно сегодня можно говорить о трех сложившихся подходах к определению категории «интерес».

Согласно первому из них интерес трактуется как нечто субъективное и существующее только личности. Такое понимание интереса, выражающееся в «отношении личности к предмету как непосредственно для нее ценному, привлекательному», нашло поддержку среди специалистов в области психологии.

В.А.Гуреев, утверждает, что интересы определяются всей совокупностью условий жизни данного лица, среди которых главное и решающее место занимают материальные условия жизни общества, экономический строй, экономические отношения, а также национальные особенности, состояние культуры, идеология и политика, право, мораль, правила общежития, обычаи и даже пережитки прошлого в сознании людей, а применительно к индивидуальным интересам – и индивидуальные, возрастные, семейные и многие другие условия и обстоятельства. Все это свидетельствует о наличии определенных объективных потребностей, которые, пройдя через призму человеческого сознания, принимают форму сознательно-объективных побуждений.

По нашему мнению две последние позиции в целом схожи, но лишь в разных плоскостях расставляют акценты. Притом последняя точка зрения нам представляется наиболее соответствующей действительности. Интерес как правовое явление также не имеет однозначного понимания и устоявшегося определения. Правоведы склонны в большей степени оперировать понятием «законный интерес», которое является совершенно самостоятельным, и первый шаг на этом пути сделал Г.Ф.Шершеневич в «Общей теории права».¹

Понятие «законный интерес» рассматривается как интерес, который соотносится с мерами должного поведения субъекта права, то есть как признанное и охраняемое законом стремление лица совершить определенные действия для удовлетворения его потребности. Проведя данный анализ, легко сделать вывод, что одинаковые блага для двух субъектов формируют такие же одинаковые для них интересы, и в то же время различные блага – различные интересы. Реалии современного демократического устройства управления хо-

¹ Шершеневич Г.Ф. *Общая теория права.* – М., 1912. – С. 293.

заявленным обществом таковы, что его деятельность, основанная на общем интересе его участников, чаще всего находится под управлением большинства. Крупные акционеры общества, принимая совместные решения, преобразуют их в волю юридического лица. В то же время волеизъявление меньшинства акционеров не оказывает равным счетом никакого влияния на принимаемые в обществе решения. Указанное обстоятельство служит неизбежной предпосылкой возникновения между данными группами акционеров разногласий, которые, в конечном счете, приводят к конфликту их интересов. Если интерес выступает предпосылкой возникновения правовых отношений, то он приобретает юридический характер. В этой ситуации конфликт интересов субъектов права также будет иметь юридический характер. Но в сфере корпоративных отношений, как части гражданско-правовых,¹ он имеет специфические особенности. Корпоративные отношения имеют самостоятельный объект – управление корпорацией; субъекты – корпорация (организация основанная на началах участия или членства), ее участники (члены) и другие, непосредственно связанные с управлением лица, обладающие гражданско-правовой, а также корпоративной правоспособностью; содержание – субъективные права и обязанности, обеспечивающие управление. Делая вывод, корпоративные отношения можно определить как отношения, возникающие между корпорацией, ее участниками (членами) и другими лицами, непосредственно связанными с управлением, по поводу установления, осуществления, прекращения и защиты субъективных прав и обязанностей по управлению корпорацией.

Корпоративный конфликт, таким образом, можно определить, как ситуацию между участниками корпоративных отношений, когда каждая из сторон готова отстаивать свой личный корпоративный интерес всеми доступными средствами, побуждаясь определенными соображениями, потребностями, обстоятельствами, притом результат его реализации противоположен интересам другой стороны и не важно знают ли о его наличии обе стороны или нет.

Так, если для мажоритарных акционеров АО направление чистой прибыли на его развитие является обоснованным действием, то для миноритариев факт невыплаты дивидендов вполне может рассматриваться как нарушение имущественных интересов. Вследствие этого возникает большая вероятность принятия последними различных мер воздействия на АО и других его членов в целях получения выгоды.

¹ Гражданское право. В 4 т. Т. 1: Общая часть (отв. ред. – Е.А. Суханов). «Волтерс Клувер», 2008 г. // Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения – общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах.

Центральный банк как субъект денежных отношений

Субъектами денежных отношений в РФ являются Президент РФ, Правительство РФ, Государственная Дума РФ и Центральный банк РФ. Основным (главным, системообразующим, центральным) органом управления денежным обращением в РФ в соответствии с действующим финансовым законодательством является Центральный банк РФ.¹

Правовой статус Банка России – одна из самых интересных, сложных и многогранных проблем современного финансового и банковского права. Сложность и многогранность этой проблемы выражается в том, что правовой статус Банка России носит комплексный характер. Он складывается из ряда «отраслевых» статусов: конституционного, административно–правового, финансово–правового и гражданско–правового.

Вопрос о правовом статусе Центрального банка является дискуссионным в юридической науке. Точки зрения на природу Банка России можно условно разделить на следующие группы: Банк России – государственное учреждение;² Банк России – государственная корпорация;³ Банк России – федеральный орган государственной власти;⁴ Банк России – унитарное предприятие.⁵

Мы согласимся с точкой зрения ученых по вопросу особого статуса Центрального банка РФ «Банк России обладает всеми возможностями, предоставленными законом банковской кредитной организации, с одной стороны, а также определенной компетенцией в области государственного регулирования денежного обращения».⁶

Представляется с позиции финансово – правового анализа «Банк России целесообразно рассматривать как особый орган государства, наделенный гражданско-правовым статусом юридического лица – кредитной организации в свете необходимости для выполнения возложенных на него задач являться субъектом гражданского оборота».⁷

Несмотря на то, что в соответствии со ст. 1 Федерального закона функции и полномочия, предусмотренные Конституцией РФ, Банк России осуществляет независимо от других федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов РФ и органов местного самоуправления,

1 Диланян Ф.Т. Основы финансово-правового регулирования денежного обращения в РФ: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2003. – С. 113. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.diss.rsl.ru>.

2 Гейвандов Я.А. Правовое положение ЦБ РФ. // Государство и право. – 1997. – № 11. – С. 81.

3 Минин В.С. К вопросу о правовом статусе ЦБ РФ. // Деньги и кредит. – 1999. – № 11. – С. 25.

4 Тосунян Г.А. Викулин А.Ю. К вопросу о статусе Банка России. // Деньги и кредит. – 1998. – № 9. – С. 16.

5 Ефимова Л.Г. Правовая природа Центрального банка РФ. // Хозяйство и право. – 1994. – № 5. – С. 17.

6 Диланян Ф.Т. Основы финансово-правового регулирования денежного обращения в РФ: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2003. – С. 187. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.diss.rsl.ru>.

7 Там же – С. 123.

согласно ст. 5 Федерального закона Банк России подотчетен Государственной Думе.¹ Более того, проанализировав взаимоотношения ЦБ с федеральными органами государственной власти, можно сделать закономерный вывод: они строятся на основе системы сдержек и противовесов, которая обеспечивает проведение Банком России самостоятельной денежно-кредитной политики и в тоже время не позволяет ему выполняемые им функции во вред интересам общества и государства.

Основные механизмы воздействия Банка России на федеральные органы исполнительной власти:

- если Правительство РФ «обеспечивает» проведение единой финансовой, кредитной и денежной политики, то Банк России разрабатывает и проводит единую государственную денежно-кредитную политику, направленную на защиту и обеспечение устойчивости рубля;

- Банк России участвует в разработке экономической политики Правительства РФ;

- Правительство РФ обязано информировать Банк России о предполагаемых действиях, имеющих общегосударственное значение;

- Председатель Банка России или по его поручению один из его заместителей участвует в заседаниях Правительства РФ;

- Банк России консультирует Минфин России по вопросам графика выпуска государственных ценных бумаг РФ и погашения государственного долга РФ с учетом их воздействия на состояние банковской системы РФ и приоритетов единой государственной денежно-кредитной политики;

- проекты нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти, касающихся выполнения Банком России своих функций, направляются на заключение в Банк России;

- в случае вмешательства в его деятельность органов исполнительной власти Банк России информирует об этом Государственную Думу РФ, а также вправе обращаться в суды с исками о признании недействительными правовых актов федеральных органов исполнительной власти.

В арсенале Банка России имеются следующие способы защиты:

- Банк России в соответствии со ст. 104 Конституции РФ не наделен правом законодательной инициативы, однако по вопросам, отнесенным к его компетенции, он издает нормативные акты, обязательные для федеральных органов государственной власти (в том числе и законодательной);

- проекты федеральных законов, касающихся выполнения Банком России своих функций, направляются на заключение Банка России;

- Председатель Банка России или по его поручению один из его заместителей может принимать участие в заседаниях Государственной Думы при рас-

¹ О Центральном банке РФ (Банке России): федер. закон от 10.07.2002 г. № 86-ФЗ: принят Гос. Думой РФ 27.06.2002 г. // Собрание законодательства РФ. – 2002. – № 28. – Ст. 2790.

смотрении законопроектов, касающихся вопросов экономической, финансовой, кредитной и банковской политики;

– в случае вмешательства в его деятельность законодательных органов Банк России информирует об этом Президента РФ, а также вправе обращаться в суды с исками о признании недействительными правовых актов федеральных органов законодательной власти.¹

Таким образом, налицо законодательное закрепление системы сдержек и противовесов в отношениях между Банком России и другими ветвями власти, которая:

– обеспечивает проведение Банком России самостоятельной денежно-кредитной политики;

– создает условия, препятствующие узурпации любой из ветвей власти функции проведения денежно-кредитной политики;

– не позволяет Банку России использовать свои функции в ущерб интересам общества и государства.²

Но с другой стороны, с целью придания стабильности взаимоотношениям между Банком России и Правительством РФ по вопросам денежно-кредитной политики, необходимо дополнить ст. 27 Федерального конституционного закона о Правительстве РФ нормой, предоставляющей право Председателю Центрального банка РФ участвовать в заседаниях правительства по вопросам денежно-кредитной политики и вопросам, затрагивающим деятельность банковской системы, с правом совещательного голоса.³

Международная практика относит центральные банки к публично – правовым учреждениям, которые в соответствии с законом наделяются одновременно властными и гражданско-правовыми полномочиями.⁴

Федеральный закон «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» предоставляет Банку России 19 функций в том числе: разработка и проведение единой государственной денежно-кредитной политики; монопольное осуществление эмиссии наличных денег и организации наличного денежного обращения; установление правил осуществления расчетов в РФ; осуществление эффективного управления золотовалютными резервами Банка России; организация и осуществление валютного регулирования и валютного контроля; установление и публикация официального курса иностранных валют по отношению к рублю и другие функции, связанные с регулированием отношений в области денежного обращения.

1 Цельковский И.В. Конституционно-правовые основы взаимодействия Центрального банка РФ и Правительства РФ в сфере денежно-кредитной политики // Банковское право. – 2006. – № 2. – С. 27.

2 Цельковский И.В. Конституционно-правовые основы взаимодействия Центрального банка РФ и Правительства РФ в сфере денежно-кредитной политики // Банковское право. – 2006. – № 2. – С. 27.

3 Тосунян Г.А. Деньги и власть. Теория разделения властей и проблемы банковской системы. – М., 2000. – С. 58.

4 Цельковский И.В. Конституционно-правовые основы взаимодействия Центрального банка РФ и Правительства РФ в сфере денежно-кредитной политики // Банковское право. – 2006. – № 2. – С. 27.

Представительство в арбитражном суде от имени иностранных организаций, иностранных лиц и лиц без гражданства

Согласно ч. 3 ст. 59 АПК РФ представителями граждан, в том числе индивидуальных предпринимателей, и организаций могут выступать в арбитражном суде адвокаты и иные оказывающие юридическую помощь лица.

В силу действия в РФ национального режима по отношению к иностранным лицам на них распространяются полностью все правила о представительстве. Но это не означает, что представительство иностранных лиц в арбитражном процессе не имеет никаких особенностей, касающихся как вопросов определения круга лиц, могущих быть представителями иностранцев в арбитражном процессе, так и правил оформления и подтверждения полномочий на ведение дел.

В отличие от российских участников арбитражного процесса, интересы иностранных лиц в арбитражном суде вправе представлять более широкий круг лиц, включающий адвокатов и консулов иностранных государств. На территории РФ разрешена деятельность иностранных адвокатов, но с некоторыми ограничениями.

Во-первых, адвокаты иностранного государства могут оказывать юридическую помощь на территории РФ только по вопросам права данного иностранного государства.

Во-вторых, адвокаты иностранных государств не допускаются к оказанию юридической помощи на территории РФ по вопросам, связанным с государственной тайной РФ.

В-третьих, адвокаты иностранных государств, осуществляющие адвокатскую деятельность на территории РФ, должны быть зарегистрированы Федеральной регистрационной службой в специальном реестре, порядок ведения которого определяется Правительством РФ. Без регистрации в указанном реестре осуществление адвокатской деятельности адвокатами иностранных государств на территории РФ запрещается.

Перечисленные ограничения не носят дискриминационного характера и вполне оправданны. Иностранец адвокат, как правило, не является специалистом в российском праве, по вопросам же применения норм права своей страны, без сомнения, является более компетентным, чем российский адвокат.

Представляется целесообразным в связи с увеличением внешнеэкономических связей отечественных и иностранных хозяйствующих субъектов, регулируемых не столько национальным законодательством государств, сколько нормами международного права (соответствующими договорами, соглаше-

ниями, конвенциями), рекомендовать арбитражным судам толковать норму п. 5 ст. 2 Закона № 63-ФЗ расширительно и допускать в процесс иностранных адвокатов по делам, связанным с применением норм международного права.

Кроме адвоката, представителями граждан, в том числе индивидуальных предпринимателей и организаций (как российских, так и иностранных), могут выступать в арбитражном суде и «иные оказывающие юридическую помощь лица». К ним с учетом положений ст. 48 Конституции РФ справедливо относить любых дееспособных лиц, обладающих необходимыми и достаточными юридическими знаниями и навыками для оказания квалифицированной юридической помощи, независимо от того, осуществляют ли они такую деятельность на профессиональной основе или нет. Такой подход к определению «иных оказывающих юридическую помощь лиц» реализуется на практике арбитражными судами РФ. Это могут быть работники юридических фирм, общественных организаций, частнопрактикующие юристы и любые иные лица, отвечающие требованиям ч. 6 ст. 59, ст. 60 АПК РФ.

В силу положений ч. 3 ст. 62 Конституции РФ, ч. 6 ст. 59, ч. 1 ст. 254 АПК РФ, ст. 4 Федерального закона от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» и отсутствия в законодательстве запрещающих и ограничивающих норм, в качестве представителей — «иных оказывающих юридическую помощь лиц» в арбитражном суде, вправе выступать и иностранные граждане, апатриды, отвечающие требованиям ст. ст. 59 и 60 АПК РФ.

Получается, на наш взгляд, не совсем логичная ситуация, когда адвокат иностранного государства вправе выступать в арбитражном суде в качестве представителя только по делу, касающемуся вопросов права данного государства при наличии регистрации в специальном реестре, а иное иностранное оказывающее юридическую помощь лицо — по всем делам, не обязательно затрагивающим вопросы применения иностранного права.

На наш взгляд, возможно несколько вариантов устранения такого неравенства: уравнивание иностранных адвокатов в правах с иными иностранными представителями — не адвокатами или распространение ограничений в отношении иностранных адвокатов и на других представителей — иностранных лиц, что потребует внесения соответствующих изменений в российское законодательство. Представлять интересы иностранных лиц в арбитражном процессе кроме указанных в ст. 59 АПК РФ лиц могут и консулы иностранных государств. Положения о консульском представительстве иностранных лиц содержатся в многосторонних и двусторонних консульских соглашениях с участием РФ. Консульское представительство иностранных лиц в судебных органах является одной из функций консула по защите прав граждан, организаций своего государства за рубежом. Особенностью консульского представительства является то, что консулы представляют в российских судах граждан своих государств без доверенности.

Интересы ребенка в системе семейно-правовых отношений

Семейный кодекс РФ употребляет термин «интересы ребенка», представляя его в различном контексте. Содержание интересов ребенка определяется через характеристику действий его законных представителей, органа опеки и попечительства. Однако, по моему мнению, содержание этого понятия до конца не раскрыто. В законодательстве нет четкого определения интересов несовершеннолетних, нет критериев установления соответствия интересов родителей интересам детей.

В науке семейного права дискуссия идет не только по поводу определения понятия «интерес ребенка», но и относительно вопроса о соотношении интересов детей и интересов родителей при осуществлении родительских прав. Одни ученые называют правило – «родительские права не могут осуществляться в противоречии с интересами детей» – принципом осуществления родительских прав, другие характеризуют его как предел осуществления прав, третьи относят к условиям реализации субъективного права.

Содержание интересов детей, как впрочем и направления к определению этого содержания, постоянно меняются. Оно объективно зависит от возраста детей, от состояния их развития. Обязанность родителей – правильно определять интересы ребенка с учетом его возрастных, иных изменений и обеспечивать осуществление родительских прав в соответствии с произошедшими изменениями в содержании интересов детей.

Следует помнить и о многообразии жизни, в силу чего интересы ребенка могут одновременно простираются в различных направлениях. Осуществление родительских прав не в противоречии с интересами ребенка означает правильное определение главного, приоритетного интереса для ребенка.

Поведение ребенка, осуществление им своих прав в семье может сопровождаться одновременным проявлением интересов различных членов семьи: родителей, бабушек и дедушек, братьев и сестер и др. Содержание интересов данных лиц, их направленность зачастую являются противоречивыми между собой и относительно интересов ребенка. Более того, интересы членов семьи имеют разную социальную весомость и значимость, и не все из возникающих противоречий имеют правовое значение. Ребенок воспитывается в тех реальных условиях и обстоятельствах, сочетание которых и создает объективную воспитательную ситуацию. Именно с ней, реальностью, «объектом-оригиналом, а не с моделью, закрепленной в законе (объектом-заместителем)», – именно так удачно оценивает эту ситуацию В.Н.Леженин, родитель имеет дело, определяя, какие воспитательные действия целесообразно и необходимо совершить по отношению к ребенку. При этом одна и та же воспитательная

ситуация может представляться различной (иногда даже существенно) разным воспитателям ребенка в зависимости от их жизненного опыта, темперамента, профессиональной подготовки и других факторов.

Родители должны заботиться об интересах детей не только на «данный момент», но и с учетом будущего ребенка. Выбирая образовательное учреждение, формы дополнительного образования для малолетнего ребенка они тем самым заботятся об обеспечении будущих, «взрослых» интересов ребенка, например профессиональных.

Согласно ст. 63 СК РФ родители имеют преимущественное право на воспитание своих детей перед всеми другими лицами, в том числе и перед бабушками, дедушками. В то же время интересы близких родственников должны учитываться родителями при реализации этими лицами права на общение с ребенком (ст. 67 СК РФ). В случае «столкновения» интересов родителей ребенка (одного из них) и интересов других родственников важно принять решение и выбрать вариант поведения, отвечающие истинным интересам ребенка.

Соглашаясь с тем, что семья выступает как социальный институт, играет определенную социальную роль, считаю возможным прийти к выводу: интересы ребенка формируются не только в сочетании с интересами родителей, но и под влиянием интересов семьи в целом. Каждый член семьи, в том числе и ребенок, должен чувствовать свою ответственность перед семьей, а не только перед отдельными членами семьи, соотносить свои интересы с интересами семьи.

Нельзя оставить без внимания и вопрос сочетания интересов родителей и интересов государства в воспитании детей. Все родители заинтересованы в надлежащем воспитании детей, право и обязанность на которое им предоставляются государством. Но и государство, – замечает Н.С.Малеин, – хочет видеть будущих граждан именно такими, какими они представляются родителям. Расти здоровым, получать все навыки, без которых невозможна жизнь человека в обществе, необходимо и самому ребенку.¹ При этом автор обращает внимание на то, что интересы ребенка, заключающиеся в его надлежащем воспитании, нельзя смешивать с условиями воспитания. Условия воспитания могут варьироваться, меняться и по-разному влиять на воспитание детей в семье. Надлежащее воспитание – понятие объективно существующее, которое формулируется не родителями, а складывается в зависимости от разных факторов, в числе которых – те или иные условия воспитания.

Подытоживая сказанное, следует отметить, что понятие «интересы ребенка» в семейном законодательстве не определено. Хотя, как уже упоминалось, интересы детей в ряде случаев используются как критерий, оценочная категория при регулировании правоотношений между родителями и детьми.

¹ Малеин Н.С. *Гражданско-правовое положение личности в СССР.* – М., 1975. – С. 305.

Особенности земельного участка в системе межотраслевых отношений

В ходе земельной реформы земельный участок был признан объектом недвижимости и вовлечен в гражданский оборот. Это породило дискуссию о соотношении норм гражданского, земельного и других отраслей права, регулирующих его правовое положение. В качестве одного из решений этого спора некоторыми учеными был предложен межотраслевой подход к определению правового режима земельного участка.¹

Единая дефиниция понятия «земельный участок», наиболее полно отражающая его характеристики, в законодательстве отсутствует, и каждая отрасль права, регулируя отношения, связанные с этим объектом, акцентирует внимание лишь на определенных аспектах категории «земельный участок». Поэтому цель нашей работы – выявить сущностные признаки земельного участка, содержащиеся в нормах различной правовой принадлежности.

Для начала выясним соотношение понятий «земля» и «земельный участок». Хотя ЗК РФ и разграничивает данные объекты, они иногда используются законодателем как синонимы (ст. ст. 9, 36 Конституции РФ; п. 3 ст. 129 ГК РФ), что является недостатком юридической техники и создает путаницу. Понятие «земля» может применяться только для ее характеристики как объекта государственного и муниципального управления – как природный объект и природный ресурс – в публичном аспекте (ч. 1 ст. 9 ЗК РФ). Объектом же гражданско-правовых отношений, недвижимым имуществом, является земельный участок.

В ЗК РФ под земельным участком понимается часть земной поверхности, границы которой определены в соответствии с федеральными законами (ст. 11.1. ЗК РФ). Законодатель дает максимально обобщенное определение, исключив из новой редакции ЗК РФ характеристику «почвенный слой». Такой подход, казалось бы, решает проблему земельных участков, лишенных почвенного слоя (например, ледники, гористые местности), но при этом возникает необходимость установить нижнюю границу – между земельным участком и участком недр, являющимся исключительно государственной собственностью (ст. 1.2. ФЗ РФ «О недрах»). Решение этого вопроса находим в ст. 19 ФЗ РФ «О недрах», из которой следует, что собственники земельных участков имеют право в их границах осуществлять добычу общераспространенных полезных ископаемых, не числящихся на государственном балансе, для своих нужд на глубину до пяти метров.

¹ Анисимов А.П., Мелихов А.И. Правовой режим земельных участков: новый межотраслевой подход к соотношению норм гражданского и земельного права // Право и экономика. – 2008. – № 12.

Положения ст. ст. 260, 261 ГК РФ можно назвать дополняющими ст. 6 ЗК РФ. Они определяют такие признаки земельного участка, как оборотоспособность, целевое использование, а также устанавливают пределы осуществления правомочий собственника, которые распространяются на находящиеся в границах земельного участка поверхностный (почвенный) слой, водные объекты, находящиеся на нем растения, а также на все, что находится над и под поверхностью этого участка, за изъятиями, предусмотренными законами о недрах, об использовании воздушного пространства.

Единственный признак, выводимый из определения земельного участка, данного в ЗК РФ – его индивидуальная определенность. Как отмечает О.И.Крассов, под индивидуализацией земельного участка понимается выявление таких особых его характеристик, с помощью которых возможно однозначно определить его среди иных земельных участков.¹

Таким образом, норма ЗК РФ отсылает нас к ФЗ от 24 июля 2007 г. «О государственном кадастре недвижимости», который и устанавливает характеристики, позволяющие определить недвижимое имущество в качестве индивидуально-определенной вещи. Ими являются местоположение, площадь, границы участка, присвоенный кадастровый номер, а также некоторые дополнительные сведения: категория земель, разрешенное использование, дополнительное наименование земельного участка (например, лесной участок, приусадебный земельный участок) и др. (ч. 3 ст. 1; ч. 1 ст. 7 ФЗ «О государственном кадастре недвижимости»).

Местоположение земельного участка – это его адрес. В соответствии с Порядком ведения государственного кадастра недвижимости, утвержденным Приказом Минюста России от 20 февраля 2008 г. № 35, он относится к числу сведений о земельном участке, которые вносятся в Реестр. Если такого адреса нет, то в Реестр вносится описание его местоположения (п. 63).

Границы земельного участка, как правильно отмечается, определяют территориальную и пространственную сферу осуществления прав и выполнения обязанностей их собственников, других лиц, использующих земельные участки на законных основаниях.² По справедливому замечанию К.И.Скловского, установление границ земельного участка – это не только средство его индивидуализации, но и способ создания самого объекта права.³

П. 8 ст. 38 ФЗ «О государственном кадастре недвижимости» закрепляет еще один элемент индивидуализации – площадь земельного участка.

Каждый объект недвижимости, сведения о котором внесены в государственный кадастр недвижимости, имеет не повторяющийся во времени и на территории РФ государственный учетный номер (кадастровый номер).

¹ Крассов О.И. *Комментарий к Земельному кодексу РФ. – 2009. / [Электронный ресурс]: «Консультант плюс».*

² Крассов О.И. *Юридическое понятие «земельный участок» // Экологическое право. – 2004. – № 2.*

³ Скловский К.И. *Применение законодательства о собственности и владении. Практические вопросы. – М.: Статут, 2004.*

Объектом права собственности могут быть земельные участки, не только поставленные на государственный кадастровый учет недвижимости, но и прошедшие процедуру государственной регистрации. Согласно ст. 2. ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» от 21 июля 1997 г., государственная регистрация является единственным доказательством существования зарегистрированного права. Однако до сих пор остается неясным одно положение. Согласно п. 2 ст. 214 ГК РФ земля и другие природные ресурсы, не находящиеся в собственности граждан, юридических лиц либо муниципальных образований, являются государственной собственностью, в то время как ст. 5 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» приравнивает Российскую Федерацию, субъекты РФ и муниципальные образования к иным участниками отношений, возникающих при государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Остается неурегулированным вопрос: кому и на каком основании принадлежала земля до государственной регистрации?

Следующий признак – единство земельного участка: по российскому законодательству (ст. 11.9 ЗК РФ), один участок не может располагаться в двух и более местах, хотя это допускается, например, законодательством Германии.¹

Земельный участок – недвижимая вещь, а вещи согласно ст. 133 ГК могут быть делимыми и неделимыми. Делимый земельный участок может быть разделен на части, каждая из которых после раздела образует самостоятельный земельный участок, разрешенное использование которого может осуществляться без перевода его в состав земель иной категории.

Фатыхова Г.Р.

Казанский (Приволжский) Федеральный Университет

О совершенствовании законодательства в области защиты прав ребенка

Ратификация Российской Федерацией Конвенции о правах ребенка обязала нашу страну сделать все возможное, чтобы усовершенствовать семейное законодательство РФ в части, касающейся прав ребенка. Напоминая, что Организация Объединенных наций во Всеобщей декларации прав человека провозгласила, что дети имеют право на особую защиту и помощь, эта Конвенция определила те направления, которым надо следовать: наилучшее обеспечение интересов ребенка в том числе и в семье, обеспечение права ребенка на заботу со стороны своих родителей, право на особую защиту и помощь со стороны государства в случае утраты ребенком семьи и др. В частности, Конвенция ООН в п. 2 ст. 3 закрепила, что «государства-участники обязуются обе-

¹ Гришаев С.П. Гражданско-правовой режим земельных участков. Цивилист. – 2006. – № 4.

спечить ребенку такую защиту и заботу, которые необходимы для его благополучия...».

Основной формой защиты семейных прав, в том числе и прав ребенка, признается судебный порядок защиты.¹ Судебную защиту следует понимать как одну из юрисдикционных форм защиты субъективных прав и законных интересов ребенка, как принцип семейного права и как составную часть внутренней функции правового государства, состоящей в признании, соблюдении и защите прав граждан.²

Право граждан на судебную защиту закреплено в Конституции РФ (ст. 46), а также в международных договорах России, таких как Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод и Международный Пакт о гражданских и политических правах. На национальном уровне, помимо Конституции РФ, оно предусмотрено в Гражданском процессуальном кодексе РФ (ст. 3), Семейном кодексе РФ (ст. 8) и других законах. Так, из содержания ст. 56 Семейного Кодекса РФ вытекает право ребенка на судебную защиту своих нарушенных прав (юрисдикционная форма защиты),³ что является составной частью системы защиты детей.

В ст. 56 СК РФ, ст. 3, 89 ГПК РФ закреплен принцип доступности судебной защиты. Судья в интересах ребенка возбуждает гражданское дело по заявлению, жалобе, иску широкого круга лиц. Законодательство предусматривает освобождение истцов (заявителей) от государственной пошлины по делам, связанным с защитой семейных прав ребенка (ст. 23 ФЗ РФ «Об основных гарантиях прав ребенка в РФ»). О доступности судебной защиты свидетельствует альтернативная подсудность о взыскании алиментов (ст. 29 ГПК РФ), сокращенные сроки рассмотрения заявлений о взыскании алиментов (ст. 154 ГПК РФ), упрощенное судопроизводство (гл. 11 ГПК РФ), немедленное исполнение решений о присуждении алиментов (ст. 211 ГПК РФ). Все это говорит о расширении рамки судебной защиты семейных прав ребенка.

Судебный порядок защиты прав несовершеннолетних в РФ имеет ряд особенностей. Это связано с тем, что дети не способны самостоятельно защищать свои права и отстаивать собственные интересы. Поэтому в судебном процессе интересы ребенка представляют его законные представители (родители, усыновители, опекуны и попечители, приемные родители), хотя суд обязан привлекать к участию в деле и самих несовершеннолетних в возрасте от 14 до 18 лет. В развитие Конституции РФ, ст. 8 СК РФ закрепляет следующее положение: «Защита семейных прав осуществляется судом по правилам гражданского судопроизводства». В соответствии с Гражданским процессуальным кодексом РФ, в случаях, предусмотренных специальным федеральным законом, по де-

1 Пчелинцева Л.М. *Комментарий к Семейному Кодексу РФ*. – М.: Норма, 1999. – С. 61.

2 Беспалов Ю.Ф. *Судебная защита семейных прав ребенка: Дисс. ... канд. юрид. наук*. – М., 1997. – С. 15–16.

3 Беспалов Ю.Ф. *Семейно-правовое положение ребенка в РФ: Монография*. – Владимир: ВГПУ, 2000. – С. 81–85.

лам, возникающим из семейных и иных правоотношений, несовершеннолетний в возрасте от 14 до 18 лет имеет право лично защищать в суде свои права и охраняемые законом интересы. Привлечение к участию в таких делах родителей, усыновителей или опекунов (попечителей) для оказания им помощи зависит от усмотрения суда (ст. 37 ГПК РФ). Судья не вправе отказать ребенку в принятии заявления, а обязан принять заявление и привлечь представителя ребенка к участию в деле. Если представитель ребенка отказывается поддерживать требование ребенка, его интересы должны представлять органы опеки и попечительства. Органы опеки и попечительства при необходимости обязаны назначить ребенку представителя. Разрешая отдельные вопросы, затрагивающие интересы ребенка, достигшего 10 лет, суд должен выяснить его мнение. Необходимо отметить, что согласие ребенка обязательно в случаях, предусмотренных ст. 59, 72, 132, 134, 136, 143, 153 Семейного Кодекса РФ. Суд может отступить от этого правила только в случае, если мнение ребенка противоречит его интересам.¹

Семейное законодательство определяет ребенка как самостоятельного участника семейных, а в отдельных случаях гражданских процессуальных отношений. Так, согласно ст. 56 п.2 СК при нарушении прав и законных интересов, в том числе при невыполнении или при ненадлежащем выполнении родителями (одним из них) обязанностей по воспитанию, образованию ребенка, либо при злоупотреблении родительскими правами, ребенок вправе самостоятельно обратиться за их защитой в орган опеки и попечительства, а по достижении возраста 14 лет имеет право требовать отмены усыновления. Гражданским процессуальным законом право обратиться в суд предоставлено лицам, обладающим полной дееспособностью, наступившей в связи с совершеннолетием, заключением брака, либо в порядке эмансипации.

Статья 56 Семейного кодекса РФ закрепляет право несовершеннолетнего обратиться в суд для защиты собственных прав по достижении им четырнадцати лет. Вместе с тем, реализация права несовершеннолетнего на судебную защиту не всегда возможна. В ГПК РФ нет правил, позволяющих несовершеннолетнему старше 14 лет, полноправно участвовать в гражданском процессе. Следовательно, нет и соответствующей правоприменительной практики.

Провозглашенное в ст. 56 СК РФ право не находит должного закрепления ни в Семейном кодексе РФ, ни в Гражданском процессуальном кодексе РФ. ГПК РФ не определяет положение несовершеннолетнего участника гражданского процесса – он не фигурирует в суде в числе истца при решении вопросов лишения, ограничения родительских прав, в вопросах об установлении отцовства. Отсутствие механизма обращения несовершеннолетнего в суд и его участия в качестве инициатора судебного разбирательства, что дает возможность судьям отказывать несовершеннолетним истцам в праве на защиту в связи с их

¹ Попова Л.И. *Защита прав несовершеннолетних в гражданском процессе: Дисс. ... канд. юрид. наук.* – СПб., 2006. – С. 15.

не полной дееспособностью – это основной недостаток судебной защиты несовершеннолетних.

Следует также отметить, что одной из проблем защиты прав несовершеннолетних в судебном порядке, как справедливо отметила Кравчук Н.В., является отсутствие у несовершеннолетнего права на бесплатную юридическую помощь.¹ Федеральным законом от 31 мая 2002 г. № 63 «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» предусматривается бесплатное оказание юридической помощи только несовершеннолетним, содержащимся в учреждениях системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних (п. 3 ст. 26 Федерального закона).

В силу незрелости и отсутствия знаний ребенок в большинстве случаев не способен самостоятельно защитить свои права и противостоять нарушениям своих прав судом. Для защиты несовершеннолетних от нарушений их прав следует предоставить им право на обращение за бесплатной юридической помощью к адвокату и внесением соответствующих дополнений в Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». Целесообразно введение положения об обязательном участии в гражданском процессе адвоката по защите прав несовершеннолетних в соответствии со ст. 50 ГПК РФ.

*Фахретдинова А.Р.
Институт права БашГУ*

К вопросу о понятии «недвижимость» в российском законодательстве

В процессе совершенствования и развития правовых систем государства постоянно обращаются к опыту друг друга. При этом при заимствовании идей, институтов, норм из права развитых государств, не следует забывать о специфике национальной правовой системы.

Наиболее тесно российское гражданское законодательство связано с континентальными правовыми системами, так как они имеют общие корни в римском праве, которое достаточно много внимания уделяло классификации на движимые и недвижимые вещи. Несмотря на общую тенденцию к повсеместной рецепции римского права, большинство европейских государств при включении в свои кодексы и законы понятия «недвижимое имущество» предпринимали попытки расширить его значение, выделить качественно новые признаки по сравнению с имеющимися в римском праве.

Так, во Французском Гражданском кодексе 1804 г. выделены три типа недвижимых вещей: 1) недвижимые по своей природе – земли и строения;

¹ Кравчук Н.В. Судебная защита ребенка // «Черные дыры» в российском законодательстве. – 2004. – № 4. – С. 358–361.

2) недвижимые по назначению – сельскохозяйственный инвентарь и иные движимости, которые собственник использует в соответствии с их хозяйственным назначением; 3) недвижимые по объекту приложения – узурфрукт, сервитуты, а также иски, связанные с недвижимым имуществом. В Германском гражданском уложении используется более узкое понятие. Так, в соответствии с § 94, 96 ГГУ к недвижимому имуществу относятся: земля и составные части земельного участка – строения, урожай на корню, а также права, связанные с правом собственности на данный участок. В соответствии с Законом о праве собственности на жилое помещение и о праве длительного пользования жилой площадью от 15 марта 1951 г. в качестве недвижимого имущества признаны жилые и нежилые помещения.

Своеобразный подход к делению вещей на движимые и недвижимые выработан в англосаксонской правовой системе. В частности, как полагает О.М.Козырь, сами термины «движимое» и «недвижимое» имущество применяются английскими судами в тех случаях, когда речь идет об отношениях с «иностранным элементом», регулируемых международным частным правом, тогда как во внутренних отношениях такое деление значения не имеет. В английском праве применительно к внутренним, национальным отношениям действует исторически сложившееся деление имущества на реальное и персональное, которое основывается на использовании различных форм исковой защиты. К реальному имуществу относятся земельный участок, движимые вещи, постоянные принадлежности земли или вещи, права, связанные с землей и возведенными на ней зданиями и сооружениями, по поводу которых может быть предъявлен так называемый реальный иск – иск о восстановлении владения, персональным является имущество, защищаемое персональным иском, направленным на получение денежной компенсации. В США деление вещей на реальные и персональные заменено делением на движимое и недвижимое имущество. Следует отметить, что понятие недвижимости в англо-американской системе права шире, чем в странах континентального права. Оно охватывает и вещные права и обязательственные требования.

В Швейцарском гражданском уложении 1907 г. понятие земельного участка шире, чем в российском праве, т. к. охватывает прочно связанные с ним здания и сооружения, занесенные в реестр недвижимости. Все это – единый объект вещных прав и оборота.

По законодательству Чешской республики к недвижимости относятся земельные участки и строения, прочно связанные с земельным участком. При этом строение не является составной частью земельного участка и, признается самостоятельным объектом права.

Как отмечает С.А.Бабкин, существуют две концепции к определению понятия недвижимости: множественности видов недвижимости и земельного участка. Российское гражданское право придерживается первой из названных концепций. При этом понятие недвижимости в иностранном законодатель-

стве является более широким по сравнению с тем, как понимает эту категорию Гражданский кодекс РФ, так как сюда включаются не только вещи, но и вещные права на недвижимость. Общим для всех правовых систем, в том числе и для российской, является признание основным объектом недвижимости земельного участка.

К специфическим особенностям российского понимания понятия недвижимость следует отнести включение в перечень морских и воздушных судов, судов внутреннего плавания, космических объектов.

Однако опубликованный в ноябре 2010 г. проект изменений Гражданского кодекса РФ предполагает существенное обновление положений об объектах гражданских прав, в частности, к недвижимым вещам планируют отнести жилые и нежилые помещения, выделенные в качестве самостоятельных объектов гражданских прав, а также законодательно оформить концепцию «единого объекта»: земельный участок и находящееся на нем здание, сооружение, объект незавершенного строительства участвуют в гражданском обороте как одна недвижимая вещь.

*Федорова Ю.А.
Институт права БашГУ*

Предпосылки возникновения гражданских процессуальных правоотношений

Для возникновения и развития любых гражданских процессуальных правоотношений необходимо наличие ряда предпосылок (условий). Первой и наиболее важной предпосылкой возникновения правоотношения является наличие нормы регулирующей данное отношение. Как уже указывалось, нормой права является общеобязательное формально определенное, охраняемое от нарушения принудительной силой государства правило поведения. Гражданские процессуальные нормы – нормы, регулирующие отношения сторон в процессе судопроизводства. Процессуальные нормы обладают рядом характерных специфических признаков: они устанавливаются только государством; являются общеобязательными; имеют общий характер; регулируют общественные отношения лишь в области осуществления правосудия по гражданским делам; обеспечиваются возможностью применения государственного принуждения и процессуальных мер, не связанных с государственным принуждением; имеют своей задачей обеспечение правильного и своевременного рассмотрения и разрешения гражданских дел.

Для удобства пользования нормы объединяются в процессуальные институты и располагаются в строго определенной системе, регламентирующей поэтапное развитие судопроизводства. Процессуальные нормы регулируют от-

ношения между строго определенными участниками процесса (между судом и прокурором, судом и сторонами и т. д.)

Процессуальные нормы устанавливают меры возможного или должного поведения участников процесса. Следующая предпосылка возникновения процессуальных правоотношений – это юридические факты. Юридические факты – это конкретные жизненные обстоятельства, с которыми норма права связывает возникновение, изменение или прекращение правоотношений. Юридические факты отражаются в гипотезе правовой нормы. Правовая норма может также быть реализована бездействием лица. Процессуальные последствия влекут только действия (бездействие) суда и иных участников процесса. Форма выражения процессуального действия суда – письменная. В отличие от других видов правоотношений процессуальные правоотношения могут возникнуть, измениться или прекратиться только в связи с действиями, а не событиями. События в гражданском процессе, без совершения процессуальных действий сами по себе не служат предпосылкой существования правоотношений. Смерть истца или ответчика сама по себе без оформления судом правопреемства не служит возникновению, изменению или прекращению правоотношений. В этой связи возникает вопрос недостаточности в некоторых случаях одного-единственного юридического факта для развития правоотношений. Совокупность юридических фактов необходимых для возникновения, изменения или прекращения правоотношения в науке называется юридическим составом. Одним из юридических фактов, входящих в юридический состав, должно быть действие суда. К особенностям юридических фактов в гражданском процессе относится также их последовательное возникновение в строго определенном порядке.

По характеру процессуальных последствий юридические факты и юридические составы подразделяются на правообразующие, правоизменяющие и правопрекращающие. Правообразующим составом будет подача искового заявления и возбуждение судом производства по гражданскому делу. Правоизменяющим – изменение основания или предмета иска, увеличение или уменьшение размера исковых требований. Отказ от иска служит прекращению правоотношения.

Третьей предпосылкой правоотношений является право – и дееспособность как основные характеристики субъекта правоотношений. Правоспособность выступает потенциальной возможностью лица участвовать в процессе. Правоспособность – это способность лица иметь процессуальные права и нести процессуальные обязанности. Процессуальной правоспособностью обладают и граждане, и юридические лица. Гражданская процессуальная правоспособность связана с правоспособностью лица в материальном праве.

Однако одной правоспособности для участия в процессе недостаточно. Правоспособность означает только возможность процессуальной защиты прав данного конкретного лица, но не включает в себя допустимость личного участия в процессе. Для самостоятельного участия в процессе лицо должно

иметь возможность своими действиями осуществлять процессуальные права и исполнять процессуальные обязанности, то есть обладать процессуальной дееспособностью. Юридические лица обладают дееспособностью с момента их государственной регистрации. Процессуальная дееспособность граждан определяется достижением ими определенного возраста.

*Филатова У.Б. к.ю.н., доцент
Восточно-Сибирский филиал Российской академии правосудия*

К вопросу об ограничениях принципа свободы договора при осуществлении правомочия распоряжения в праве общей долевой собственности

Принцип свободы договора – это один из основополагающих принципов гражданского права, находящий реализацию во всех его институтах. Не исключением является и институт общей долевой собственности. Но проявление этого принципа ограничено, что предопределено спецификой права общей собственности, обусловленной наличием нескольких собственников на один объект и проявляющейся в первую очередь в особенностях осуществления правомочия распоряжения. Кроме общепринятых проявлений принципа свободы договора в виде установления права преимущественной покупки, в ближайшее время в связи с реформированием гражданского законодательства может появиться и ряд других ограничений. Речь идёт о закреплённых в проекте ГК РФ¹ правилах, которые предусматривают как обоснованные так и не очень ограничения принципа свободы договора в праве общей долевой собственности. Анализ данных положений, а также выявление их позитивных и негативных сторон будет осуществлён в настоящей статье.

Сфера действия принципа свободы договора в праве общей долевой собственности – это сделки по распоряжению общим имуществом, а также сделки по распоряжению долей.

Распоряжение общим имуществом осуществляется по соглашению всех собственников. Действующее законодательство не предусматривает обязательных требований к форме соглашения о порядке владения, пользования и распоряжения общим имуществом, следовательно, к данной сделке применяются общие правила о формах сделок, определённые в ст. ст. 159, 161, 163 ГК РФ.² Не подлежит регулированию действующим законодательством влияние смены собственника на действительность соглашения.

¹ Прим.: имеется в виду проект ГК РФ разработанный Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства во исполнение Указа Президента РФ. – 2008. – № 1108 «О совершенствовании гражданского законодательства» и размещённый для обсуждения на сайте ВАС РФ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.arbitr.ru>.

² Гражданский кодекс РФ, часть 1, ФЗ РФ от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ, с изм. от 18.07.2009 г. // СЗ РФ. – 1994. – № 32. – Ст. 3301.

ГК РСФСР 1964 г. в ст. 124 устанавливал правило, согласно которому нотариально удостоверенное соглашение между участниками общей долевой собственности на жилой дом о порядке пользования обособленными помещениями дома обязательно и для лица, которое впоследствии приобретает долю в праве собственности на этот дом. Как указывал Г.П.Батуров, при таких формах фиксации состоявшееся между сособственниками соглашение не может не стать известным покупателю доли. Согласившись же на покупку при полной осведомленности о состоявшемся соглашении, он должен считаться принявшим и все вытекающие из этого соглашения правовые последствия.¹

Аналогичное правило закреплено в гражданских кодексах некоторых стран участниц СНГ. Например, п. 4 ст. 358 ГК Украины предусматривает, что если договор между совладельцами о порядке владения и пользования общим имуществом соответственно их долям в праве общей долевой собственности, удостоверен нотариально, он является обязательным и для лица, которое приобретет впоследствии долю в праве общей долевой собственности на это имущество.

В настоящее время, соответствующее положение в российском законе отсутствует. Означает ли это, что соглашение сособственников о порядке пользования не является обязательным для лица, которое приобретает долю в праве собственности на общее имущество? Этот вопрос не находит однозначного ответа. Так, например, Л.М.Минкина считает, что поскольку, весь комплекс обязательственных прав, связанных с осуществлением права собственности участника на общую вещь, неразрывно связан с долей в праве собственности, право пользования конкретной частью вещи также переходит к приобретателю доли. Исследователь приходит к выводу, что соглашение сособственников о порядке пользования общим имуществом обязательно и для приобретателя доли независимо от формы такого соглашения.²

На наш взгляд, поскольку обязательность заключения такого соглашения в письменной форме не установлена, то соответственно установить его содержание, а тем более распространить его на третье лицо, не являющееся его стороной практически не возможно. Безусловно, для такого рода соглашений должна быть установлена письменная форма, что позволит третьему лицу, намеривающемуся купить долю, ознакомиться с его условиями. Однако помимо письменной формы проект ГК РФ предусматривает государственную регистрацию соглашения в отношении недвижимого имущества (п. 2 ст. 279).

Данное положение не является бесспорным. На наш взгляд, это является излишним. Согласно ст. 2 закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»³ государственная регистрация прав на

¹ Разрешение судом споров о праве собственности на жилое строение / Батуров Г.П.; Отв. ред.: Водовозов В.С. – М.: Юрид. лит., 1978. – С. 89.

² Минкина Л.М. Право общей долевой собственности: понятие и особенности осуществления. Дис. ... канд. юрид. наук. – Самара, 2004. – С. 130.

³ ФЗ РФ. – 1997. – № 122-ФЗ (в ред. ФЗ от 17.06.2010 г. № 119-ФЗ) // СЗ РФ. – 1997. – № 30. – Ст. 3594.

недвижимое имущество и сделок с ним – это юридический акт признания и подтверждения государством возникновения, ограничения (обременения), перехода или прекращения прав на недвижимое имущество в соответствии с ГК РФ. Государственная регистрация является единственным доказательством существования зарегистрированного права, а само зарегистрированное право на недвижимое имущество может быть оспорено только в суде. Поскольку факт возникновения общей собственности на недвижимое имущество никак не связан с заключением такого рода соглашений, то для признания договора действительным можно ограничиться нотариальной формой, а заключение этого соглашения должно быть обязательным условием регистрации права общей долевой собственности на недвижимое имущество.

Согласно ч. 3 п. 2 ст. 279 проекта переход доли в праве собственности к другому собственнику или третьему лицу прекращает соглашение о владении и пользовании недвижимым общим имуществом, кроме случаев, когда условия соответствующего соглашения были внесены в единый государственный реестр прав на недвижимое имущество. Таким образом, такой договор будет договором присоединения, что также соответствует интересам первоначальных собственников.

Еще одним ограничением принципа свободы договора является п. 3 ст. 279 проекта «условия соглашения о владении и пользовании общим недвижимым имуществом, предусматривающие предоставление собственнику во владение и пользование части имущества, явно несоразмерной его доле в праве собственности, ничтожны».

При распределении владения и пользования общим имуществом наиболее правильным будет достижение равновесия между принадлежащей долей и долей предоставленной во владение и пользование. Но такое возможно не всегда. Эта «невозможность» может быть вызвана как физическими свойствами вещи, так и сознательным желанием собственников. Ограничения права собственников в определении размера долей предоставленных в пользование – это не обоснованное ограничение принципа свободы договора.

На наш взгляд, ситуация не пропорционального распределения долей должна повлечь следующие правовые последствия. Во-первых, справедливым будет установление компенсации собственнику, доля которого у mažается. Во-вторых, распределение расходов должно устанавливаться исходя из долей реально находящихся во владении и пользовании. В-третьих, полученные доходы должны быть переданы собственнику доли за вычетом доли расходов, причитающихся на содержание имущества. Положения такого договора будут не обязательны для стороны, которая приобретет долю в будущем, и договор должен будет подлежать пересмотру.

Говоря об ограничениях принципа свободы договора касающихся распоряжением долей, в первую очередь необходимо отметить преимущественное право покупки доли. По мнению С.А.Денисова, правила о преимущественном

праве покупки доли, продаваемой сособственником, являются частью одного из институтов гражданского права – института преимущественного права на заключение договора. Данный институт, по мнению указанного автора, устанавливает пределы свободы заключения договора в целях защиты законных прав и интересов других лиц.¹

Данное право установлено в связи с тем, что правомочия сособственника в отношении общей вещи ограничиваются в связи с наличием аналогичных прав на ту же вещь у других сособственников. И хотя доля в праве собственности относится к имущественной сфере лишь того сособственника, которому она принадлежит и распоряжение ею не затрагивает напрямую права и интересы других лиц, в то же время, отчуждая свою долю в праве собственности, сособственник тем самым опосредованно распоряжается общим имуществом, изменяя его принадлежность. Э.П.Гаврилов отмечает, что участникам общей долевой собственности далеко не безразлично, кто заступит на место собственника, отчуждающего свою долю, к тому же они могут быть заинтересованы в приращении своих собственных долей.² Следует согласиться с данной точкой зрения, поскольку меньшее число сособственников позволяет каждому из них более полно и эффективно удовлетворять свои материальные потребности за счет общей вещи. Поэтому ограничение возможности свободного распоряжения долей в праве собственности, хотя и является вторжением в сферу имущественной самостоятельности сособственника, представляется обоснованным с точки зрения защиты прав и законных интересов других сособственников.

Некоторые ограничения принципа свободы договора, предусмотренные в проекте, можно назвать необходимыми для института общей долевой собственности. Пункт 2 ст. 278 предусматривает, что «доли в праве собственности не могут быть раздроблены сособственником на части, если это влечет невозможность владеть и пользоваться частью общего имущества, соразмерной части этой доли, в соответствии с его назначением». Данное положение проекта трудно переоценить, ведь оно устраняет проблему бесконтрольного дробления доли, хотя и ограничивает принцип свободы договора в смысле определения его условий.

Ограничение принципа свободы договора является неизбежным для некоторых институтов гражданского права. К таким институтам, безусловно, относится право общей долевой собственности. Вынужденными и оправданными ограничениями принципа свободы договора выступают право преимущественной покупки доли, запрет на необоснованное дробление доли, присоединение к договору о порядке владения, пользования и распоряжения общей недвижимой вещью.

¹ Денисов С.А. Преимущественное право на заключение договора как институт, устанавливающий пределы свободы заключения договора // Законодательство. – 1997. – № 2. – С. 34.

² Гаврилов Э. Преимущественное право покупки // Российская юстиция. – М.: Юрид. лит., 2001, – № 2. – С. 16.

**Разграничение дел об установлении факта,
имеющего юридическое значение, от дел о признании права**

Прежде чем перейти к рассмотрению данного вопроса, на наш взгляд, в первую очередь необходимо остановиться на вопросе спора о праве. Арбитражные суды осуществляют как спорную так и бесспорную юрисдикцию. Арбитражно-процессуальным кодексом предусматриваются случаи, когда арбитражным судом рассматриваются заявления заинтересованных лиц по установлению фактов, имеющих юридическое значение. В последнем случае отсутствует какой-либо спор о праве, т. е. осуществляется бесспорная юрисдикция.

Может возникнуть проблема разграничения данных категорий дел об установлении фактов, имеющих юридическое значение со спорами о признании права. Следует отметить, что исковое производство предполагает наличие спора о праве. Также здесь предполагается наличие спорящих сторон. Что же касается дел особого производства, в частности дел об установлении факта, имеющего юридическое значение, то в данном случае спор о праве отсутствует и есть заявитель. В делах об установлении факта, имеющего юридическое значение, наличие субъективного права никем не оспаривается. Допустимо требование судебного признания лишь факта, который подтверждает наличие у заявителя субъективного гражданского права, но не факта, который подтверждает наличие или отсутствие такого права у иного лица либо отсутствие у заявителя юридической обязанности.

Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в информационном письме № 76 от 17.02.2004 г. отметил, что в порядке особого производства не может быть рассмотрено заявление об установлении какого-либо права. Таким образом, заявление не должно вытекать из спора о праве и не должно быть направлено на установление наличия или отсутствия какого-либо права, а не юридического факта. Иначе такое заявление будет оставлено без рассмотрения. Безусловным является и то, что устанавливаемый факт должен порождать возникновение, изменение и прекращение прав организаций и граждан в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Представляется, что право собственности не является юридическим фактом, оно является гражданским правоотношением. Соответственно право не подлежит установлению в порядке особого производства. Признание права собственности как гражданского правоотношения возможно только в порядке искового производства. Заявление, которое содержит требование об установлении права собственности в порядке особого производства заявление, должно быть оставлено без рассмотрения (п. 3 ст. 148 АПК).

Распространенной причиной отмены решений по заявлениям об установлении фактов, имеющих юридическое значение, является удовлетворение таких заявлений, хотя возник спор о праве.

Общество с ограниченной ответственностью обратилось в арбитражный суд области с заявлением о признании права собственности на здание, расположенное в одном из населенных пунктов области. Требования мотивированы отсутствием у заявителя документов о вводе здания в эксплуатацию. Решением арбитражного суда право собственности на здание было признано за заявителем. Президиум ВАС РФ, рассмотревший дело в порядке надзора, установил, что в материалах дела нет каких-либо данных о причинах, по которым заявитель не может получить правоустанавливающие документы, подтверждающие его право собственности на здание. Заявитель не представил доказательства возведения им и сдачи в эксплуатацию здания. Кроме того, из документов усматривается, что требование на помещения первого этажа здания заявляет районное общество потребителей. Таким образом, можно сделать вывод, что имеет место спор о праве. Наличие спора о праве соответственно исключает возможность разрешения дела в порядке установления факта, имеющего юридическое значение. Президиум отменил решение арбитражного суда. Таким образом, заявитель и другие заинтересованные лица могут разрешить спор в порядке искового производства, что должно быть им разъяснено арбитражным судом. В таком случае, суд должен вынести определение об оставлении заявления без рассмотрения на основании ст. 149 АПК РФ. Оставление заявления без рассмотрения позволяет заявителю права вновь обратиться в арбитражный суд с заявлением в общем порядке если обстоятельства, послужившие основанием для оставления заявления без рассмотрения, отпали.

Полагаем, что следовало бы дополнить ст. 150 АПК РФ, к числу оснований для прекращения производства отнести случаи, когда при рассмотрении дела об установлении факта, имеющего юридическое значение, установлено, что имеет место спор о праве. Исковое заявление о разрешении спора будет в таком случае являться новым требованием по сравнению с ранее заявленным требованием об установлении факта. Кроме того, исковое заявление может быть подано и заинтересованными лицами, участвующими в этом деле. Таким образом, существуют некоторые проблемы разграничения дел об установлении фактов, имеющих юридическое значение со спорами о признании права. Необходимо четко отграничивать данные категории, в противном случае, это может привести к оставлению заявления без рассмотрения или к вынесению ошибочных решений арбитражными судами.

Понятия и признаки единой технологии

Одной из важнейших новелл гражданского законодательства РФ является право использования результатов интеллектуальной деятельности в составе единой технологии, предусмотренные гл. 77 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ).¹

Единая технология является разновидностью сложного объекта (ст. 1240 ГК РФ). Правовой институт сложного объекта регулируется следующими нормами ГК РФ: ст. 1240, 1263, ч. 2 ст. 1269, п. 2 ст. 1289, ст. 1542, 1544, 1545 и др.

В соответствии с п. 1 ст. 1240 ГК РФ под «сложным объектом» понимается результат интеллектуальной деятельности, который включает в себя несколько охраняемых результатов интеллектуальной деятельности (кинофильм, иные аудиовизуальные произведения, театральные зрелищные представления, мультимедийные продукты, единая технология).

Технология (от греч. *techne* – искусство, мастерство и *logos* – учение) – это совокупность производственных операций, методов и процессов в определенной отрасли производства, приемов, применяемых в каком-либо деле.² Согласно ст. 1542 ГК РФ единая технология представляет собой выраженный в объективной форме результат научно-технической деятельности, который включает в том или ином сочетании изобретения, полезные модели, промышленные образцы, программы для ЭВМ или другие результаты интеллектуальной деятельности, подлежащие правовой охране в соответствии с правилами разд. VII ГК РФ, и может служить технологической основой определенной практической деятельности в гражданской или военной сфере.

В ст. 1543 ГК РФ определена сфера применения правил гл. 77 ГК РФ, которая ограничена отношениями, связанными с правом на технологию, созданную за счет или с привлечением средств федерального бюджета либо бюджетов субъектов Федерации.

Анализ легального определения понятия «единая технология» позволяет выделить следующие характерные признаки рассматриваемого объекта.

Единая технология, являясь разновидностью сложного объекта, включает в себя несколько охраняемых результатов интеллектуальной деятельности. Наряду с охраняемыми объектами в состав единой технологии в качестве вспомогательных элементов могут входить и не охраняемые результаты интеллектуальной деятельности, как, например, технические данные и другая информация. Единая технология может состоять как из объектов, имеющих оди-

¹ *Гражданский кодекс РФ часть четвертая/ Федеральный закон от 18.12.2006 г. № 230-ФЗ (с изм. и дополнениями от 30.06.2010 г.) //Свод законов РФ от 25.12.2006 г. – № 52. – Ст. 5496.*

² *Еременко В.И. Единая технология и принадлежность прав на нее в соответствии с частью четвертой ГК РФ // Хозяйство и право. 2007. – С. 16.*

наковый правовой режим (например, из трех изобретений), так и из объектов с различным режимом охраны (например, из изобретения, полезной модели и ноу-хау). При этом согласно п. 2 ст. 1542 ГК РФ, каждый из охраняемых результатов интеллектуальной деятельности, входящих в состав единой технологии, сохраняет значение юридически самостоятельного объекта интеллектуальных прав. Вместе с тем, как справедливо отмечает Ю.П.Свит, единая технология представляет собой самостоятельный объект, качественно и функционально отличающийся от входящих в его состав результатов интеллектуальной деятельности.¹

Важным признаком единой технологии является ее практическая применимость. Прикладной характер рассматриваемого объекта вытекает из самого понятия технологии как совокупности производственных операций, методов и процессов в определенной отрасли производства, приемов, применяемых в каком-либо деле. Как отмечает А.Л.Маковский, объединяющим началом, превращающим сумму компонентов единой технологии из конгломерата различных научно-технических достижений в единую технологию, является возможность использовать сложный объект, созданный путем творческого объединения таких компонентов, в качестве «технологической основы определенной практической деятельности» (п. 1 ст. 1542 ГК РФ).²

Еще одним признаком единой технологии является ограниченный круг субъектов, которые могут быть источниками финансирования деятельности по созданию технологии: это должна быть Российская Федерация или субъект РФ (ст. 1543 ГК РФ). Причем под финансированием понимается предоставление средств без условий о возвратности и платности, то есть средства должны предоставляться на безвозмездной основе. То есть из сферы правового регулирования исключены отношения, возникающие при создании единой технологии на основе частного капитала, а за лицом, творческим трудом которого создана единая технология, не признается право авторства и иные личные неимущественные права. Физические и юридические лица, организовавшие создание технологии за счет собственных средств, не рассматриваются в качестве субъектов права на технологию.

По мнению доктора юридических наук В.И.Еременко, законодатель ошибочно сузил сферу применения норм гл. 77 ГК РФ, ограничив ее лишь теми отношениями, которые связаны использованием технологий, созданных с привлечением средств бюджетов РФ и ее субъектов, так как технологии, созданные за счет частных лиц, являются крайне необходимыми для эффективного развития российской экономики.³ Некоторые ученые также отмечают, что правовой вакуум в данной сфере способствует оттоку частного капитала из

¹ Свит Ю.П. Правовое регулирование использования результатов интеллектуальной деятельности в составе единой технологии // *Гражданин и право*. – 2008. – № 7. – С. 82–84.

² Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса РФ / Под ред. А.Л. Маковского. – С. 706–709.

³ Еременко В.И. Единая технология и принадлежность прав на нее в соответствии с частью четвертой ГК РФ // *Хозяйство и право*. – 2007. – С. 14.

разработок единых технологий.¹ С их точкой зрения трудно не согласиться, тем более что некоторые нормы, закрепленные в данной главе, легко могли бы быть распространены на технологии, не финансирувавшиеся государством. Прежде всего, это ст. 1542 ГК РФ, содержащая понятие единой технологии, ст. 1545 ГК РФ об обязанности внедрения технологии, ст. 1549 ГК РФ об осуществлении права на технологию совместно несколькими лицами, ст. 1550 ГК РФ об условиях передачи права на технологию и т. д. В связи с этим представляется целесообразным актуализировать правовой режим единой технологии и распространить его на технологии, созданные исключительно на основе частного капитала.

Рассматривая признаки единой технологии, необходимо рассмотреть вопрос, касающийся обладателя права на единую технологию. Законодательство закрепляет право использовать результаты интеллектуальной деятельности в составе единой технологии за лицом, организовавшим создание этой технологии (п. 3 ст. 1542 ГК РФ). Данное положение аналогично общему правилу об использовании результатов интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта (ст. 1240 ГК РФ). Именно на лицо, организовавшее создание единой технологии, возлагается обязанность принять необходимые меры для приобретения прав на результаты интеллектуальной деятельности, входящие в состав технологии (п.п. 1,2 ст. 1544 ГК РФ).

Создатель технологии также именуется исполнителем. К сожалению, законодатель не определяет понятия «создатель технологии» («исполнитель»), что, по нашему мнению, может вызвать проблемы в правоприменительной практике. В качестве признака этого понятия в ст. 1542 ГК РФ указано лишь, что в качестве исполнителя может выступать как физическое, так и юридическое лицо. Отметим, что чаще всего в качестве лиц, организующих создание единых технологий, выступают научно-исследовательские учреждения. В некоторых случаях обладателем права на единую технологию законодатель признает Российскую Федерацию или субъекта РФ, финансирувавших ее создание (ст. 1546 ГК РФ).

По мнению В.И.Еременко и Ю.П.Свита, создателем технологии должен считаться субъект, организовавший деятельность по созданию технологии, а также получивший для этого необходимые финансовые средства.² Однако здесь мы сталкиваемся с еще одной трудностью. В ГК РФ не определено, что же собственно понимается под «организацией деятельности по созданию

¹ Мозолин В.П., Белова Д.А. *Право использования результатов интеллектуальной деятельности в составе единой технологии* // [Электронный ресурс]: «Консультант плюс», Г.М.Соловьева. К вопросу о содержании обязанности практического применения (внедрения) единой технологии, созданной в ходе выполнения НИОКР за счет или с привлечением средств бюджет // *Промышленная собственность*. – 2008. – № 4. – С. 56–58.

² Еременко В.И. *Единая технология и принадлежность прав на нее в соответствии с частью четвертой ГК РФ* // *Хозяйство и право*. – 2007. – С. 15; Ю.П.Свит. *Правовое регулирование использования результатов интеллектуальной деятельности в составе единой технологии* // «Гражданин и право». – 2008. – № 7. – С. 82–84.

единой технологии». Между тем, решение данного вопроса играет принципиальную роль, так как процесс организации может складываться из множества составляющих, таких как управление процессом создания сложного объекта, его финансирование, организационно-техническое обеспечение, а также, что немаловажно, юридическое сопровождение, заключающееся в налаживании договоренностей со всеми авторами и иными правообладателями на результаты интеллектуальной деятельности, как вошедшие составной частью в сложный объект, так и специально созданные для него.

Таким образом, по нашему мнению, в правовом регулировании единой технологии существует ряд недостатков, которые затрудняют эффективную деятельность в данной сфере. Так, вряд ли можно признать верным отсутствие правового регулирования отношений по использованию всех единых технологий, а не только созданных при участии РФ или ее субъекта. Кроме того, большая часть положений гл. 77 ГК РФ не может применяться без принятия уточняющих нормативных актов. Законодатель не расшифровывает такие важные понятия как «создатель технологии», «исполнитель», «организация деятельности по созданию единой технологии», что также затрудняет эффективную правоприменительную деятельность в данной сфере. В этой связи считаем целесообразным внести дополнения в часть четвертую ГК РФ, разъясняющие, что следует понимать под понятиями «создатель технологии» и «организацией деятельности по созданию единой технологии», а также распространить правовой режим единой технологии на технологии, созданные на основе частного капитала.

*Хаматдинова А.Ф.
Институт права БашГУ*

К вопросу о правовой природе обязательного государственного страхования

Нормы главы 48 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ)¹ посвящены страхованию и образуют собой довольно сложно устроенную систему. Так ст. 969 ГК РФ устанавливает обязательное государственное страхование жизни, здоровья и имущества государственных служащих как одну из форм их социальной защиты. Однако данному виду страхования подлежат не только государственные служащие, и правомерно было бы просто дать отсылку в названной статье к иным федеральным законам. К примеру, ст. 98 Уголовно-исполнительного кодекса РФ² предусматривает «Обязательное государственное социальное страхование и пенсионное обеспечение осужденных к лишению

¹ *Гражданский кодекс РФ (ГК РФ) от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ // [Электронный ресурс]: «Консультант плюс», 2010.*

² *Уголовно-исполнительный кодекс РФ (УИК РФ) от 08.01.1997 г. № 1-ФЗ // [Электронный ресурс]: «Консультант плюс», 2010.*

свободы». С введением обязательного страхования неоднократно обсуждался вопрос об отраслевой принадлежности складывающихся в этом случае отношений, и ученые в области частного и публичного права высказывают различные точки зрения по данному поводу.

М.Д.Суворов утверждает, что обязательное страхование относится всецело к области частного права, так как если какой-либо правовой институт основан на принципах частного права и входит в его систему, то он не может одновременно относиться к публично-правовой сфере.¹

М.И.Брагинский считает, что в обязательное страхование входят не только гражданско-правовые отношения, но и элементы публично-правовых отношений, так как в качестве одного из субъектов выступает государство, реализуя свои властные функции.² Публично-правовые отношения проявляются особенно четко в обязательном государственном страховании, где принцип свободы воли сторон проявляется минимально. В свою очередь, А.Б.Ипатов считает, что «обязательное страхование, особенно в системе обязательного социального страхования, правила размещения страховщиками страховых резервов, осуществление государственного финансового контроля за расходованием денежных средств, а также группа финансовых отношений, складывающихся между бюджетом и страхователем, имеют, бесспорно, финансово-правовую природу»,³ так как указанные отношения возникают в ходе использования государством финансовых ресурсов на основе закона и регулируются в императивном порядке. Тем не менее, было бы неправильным отнести обязательное страхование к институту финансового права, основываясь только на методе правового регулирования.

Вопрос о публично-правовом и частноправовом характере страхования в целом неоднократно поднимался в многочисленных теориях страхования. К примеру, буржуазная теория страховой деятельности, в лице подавляющего большинства своих представителей вплоть до XIV в., отрицает существование публичных интересов в страховании. В то время ученые, как правило, отождествляли капиталистическое страхование со страхованием вообще и отождествляли его в первую очередь с появлением страхового договора. Однако эти взгляды не отражают полностью исторические процессы развития страхования в обществе.⁴

Особо значимым периодом в становлении государственного регулирования деятельности страховщиков является XIX в. Этот период характеризуется научным обоснованием развития государственного регулирования страховой деятельности. Страховая система Российской империи просуществовала до

¹ Суворова М.Д. *О частноправовом характере института страхования* // Правоведение. – 1997.

² Брагинский М.И., Витрянский В.В. *Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг.* – М.: Статут, 2002.

³ Ипатов А.Б. *О финансово-правовой природе института страхования* // Финансовое право. – 2006. – № 6.

⁴ Ашмарина С.В. *Дискуссии о страховании рабочих в России в конце XIX – начале XX в.* // Экономическая история. Обзорение / Под ред. Л.И.Бородкина. – М., 2001. – Вып. 6.

1917 г. Советский период истории имеет свои особенности, касающиеся монополии государства в сфере страхования. Участие в страховых отношениях государственных органов предопределило правовое регулирование страховой деятельности одновременно несколькими отраслями права, в частности, административным, гражданским и финансовым.

В последние годы в сфере страхования произошли существенные изменения. В условиях перехода к рыночным отношениям они коснулись не только регулирования состава участников страховых правоотношений, их объекта, но в первую очередь характера содержания самих этих отношений. Страхование хотя и перестало быть государственной монополией, но роль государства в регулировании страховых правоотношений не снизилась.¹ Сложный характер взаимоотношений при страховании, участие в этих отношениях государственных органов предопределили изменения в этой области, регулируемой несколькими отраслями права, в частности, административным, гражданским и финансовым правом.

На наш взгляд, важно отметить, что государственный интерес может быть отражен как в отраслях публичного, так и частного права. В первом случае различные публичные интересы получают нормативное выражение и служат, по сути дела, единственным или преобладающим основанием создания и применения правовых актов и норм. Г.Ф.Шершеневич справедливо отмечал: «Частный интерес, не отвечающий видам общества, никогда не удостоится общественной (юридической) охраны. За частными интересами в праве всегда скрывается общественный, а за общественным – частные».²

Таким образом, обязательное государственное страхование является комплексным институтом, а нормы, его регулирующие, опосредуя реализацию публичной функции государства, закрепляют договорное оформление соответствующих отношений.

*Хамитов Э.Ф.
Институт права БашГУ*

Актуальные проблемы развития пенсионного законодательства Российской Федерации

В 2010 г. после вступления в силу изменений в пенсионное законодательство РФ, предусматривающих возврат от Единого социального налога к полноценным страховым взносам в систему обязательного пенсионного стра-

¹ Косаренко Н.Н. Публичные и частные интересы в процессе осуществления страховой деятельности // Законодательство и экономика. – 2006. – № 6.

² Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Том 3–4. – М.: Издание бр. Башмаковых, 1910. – С. 524. Цит. по: Талеров К.В. О правовой природе обязательного страхования // Социальное и пенсионное право, 2009. – № 3.

хования, на первый план при выработке дальнейших шагов по развитию пенсионного законодательства выходят вопросы совершенствования и укрепления накопительного компонента российской пенсионной системы.

При введении обязательного накопительного компонента негосударственные пенсионные фонды были признаны страховщиками по обязательному пенсионному страхованию наряду с Пенсионным фондом РФ. С 1 июля 2004 г. им предоставлена возможность заключать договоры обязательного пенсионного страхования с застрахованными лицами.¹

Анализ развития накопительного компонента пенсионной системы позволяет выявить проблемные правовые вопросы, нерешенность которых создает препятствия для развития института добровольного формирования пенсионных накоплений и несет риски для устойчивого функционирования обязательного накопительного компонента пенсионной системы.

Во-первых, существует вопрос противоречия между публично правовым регулированием отношений в рамках обязательного социального страхования, которое не предусматривает получение прибыли, и сущностью накопительного компонента, создаваемого с целью получения прибыли его участниками (в форме инвестиционного дохода) и основанного на гражданско-правовых (договорных) отношениях. Средства обязательного социального страхования, включая пенсионные накопления, находятся в собственности РФ. Российская Федерация несет обязательства перед застрахованными лицами по реализации их выбора страховщика или управляющей компании и по выплате накопительной части трудовой пенсии в пределах средств, отраженных в специальной части индивидуального лицевого счета. При передаче средств пенсионных накоплений в негосударственный пенсионный фонд исполнение обязательств РФ переходит к фонду. Администратором страховых взносов определен Пенсионный фонд РФ, и делегирование этих полномочий другим страховщикам – негосударственным пенсионным фондам в рамках действующей системы не представляется возможным. В период до 2011 г. срок передачи уплаченных сумм взносов на накопительную часть трудовой пенсии в негосударственные пенсионные фонды будет сокращен с нынешних полутора лет до полугода, а периодичность такой передачи изменится с ежегодной на ежеквартальную. Однако это не меняет в принципе ответственность администратора за полноту сбора взносов, в том числе ответственность по передаче сумм начисленных, но своевременно не уплаченных взносов. Источник финансирования таких сумм не определен, равно как не установлен специальный источник покрытия административных расходов в части сбора сумм взносов, передаваемых в негосударственные фонды, и не могут быть урегулированы вопросы упущенной выгоды застрахованных лиц в связи с несвоевременной передачей средств для их инвестирования.

1 ФЗ РФ. – 1998. – № 75-ФЗ «О негосударственных пенсионных фондах».

Попытка урегулировать все правовые проблемы, связанные с движением денежных средств в системе обязательного пенсионного страхования, получения и распределения инвестиционного дохода в увязке с приобретенными правами граждан, в рамках публичного права, построенного по принципу «все, что не предусмотрено, запрещено», приведет лишь к включению в законодательство об обязательном пенсионном страховании значительного объема норм гражданского законодательства, построенного по принципу «все, что не запрещено, разрешено», правил актуарной (страховой) математики и смежных отраслей права (наследственного, семейного и т. п.) с неизбежными коллизиями правового регулирования.

Для решения данной проблемы представляется необходимым осуществить поэтапный вывод обязательного накопительного компонента из системы обязательного пенсионного страхования и его трансформация в систему обязательного накопительного пенсионного страхования в рамках гражданско-правовых (договорных) отношений, предусматривающий: возложение с 2013 г. на работодателей обязанности перечислять 6% выплат, начисленных работнику, не превышающих предел заработка; обособление (не позднее 2023 г.) взносов на накопительное пенсионное страхование работников, обязательных к уплате работодателем; введение переходного периода (не более чем до 2023 г.); закрепление в качестве страховщика по обязательному пенсионному страхованию исключительно Пенсионного фонда РФ; установление правила активного выбора накопительного пенсионного фонда – негосударственного или государственного – работодателем либо работником.

Во-вторых, общественность волнует вопрос об отсутствии реальных механизмов гарантий сохранности и возвратности пенсионных накоплений. Значительная часть застрахованных лиц полагает, что средства пенсионных накоплений находятся в государственном пенсионном фонде, по обязательствам которого субсидиарную ответственность несет Российская Федерация.

Для решения данной проблемы представляется целесообразным ввести специальный вид гражданско-правового страхования на случай утраты пенсионных накоплений, сформированных в пользу граждан, участие в котором накопительных пенсионных фондов и нанимаемых ими управляющих компаний носило бы обязательный характер. Принципиально важным моментом для перехода на такое обязательное страхование должно являться то обстоятельство, что уплата соответствующих страховых премий (страховых взносов) будет производиться не из средств пенсионных накоплений, а за счет собственных средств накопительных пенсионных фондов и управляющих компаний, изъявивших желание работать на рынке пенсионных накоплений. В-третьих, встанет вопрос о несоответствии правового статуса негосударственных пенсионных фондов предъявляемым к ним требованиям.

Это лишь основные правовые проблемы, которые необходимо решить на законодательном уровне для укрепления накопительного компонента пенси-

онной системы. Безусловно, существуют и другие актуальные вопросы совершенствования пенсионного законодательства на современном этапе, которые заслуживают того, чтобы стать предметом специального исследования.

*Ханова Л.Р.
Институт права БашГУ*

Компенсация морального вреда, причиненного источником повышенной опасности

В последние пятнадцать лет количество автомобилей на дорогах растет с огромной скоростью. К сожалению, не все водители транспортного средства могут предпринять соответствующие меры, если на дороге случайно появился пешеход. Но, что же делать тому человеку, который попал под колеса автомобиля? Кто будет возмещать ему моральный и материальный вред? Данный вопрос решает Гражданский Кодекс РФ. В ст. 1100 перечисляются основания компенсации морального вреда независимо от вины причинителя вреда. Среди них есть рассматриваемый случай, если вред жизни или здоровью причинен источником повышенной опасности. Но мнение, что водитель транспортного средства будет выплачивать потерпевшему и моральный, и материальный вред, считается ошибочным. Согласно Федеральному закону № 40-ФЗ от 25 апреля 2002 г. «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств» объектом обязательного страхования гражданской ответственности владельцев транспортных средств (ОСАГО) являются имущественные интересы, связанные с риском гражданской ответственности владельца автотранспортного средства по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда жизни, здоровью или имуществу потерпевших при использовании автотранспортного средства на территории РФ. Но данное правило распространяется только в отношении материального вреда. Получается, что потерпевший вправе обратиться в страховую компанию, в которой застрахована гражданская ответственность владельца транспортного средства, причинившего вред жизни или здоровью человека. Именно эта организация и будет компенсировать материальный вред потерпевшему.

Тут возникает следующий вопрос: к кому обращаться с иском о возмещении морального вреда, к владельцу транспортного средства или к водителю, который находился за рулем автомобиля во время ДТП? Ответ на этот вопрос мы можем найти в Гражданском Кодексе РФ. Статья 1079, которая называется «ответственность за вред, причиненный деятельностью, создающей повышенную опасность для окружающих» в п.1 содержит норму, согласно которой обязанность возмещения вреда возлагается на юридическое лицо или гражданина, которые владеют источником повышенной опасности на праве собственности,

праве хозяйственного ведения или праве оперативного управления либо на ином законном основании (на праве аренды, по доверенности на право управления транспортным средством, в силу распоряжения соответствующего органа о передаче ему источника повышенной опасности и т. п.). Таким образом, потерпевший может обратиться с иском о возмещении морального вреда либо к владельцу источника повышенной опасности, либо к лицу, который управлял транспортным средством во время ДТП на основании выданной владельцем доверенности. К кому именно обратится с иском, полностью зависит от воли самого потерпевшего. На практике сложилось, что подобные иски адресуются водителю транспортного средства. Это обосновывают тем, что вины владельца транспортного средства нет вообще, все зависело от водителя, который управлял автомобилем. Но ГК РФ четко прописывает, что моральный вред компенсируется независимо от вины. Получается, что данное обоснование выбора истца является неправильным. Потерпевшим можно дать один совет при выборе истца: иск надо подавать на имя того лица, кто в будущем может в полном объеме выплатить моральный вред. Допустим, что во время совершения ДТП транспортным средством управлял студент, у которого нет ни имущества, на которое можно было бы обратиться с иском, ни своего заработка. В данном случае, исполнить это решение суда практически невозможно, ведь исполнительное производство могут закрыть по истечению срока давности. Лучше, если в качестве истца выбрать владельца транспортного средства, т. к. у него в собственности есть автомобиль на которой всегда можно обратиться с иском. В этом случае потерпевший получит компенсацию вреда в полном объеме.

*Хасанова С.В.
Институт права БашГУ*

Правовые гарантии защиты права собственности

Несмотря на то, что вопросам защиты вещных прав в современной юридической литературе отводится немало места, споры о природе этих явлений, основаниях их возникновения, составе участников, содержании, порядке и последствиях применения до сих пор не утихают.

Так, система современного российского законодательства, даже несмотря на восстановление института приобретательной давности, не позволяет обнаружить право владения: владение, взятое само по себе в совокупности его известных признаков не влечет в нашем праве никаких последствий частногоправового характера, пока не дается оценка волевой сфере владельца.

Защита владельца, по словам И.А.Покровского – это кульминационный пункт идеи личности, что вполне соответствует презумпции, что владелец вещи является ее собственником. Неоднозначность понимания правомочий

различных владельцев вызывает необходимость закрепления в российском гражданском праве соответствующей структуры владения с признанием одновременного существования владения собственника и владения фактического держателя вещи.

Введение владельческой защиты позволит сузить чрезмерно широкую область применения виндикационного иска в российском законодательстве, а также разрешить проблему конкуренции двух исков, направленных на защиту владения, неразрешимую при нынешней редакции ст. 305 ГК РФ. В частности, последняя проблема может быть решена, если при стечении исков о защите владения, установить приоритет этих исков в зависимости от градации права владения на две или более категории, либо по времени возникновения самого этого права владения. Можно отметить, что, к сожалению на сегодняшний день и для средств защиты права собственности не существует легальной классификации, что порождает неясность в определении способов защиты, оценке их соотношения в доктрине и правоприменительной деятельности. Такой традиционный и весьма распространенный в судебно-арбитражной практике способ защиты права собственности как иск о признании права собственности вообще не помещен в гл. 20 ГК РФ, посвященную непосредственно защите права собственности, хотя его процессуально-правовая природа, выражена достаточно ясно, что позволяет предложить устранить это несоответствие, в частности, путем группирования всех средств защиты в одном разделе ГК. При этом важно отметить, что владельческий иск рассматривается как вещный иск, являющийся по своей сути субститутом (эквивалентом) защиты права собственности.

Вообще, политика современного законодателя относительно владения достаточно непоследовательна. Можно согласиться с К.И.Скловским в том, что во всех урегулированных ГК РФ случаях отвергнутое (в качестве правового состояния) нашим законодателем незаконное владение все же получает преимущество перед правом собственности, т. е. налицо отрыв в обороте владения от собственности с торжеством первого над вторым, победа торгового права над вещным. Иллюстрацией к этому может служить законодательное признание прав собственника за добросовестным приобретателем недвижимого имущества. Решение вопроса о соотношении интересов собственника и добросовестного приобретателя для недвижимого имущества открывает путь к решению аналогичной коллизии для движимого имущества. Современный экономический оборот способствовал появлению новых разновидностей виндикационных и негаторных исков, предъявляемый в рамках развития иных, казалось бы, не вещных правоотношений. И вновь, изначально принятый дуализм гражданских прав, подразумевающий характерные способы защиты отдельно для вещных и обязательственных прав как бы теряет свои четкие границы. В настоящее время можно наблюдать активное вовлечение в гражданский оборот «новых» объектов, которые по своим признакам не относятся к вещам в их

обычном понимании. Самым простым, но в то же время актуальным примером тому могут служить отношения, связанные с реализацией прав на акции; более сложные взаимоотношения возникают, например, при оплате анонимным пользователем музыкальной композиции в цифровом виде в интернете при помощи электронных-денег. Появление новых форм существования объектов гражданских прав ставит перед российским законодателем, трактующим понятие вещи пока что слишком узко, определенные задачи, разрешение которых потребует, видимо, переосмысления природы вещей, принятой концепции разграничения вещных и обязательственных прав и способов их защиты.

Конечно, существуют и другие правовые проблемы в контексте современных тенденций, сформулированы также предложения по совершенствованию законодательства, в частности, касающиеся вопросов приобретательной давности, регулирования порядка расчетов при виндикации имущества и пр.

*Чердакова Л.А. доцент
Российская академия правосудия*

Особенности состава муниципальной собственности

Население муниципального образования и органы местного самоуправления могут реально осуществлять местное самоуправление, то есть эффективно, самостоятельно и под свою ответственность решать вопросы местного значения, лишь при условии наличия надежной финансово-экономической базы для этого. Сам по себе факт невключенности органов местного самоуправления в систему органов государственной власти не способен полностью обеспечить реализацию принципа самостоятельности местного самоуправления. Для самостоятельного, стабильного функционирования органов местного самоуправления, возможности полноценного участия в гражданском обороте муниципальных образований необходима устойчивая (постоянно наличная) и достаточная экономическая основа.

Из содержания ч. 1 ст. 49 Закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»¹ (далее сокращенно – Закон о местном самоуправлении) усматривается, что экономическую основу местного самоуправления составляют три относительно самостоятельные группы объектов: находящееся в муниципальной собственности имущество; средства местных бюджетов; имущественные права муниципальных образований.

Состав муниципального имущества складывается в результате двух происходящих разнонаправленных процессов – муниципализации и демуниципализации (приватизации). Состав муниципального имущества должен быть

¹ *Федеральный закон РФ от 06.10.2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» // Собрание Законодательства РФ. – 2003. – № 40. – Ст. 3822.*

необходим и достаточен для: а) решения вопросов местного значения, перечисленных в гл. 3 Закона о местном самоуправлении; б) осуществления органами местного самоуправления своих полномочий; в) осуществления органами местного самоуправления отдельных государственных полномочий по поручению органов государственной власти.

Определяюще-важным является то, что состав муниципального имущества конкретизируется применительно к двум уровням муниципальных образований – поселенческому и районному. Каждый из этих уровней имеет свой собственный перечень вопросов местного значения; есть различия в компетенции органов местного самоуправления. Сообразно этому и распределяется муниципальное имущество. Автор этих строк не ставит перед собой цель – представить полный перечень муниципального имущества по каждому из двух уровней муниципального образования. Этот перечень достаточно подробно регламентирован Законом о местном самоуправлении в ст. 50 и в целом не представляет повода для дискуссий.

Помимо муниципального имущества и средств местных бюджетов, закрытый перечень ч. 1 ст. 49 Закона о местном самоуправлении относит в качестве самостоятельного объекта к составу муниципальной собственности имущественные права муниципальных образований.

Вместе с тем, приходится согласиться с авторами, указывающими на существование в данной части определенной если не коллизии, то заметной несогласованности ч. 1 ст. 49 Закона о местном самоуправлении с положениями гражданского законодательства. Несоответствие заключается в том, что ст. 128 Гражданского Кодекса РФ (далее ГК РФ) к объектам гражданских прав относит «вещи, включая деньги и ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права...». Таким образом, – делают обоснованный вывод авторы коллективного труда, изданного в институте законодательства и правовой информации им. М.М.Сперанского, – имущественные права муниципальных образований включаются в понятие «муниципальное имущество». Следовательно, имущественные права муниципальных образований не являются самостоятельным составным элементом муниципальной собственности.

Часть 1 ст. 215 ГК РФ гласит: «Имущество, принадлежащее на праве собственности городским и сельским поселениям, а также другим муниципальным образованиям, является муниципальной собственностью». Если суммировать муниципальное имущество и средства местного бюджета, которые не закреплены за муниципальными учреждениями и предприятиями, то они в своей совокупности образуют муниципальную казну соответствующего муниципального образования. Таким образом, муниципальная казна плюс имущество, переданное муниципальным унитарным предприятиям и учреждениям, в совокупности дают весь массив, именуемый «муниципальное имущество».

Такое деление имущества на группы имеет практическое значение. Так, например, в соответствии со ст. 102 Бюджетного Кодекса РФ (далее сокращен-

но – БК РФ) муниципальный долг обеспечивается всем муниципальным имуществом, составляющим муниципальную казну. Поскольку согласно вышеописанным доводам имущество, закрепленное за муниципальными унитарными предприятиями и учреждениями в состав казны не входит, то оно и не будет участвовать в обеспечении муниципального долга.¹ Из приведенного примера видно, что четкое определение составных частей муниципальной собственности имеет существенное правоприменительное значение.

Еще одна область, где деление всего состава муниципального имущества на имущество казны и имущество унитарных предприятий и учреждений имеет важное прикладное значение – это отношения ответственности. Согласно ст. 70 и 76 Закона о местном самоуправлении, органы и должностные лица местного самоуправления несут ответственность не только перед населением муниципального образования и перед государством, но и перед физическими и юридическими лицами.

Причиненный должностным лицом или органом местного самоуправления вред возмещается за счет казны муниципального образования.

Однако, используя понятие «муниципальная казна», законодатель до настоящего времени не конкретизировал его содержание. В результате, судебная практика исходит из того, что под муниципальной казной следует понимать только муниципальный, то есть местный бюджет. При этом, исходя из систематического толкования ст. 102 БК РФ, ст. 1069–1071 ГК РФ, а также вышеупомянутого деления состава муниципальной собственности на отдельные его составляющие, можно сделать вывод о том, что под казной понимается вся совокупность имущества, принадлежащего муниципальному образованию (за исключением имущества, закрепленных за муниципальными предприятиями и учреждениями). Следовательно, понятие «казна» по своему содержанию шире понятия «бюджет», поскольку первое обозначает вообще всю имущественную массу, принадлежащую муниципальному образованию, а второе – лишь ее часть, обособленные в качестве специального фонда денежные средства. Уяснение подлинного смысла в содержании этих понятий позволяет правильно решать вопрос о том, что взыскание в случае необходимости по долгам муниципального образования должно обращаться на казну, а не только на бюджет муниципального образования. Более того, очевидно, что при отсутствии в бюджете денежных средств фактически невозможно взыскать долг. Такой порядок вещей фактически порождает безответственность муниципальных органов, действующих от имени муниципального образования.

Таким образом, разделение всего состава муниципальной собственности на составляющие части имеет важное прикладное значение при решении вопросов обеспечения муниципального долга и гражданско-правовой ответ-

¹ Арбатская Ю.В., Васильева Н.В., Колосов Н.В., Ушаков А.В./ под ред. Игнатенко В.В. Экономическая основа местного самоуправления. Иркутск: Институт законодательства и правовой информации Иркутской области. – 2007. – С. 8.

ственности, возмещения ущерба, причиненного действиями органов и должностных лиц местного самоуправления.

*Шахвалиева З.Б.
Дагестанский государственный университет*

Понятие справедливости в гражданском судопроизводстве

Необходимо заметить, что в последние годы термин «справедливость» все чаще встречается в действующем российском законодательстве. Так, в Конституции РФ отмечается, что человек, его жизнь, честь, достоинство и свобода, личная неприкосновенность, естественные и неотчуждаемые права являются высшей ценностью, а судебная власть рассматривается как хранительница гражданского мира, прав и свобод личности и обеспечивает законность и справедливость (ст. 2, 18, 46 Конституции РФ).

О справедливости говорится в целом пакете международно-правовых актов, ратифицированных российским государством. Например, в ст. 10 Всеобщей декларации прав человека отмечено, что каждый имеет право на то, чтобы его дело было рассмотрено с соблюдением всех требований справедливости независимым и беспристрастным судом.

Категория справедливости является объектом исследования различных научных дисциплин, в том числе этики, социологии, права, политологии. Обычно она рассматривается как оценочная категория, имеющая нравственный и правовой аспекты. Например, О.Э.Лейст указывает, что «справедливость считается основной и общей для морали и права категорией».¹ З.А.Бербешкина определяет справедливость как «понятие морального сознания, характеризующее меру воздействия и требования прав и благ личности... правомерность оценки экономических, политических, правовых явлений действительности и поступков людей...».² Аналогична позиция М.Н.Руткевича, который отмечает, что «в понятии справедливости фиксируется моральное и правовое представление о том, что соответствует и что не соответствует законам, нормам права и общественной, господствующей в обществе морали...».³

Не возражая против приведенных определений, полагаем, что справедливость по своей сути настолько сложное и многообразное явление, что попытки дать некое всеобъемлющее его определение невозможно. Более конкретно можно говорить о справедливости в плане ее реализации в праве вообще и в сфере судопроизводства в частности. В научной юридической литературе распространен взгляд на справедливость как на основополагающую идею, ведущее начало формирования, развития и функционирования права, т.е. как

¹ Лейст О.Э. *Сущность права: Проблемы теории и философии права.* – М.: Зерцало, 2002. – С. 169.

² Бербешкина З.А. *Справедливость как социально-философская категория.* – М., 1983. – С. 113–114.

³ Руткевич М.Н. *Социалистическая справедливость // Социологические исследования.* – 1986. – № 3. – С. 61.

на общеправовой принцип. Так, С.С.Алексеев отмечает: «Справедливость, представляя по своей основе социально-нравственное явление в нашем обществе... приобретает значение правового принципа в той мере, в какой она воплощается в нормативно-правовом способе регулирования, в тех началах «соразмерности», «равного масштаба» и т. д., которые присущи самому построению правовых инструментов».¹ Ряд авторов предлагают определить категорию справедливости в качестве самостоятельной цели судопроизводства.²

Исследуя проблему справедливого рассмотрения и разрешения дела, Г.А.Жилин указывает, что «представления о справедливости у разных людей могут существенно отличаться, что особенно наглядно проявляется в судопроизводстве у сторон с противоположными интересами. По своим социальным способностям и возможностям разные люди не могут быть равными во всем, и применение правового равенства к фактически неравным субъектам в некоторых случаях внешне выглядит несправедливым».³ Право утверждает равенство всех граждан перед законом независимо от их происхождения, материального положения, социального статуса. Значимость права для утверждения справедливости столь очевидна, что это дало основание для вывода о том, что право есть нормативно закрепленная и реализованная справедливость. Взаимосвязь права и справедливости обусловлена правовой природой последней, выражающейся в том, что право противостоит несправедливости, защищает согласованный интерес и тем самым утверждает справедливое судебное решение. В связи с этим верным представляется указание Г.А.Жилина на то, что правосудие по гражданским делам должно обеспечивать именно правовую, а не какую-нибудь иную справедливость.⁴

Справедливость в контексте ст. 6 Европейской конвенции о правах человека представляет собой концепцию, включающую в себя как положения, прямо упомянутые в норме (в частности, независимость и беспристрастность суда, разумный срок рассмотрения или разрешения дела), так и условия, выработанные судебной практикой.

В норме ст. 6 Европейской конвенции о правах человека закреплены право на судебную защиту и обеспечение доступа к правосудию, в ней установлены обязательные формы судебной процедуры, именуемые основополагающими процессуальными гарантиями, удовлетворяющие представлениям о справедливом судебном разбирательстве. Процессуальные гарантии судебной защиты прав граждан могут различаться в зависимости от характера нарушенного права, но европейскими юристами отмечается, что прежде всего следует соблюдать требования, предъявляемые к органу, именуемому судом. Среди ос-

¹ Алексеев С.С. *Проблемы теории права. Т. 1. Основные вопросы общей теории социалистического права.* – Свердловск, 1972. – С. 108.

² См., например: *Зайцев И.М. Целевые установки гражданского судопроизводства // Проблемы реформы гражданского процессуального права и практики его применения.* – Свердловск, 1990. – С. 15.

³ Жилин Г.А. *Цели гражданского судопроизводства и их реализация в суде первой инстанции.* – М.: Городец, 2000. – С. 26.

⁴ Жилин Г.А. *Указ. соч.* – С. 27.

новополагающих положений «справедливости», которые разработаны практикой Европейского суда по правам человека, юристы выделяют требование «равенства исходных условий».

На наш взгляд, следует обратить внимание на толкование справедливости при осуществлении правосудия Европейским судом по правам человека и юристами, на территории государств которых применяется Конвенция о защите прав человека, учитывая, что принцип справедливости имеет непосредственную взаимосвязь с принципом состязательности, который не выделяется отдельно, в частности, в составе унифицированных принципов процесса стран – участниц Европейского союза, а входит составной частью в принцип справедливости.¹ По нашему мнению, категория справедливости в российском гражданском процессе включает в себя: во-первых, равенство всех перед законом и судом, равноправие сторон, юридическое равенство субъектов правоотношений (прежде всего, гражданских); во-вторых, правовую (юридическую) справедливость.

Правовая справедливость обеспечивает правосудие по гражданским делам и связана с правами и обязанностями суда. Если последний при правильном установлении обстоятельств дела применяет правовую норму, предназначенную для регулирования спорных правоотношений, то это не всегда означает справедливость решения. Примененная норма может не соответствовать принципам, смыслу и содержанию права, выраженным в Конституции РФ и других не противоречащих ей законах. Указанное положение требует от судьи при принятии решения по конкретному делу сопоставлять норму, регулиющую спорные правоотношения, с правовыми положениями, имеющими большую юридическую силу.

Отметим, что в юридической литературе встречаются суждения, согласно которым решение суда может быть законным, но не справедливым (в правовом смысле), и наоборот. Подобная постановка проблемы возможна при позитивистском правопонимании, когда неотъемлемой частью права признается любая норма, изданная или санкционированная государством. Если же к праву относить только те законы и нормативные акты, которые соответствуют принципам, смыслу и содержанию права как общеобязательной формы равенства, свободы и справедливости, то подобная постановка вопроса лишена смысла, поскольку справедливость является в данном случае внутренним свойством права. В связи с этим нельзя не согласиться с мнением В.М.Жуйкова, что при юридическом правопонимании несправедливость является проблемой не права, а неправового закона, который не должен законодателем приниматься, а судом – применяться.²

¹ См. подробнее об унифицированных и национальных принципах процессуального права государств – членов Европейского союза: Папкова О.А. Указ. соч.

² Жуйков В.М. Теоретические и практические проблемы конституционного права на судебную защиту. Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. – М., 1997. – С. 29.

Проблематика признания завещания недействительным по ст. 177 Гражданского кодекса Российской Федерации

Экономические преобразования в нашем государстве явились стимулом для развития института собственности и способствовали появлению у граждан возможности не только владеть различным имуществом и обладать многочисленными и разнообразными имущественными правами, но и распоряжаться этим имуществом и правами по своему усмотрению, в том числе и на случай своей смерти путем совершения завещания. Поскольку законодатель при детализации в третьей части ГК РФ механизма перехода и распределения наследственного имущества закрепил завещание в качестве приоритетного основания перехода такого имущества, количество завещаний, совершенных гражданами, значительно увеличилось. Все это еще более актуализировало вопрос о возможности признания после смерти гражданина завещания недействительным по различным основаниям, в том числе и в связи с совершением завещания гражданином, не способным понимать значение своих действий или руководить ими (ст. 177 ГК РФ). На сегодняшний день проблема пока, как отстаивать завещание.

С одной стороны признаются только нотариальные завещания. Удостоверяются они специалистами. Уровень нотариусов достаточно высокий. И, казалось бы, должно быть мало таких судебных дел оспаривания завещаний. Тем не менее, дел таких много. И появляются они только потому, что, во-первых, идет борьба за собственность.

Если до 90-х годов было нормально – приходил нотариус и давал краткую информацию, как он удостоверял это завещание, и суды чаще всего все-таки отказывали в таких исках, то сейчас этого со стороны нотариусов явно недостаточно. Теперь идет такая борьба, и как к этому готовятся что, показания только дают основания лишней раз упрекнуть нотариусов, как они удостоверяют завещания от имени психически больных людей, которые вообще уже и дар речи потеряли к моменту подписания завещания, и ничего они не понимали, и вообще лежали без сознания, когда удостоверялось завещание.

Сложно поверить в то, чтобы нотариус удостоверил завещание, когда он видит человека, совершенно отрешенного от жизни. Нотариус все-таки не возьмет на себя ответственность удостоверить такое завещание, даже если его будет подписывать рукоприкладчик. Потому что будут выясняться обстоятельства, как же все-таки удостоверялось это завещание. В таких ситуациях, конечно, нотариусам надо знать не только свою практику, но и практику судов. Какие же тенденции, сложились в судебной практике оспаривания завещаний?

Адвокат, который первоначально дает консультацию, рассчитывает на то, что с нотариусом считаться не нужно, так как нотариусы не заинтересованы в рассмотрении и в исходе дела и уходят из суда сразу после сообщения, что они ничего не помнят и ничего не знают, и дальнейшая судьба их не интересует – будет ли оставлено это завещание в силе. Тем самым один барьер преодолен. «Судьи далеко не все ориентируются, как нотариус совершает это нотариальное действие, какие правила он соблюдает, что он обязательно выяснял, как он это выяснял, и совсем не ориентируются на те нравственные требования, которые каждый нотариус предъявляет к себе. Не может быть, чтобы нотариус удостоверял завещание от имени человека, которого уже и в живых нет. В такие вещи сложно поверить, а в судах верят в это и охотно выслушивают подобную информацию со стороны тех, кто оспаривает завещание».¹

Начинается с того, что адвокат готовит дело. Он прекрасно понимает, что оспорить завещание будет возможным, если будут представлены доказательства, что человек на момент подписания завещания не понимал значения своих действий. Как это можно доказать в суде? Только если будет соответствующее заключение экспертизы. Так, Решением Головинского районного суда города Москвы удовлетворен иск К. к Н. о признании завещания недействительным, признании права собственности на квартиру.² Сын К. настаивал на проведении почерковедческой экспертизы, которая, как это ни странно, показала, что подпись на завещании была подлинной. Поставила точку в процессе посмертная судебная медицинская экспертиза, доказавшая что наследодательница не понимала значения своих действий при составлении завещания.

Появились такие специальные адвокатские конторы, в которых работают адвокаты, имеющие не только юридическое образование, но и медицинское. При этом, центр психиатрии и реабилитации, который дает заключения и адвокаты Городской коллегии, объединяющиеся в юридические консультации, берущиеся за оспаривание завещаний идут на подлог, и поэтому отстоять это завещание будет очень сложно, а судебные решения по данной категории дел при ответе на вопрос о вменяемости гражданина базируются, как правило, на информации медицинских лечебных заведений или заключениях судебно-медицинских экспертиз о состоянии здоровья этого гражданина.

Если, к примеру, в медицинских документах ничего не было и врач никогда не осматривал завещателя при жизни, наследникам при оспаривании завещания без особого труда оказывают такую услугу, как приписать в медицинскую карту одну строчку, и вот попробуй, сориентируйся, что это было приписано. В других ситуациях просто клеиваются отдельные листочки. Бывает, что задним числом жалеют, что не сделали ксерокопию медицинской карточки. Поэтому

¹ Вегасова Р.И. Судебное оспаривание завещаний. Проблемы принятия мер охраны в нотариальной практике. Научно – практическое издание «Нотариус». – 2001. – № 5.

² Решение Головинского районного суда города Москвы, иск о признании завещания недействительным [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.expressnasledstvo.ru>.

лучше в суде на ксероксе сделать копию, а потом уже дело отправлять на экспертизу с медицинскими документами.

Нотариусам следует советовать своим клиентам взять справку от психиатра, о том, что у лица, который завещает психических отклонений не наблюдается. Когда на чашу весов будет положена реальная справка, полученная действительно при осмотре психиатром и при жизни, когда за этим будет стоять конкретный человек, который написал эту справку – врач, а на другую чашу весов будут положены поддельные документы и выводы экспертов, то они побоятся делать выводы, потому что на выводы могут влиять мельчайшие тонкости. Такая справка значительно снизит процент заключений о том, что человек не понимал значения своих действий, тем самым создается преграда для подобного мошенничества, для того, чтобы завещание было оставлено в силе. То есть не допустить, чтобы нормального человека, признали ненормальным, и завладели его имуществом.

Шахметова А.Р.

Уральская государственная юридическая академия

О соотношении возмездных и бесплатных медицинских услуг

Договор возмездного оказания медицинских услуг в соответствии с основной классификацией договоров, отраженной в законе, относится к такому типу договорных обязательств, как обязательства по оказанию услуг. В соответствии со ст.779 ГК РФ, по договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги.

Договор об оказании возмездных медицинских услуг, несомненно, относится к договору возмездному. Возмездность договора характеризуется обязанностью пациента либо заказчика по договору произвести оплату исполнителю услуги.

По мнению большинства ученых, гражданско-правовой характер при оказании медицинских услуг присущ только непосредственно возмездным отношениям. В свою очередь отношения, связанные с оказанием бесплатной медицинской помощи, не могут быть объектом гражданско-правового регулирования, а регулируются правом социального обеспечения.¹

¹ Соловьев В.Н. *Гражданско-правовое регулирование отношений, возникающих при реализации конституционного права граждан на медицинскую помощь: Дис. ... канд. юрид. наук.* – Красноярск, 1999; Горбунова А.В. *Гражданско-правовое регулирование оказания медицинских услуг в РФ: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук.* – СПб., 2004; Зайцева Н.В. *Договор по оказанию медицинских услуг: Дис. ... канд. юрид. наук.* – Волгоград, 2004; Васильева Е.Е. *Договор возмездного оказания медицинских услуг по законодательству РФ. Дис. ... канд. юрид. наук.* – Томск, 2004.

Однако есть приверженцы и иной точки зрения, согласно которой отношения, возникающие при предоставлении гражданам бесплатной медицинской помощи, являются гражданско-правовыми.¹

Мы придерживаемся точки зрения, согласно которой отношения, связанные с оказанием бесплатной медицинской помощи, могут быть объектом гражданско-правового регулирования. Данная позиция обосновывается следующим. Право граждан на бесплатную медицинскую помощь закреплено непосредственно в Конституции РФ. Как отмечает П.З.Иванишин, установленный в ст. 41 Конституции РФ принцип бесплатности медицинских услуг не является абсолютным. Данная норма устанавливает конкретные границы, в рамках которых данный экономический инструмент действует. Такими границами стала государственная медицина.²

Однако с принятием ФЗ № 326-ФЗ от 29.11.2010 г. «Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации»,³ ограничения утрачены. Принципиальная новация закона – предоставлять медицинские услуги в рамках ОМС могут не только государственные (муниципальные) медучреждения, а организации любой организационно-правовой формы, а также индивидуальные предприниматели, занимающиеся частной медицинской практикой.

Кроме того, закон расширяет возможности пациента. Он имеет право выбрать страховую организацию, медицинское учреждение и врача, т.е. в рамках оказания бесплатной медицинской помощи пациенту представлена возможность реализации прав заказчика, предусмотренных ГК РФ.

Относительно закрепленной на законодательном уровне бесплатной медицинской помощи необходимо сказать, что «бесплатность» услуг не свидетельствует о безвозмездности отношений, возникающих между гражданами и медицинскими учреждениями. Возмездность бесплатных медицинских услуг обеспечивается посредством налогового механизма. Следовательно, оказание бесплатной медицинской помощи является вариантом договора возмездного оказания услуг в пользу третьего лица и подлежит регулированию соответствующими нормами ГК РФ.⁴

В главе 39 ГК РФ законодателем закреплена презумпция возмездности договоров оказания услуг, то есть услуги по общему правилу оказываются на основании возмездного договора. В теории гражданского права дискуссионным является вопрос об отнесении безвозмездных услуг в целом к объекту гражданско-правового регулирования.

1 Данилочкина Ю.В. *Правовое регулирование предпринимательской деятельности на рынке медицинских услуг: Дис. ... канд. юрид. наук. – Волгоград, 2003. – С. 54–55; Малеина М.Н. Человек и медицина в современном праве. Учеб. пособ. – М.: БЕК, 1995. – С. 31.*

2 Иванишин П.З. *Гражданско-правовое регулирование договора добровольного медицинского страхования: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Казань, 2004. – С.11.*

3 *ФЗ от 29.11.2010 г. № 326-ФЗ «Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. – 2010. – № 49. – Ст. 6422.*

4 Козьминых Е.В. *«Бесплатные» медицинские услуги как форма безвозмездных отношений // Российская юстиция. – 2002. – № 12. – С. 27.*

данско-правового регулирования. Ряд ученых признает, что договор на оказание услуг может быть безвозмездным.¹

Другая группа авторов придерживается иной позиции, согласно которой безвозмездные услуги не подпадают под сферу гражданско-правового регулирования.² Большинство авторов признают гражданско-правовой характер отношений, возникающих между пациентом и исполнителем медицинской услуги в процессе ее оказания, независимо от того, на возмездной или безвозмездной для пациента основе они оказываются.³ Поскольку данные отношения носят имущественный характер, основаны на равенстве сторон, автономии воли и имущественной самостоятельности участников.

По-нашему мнению, безвозмездное оказание медицинских услуг также подпадает под сферу гражданско-правового регулирования. «Безвозмездные» услуги подразумевают, что лицо, оказывающее услугу, совершает действия в пользу другого лица без вознаграждения. Все расходы, возникающие в рамках этих отношений, ложатся на лицо, оказывающее услугу. Исполнитель услуги не получает никакого встречного предоставления от заказчика, что влечет уменьшение собственной имущественной сферы исполнителя. Лицо, оказывающее медицинские услуги за плату или безвозмездно, в любом случае первоначально является врачом, который в силу морально-этических требований, обязан оказать медицинскую услугу пациенту. «Клятва врача» не содержит таких понятий как возмездность услуги, наоборот врач обязан:

– честно исполнять свой врачебный долг, посвятить свои знания и умения предупреждению и лечению заболеваний, сохранению и укреплению здоровья человека;

– быть всегда готовым оказать медицинскую помощь, хранить врачебную тайну, внимательно и заботливо относиться к пациенту, действовать исключительно в его интересах.

Оказанию медицинской услуги не может предшествовать разграничение граждан на платных и бесплатных, способных оплатить и неспособных. Врач является врачом всегда и везде, именно сохранение жизни и здоровья пациента играет главную роль.

1 Шешенин Е.Д. О нормативном регулировании отношений по оказанию услуг // Актуальные проблемы гражданского права. Межвузовский сборник научных трудов. – Свердловск: СЮИ, 1986. – С. 92–93; Косоруков А.А. Самостоятельные безвозмездные договоры в регулировании отношений гражданском праве РФ: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Казань, 2006. – С. 11.

2 Мурзин Д.В. Моделирование безвозмездного обязательства по оказанию услуг // Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Выпуск 2. – Екатеринбург: Институт частного права, 2002. – С. 369; Кротов М.В. Обязательство по оказанию услуг в советском гражданском праве. – Л., 1990. – С. 5; Степанов Д.И. Услуги как объект гражданских прав. – М.: Статут, 2005. – С. 171.

3 Малеева М.Н. Человек и медицина в современном праве. Учеб. пособ. – М.: БЕК, 1995; Тихомиров А.В. Организационные начала публичного регулирования рынка медицинских услуг. – М.: Статут, 2001.; Данилоочкина Ю.В. . Правовое регулирование предпринимательской деятельности на рынке медицинских услуг: Дис. ... канд. юрид. наук. – Волгоград, 2003; Каменева З.В. Проблемы реализации и защиты прав граждан на медицинскую помощь: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Белгород, 2004; Санникова Л.В. Услуги в гражданском праве России. – М.: Волтерс Клувер, 2006.

В свою очередь непринятие в теории и практике оказания возмездных медицинских услуг таких категорий как «бесплатные медицинские услуги» и «безвозмездные медицинские услуги», ведет к глобальным нарушениям прав человека и этики отношений, возникающих между врачом и пациентом.

Думается, что в силу своей значимости медицинские услуги, как оплаченные непосредственно пациентом, так и оказанные безвозмездно, должны регулироваться гражданско-правовыми нормами, как в процессе оказания услуги, так и в случае причинения вреда здоровью пациента.

В свою очередь, гражданско-правовое регулирование возмездного оказания медицинских услуг должно осуществляться с учетом того, что объектом воздействия при оказании медицинских услуг являются жизнь и здоровье человека, и снижение качества услуг и (или) их несвоевременное оказание может повлечь за собой необратимые последствия для здоровья пациента.

Шеметова Н.Ю.

Адвокатская палата Иркутской области

Правовые аспекты финансирования установки приборов учета коммунальных ресурсов в многоквартирных жилых домах

Федеральный Закон «Об энергосбережении и повышении энергетической эффективности и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» № 261 предъявляет к субъектам гражданского оборота ряд дополнительных требований, в части использования ими технологий и приборов, призванных повышать энергоэффективность как субъектов коммерческого оборота, в том числе и промышленных предприятий, так и домашних хозяйств. Требования Федерального Закона предполагают, что субъекты гражданского оборота будут нести как материальные, так и административные издержки, в связи с необходимостью исполнения его требований. Между тем, существующая на момент принятия данного Федерального Закона нормативная база, имеющиеся технические и материальные возможности субъектов оборота оказались не совсем готовы к исполнению требований Закона. Остановимся подробнее на тех нормах Федерального Закона, которые затрагивают большинство рядовых потребителей, прежде всего – граждан, и могут повлечь нарушение прав наибольшего числа лиц.

Причиной принятия Федерального Закона послужила необходимость минимизации издержек на потребление энергетических ресурсов, как субъектами хозяйственной деятельности, так и гражданами, ставшая особенно заметной в период мирового экономического кризиса.

Нередко установку общедомовых приборов учета энергоресурсов инициируют управляющие компании, по ряду причин, прежде всего, в связи с тем, что

расходы на приобретение приборов учета финансирует Федеральный Фонд содействия жилищно – коммунальной реформе по Федеральной программе капитального ремонта жилья, либо финансирование производится по ряду муниципальных программ, финансируемых местными бюджетами. При этом расходы на установку приборов учета управляющие компании планируют взыскать с самих жильцов, мотивируя это тем, что по Федеральному Закону «Об энергосбережении», расходы по установке приборов учета энергоресурсов должны нести собственники жилых помещений.. К сожалению, Федеральный Закон «Об энергосбережении» никак не регулирует вопрос: если государство в лице органов публичной власти выделяет средства на приобретение приборов учета энергоресурсов, обязаны ли граждане в этом случае оплачивать управляющим компаниям их покупку еще раз? Ведь ч. 5 ст. 13 данного Закона предписывает: «До 1 января 2012 г. собственники жилых домов, собственники жилых помещений в многоквартирных жилых домах, введенных в эксплуатацию на день вступления в силу настоящего Федерального закона, обязаны обеспечить оснащение таких домов приборами учета используемых воды, природного газа, тепловой энергии, электрической энергии, а также ввод установленных приборов учета в эксплуатацию». Согласно ст. 210 Гражданского Кодекса РФ, собственник несет бремя содержания принадлежащего ему имущества, если иное не предусмотрено законом или договором. То есть, буквально, собственники жилых помещений обязаны профинансировать приобретение и ввод в действие приборов учета. Других вариантов Федеральным Законом «Об энергосбережении» не предусмотрено. Конечно, возможно применить к подобной ситуации ст. 6 ГК РФ, используя, по аналогии, норму ст. 16 ФЗ «О приватизации жилищного фонда в РФ» о том, что «Приватизация занимаемых гражданами жилых помещений в домах, требующих капитального ремонта, осуществляется в соответствии с настоящим Законом. При этом за бывшим наймодателем сохраняется обязанность производить капитальный ремонт дома в соответствии с нормами содержания, эксплуатации и ремонта жилищного фонда». На основании данной статьи Федерального Закона Фонд содействия реформированию жилищно – коммунального хозяйства, выделяет деньги на проведение капитальных ремонтов жилых домов. Если средства выделялись Фондом на проведение капитальных ремонтов, и именно из этих средств финансировалась покупка и установка приборов учета, то выделение этих средств Фонд сопровождает требованиями к собственникам ремонтируемых жилых домов, оплатить 5 % от сметной стоимости капитального ремонта. Остальные 95 % стоимости ремонта выплачивает Фонд. В этой связи закономерен вопрос: если управляющие компании планируют возложить на собственников жилых помещений расходы по приобретению и установке приборов учета, то в каких размерах они планируют взыскивать с них эти суммы? В размере тех же 5 % или в размере полной стоимости? Пока работа по оснащению приборами учета жилых помещений еще не завершена, этот вопрос пока не получил

должного освещения в СМИ и последующего правового анализа. А он может стать весьма болезненным для граждан. Хотя в ГК РФ существуют нормы Главы 60 – й об обязательствах вследствие неосновательного обогащения, которыми можно было воспользоваться в данном случае. Но надо ли говорить, что большинство граждан даже не подозревает о существовании этих норм? Чем не преминут воспользоваться управляющие компании. Во избежание подобных случаев, целесообразнее было бы законодателю, в законодательном акте, или, по меньшей мере, органам исполнительной власти – на уровне подзаконных актов, заранее предусмотреть этот момент, учитывая, сколь болезненной является тематика ЖКХ для граждан.

Все вышеперечисленное касается лишь случаев, когда средства на оплату приборов учета выделялись федеральным Фондом содействия реформированию ЖКХ. Есть еще один источник финансирования: средства из местных бюджетов из местных программ. В случае, когда финансирование установки приборов учета и их ввод в действие осуществлялось из местного бюджета, управляющие компании требуют от граждан вернуть им средства на установку приборов учета. Вернуть именно управляющим компаниям, а не бюджету. Еще более серьезное нарушение прав граждан заключается в следующем. Домовые приборы учета устанавливаются по факту, без согласования с гражданами вопроса о том, смогут ли они в дальнейшем оплатить эти приборы, устраивает ли их установленная модель прибора учета и т. д. Возможно, граждан устроила бы другая модель, с другими характеристиками, по другой цене. Однако за них это решение приняли другие лица. Таким образом, налицо навязывание гражданам определенных товаров и услуг, что противоречит важнейшему принципу гражданского законодательства – принципу свободы договора.

Шеметова Н.Ю.

Адвокатская палата Иркутской области

**Доступ к коллективным приборам учета
потребляемых энергетических ресурсов –
составная часть правомочий собственников жилых помещений в доме**

В связи с принятием 23 ноября 2009 г. Федерального Закона РФ «Об энергосбережении и повышении энергетической эффективности и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», на собственников жилых (и не только жилых) помещений возлагается обязанность до 01 января 2012 г. установить в принадлежащих им на праве собственности помещениях приборы учета энергетических ресурсов, а также провести другие мероприятия по обеспечению энергоэффективности потребления разных видов энергии (тепла, газа, электричества и т. д.). С этой целью в многоквартир-

ных жилых домах до указанной даты должны быть установлены коллективные общедомовые приборы учета энергетических ресурсов. Поскольку показания приборов учета должны по законодательству влиять на суммы оплаты за энергетические ресурсы, серьезной проблемой становится обеспечение доступа собственников жилых помещений в многоквартирном жилом доме к общедомовым приборам учета. Этот вопрос актуален еще и потому, что установка индивидуальных приборов учета энергоресурсов будет производиться далеко не одновременно с установкой коллективных приборов учета. Более того: расчет сумм платежей за энергетические ресурсы и при наличии индивидуальных (поквартирных) приборов учета будет производиться не только на основе их показаний, но и, одновременно с ними, будут учитываться и показания коллективных (общедомовых) приборов учета потребления энергоресурсов.

Коллективные (общедомовые) приборы учета размещаются в помещениях, принадлежащих всем собственникам жилых помещений в многоквартирном доме, сами эти приборы, становясь конструктивной частью оборудования дома, также находятся в общей собственности всех собственников жилых помещений в многоквартирном доме. При этом граждане нередко даже лишены возможности самостоятельно отслеживать показания этих приборов учета. Все показания приборов учета отражаются в журнале учета, который ведется в управляющей компании, и только с показаниями этого журнала собственники имеют право ознакомиться согласно п. п. «е», п. 49 Постановления Правительства РФ «О порядке предоставления коммунальных услуг гражданам» от 23 мая 2006 г., который гласит: «при наличии коллективных (общедомовых) приборов учета ежемесячно, в течение последней недели месяца, исполнитель (управляющая компания) обязан снимать их показания и заносить в журнал учета показаний коллективных (общедомовых) приборов учета. По требованию потребителя в течение одного рабочего дня, следующего за днем обращения, исполнитель обязан предоставить потребителю указанный журнал».¹ Таким образом, возможность доступа потребителей к самим приборам учета и снятия непосредственно с них показаний, в Постановлении Правительства (и утвержденных им Правилам оказания гражданам коммунальных услуг) не предусмотрена.

К сожалению, принятый позже Федеральный Закон «Об энергосбережении» также никаких прав граждан на этот счет не предусмотрел. А ведь в реальности, именно вопрос доступа к самим приборам учета, к возможности непосредственно с них снимать показания, становится камнем преткновения в отношениях между потребителями и управляющей компанией. Граждане вполне обоснованно опасаются, что их управляющая компания может обманывать, завышать показания приборов учета, по которым взимает с них плату, а сама платит теплосбытовой компании за потребленные домом энергоре-

¹ Постановление правительства РФ от 23.05.2006 г. № 307 // [Электронный ресурс]: «Консультант плюс».

сурсы по реальным показаниям приборов учета. Управляющие же компании нередко не допускают жильцов к приборам учета, тем самым, еще более настораживая их. Большие надежды возлагались в этой связи на принятый 23 сентября 2010 г. Стандарт раскрытия информации организациями, осуществляющими деятельность в сфере управления многоквартирными домами.¹ Однако и в нем этот момент никак не отражен. Данный Стандарт сформулирован по принципу обеспечения наибольшего доступа потребителей к документам управляющих компаний, и далеко не ко всем документам. Все, что касается прямого физического доступа граждан – потребителей к оборудованию управляющей компании, к возможности проверить на месте, какую именно работу и каким образом управляющая компания проводит на местах, необязательно с правом вмешательства граждан (далеко не все они – специалисты в той или иной области, и право вмешиваться в ход работ может повредить правильности выполнения работы), но необходимо хотя бы предоставить гражданам возможность лично присутствовать при выполнении работ, отслеживать те же показания приборов учета, – это их право как собственников.

Но управляющая компания может посчитать, что права собственности граждан недостаточно для предоставления им права личного присутствия при выполнении работ, что необходима правовая норма, прямо прописывающая такое право граждан. Что же касается возможности прямого доступа к показаниям приборов учета – это вопрос принципиальный, он затрагивает самый болезненный аспект взаимоотношений граждан с управляющей компанией, финансовый, представляется, что его необходимо прямо прописать, если не на уровне закона, так хотя бы подзаконного акта, чтобы исключить возможные взаимные претензии и конфликты в жилищных правоотношениях.

Вместе с тем, в уже действующем законодательстве все же есть правовые нормы, на которые могут опереться граждане, требующие обеспечить им доступ к самим приборам учета. Согласно ст. 36 Жилищного Кодекса РФ, (цитирую) «собственникам помещений в многоквартирном доме принадлежат на праве общей долевой собственности помещения в данном доме, не являющиеся частями квартир и предназначенные для обслуживания более одного помещения в данном доме, в том числе межквартирные лестничные площадки, лестницы, лифты, лифтовые и иные шахты, коридоры, технические этажи, чердаки, подвалы, в которых имеются инженерные коммуникации, иное обслуживающее более одного помещения в данном доме оборудование (технические подвалы), а также крыши, ограждающие несущие и ненесущие конструкции данного дома, механическое, электрическое, санитарно – техническое и иное оборудование, находящееся в данном доме за пределами или внутри помещений и обслуживающее более одного помещения, земельный участок, на котором расположен данный дом, с элементами озеленения и благоустройства

¹ Утвержден Постановлением правительства РФ от 23.09.2010 г. № 731-ФЗ // [Электронный ресурс]: «Консультант плюс».

и иные предназначенные для обслуживания, эксплуатации и благоустройства данного дома объекты».¹ То есть все оборудование, обслуживающее жилой многоквартирный дом, установленное в нем, является общей собственностью жильцов, а не управляющей компании. А согласно ст. 209 Гражданского Кодекса РФ,² собственнику принадлежат правомочия владения, пользования и распоряжения имуществом, что предполагает неограниченный доступ для собственников к принадлежащему им на праве общей собственности имуществу. Создаваемые управляющими компаниями препятствия в доступе к приборам учета являются грубым нарушением основополагающего правомочия собственника – права пользования, доступа к принадлежащему ему имуществу и дают право собственникам предъявить к управляющей компании иски о требованиях об устранении препятствий в осуществлении права собственности.

*Юренкова О.С., Морозов С.Ю. к.ю.н., доцент
Ульяновский государственный университет*

Договоры об эксплуатации подъездного железнодорожного пути как разновидность договора об организации перевозок грузов

Правоотношения, возникающие из договоров об эксплуатации подъездного пути и подачи и уборки вагонов следует квалифицировать как организационные, поскольку в результате их становления и реализации происходит последующее развитие имущественных отношений. Условия названного организационного договора всегда определяют содержание и структуру организуемых неимущественных отношений, возникающих из факта приема заявки на перевозку и имущественных отношений, возникающих из договора перевозки грузов. Представляется справедливым утверждение В.В.Витрянского, который отмечает, что, если погрузка грузов в поданный железной дорогой подвижной состав осуществляется на железнодорожном подъездном пути, основанием возникновения обязательств по подаче транспортных средств и предъявлению груза следует признать сложный юридический состав, состоящий из двух элементов: во-первых, поданной грузоотправителем и принятой железной дорогой заявки на перевозку грузов, удостоверяющей обязательства сторон в части количества подаваемых под погрузку вагонов, контейнеров и объемов грузов, предъявляемых к перевозке; во-вторых, договора об эксплуатации железнодорожного подъездного пути или о подаче и уборке вагонов, определяющего порядок и сроки подачи вагонов, а также их использования

¹ Жилищный Кодекс РФ. – М.: ТК Велби, Изд – во Проспект, 2005. – С. 96.

² Гражданский Кодекс РФ от 30.11.1994 г. № 51–ФЗ. Часть 1 (в ред. От 09.02.2009) // Собрание законодательства РФ. 1994. – № 32. – Ст. 3301.

грузоотправителем – владельцем (пользователем) железнодорожного подъездного пути.¹

Действительно сложный юридический состав налицо. Во-первых, выполнить на подъездных путях обязанности, вытекающие из принятой перевозчиком разовой заявки невозможно без существования договора об эксплуатации железнодорожного подъездного пути (договора подачи и уборки вагонов). Во-вторых, договор об эксплуатации подъездного пути не прекращает своего действия с момента заключения договора о подаче транспортных средств под погрузку и предъявлению груза к перевозке, а действует наряду с ним.

Вместе с тем, из факта заключения договоров об эксплуатации железнодорожного подъездного пути (договоров на подачу и уборку вагонов) не возникает обязанности сторон заключить договор о подаче транспортных средств под погрузку и о предъявлении груза к перевозке. В этой связи их нельзя отнести к числу предварительных. Здесь наблюдается иное соотношение организационных и организуемых договорных отношений, как рамочного и локальных договоров. В рамках договора об эксплуатации подъездного железнодорожного пути на систематической основе организуются сразу два вида договорных обязательств – неимущественный договор о предъявлении груза к перевозке и имущественный договор перевозки груза. Такая ситуация вполне допустима для рамочного договора. Как отмечает Л.Г.Ефимова: «В рамочном договоре предметы исполнения могут быть разными – по числу договорных приложений. Например, вряд ли можно считать смешанным рамочный договор Сбербанка России вместе с договорами-приложениями в виде кредитных договоров, договоров купли-продажи валют и валютных деривативов».²

Итак, договоры об эксплуатации подъездного железнодорожного пути также как и договор об организации перевозок грузов являются рамочными организационными договорами, направленными на организацию перевозочных обязательств. Однако можно ли сказать, что формулировка договора об организации перевозок грузов (ст. 798 ГК РФ) позволяет его квалифицировать как родовое понятие по отношению к вышеупомянутым договорам? Представляется, что такой вывод является преждевременным. Договор об организации перевозок грузов в современной редакции не охватывает организацию правоотношений по отправлению груза, а также правоотношений по его выдаче по окончании процесса перевозки. В основном он направлен на организацию правоотношений, предшествующих договору перевозки грузов. Правда, указание в ст. 798 ГК РФ на то, что в договоре может быть предусмотрен порядок расчетов за перевозку, позволяет сделать вывод о том, что в рамках данного договора может быть организовано правоотношение по предъявлению груза

¹ Витрянский В.В. полагает, что иные условия договоров об организации перевозок регулируют договоры об эксплуатации подъездных путей и подаче и уборке вагонов. См.: Брагинский, М.И. Витрянский, В.В. Договорное право. Кн. 4. Договоры о перевозке, буксировке, транспортной экспедиции и иных услугах в сфере транспорта. – М.: Статут, 2003. – С. 350.

² Ефимова, Л.Г. Рамочные (организационные) договоры. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – С. 44.

к перевозке, но и обязательство по перевозке грузов, однако данные положения не согласуются с предметом договора.

Полагаем, что указанную возможность следует распространить и на иные права и обязанности сторон, вытекающие из договора перевозки грузов. Договор об организации перевозок грузов должен предусматривать возможность включения в него условий, касающихся организации исполнения обязанностей перевозчика по доставке грузов, в том числе и в прямом смешанном сообщении, по выдаче груза, обязанности грузоотправителя уплатить установленную цену. Возможность организовать исполнение правоотношений по перевозке должна охватывать все стадии транспортного процесса. Иначе, договор об организации перевозок грузов не будет соответствовать своему наименованию.

Кроме того, требует уточнения субъектный состав данного договора. Мало того, что грузовладелец не всегда совпадает с грузоотправителем в одном лице, трудно соотнести понятия «грузовладелец» и «владелец подъездного железнодорожного пути». В одном случае речь идет о владении грузом, а в другом о владении подъездным путем. В организации исполнения обязанности перевозчика доставить груз в пункт назначения могут участвовать транспортные организации, а также оператор перевозок грузов. Поэтому, в качестве контрагента перевозчика по договору об организации перевозок грузов следует применять собирательное понятие – заказчик перевозок. В этом случае отношения по организации перевозочных обязательств будут охвачены договором в наибольшей степени.

Договоры об эксплуатации подъездного железнодорожного пути (договоры на подачу и уборку вагонов), являясь элементом системы транспортных организационных договоров, взаимодействуют с иными элементами этой системы, а также с договорами на оказание услуг по перевозке грузов. При перевозках в прямом смешанном железнодорожно-водном сообщении перевалка грузов производится в портах с использованием железнодорожных подъездных путей. Таким образом, содержанием узлового соглашения могут быть организационные права и обязанности по подаче и уборке вагонов на подъездных путях необщего пользования. Так в п. 5 ст. 27. Федерального закона от 08.11.2007 г. № 261-ФЗ «О морских портах в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» указывается, что при отсутствии у оператора морского терминала локомотива подача и уборка вагонов к местам погрузки, выгрузки грузов, маневровая работа на железнодорожных путях необщего пользования, расположенных в границах морского порта, осуществляются локомотивом перевозчика железнодорожного транспорта в соответствии с условиями узлового соглашения.¹

Узловое соглашение в данном случае, как бы «поглощает» условия договоров на подачу и уборку вагонов (договора на эксплуатацию железнодорож-

¹ *СЗ РФ. – 2007. – № 46. – Ст. 5557.*

ного подъездного пути). Это возможно потому, что оба договора являются рамочными и организационными, оба направлены на организацию систематического исполнения обязанности перевозчика по доставке груза в пункт назначения, а значит, оба являются разновидностью договора об организации перевозок грузов. Правда, в данном случае обнаруживается несоответствие субъектного состава узлового соглашения субъектному составу договора об организации перевозок грузов. Контрагентом перевозчика по узловому соглашению является другой перевозчик, а не грузовладелец. Думается, что названное обстоятельство в очередной раз свидетельствует о необходимости совершенствования определения договора об организации перевозок грузов с тем, чтобы однородные по существу отношения регулировались правом одинаково. Высказанное выше предложение о переименовании контрагента перевозчика из грузовладельца в заказчика услуг, на наш взгляд, позволит решить и эту проблему. В такой договорной конструкции найдется место и оператору смешанных перевозок грузов. Кроме того, в соответствии с вышесказанным совершенно очевидно, что договор об эксплуатации подъездных железнодорожных путей (договор о подаче и уборке вагонов) может быть использован не только при регулировании организационных правоотношений на начальной и конечной стадиях перевозочного процесса, но и при организации исполнения обязанности по перевозке грузов. Это еще раз говорит о необходимости расширения предмета договора об организации перевозок грузов путем включения в него действий по организации исполнения договора перевозки грузов.

Свойство коммуникативности системы транспортных организационных договоров проявляется во взаимодействии договоров на подачу и уборку вагонов с договором на централизованный завоз (вывоз) грузов на (со) станции (й) железных дорог. Несмотря на то, что предъявление груза к перевозке здесь происходит по-разному, названные элементы системы имеют общие черты. Оба они заключаются между транспортными организациями, и тот и другой направлены на организацию правоотношений по перевозке грузов на систематической основе, оба охватывают организацию правоотношений как на стадии предъявления груза к перевозке, так и на стадии выдачи груза. Поэтому взаимодействие названных организационных договоров в системе гражданского права должно проявляться через установление общих правовых норм, направленных на регулирование сходных по своей природе отношений.

К вопросу о разграничении понятий недействительности и незаключенности сделок

В настоящее время в законодательстве отсутствует определение такого понятия как «незаключенность сделки». В связи с чем, в науке и практике существует некая неопределенность, происходит смешение понятий незаключенности и недействительности. Высший арбитражный суд РФ (далее ВАС РФ) разграничил эти две категории, как влекущие разные правовые последствия.

В научной литературе сделаны попытки определения данной категории посредством указания на основные признаки незаключенности сделки. Во-первых, это несогласование всех существенных условий, предусмотренных для данного вида обязательств. Во-вторых, не выполнение требования о государственной регистрации договора. В-третьих, не соблюдение надлежащей формы договора. Несмотря на то, что Гражданский кодекс РФ (далее – ГК РФ) не содержит определение незаключенности сделки, в нем присутствует указание на условия, при которых договор следует считать заключенным. В соответствии с п. 1 ст. 432 ГК РФ договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. Следовательно, если мы будем исходить от обратного, договор (сделка) будет считаться незаключенной при несогласовании всех ее существенных условий.

В литературе существует точка зрения, согласно которой понятия незаключенности и недействительности сделки являются тождественными. В частности, О.В.Берг указывает на то, что при несогласовании существенных условий договор одновременно является недействительным и незаключенным. Главным его аргументом является тот факт, что договор (сделка) не существует с момента его подписания.

Существует и противоположная точка зрения, указывающая на то, что понятия «незаключенность» и «недействительность» сделки различны. Так В.В.Груздев приводит следующее основание: «В качестве критерия разграничения сделок на недействительные и несостоявшиеся выступает их общая способность порождать гражданско-правовые последствия: если недействительная сделка может влечь за собой такие последствия (хотя бы и специальные), наступления которых ее субъекты не желают, то несостоявшаяся – нет».

Следует согласиться с последним утверждением, так как эти две категории подчиняются различному правовому регулированию, и мы не можем применить условия о недействительных сделках к незаключенным. Согласно ст. 167 ГК РФ при недействительности сделки каждая из сторон обязана возвратить другой все полученное по сделке, а в случае невозможности возвратить полу-

ченное в натуре (в том числе тогда, когда полученное выражается в пользовании имуществом, выполненной работе или предоставленной услуге) возместить его стоимость в деньгах – если иные последствия недействительности сделки не предусмотрены законом. К незаключенным следует применять условия о неосновательном обогащении. В случае исполнения несостоявшейся сделки между лицом (приобретателем), которое в результате исполнения приобрело или сберегло имущество за счет исполнившего сделку лица (потерпевшего), и последним возникает обязательство вследствие неосновательного обогащения (гл. 60 ГК РФ).

Высший Арбитражный Суд РФ рекомендовал судам не применять положения п. 4 ст. 1109 ГК РФ к требованиям о возврате исполненного по недействительной сделке, поскольку при применении последствий недействительности ничтожной сделки следует руководствоваться положениями п. 2 ст. 167 ГК РФ, которые не связывают обязанность стороны подобной сделки вернуть другой стороне все полученное с наличием условий, предусмотренных п. 4 ст. 1109 ГК РФ. По мнению Высшего Арбитражного Суда РФ, в силу ст. 1103 ГК РФ в этом случае подлежат применению специальные правила, регулирующие последствия недействительности сделок. Также существуют различия по срокам исковой давности: к оспоримым сделкам применяется специальный срок исковой давности равный одному году. К незаключенным же применим общий срок исковой давности.

*Ямилова Г.
Институт права БашГУ*

О некоторых вопросах применения экспертизы в арбитражном процессе

Среди рассмотренных за последние дни проектов актов ВАС РФ особый интерес представляет проект постановления «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе». В первом пункте проекта постановления предлагаются варианты регламентации назначения судебной экспертизы в государственное судебно-экспертное учреждение: 1) без указания или 2) с указанием фамилии, имени, отчества государственного судебного эксперта.

Судебные экспертизы, назначаемые в арбитражном процессе, весьма разнообразны. В силу этого нет возможности организовать в государственных судебно-экспертных учреждениях производство всех родов и видов экспертиз. Обычно там проводятся экспертизы, наиболее часто востребуемые судебной практикой, наиболее распространенные. Большой объем экспертной работы выполняется лицами, обладающими специальными знаниями в области науки, техники, искусства и т. п. Как правило, к ним обращаются в случаях, если:

судебные экспертизы этих родов или видов не выполняются в государственных экспертных учреждениях России или данного региона; судебные экспертизы этих родов или видов в государственных экспертных учреждениях выполняются, но эксперты очень сильно загружены другими экспертизами или отсутствуют в данный момент и могут приступить к производству только через некоторое время, а дело не терпит отлагательства; суд, стороны хотят назначить судебную экспертизу конкретному лицу – известному специалисту в данной области знания или в данное негосударственное судебно-экспертное учреждение; у сторон имеются сомнения в беспристрастности и объективности сотрудников данного государственного судебно-экспертного учреждения или даже государственных судебных экспертов вообще.

Согласно ст. 83 АПК РФ судебная экспертиза производится государственными судебными экспертами и иными экспертами из числа лиц, обладающих специальными знаниями. Таким образом, в качестве эксперта может быть вызвано любое лицо, обладающее необходимыми знаниями для дачи заключения.

Экспертные задачи весьма специфичны, и для их успешного решения разрабатываются специальные методики исследования вещественных доказательств, знание которых является обязательным условием компетентности. На практике при назначении экспертиз данный фактор зачастую не учитывается.

При производстве экспертиз частными экспертами отсутствует и контроль качества экспертиз, который имеется в судебно-экспертных учреждениях. Очевидно, что субъекту, назначающему экспертизу, гораздо удобнее поручить ее производство судебно-экспертному учреждению, а не частному эксперту.

В негосударственных судебно-экспертных учреждениях в принципе могут быть осуществлены любые экспертизы, как достаточно часто встречающиеся, так и неординарные. Основная масса экспертиз выполняется для гражданского и арбитражного процесса, поскольку государственные экспертные учреждения сильно загружены экспертизами по уголовным делам. Как правило, экспертизы в негосударственных судебно-экспертных учреждениях производятся куда оперативнее, чем в государственных.

В соответствии со ст. 17 Федерального закона от 08.08.2001 г. № 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности», на осуществление юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем судебно-экспертной деятельности лицензии не требуется. К тому же от неэкспертных учреждений, сотрудникам которых также может быть поручено выполнение судебной экспертизы, негосударственные судебно-экспертные учреждения отличаются тем, что судебно-экспертная деятельность является для них основной, и их эксперты лучше осведомлены о ее процессуальных, организационных и методических особенностях.

Основываясь на вышеизложенном, полагаем, что не следует исключать из судебно-экспертной деятельности негосударственные экспертные учреждения. Кодекс и Закон об экспертной деятельности не устанавливают запрет на

проведение экспертизы по поручению суда в негосударственном экспертном учреждении. При необходимости проведения экспертизы в таком учреждении в определении о назначении экспертизы указывается его наименование. По ходатайству одной из сторон или усмотрению судьи в определении суда может быть указана кандидатура конкретного эксперта данного негосударственного судебно-экспертного учреждения.

Следует также подчеркнуть, что в случае принятия указанного варианта отказ руководителя негосударственного судебно-экспертного учреждения, также как и руководителя государственного судебно-экспертного учреждения (п. 2 проекта постановления), не может быть основан на занятости сотрудников судебно-экспертного учреждения или субъективном усмотрении руководителя.

*Ярмонова Е.Н. к.ю.н, доцент
Кубанский государственный университет*

Особенности наследования имущества женщинами в России XIII–XIX вв.

Со временем, в XIII–XIV вв., женщины уравниваются в гражданских правах с мужчинами, что находит отражение в памятниках права таких важнейших политических и культурных центров, как Новгород и Псков. По мнению В.А.Рязановского жена при наследовании за мужем по древнему русскому праву и соответственно по Русской Правде и Псковской Судной Грамоте получала часть из имущества умершего мужа в размере части каждого из детей. По Русской Правде также предусматривалось удаление сестры от участия в наследовании имения после отца при наличии братьев. Она составлена на основании русских общественных обычаев. Г.М.Данилова указывает, что «Русская Правда прямо считает князя прямым наследником умершего смерда. Но если остались у смерда незамужние дочери, то они тоже получают часть наследства (задницы, как называет его «Русская Правда»). Если дочери вышли замуж, они теряют право на наследство по «Русской Правде». В Судном законе подобной статьи нет, но она, по свидетельству Беляева, находится во всех славянских законодательствах, по которым сестра не допускалась к участию в наследство; только братья должны были пристроить ее сообразно со своими средствами. По Псковской грамоте не было ограничения в наследовании дочерей, по ней как сыновья так и дочери признавались полными наследниками как у бояр, так и у крестьян. Такое положение в наследственном праве являлось весьма прогрессивным, для рассматриваемого периода, так он существовал не по всей Европе.

В Русской Правде имелось также отдельное регулирование наследования для дочерей бояр: «Аже в боярахъ или же болярствѣ дружинѣ, то за князя задница не идетъ; нъ оже не будетъ ни сыновъ, а въ дочери възмутъ». Соот-

ветственно мы сталкиваемся с разным порядком наследования для смердов и бояр. Смерды, очевидно, противоплагаются боярами и дружинниками: тогда как после смерда, умершего без сыновей, имущество его поступает к князю, после бояр и дружинников оно идет к дочерям, которые у смердов только получают известную часть, если не будут за мужем.

Порядок наследования, при котором сестра не имела равных прав на наследования с братьями не следует относить, на наш взгляд, к нормам которые свидетельствуют о приниженном положении женщины в Древней Руси. В данном случае оправданным является указание П.Цитовича на то, что основой ограничения наследования является то, что женщина со временем должна покинуть родной дом выйдя замуж и это делает ее «чуждой тем имущественным интересам, которые связаны в одно целое своею принадлежностью этой семье». В данном случае, следует признать оправданным мнение что «не столько пол сам по себе устранял сестру при братьях от участия в наследстве, сколько факт ее выхода из семьи, все равно, совершился ли уже этот факт».

Необходимо обратить внимание также на то, что наследование по Русской Правде является наследованием по закону, и вполне возможно, что такой порядок наследования мог быть изменен и отец мог оставить наследство дочери, равное по доле как сыновьям, или даже в обход прав сыновей. В Русской Правде, по мнению Неволлина мы не найдем «запрещения кому-либо из лиц свободного звания составлять духовные завещания». Поэтому все что муж передавал жене по завещанию могло становится ее собственностью. Остафий Ананьевич Своеземцев в 1393 г. писал в духовной: «А жена моя, оже вседит в животе моем, ино осподарына животу моему; или пойдет замуж, ино ей наделка десять рублев...». По этому завещанию, если жена не выходит повторно замуж она становится полной собственницей всего имущества.

По Псковской грамоте всем родственникам одной степени родства даны совершенно одинаковые права на наследство – как мужчинам, так и женщинам (замужним и незамужним). Относительно наследства мужа после бездетной жены и жены после бездетного мужа псковский закон полагал, что тот или другая получили имение только в пожизненное владение и до вступления во второй брак. Статья 89 Псковской Судной Грамоты четко регулирует этот вопрос: «...А у которого человека помрет жена, без рукописания, а у ней останется отчина, ино мужу ея владети тою отчиною до своего живота, только не оженится, а оженится, ино кормли ему нет». Также решается вопрос и с наследованием вдовы. В.Никольский объясняет отсутствие прав у мужа на наследство после жены тем, что у жены, которая, по его мнению, сама выступала собственностью мужа не могло быть своего имущества. С таким мнением трудно согласиться, так как статья Русской Правды, содержащая, например, ответственность мужа за кражу у жены полностью теряла бы всякий смысл, если бы женщины не могли обладать собственным имуществом. В Русской Правде вопрос о праве наследования мужа после жены не регулировался, но из содержания ст. 106

можно сделать вывод, что муж получал имущество жены в пожизненное пользование, а после его смерти это имущество наследовали его дети, рожденные данной женщиной. Закон установил порядок наследования детьми после матери. Мать, как было указано, могла иметь свое имущество: приданое, подарок и прочее. Русская Правда содержит в себе следующее указание: «...а матерняя часть детям не надобе, но кому мати взхоцеть, тому дасть: дасть ли всем, вси разделять; без языка ли умереть, то у кого ли будет на дворе была и мертва и кто ю кормил, тому взятии». Данная статья указывает полную завещательную дееспособность женщины, возможность женщины полностью по своему усмотрению распорядиться имуществом среди своих детей: мать могла завещать свое имущество кому хотела, как сыновьям, так и дочерям; если же она умирала, не объявив своей воли, то долю ее имущества брал тот, в доме кого она жила и умерла, без различия был ли это сын или дочь. Законодательством был установлен и особый порядок наследования детьми от двух отцов и одной матери. Дети разных отцов наследовали каждый своему отцу; но они делили имение своих отцов не прежде, как пригласивши свидетелей, которые знали имение обоих отцов и при которых имение первого мужа их матери было сдано на руки строго для сохранения. Эти свидетели показывали, что такие-то вещи составляли имение первого отца, а какие-то второго. Если при этом не оказывалось известной части имения первого отца, то оно пополнилось равной долей из имения второго отца, растратившего не свое имение. Когда все это было исполнено, то дети первого отца делили имение своего отца, а оставшееся делилось между детьми второго отца. Это узаконение, вероятно, было заимствовано в основных положениях из Эклоги Льва Философа, согласно которой отчим, принимая имение детей своей жены от первого мужа, обязан был обеспечить его собственным имением, тогда как по Русской Правде такого обеспечения не требовалось.

Как уже было отмечено, по Псковской Судной Грамоте переход наследства к дочерям существовал уже не только у бояр, но и у простого населения, при этом женщины получили и право распоряжаться землей как они считали нужным, она может составить завещание и самостоятельно определить своих наследников. Интересный пример, показывающий право женщины на распоряжение земельной собственностью мы видим, знакомясь с духовной Акилины: «ее муж, князь Федор, получает семь дворов и половину мельницы в кормлю, а село на Кеби, клеть и двор в городе – в одерень; после смерти мужа его кормля переходит к монастырю Успения». В данном случае мы видим, что жена является полной собственницей довольно большого имущества, которое досталось ей либо в виде приданного или по завещанию или по гражданско-правовому договору. В данном случае понятно, что нельзя говорить о женщине как лице, исключенном из гражданско-правового оборота или имеющем серьезные ограничения в имущественной сфере. Если обычно мы сталкиваемся с передачей мужем своего имущества жене в пользование до ее смерти

или до повторного брака, то здесь мы сталкиваемся с противоположным примером, жена передает мужу имущество «в кормлю».

Охарактеризовать имущественную дееспособность женщин помогают также нормы Русской Правды, которые регламентируют вопрос о наследовании имени детьми от одного отца и двух матерей: «...будут ли дети от (от второй жены), то что первой жены, то о возмуть дети матери своей. Любо си на жену будеть възложил, обаче матери своей възмут». Из данного отрывка следует, что дети от двух жен делят поровну именование отца, но именование, принадлежащее каждой из жен, делилось только между ее детьми. Этот порядок раздела был также заимствован из Эклоги, так как согласно Эклоге отец, вступивший во второй брак, не должен был отказывать второй жене имущество первой.

Г.М.Данилова в целом охарактеризовав наследственную правоспособность женщин определяет ее как очень развитую: «Следовательно, в «Русской Правде» земельное наследование женщины, особенно из среды феодалов, признано полностью законным. Статьи «Русской Правды» как бы завершают тот путь борьбы за земельное наследство, который прошла женщина в период генезиса феодализма и в России, и на Западе».

Особенности наследственной правоспособности женщины иллюстрирует указ Ивана IV, в соответствии с которым недействительными считались все духовные завещания жен, в которых душеприказчиками были не посторонние лица, а мужья. К.А.Неволин указывает, что «та духовная не въ духовную, потому что жена в его воле, что ей велить писати, то она и пишеть».

Рассматривая порядок наследования супругов по законодательству XVIII–XIX вв. следует учитывать, что супруги имеют особую указную долю: вдовец, состоящий с умершей в законном браке, имеет право на наследство после умершей жены, причем из недвижимого имущества (имения, дома с землей и проч.) получает $\frac{1}{7}$ часть, а из движимого имущества (домашней обстановки, денег, ценных бумаг и проч.) $\frac{1}{4}$ часть; и вдова, состоящая с умершим в законном браке, имеет те же права на наследство мужа, какие вдовец.

Научное издание

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

Материалы международной научно-практической конференции
(г. Уфа, 21 февраля 2011 г.)

В трех частях

Часть II.
Гражданско-правовые проблемы

Компьютерная верстка А.В. Кулагин
Тексты докладов печатаются в авторской литературной редакции

Подписано к печати 31.03.2011 г. Формат 60×84 1/16.
Гарнитура «Calibri». Отпечатано на ризографе.
Уч. изд. л. 21,7. Усл. печ. л. 23.
Тираж 200 экз. Заказ № 4. Цена договорная.

Издательство
Евразийского научно-исследовательского
института проблем права
450059, Российская Федерация, Республика Башкортостан,
г. Уфа, ул. Р. Зорге, д. 20.