

ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ БЮДЖЕТНОЕ
ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ
ВЫСШЕГО ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО ОБРАЗОВАНИЯ
«НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
ТОМСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ»

**ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ
УКРЕПЛЕНИЯ
РОССИЙСКОЙ
ГОСУДАРСТВЕННОСТИ**

Часть 56



Издательство Томского университета
2013

УДК 342
ББК 67.92(99)2
П 68

Редакторы:

д-р юрид. наук, профессор *В.М. Лебедев*,
д-р юрид. наук, профессор *Г.Л. Осокина*,
д-р юрид. наук, профессор *С.К. Соломин*,
к-р юрид. наук, доцент *В.С. Аракчеев*,
к-р юрид. наук, доцент *Н.Д. Титов*

П 68 **Правовые** проблемы укрепления российской государственности: сб. статей / под ред. В.М. Лебедева, Г.Л. Осокиной, С.К. Соломина, В.С. Аракчеева, Н.Д. Титова. – Томск: Изд-во Том. ун-та, 2013. Ч. 56. – 160 с.

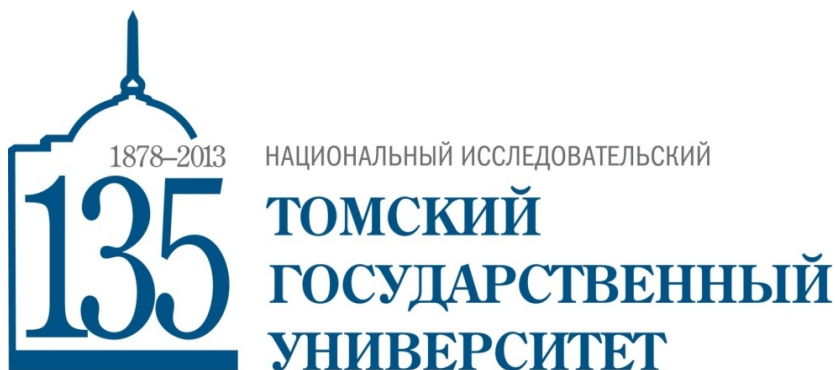
ISBN 978-5-7511-2213-3

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

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

УДК 342
ББК 67.92(99)2

135 лет служения Отечеству!



В 2013 г. Национальный исследовательский Томский государственный университет отмечает свой юбилей – 135 лет основания. ТГУ – это уникальный вуз с мировым именем, в котором классический подход к образованию сочетается с более чем вековым опытом подготовки практико-ориентированных специалистов, а фундаментальный научный потенциал находит приложение в реализации прогрессивных инновационных идей.

ТГУ сегодня является одним из крупнейших вузов страны – на 23 факультетах и в учебных институтах учатся более 19 тысяч студентов по 135 направлениям и специальностям многоуровневой подготовки. Сильнейший кадровый состав включает в себя более 400 докторов и 800 кандидатов наук, среди них – 43 лауреата Государственной премии РФ в области науки и техники; 43 научные школы входят в президентский перечень ведущих научных школ России.

Системная работа с талантливой молодежью обеспечила ТГУ лидирующее положение среди вузов России по количеству наград, полученных студентами и молодыми учеными: за последние 5 лет студенты ТГУ удостоены 25 медалей РАН, более 500 отмечены медалями и дипломами Минобрнауки РФ.

Университет активно взаимодействует с предприятиями различных отраслей, разрабатывая программы профессиональной подготовки и переподготовки, ориентированные на конкретного заказчика. Партнерами ТГУ сегодня являются более 750 предприятий и организаций.

В 2010 г. ТГУ была присвоена категория «национальный исследовательский», затем были весомые победы в конкурсах по постановлениям Правительства РФ № 218, 219. Яркий показатель включенности ТГУ в современное экономическое развитие России – это лаборатории, оснащенные самым современным оборудованием, ученые с мировым именем, проводящие исследования на базе университета и совместно с университетскими коллективами, пояс малых инновационных предприятий. Показательна и высокотехнологичная база: учебные, научные, внедренческие центры (48 научно-образовательных центров, 12 центров коллективного пользования и др.), суперкомпьютер СКИФ Cyberia, мощная прямо-передающая станция спутниковой связи и др.

ТГУ прочно интегрирован в мировое образовательное пространство благодаря реализации совместных учебных и научных программ с ведущими вузами и научными центрами мира.

Уникальным преимуществом университета является гармоничное развитие всего спектра гуманитарных, физико-математических и естественных наук, которое позволяет расширять междисциплинарные исследования и добиваться синергетического эффекта при решении сложнейших фундаментальных и прикладных задач современной экономики и общественной жизни.

ГРАЖДАНСКОЕ И СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

НОВЕЛЛЫ ПРАВОВОГО СТАТУСА КРЕСТЬЯНСКОГО (ФЕРМЕРСКОГО) ХОЗЯЙСТВА

Т.В. Аксенова

Правовой статус крестьянского (фермерского) хозяйства неоднократно менялся на протяжении двух последних десятилетий. Так, впервые он изменился с принятием части первой Гражданского кодекса Российской Федерации от 30.11.1994 г. (далее – ГК РФ). Данный правовой акт не предусматривал такой организационно-правовой формы юридических лиц, как крестьянское (фермерское) хозяйство, и поэтому необходимо было привести в соответствие с ГК РФ все остальные акты. Вместе с тем принятый ранее Закон РСФСР от 22.11.1990 г. № 348-1 «О крестьянском (фермерском) хозяйстве» наделил хозяйства правами юридического лица и в последующей редакции предусматривал положение о том, что фермерские хозяйства, созданные до принятия Федерального закона от 11.06.2003 г. № 74-ФЗ «О крестьянском (фермерском) хозяйстве»,² сохраняют свой правовой статус юридического лица вплоть до 2010 г.²

Согласно ГК РФ фермерское хозяйство стало относиться к субъектам индивидуального предпринимательства и официально потеряло статус юридического лица. В соответствии со ст. 23 ГК РФ глава хозяйства признается индивидуальным предпринимателем с момента государственной регистрации хозяйства. Данная правовая модель получила закрепление в Федеральном законе от 11.06.2003 г. «О крестьянском (фермерском) хозяйстве», который определил его как объединение граждан, связанных родством и (или) свойством, имеющих в общей собственности имущество и совместно осуществляющих производственную и иную хозяйственную деятельность (производство, переработку, хранение, транспортировку и реализацию сельскохозяйственной продукции), основанную на их личном участии.

¹ *Собрание законодательства РФ*. 1994. № 32. Ст. 3301.

² Там же. 2003. № 24. Ст. 2249.

Новеллой гражданского законодательства является принятие Федерального закона от 30.12.2012 г. № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», официально вступающего в силу с 01.03.2013 г.¹ Согласно новой редакции ст. 86.1 ГК РФ крестьянское (фермерское) хозяйство вправе зарегистрироваться в качестве юридического лица, что по своей организационно-правовой форме напоминает хозяйственное товарищество и производственный кооператив. По существу члены хозяйства признаются индивидуальными предпринимателями в соответствии с заключенным между ними соглашением, занимаются предпринимательской деятельностью, несут по обязательствам хозяйства субсидиарную ответственность. Причем гражданин может быть членом только одного хозяйства. Кроме того, согласно Федеральному закону от 25.12.2012 г. № 263-ФЗ «О внесении изменений в статью 23 Федерального закона «О крестьянском (фермерском) хозяйстве», фермерские хозяйства, созданные как юридические лица в соответствии с Законом РСФСР от 22.11.1990 г., вправе сохранить статус юридического лица на период до 1 января 2021 г.²

Итак, законодатель разрешил проблему определения места крестьянского (фермерского) хозяйства среди других субъектов предпринимательства. Теперь крестьянское (фермерское) хозяйство признается юридическим лицом, основное предназначение которого заключается в ведении товарного сельскохозяйственного производства, получении прибыли, удовлетворении материальных и иных потребностей членов такого хозяйства.

Следовательно, крестьянское (фермерское) хозяйство – это особая, самостоятельная организационно-правовая форма предпринимательской деятельности граждан в сельском хозяйстве (сельскохозяйственных товаропроизводителей) без образования юридического лица на индивидуальной или семейной основе, имеющих в общей совместной собственности имущество и принимающих личное трудовое участие в его деятельности с целью удовлетворения материальных и иных потребностей его членов. На наш взгляд, данное понятие более полно отражает правовой статус хозяйства.

¹ *Собрание законодательства РФ*. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7627.

² Там же. Ст. 7588.

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРИМЕНЕНИЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ПРАВООТНОШЕНИЯХ ПО ОКАЗАНИЮ УСЛУГ ЭЛЕКТРОСВЯЗИ

А.Е. Астафуров

Практика показывает, что как антимонопольные органы, так и суды допускают существенные ошибки в применении норм Федерального закона РФ от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» к отношениям по оказанию услуг электросвязи. Так, например, решением УФАС по Омской области по делу № 04/12-11 один из операторов связи признан нарушившим ч. 1 ст. 10 закона «О защите конкуренции» за неисполнение обязанности по конкретному договору – т.е. за приостановку доставки счета за оказанные услуги абоненту. УФАС рассматривало дело и применило антимонопольное законодательство в отношении оператора, который занимает менее 1% рынка. Судами поддержана позиция УФАС, в соответствии с которой делается вывод о признании оператора субъектом естественной монополии на рынке услуг общедоступной электросвязи и занимающим доминирующее положение лишь на том основании, что оказание услуги общедоступной электросвязи ст. 4 Федерального закона от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях» отнесено к числу сфер деятельности субъектов естественной монополии. При этом, как считают суды, нет необходимости проводить анализ рынка оказания услуг для установления доминирующего положения¹.

Проблема состоит в том, что понятие «естественная монополия», данное в ст. 3 Закона «О естественных монополиях», сформулировано законодателем достаточно абстрактно. В данном случае понятие «естественная монополия» не коррелирует с определением «доминирующее положение», данным в Федеральном законе «О защите конкуренции» и в Федеральном законе от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи»². Таким образом, правоприменительный орган при разре-

¹ *Определение* ВАС РФ № ВАС-10018/12 от 17.10.2012 г. по делу № А46-9335/2011; *Постановление* ФАС Западно-Сибирского округа от 13.01.2009 г. по делу № Ф04-508/2009(20392-А70-23).

² В п. 11 ст. 2 закона «О связи», по которому оператор, занимающий существенное положение в сети связи общего пользования, – оператор, который вместе с аффилированными лицами обладает в географически определенной зоне нумерации или на всей терри-

шении спора сталкивается с отсутствием взаимосвязи в нормах законов, регулирующих сходные общественные отношения. Из определения «естественная монополия»¹ следует, что не любой оператор связи, оказывающий услуги общедоступной электросвязи, автоматически становится субъектом естественной монополии, следовательно, не всегда его деятельность подпадает под действие Федерального закона «О защите конкуренции». Таким образом, факт наличия доминирующего положения на рынке услуг общедоступной электросвязи необходимо устанавливать в каждом конкретном случае.

ПУБЛИЧНЫЙ ПОРЯДОК КАК КАТЕГОРИЯ НАЦИОНАЛЬНОГО ГРАЖДАНСКОГО И МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Е.Н. Афанасьева

Понятие *ordre public* впервые было использовано в ст. 10 Декларации прав человека и гражданина 1789 г.: «Никто не должен быть притесняем за свои взгляды, даже религиозные, при условии, что их выражение не нарушает общественный порядок, установленный законом». Большой вклад в развитие этого института внес немецкий ученый Ф.К. Савиньи, издавший известный труд «Система»². По его мнению, все независимые государства образуют одно международное сообщество и вследствие этого обязаны допускать иностранные

тории Российской Федерации не менее чем двадцатью пятью процентами монтированной емкости либо имеет возможность осуществлять пропуск не менее чем двадцати пяти процентов трафика.

¹ В силу ст. 3 Закона «О естественных монополиях» под естественной монополией понимается такое состояние товарного рынка, при котором удовлетворение спроса на этом рынке эффективнее в отсутствие конкуренции в силу технологических особенностей производства (в связи с существенным понижением издержек производства на единицу товара по мере увеличения объема производства), а товары, производимые субъектами естественной монополии, не могут быть заменены в потреблении другими товарами, в связи с чем спрос на данном товарном рынке на товары, производимые субъектами естественных монополий, в меньшей степени зависит от изменения цены на этот товар, чем спрос на другие виды товаров. Субъектом естественной монополии может быть признан хозяйствующий субъект, занятый производством товаров в условиях естественной монополии.

² *Savigny F.C. System des heutigen romischen Rechts. 1849. VIII. S. 26, 27, 32–38* в изложении: *Juenger F. American and European Conflict Law // The American Journal of Comparative Law. 1982. Vol. 30.*

законы в число источников права. В то же время ряд местных законов имеют особую природу, поэтому подлежат применению, независимо от того, имеются ли основания для применения иностранного права – эти законы и стали называть законами публичного порядка. Рассуждая на заданную тему, необходимо сделать оговорку о том, что в юридической литературе часто категорию «публичный порядок» рассматривают в двух плоскостях: внутренний публичный порядок (национальный, свой в каждом государстве) и международный публичный порядок¹. Так, еще в XIX в. швейцарский исследователь Броше говорил о необходимости проведения различия между применением законов публичного порядка в гражданском праве и применением этих законов в отношениях, осложненных иностранным элементом. В соответствии с выдвинутой им теорией, *ordre public* подразделяется на два вида: *ordre public interne* и *ordre public international*².

Французские ученые Батифо и Лагар также разграничивают внутренний публичный порядок, «формируемый законом», от которого договаривающиеся стороны не могут отступать, и интернациональный публичный порядок, не допускающий применения во Франции законов, противных ее публичному порядку³. Луссо и Боре видят публичный порядок как механизм контроля за применением иностранного права⁴. Четко разграничиваются две представленные категории в ГК Квебека 1991 г. (ст. 3081, ст. 3155(5)), ГК штата Луизиана (ст. 7 27, ст. 3520, ст. 3538 и ст. 3540), в законе Великобритании «О выборе права» 1990 г.⁵ Разграничение между двумя обозначенными видами *ordre public* провел и русский цивилист М.И. Брун, который, анализируя положения ГК Франции, указывал: «...не следует (ст. 6) восполнять 3 статью (ФГК): те границы, которые закон ставит индивидуальной свободе, обязывая субъектов права подчиняться неоспоримой воле законодателя, не имеют ничего общего с теми грани-

¹ Об этом писали: *Вербар К.* Определение публичного порядка во внутреннем праве России через французское право // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2001. № 1. С. 268; *Тарасов И.* Основополагающие принципы российского права и публичный порядок: проблемы разграничения // Арбитражный и гражданский процесс. 2007. № 10., 11.

² *Brocher.* Cours de droit International prive. 1882. I. P. 23.

³ *Batiffol H., Lagarde P.* Traite de droit international prive. 8 ed. T. 1. Paris, 1993. Para. 363. P. 584–585.

⁴ *Loussouarn and Bourel.* 4 Ed., 1993. Para. 254. P. 275.

⁵ *Tetley W.* International Conflict of Law. London, 1994. P. 109.

цами, которые ст. 3 § 1 проводит между суверенитетами»¹. Обращаясь к современной судебной практике, можно прийти к выводу о том, что практическая значимость проведенного Броше деления заключается в более мягком, льготном режиме для правоотношений, применительно к которым действует второй вариант публичного порядка (*ordre public international*). Кассационный суд Парижа назвал результат действия данного принципа «смягченным эффектом» – *effet attenué*, применяя его при признании и исполнении иностранных судебных и арбитражных решений². В сущности, этот принцип был воспринят судебной практикой большинства европейских государств. Так, Апелляционный суд Венеции, рассматривая возможность признания на территории Италии решения международного коммерческого арбитража *ad hoc*, не принял довод стороны о нарушении этим решением публичного порядка Италии.

Должник (*S.a.S. Filmo*) ссылаясь на то, что дело в арбитраже рассматривалось одним арбитром, назначенным истцом, что не соответствует *ordre public* страны признания. Однако суд не нашел нарушения международного публичного порядка, так как противоречие решения внутреннему *ordre public* не может служить основанием для отказа в его исполнении³. В одном из решений *Bundesgerichtshof* подчеркнул, что для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения недостаточно противоречия иностранной арбитражной процедуры немецким обязательным нормам. Требуется установить нарушение германского международного публичного порядка (*ordre public international*)⁴. Как видим, рассматриваемая категория задает немало вопросов правоприменителям, находить ответы на которые часто приходится путем теоретических изысканий. Хотя само признание такой категории, как публичный порядок, внедрение ее в законодательство, присоединение к Нью-Йоркской конвенции уже есть серьезный шаг, достойный уважения и одобрения.

¹ Брун М.И. Введение в международное частное право. Пг., 1915. С. 18

² Комментарий к решению Кассационного суда Парижа от 07.01.1964 // *Journal d'arbitrage international* (Clunet). 1964. P. 412.

³ Решение Апелляционного суда Венеции от 21.05.1976; *Pando S.A. Compania Naviera S.a.S. Filmo* // 3 Year book Commercial Arbitration. 1978. P. 277–278.

⁴ Данное решение см.: 17 Year book Commercial Arbitration. 1992. P. 503–509.

КОМПЕНСАЦИЯ НЕМАТЕРИАЛЬНОГО ВРЕДА В ПРАКТИКЕ ПРЕЗИДИУМА ВАС РФ

О.Ш. Аюпов

Впервые в России на компенсацию нематериального вреда как способ защиты деловой репутации юридического лица было указано Конституционным Судом Российской Федерации (далее – КС РФ) в 2003 г.¹ При разрешении конкретных дел суды общей юрисдикции и арбитражные суда исходят из позиции КС РФ. Однако на уровне Президиума или Пленума ВАС РФ долгое время никаких актов не принималось. Только 23.11.2010 г. появилось первое Постановление Президиума ВАС РФ по делу №6763/10², в котором упоминалась компенсация нематериального вреда, но в несколько ином значении. Под ней понимался особый публично-правовой способ исполнения государством обязанности возмещения вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) публичной власти, который в гражданско-правовых отношениях не применяется.

Разделяя позицию ВАС РФ о необходимости получения лицом, в предпринимательскую деятельность которого было допущено незаконное вмешательство публичной власти, справедливой денежной компенсации вреда, нельзя согласиться с наименованием данного способа защиты – «компенсация нематериального вреда». Во-первых, сам ВАС РФ отмечает, что вред причиняется именно имущественным правам. Во-вторых, такое понимание противоречит правовой позиции КС РФ. Полагаем, более точным было бы определение такого способа защиты как «компенсация вреда, причиненного публичной властью».

Через два года было вынесено еще одно Постановление Президиума ВАС РФ от 17.07.2012 г. по делу №17528/11³, в котором

¹ *Об отказе* в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Шлафмана Владимира Аркадьевича на нарушение его конституционных прав пунктом 7 статьи 152 ГК РФ: Определение КС РФ от 04 дек. 2003 г. № 508-О // ВКСР. 2004. № 3.

² *Постановления* Президиума ВАС РФ [Электронный ресурс]: ВАС РФ. – Электрон. дан. – URL: http://arbitr.ru/bras.net/f.aspx?id_casedoc=1_1_8e10bf76-7668-4f37-b3f5-cf6a5b477226 (дата обращения: 20.01.2013).

³ *Постановления* Президиума ВАС РФ [Электронный ресурс]: ВАС РФ. – Электрон. дан. – URL: http://arbitr.ru/bras.net/f.aspx?id_casedoc=1_1_d43eb84b-ff5a-40f9-b6ff-919606297723 (дата обращения: 20.01.2013).

разрешался спор о защите деловой репутации юридического лица и был сделан ряд важных выводов: 1) компенсация нематериального вреда¹, при причинении вреда деловой репутации, может быть присуждена независимо от статуса нарушителя; 2) компенсация нематериального вреда является мерой ответственности, условия применения которой аналогичны компенсации морального вреда; 3) для подтверждения нематериального вреда необходимо установить факт сформированной деловой репутации истца, а также факт утраты доверия к его репутации от действий ответчика². Таким образом, в данном деле компенсация нематериального вреда приобретает тот смысл, который был изначально заложен КС РФ. Более того, постановление обоснованно ориентирует нижестоящие суды на более сдержанное и взвешенное применение компенсации нематериального вреда деловой репутации юридического лица.

На основании изложенных судебных актов можно сделать ряд выводов общего характера. Во-первых, ВАС РФ признает такой способ защиты, как компенсация нематериального вреда. Во-вторых, он выделяет два случая ее применения. Первый, когда вред был причинен публичной властью и не связан с нарушением права на деловую репутацию. Второй, когда вред причинялся именно деловой репутации юридического лица. Думается, что это два разных способа защиты, которые, в свою очередь, входят в систему компенсационных способов защиты, наряду с компенсацией за нарушение исключительного права и компенсацией морального вреда.

¹ В Постановлении такая компенсация именуется как компенсация нематериального (репутационного) вреда. По-видимому, ВАС РФ таким образом хотел подчеркнуть различие с упоминавшейся выше компенсацией нематериального вреда. В данной статье используется единый термин.

² На наш взгляд, деловая репутация всегда возникает с момента создания юридического лица. Полагаем, что в данном случае ВАС РФ не опровергает настоящую позицию, а лишь обращает внимание на то, что компенсация нематериального вреда не может применяться при каждом нарушении любой деловой репутации. Следовательно, по общему правилу, опровержение является достаточным для восстановления нарушенного права на деловую репутацию. Иное подлежит специальному доказыванию.

НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ БРАЧНОГО ДОГОВОРА, ПРОТИВОРЕЧАЩЕГО ПРИНЦИПАМ СЕМЕЙНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Н.В. Багрова

В судебной практике последних лет все чаще встречаются споры о признании брачных договоров недействительными. Данная категория споров обладает определенной спецификой и является новой для правоприменительных органов, поэтому вызывает множество вопросов. Среди оснований недействительности брачного договора, закрепленных Семейным кодексом Российской Федерации (СК РФ), особый интерес вызывает включение в брачный договор условий, противоречащих принципам семейного законодательства. Наличие указанных условий, согласно п. 2 ст. 44 СК, приводит к ничтожности брачного договора полностью или в соответствующей части.

В отношениях между супругами наибольшее значение имеет принцип равенства прав супругов в семье. Содержание этого принципа предполагает, в первую очередь, формальное равенство супругов, отсутствие между ними отношений власти-подчинения. Однако при рассмотрении споров, вытекающих из брачных договоров, содержание указанного принципа в литературе порой истолковывается слишком буквально. Так, при рассмотрении дела о применении последствий недействительности ничтожной сделки к брачным договорам между бывшими супругами Б. и И., в соответствии с условиями которых в собственность супруги переходила большая часть имущества, нажитого супругами в браке, суд указал, что «брачные договоры заключены бывшими супругами Б. в нарушение предусмотренного семейным законодательством принципа равенства долей супругов при определении режима совместно нажитого имущества».

В соответствии со ст. 42 СК РФ брачный договор не может содержать условия, которые... противоречат основным началам семейного законодательства. В противном случае подобные условия дают основание признать такой брачный договор ничтожным»¹. Подобное толкование положений СК РФ позволяет признать любое

¹ Кассационное определение Судебной коллегии по гражданским делам суда Еврейской автономной области от 1.02.2006 г. [Электронный ресурс] // СПС «Консультант-Плюс». М., 2013. Доступ из локальной сети ЮИ ТГУ.

условие о неравенстве долей в праве общей собственности супругов нарушением рассматриваемого принципа. Однако институт брачного договора нацелен на изменение законного режима, причем нормы ст. 42 СК РФ, регулирующие содержание брачного договора, не требуют, чтобы доли супругов в общем имуществе согласно брачному договору признавались равными. Брачный договор является инструментом, позволяющим учесть интересы отдельной семьи. Несомненно, ни один из супругов не может быть лишен по брачному договору основных прав и свобод или всего принадлежащего ему имущества. Однако в случаях, когда доля одного супруга в праве собственности на общее имущество значительно превышает долю другого, либо при разделе одному из них достается более ценное имущество, не всегда нарушается принцип равенства прав супругов в семье. Перераспределение имущества может быть вызвано различными обстоятельствами: особенностями отношений, сложившихся между супругами; тем фактом, что один из супругов не работает, не имеет доходов, не занимается ведением хозяйства и живет за счет другого супруга и др. Поэтому отступление от принципа равенства долей само по себе, без учета конкретных обстоятельств, не должно в случае спора расцениваться судами как нарушение принципа равенства прав супругов в семье и, следовательно, основание недействительности брачного договора. В противном случае утрачивается сам смысл существования института брачного договора.

О ФОРМЕ СДЕЛКИ В РОССИЙСКОМ КОЛЛИЗИОННОМ ПРАВЕ

Ю.В. Блинова

Действующее российское коллизионное право устанавливает в качестве общего правила альтернативную привязку для формы сделки – право места ее совершения (п. 1 ст. 1209 Гражданского кодекса Российской Федерации, далее – ГК РФ)¹, выделяя при этом три случая: форма доверенности (п. 1 ст. 1209 ГК РФ), форма внешне-экономической сделки (п. 2 ст. 1209 ГК РФ) и форма сделки в отношении недвижимого имущества (п. 3 ст. 1209 ГК РФ).

¹ *Гражданский кодекс Российской Федерации (Часть третья)* от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ (в ред. от 2 октября 2012 г.) // СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4552; 2012. № 41. Ст. 5531.

Отдельно регулируются коллизионные вопросы завещания и акта его отмены (п. 2 ст. 1224 ГК РФ), где в качестве основной привязки избрано право места жительства завещателя в момент составления завещания или акта его отмены, либо право места составления завещания или акта его отмены, либо российское право. Кроме того, коллизионные аспекты формы договора о залоге регулируются п. 5 ст. 10 Закона РФ от 29 мая 1992 г. №2872-1 «О залоге» (с изм.)¹, который устанавливает в качестве привязки законодательство места его заключения, сужая тем самым норму, заложенную ГК РФ. Для регулирования коллизионных вопросов формы чека в части, не противоречащей нормам ч. 3 ГК РФ, также применяется Положение о чеках 1929 г.² с привязками: закон места выдачи чека, закон места платежа, российское законодательство.

В случаях, установленных международным договором, может применяться привязка – законодательство места заключения (например, п. «г», «д» ст. 11 Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности от 20 марта 1992 г.³ и др.).

Комплексный анализ коллизионных норм российского МЧП о форме сделки позволяет, таким образом, утверждать, что законодатель формулирует по исследуемому вопросу общие правила о форме сделки; специальные правила, применяемые для доверенности; внешнеэкономических сделок; сделок с недвижимостью, в т.ч. недвижимостью, зарегистрированной в российском реестре; завещания и акта его отмены; договора о залоге; чека. При этом совокупно применяются следующие виды привязок: право или законодательство места совершения сделки (разновидности: место составления завещания, место выдачи чека); право места жительства завещателя; право места платежа; российское право.

Проектом Федерального закона от 17 сентября 2012 г. № 47538-6 «О внесении изменений в ГК РФ, отдельные законодательные акты РФ и о признании утратившими силу отдельных законодательных

¹ *О залоге*: закон РФ от 29 мая 1992 г. № 2872-1 (в ред. от 2 октября 2012 г.) // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 23. Ст. 1239; Собрание законодательства РФ. 2012. № 41. Ст. 5531.

² *Положение о чеках*: постановление ЦИК и СНК СССР от 6 ноября 1929 г. (в ред. от 25 октября 1986 г.) // Свод законов СССР. Т. 5. С. 553.

³ *О ратификации Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности*: *Постановление* ВС РФ от 9 октября 1992 г. № 3620-1 // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 44. Ст. 2472.

актов (положений законодательных актов) РФ» (принятым во втором чтении) (далее – проект) предполагается устранить имеющее место «расщепление» права в отношении сделки, которое различает правила относительно формы сделки и ее содержания. Таким образом, принцип автономии воли сторон при выборе применимого к договору права будет распространяться в т.ч. и на форму сделки. Однако объединение применяемого к форме и содержанию сделки права влечет одновременно ограничение принципа автономии воли сторон в части выбора применимого права сторонами, сделанного после заключения договора. Согласно Проекту выбор сторонами подлежащего применению права, сделанный после заключения договора, имеет обратную силу и считается действительным, без ущерба для прав третьих лиц *и действительности сделки с точки зрения требований к ее форме*, с момента заключения договора (п. 3 ст. 1210 Проекта). Иными словами, стороны при выборе применимого права в последующем будут связаны условием действительности договора с точки зрения формы.

Другим недостатком, как представляется, является нечеткое формулирование в п. 1 ст. 1209 Проекта основной коллизионной привязки: право страны, подлежащее применению к самой сделке. Не вполне очевидно, что следует понимать под «самой сделкой», особенно если толковать предлагаемую новеллу в комплексе с нормой п. 4 ст. 1210 ГК РФ.

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ДОГОВОРНЫХ ОТНОШЕНИЙ В СФЕРЕ ОБРАЗОВАНИЯ

С.А. Бондаренко

Применение договора как универсального правового инструмента выходит за пределы гражданского права. А.О. Рыбалов в рамках теоретического семинара в Санкт-Петербургском государственном университете при обсуждении проблем заимствования отраслями публичного права цивилистических институтов и норм отметил, что частное и публичное право – это явления объективные, в них есть

объективные различия, граница между частным и публичным всегда была подвижной¹.

Федеральный закон «Об образовании в Российской Федерации» (далее – закон)² легально закрепляет коммерциализацию в сфере образования, т.е. внедрение элементов договорного права в регулирование как *образовательных отношений* по реализации прав граждан на образование, так и отношений, *связанных с ними*, по созданию соответствующих условий.

В указанном законе названы следующие виды договоров: о сетевой форме реализации образовательных программ (ст. 15); на организацию практики (ст. 13); об образовании (ст. 54); о целевом приеме, о целевом обучении (ст. 56); об оказании платных образовательных услуг (ст. 101). Однако в приведенных нормах нет отсылки к гражданскому законодательству в отличие от норм о правовом статусе образовательных организаций (ст. 22). Внедрение договорных конструкций в сферу образования становится реальностью, поэтому возникают проблемы, связанные с условиями и пределами применения цивилистических норм в данной сфере.

Заключению организацией, осуществляющей образовательную деятельность, договора о целевом приеме должен предшествовать договор о целевом обучении, заключаемый гражданином с государственным органом, или с юридическим лицом публичного образования. Договоры о целевом приеме и о целевом обучении не являются гражданско-правовыми по правовой природе. В подобных случаях договор выступает средством реализации одним из участников не гражданской правоспособности, а выполнения возложенных на него государственных функций.

Договоры о сетевой форме реализации образовательных программ и на организацию практики имеют межотраслевую природу, так как, с одной стороны, образовательные организации, заключая данные договоры, выполняют социальную обязанность оказывать образовательные услуги для общего блага, а с другой – при заключении договоров реализуют свою гражданскую правоспособность. Следовательно, возникающие на их основе отношения являются ча-

¹ Теория публичного правоотношения: перспективы избавления от цивилистической догматики // Правоведение. 2011. № 2. С. 247.

² Федеральный закон от 29.12.2012 № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 30.12.2012 (вводится в действие с 1 января 2013 г.).

стными и должны регулироваться на принципах, свойственных гражданскому праву. По утверждению В.А. Белова, договор может появиться только в тех отношениях, где право, не признавая субординации, констатирует их построение на началах взаимодействия (координации)¹.

Договор об образовании является родовым понятием, включает договор об оказании платных образовательных услуг, носит гражданско-правовой характер и служит основанием возникновения отношений частных лиц. В соответствии с законом платная образовательная услуга представляет собой осуществление образовательной деятельности по заданиям и за счет средств физических и (или) юридических лиц. Возникает проблема возможности применения к данным договорам норм главы 39 ГК.

ПРОБЛЕМЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ НОРМ О ПРИВЛЕЧЕНИИ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА ПРИЧИНЕНИЕ ВРЕДА ЗДОРОВЬЮ ПАЦИЕНТОВ

М.С. Берилло

В настоящее время в процессе реформирования находятся одновременно российское гражданское законодательство и российская система здравоохранения. На этом этапе главное правильно оценить преимущества имеющихся норм и выбрать нужный вектор изменений.

В части ответственности публичных учреждений, в том числе учреждений системы здравоохранения, законодатель и ранее предпринимал попытки совершенствования правового регулирования, но они во многом оказались несостоятельными. Так, недостатки Федерального закона 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 частично устранены в проекте Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

¹ Белов В.А. Гражданское право. Общая часть. Т. 2: Лица, блага, факты: учебник для бакалавров. М.: Юрайт, 2012. Сер. Бакалавр. Углубленный курс. С. 689.

Существенными недостатками действующего ГК РФ являются:

- отсутствие норм, посвященных общим положениям о гражданско-правовой ответственности, в том числе основаниям и условиям ее возникновения, а также освобождения от ответственности;

- разрозненность норм об основаниях освобождения от возмещения вреда: одни помещены в специальные статьи (ст. 401, 1083, 1098 ГК РФ), о других необходимых правилах законодатель вообще не упоминает. Основания уменьшения объема возмещения причиненного вреда предусмотрены лишь в ст. 1083 ГК РФ.

Недостатки нормативно-правовых актов в сфере здравоохранения:

- не соблюден баланс интересов пациентов и медицинских организаций, акцент в них сделан на защиту прав и интересов пациентов;

- содержатся лишь бланкетные нормы о гражданско-правовой ответственности;

- отсутствуют специальные основания освобождения от возмещения причиненного медицинским вмешательством вреда, уменьшения объема возмещения.

Совершенствование норм об ответственности медицинских организаций связано с реформированием гражданского законодательства и возможно в следующих направлениях:

- во-первых, в ГК РФ необходимо закрепить общие положения о гражданско-правовой ответственности, в том числе основаниях и условиях ее возникновения, а также освобождения от нее;

- во-вторых, нормы об ответственности медицинских организаций в специальных нормативно-правовых актах должны отражать особенности отношений, в рамках которых она возникает, и содержать специальные основания освобождения от нее;

- в-третьих, важным элементом реформы является принятие закона о страховании гражданской ответственности медицинских организаций перед пациентами, причем такой нормативно-правовой акт не должен быть лишь формальностью, он должен содержать все возможные случаи причинения вреда (морального и материального), возникающие в ходе медицинского вмешательства, а входящие в него категории не должны обладать двойным смыслом;

- в-четвертых, стержнем реформирования должны стать принципы социальной справедливости, компенсационной направленности и равенства участников гражданских правоотношений.

МЕДИАЦИЯ В СФЕРЕ МЕДИЦИНСКИХ УСЛУГ

И.А. Валькинина

В последнее время отмечается увеличение количества споров, вытекающих из оказания медицинских услуг, основными из которых являются споры, связанные с невыполнением или ненадлежащим выполнением договора на оказание медицинских услуг, выставлением счета за услуги, которые пациенту не были оказаны, предоставлением медицинской помощи ненадлежащего качества.

Безусловно, наиболее распространенным является судебный механизм защиты прав и интересов сторон «медицинского спора». При этом, как отмечают в литературе, реализация данного механизма связана с рядом проблем. Так, в частности А.В. Тихомиров называет следующие группы препятствий для обращения истца в суд и участия в судебной процедуре: финансовая несостоятельность истца инициировать процесс и оплатить судебно-медицинскую экспертизу, отсутствие специальных знаний у представителей и суда, ангажированность судебно-медицинских экспертов¹.

К числу досудебных процедур относятся: обращение к руководителю лечебного учреждения (устное или письменное), обращение в орган управления здравоохранения, к независимым общественным организациям и профессиональным ассоциациям, обращение в страховую медицинскую организацию либо в лицензирующий орган. Большинство из данных процедур не позволяют объективно разрешить спор, в частности защитить права и интересы пациента.

Наиболее эффективному урегулированию споров в сфере оказания медицинских услуг может способствовать процедура медиации, регламентированная Федеральным законом № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»².

Преимущества применения такой процедуры выражаются в обеспечении конфиденциальности информации, в том числе составляющей врачебную тайну, и ее распространении среди предельно узкого круга лиц (ст. 5 Закона).

¹ Тихомиров А.В. Экономика права в здравоохранении: проблемы судебного правоприменения // Главный врач: хозяйство и право. 2011. № 5. С. 35–39.

² Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации) Федеральный закон № 193-ФЗ от 27.07.2010 г. // Собрание законодательства РФ. 2010. № 31. Ст. 4162.

На практике основными доказательствами по такого рода делам являются заключения экспертов и мнения специалистов, при применении процедуры медиации есть возможность непосредственно обратиться к квалифицированному лицу, имеющему авторитет в области медицины, поскольку Закон позволяет наряду с общими требованиями, предусмотренными ст. 15 Закона, предусмотреть в медиативном соглашении условие о наличии у медиатора высшего медицинского образования.

Очевидным преимуществом является экономия времени, поскольку срок рассмотрения дела судом, с учетом его сложности, может достигать 3–5 лет, срок рассмотрения дела в рамках процедуры медиации от 1 до 180 дней.

Наиболее востребованной данная процедура может стать при заключении сторонами договора возмездного оказания медицинских услуг, предусматривающего медиативную оговорку. Учитывая, что 28 декабря 2011 г. Президент РФ в п. 9 Перечня поручений по реализации Послания Президента Федеральному Собранию указал: «Рассмотреть вопрос о введении обязательных примирительных процедур при разрешении некоторых видов споров и внести соответствующие предложения»¹ и что на сегодняшний день подобный круг дел не определен, целесообразным видится возможность отнесения отдельных споров, вытекающих из правоотношений об оказании медицинских услуг, к подлежащим урегулированию посредством обязательной медиации.

К ВОПРОСУ О ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СТРАХОВЫХ ПОСРЕДНИКОВ

М.В. Гольшев

Индивидуальность страхового обязательства проявляется во всех элементах данного правоотношения и, прежде всего, в индивидуальности его субъектов. Страховое правоотношение могут составлять разные группы субъектов, особое место среди которых занимает группа страховых посредников.

Страховые посредники делятся на две основные группы: страховые агенты и страховые брокеры. Согласно ст. 8 Закона РФ «Об ор-

¹ <http://kremlin.ru/assignments/14170>

ганизации страхового дела в Российской Федерации» от 27 ноября 1992 г. № 4015-1 (в ред. от 25.12.12 г.) к страховым агентам причисляют постоянно проживающих на территории Российской Федерации и осуществляющих свою деятельность на основании гражданско-правового договора физических лиц или российских юридических лиц (коммерческие организации), которые представляют страховщика в отношениях со страхователем и действуют от имени страховщика и по его поручению в соответствии с предоставленными полномочиями¹.

Следовательно, между страховщиком и страховым агентом возникают представительские правоотношения согласно ст. 182 Гражданского кодекса РФ², в соответствии с которой страховой агент совершает от имени страховщика юридические или фактические действия в силу полномочия, которое основано на доверенности. Исходя из этого чаще всего отношения между страховщиком и страховым агентом строятся на основании договора поручения.

Учитывая тот факт, что в роли страховщиков могут выступать только юридические лица, имеющие специальную правоспособность, наличие страховых агентов позволяет расширить фактический круг субъектов, выступающих на стороне страховщика, не ограничивая при этом их правоспособность.

Кроме страховых агентов, Законом РФ «Об организации страхового дела в Российской Федерации» устанавливается возможность осуществления страхового посредничества страховыми брокерами, к которым ст. 8 относит постоянно проживающих на территории Российской Федерации и зарегистрированных в установленном законодательством Российской Федерации порядке в качестве индивидуальных предпринимателей физических лиц или российских юридических лиц (коммерческие организации), которые действуют в интересах страхователя (перестрахователя) или страховщика (перестраховщика) и осуществляют деятельность по оказанию услуг, связанных с заключением договоров страхования (перестрахования) между страховщиком (перестраховщиком) и страхователем (перестрахователем), а также с исполнением указанных договоров.

В отличие от страховых агентов страховые брокеры могут как выступать на стороне страховщика, так и представлять интересы страхователя. Страховые брокеры действуют в качестве комиссио-

¹ Рос. газета. 1993. 12 янв.

² Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

неров. Считаем, что страховые брокеры, выступая на стороне страховщика, фактически его заменяют в отличие от агентов, которые, выступая от имени страховщика, реализуют исключительно волю представляемого.

С расширением в последнее десятилетие сферы страхования роль страховых посредников существенно возрастает, тем более в тех условиях, когда страховую посредническую деятельность субъект может осуществлять и при наличии общей правоспособности. Вместе с тем статус страховых посредников вплоть до настоящего времени не имеет четкого нормативного закрепления, что может создавать трудности в осуществлении данной деятельности.

ПРАВОВОЕ ЗНАЧЕНИЕ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ОРГАНОВ ОПЕКИ И ПОПЕЧИТЕЛЬСТВА ПРИ РАССМОТРЕНИИ СПОРОВ О ДЕТЯХ

М.В. Громоздина

К спорам, связанным с воспитанием детей, относятся споры о месте жительства ребенка при раздельном проживании родителей (п. 3 ст. 65 СК РФ), об осуществлении родительских прав родителем, проживающим отдельно от ребенка (п. 2 ст. 66 СК РФ), об устранении препятствий к общению с ребенком его близких родственников (п. 3 ст. 67 СК РФ), о возврате родителям ребенка, удерживаемого не на основании закона или судебного решения (п. 1 ст. 68 СК РФ), об ограничении родительских прав (п. 1 ст. 73 СК РФ) и др. В соответствии со ст. 78 СК РФ при рассмотрении споров, связанных с воспитанием с детей, независимо от того, кем предъявлен иск в защиту ребенка, к участию в деле должен быть привлечен орган опеки и попечительства. Органы опеки и попечительства, в соответствии со ст. 47 ГПК РФ, относятся не к третьим лицам, а к лицам, участвующим в деле в качестве государственного органа, компетентного дать заключение по существу спора. Однако семейным законодательством предусмотрена возможность участия органов опеки и попечительства в качестве стороны по делу, как правило, истца. Таким образом, органы опеки и попечительства исполняют обязанность о принятии всех мер для защиты ребенка, закрепленных в ст. 4 Конвенции о правах ребенка.

Орган опеки и попечительства обязан провести обследование условий жизни ребенка и лица (лиц), претендующего на его воспитание, и представить суду акт обследования и основанное на нем заключение по существу спора (п. 2 ст. 78 СК РФ). Заключение органов опеки и попечительства составляется с учетом акта обследования и пояснений участников судебного разбирательства и представленных ими доказательств на завершающей стадии разбирательства, когда завершена процедура приобщения доказательств. В Семейном кодексе РФ момент предоставления заключения суду не определен. В связи с чем нередко требуемое заключение составляется заранее и без учета пояснений сторонами представленных доказательств. На эту ситуацию обратил внимание Президиум Верховного Суда РФ в «Обзоре практики разрешения судами споров, связанных с воспитанием детей»¹, отметив, что встречаются случаи, когда заключение составляется формально и имеет поверхностный характер, а иногда и вовсе сведения, изложенные в заключении, не соответствуют фактическим обстоятельствам дела. В некоторых случаях в заключениях отсутствуют выводы по существу спора, в других – заключение дается устно, без надлежащим образом оформленного письменного заверенного акта. Кроме того, зачастую органы опеки и попечительства просят рассмотреть дело без их участия. Суды вместе с тем зачастую не относятся критически к подобным заключениям и при вынесении решения ссылаются на заключение органа опеки и попечительства.

Таким образом, составленные заключения и формальный подход органов опеки и попечительства к участию в судебном процессе по спорам, связанным с воспитанием детей, свидетельствуют о неэффективности требований об обязательном привлечении органов опеки и попечительства. Их действия не направлены на достижение главной цели – защиту прав ребенка и интересов государства. По мнению автора, заключение органов опеки и попечительства должно включать только объективную информацию, например отражающую условия проживания (акт обследования). Любая субъективная информация, а именно: выводы по существу спора (с кем проживать ребенку, об ограничении родительских прав), является мнением конкретного лица, составляющего заключение. Выводы по существу спора делает суд и закрепляет их в решении. В связи с чем нет необходимости дублировать это полномочие суда органами опеки и попечительства.

¹ *Обзор* практики разрешения судами споров, связанных с воспитанием детей (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 20.07.2011 // СПС «КонсультантПлюс».

ИПОТЕКА ПРАВА ЗАСТРОЙКИ

Е.А. Грызыхина

Проект Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ред., принятая ГД ФС РФ в I чтении 27.04.2012) среди многочисленных новелл, в том числе в системе и содержании вещных прав, предусматривает, что предметом ипотеки могут быть не только недвижимые вещи, но также право постоянного землеуладения и право застройки. При этом и право застройки, и право постоянного землеуладения, и ипотека определяются как ограниченные вещные права. Таким образом, вводится не допускаемая законодательством на сегодняшний момент, но известная праву европейских государств конструкция залога вещного права. При этом поскольку ипотека также относится к вещным правам, то при ипотеке права застройки устанавливается вещное право на вещное право.

Несмотря на не типичность для нашего права подобной конструкции, принципиальных препятствий для правоприменения не возникнет – интересы залогодержателя будут удовлетворяться из стоимости отчужденного права застройки, что имеет сходство с ипотекой права аренды по действующему законодательству.

Некоторые из крайне незначительного количества норм Проекта, посвященных рассматриваемому вопросу, вызывают сомнения в согласованности.

В соответствии со ст. 303.7 ГК РФ в редакции Проекта ипотека права застройки допускается без согласия собственника соответствующего земельного участка, за исключением случаев, когда в соответствии с записями в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество распоряжение названными правами допускается лишь с согласия собственника земельного участка.

Однако в Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество вносятся сведения о здании или сооружении, которое подлежит возведению на земельном участке, о праве сносить здание или сооружение и возводить новое, о праве реконструировать здание или сооружение, о сроке права застройки, о плате за право застройки (ст. 300.2 ГК РФ в редакции Проекта). Перечень закрытый, что не позволяет говорить о возможности дополнительного внесения каких-то сведений. Согласно ст. 300.5. «Распоряжение правом за-

стройки» лицо, имеющее право застройки, вправе отчуждать это право, передавать его в залог или распоряжаться им иным образом, если иное не установлено законом. Законом по этому поводу иное не установлено.

В то же время стороны в договоре об установлении вещного права могут предусмотреть дополнительные условия о возникновении вещного права. Эти условия подлежат государственной регистрации тогда, когда это предусмотрено договором (п. 4 ст. 224 ГК РФ в редакции Проекта). Отметим, что возможность по соглашению сторон формировать, расширять, дополнять содержание вещного права нехарактерна для вещных прав. Этим же меняется и природа государственной регистрации прав как юридического акта признания и подтверждения государством возникновения, ограничения (обременения), перехода или прекращения прав на недвижимое имущество в соответствии с Гражданским кодексом РФ.

Проект предусматривает возможность досрочного прекращения права застройки как по соглашению сторон, так и по требованию собственника земельного участка при задолженности по внесению платы за право застройки. Однако не допускается досрочное прекращение права застройки, если это право передано в ипотеку. Установление ипотеки, таким образом, будет ограничивать объем правомочий собственника, предоставившего земельный участок на праве застройки, изменять содержание другого вещного права, что должно предполагать обязательное предварительное согласие собственника на ипотеку.

К ВОПРОСУ О ПРИМЕНЕНИИ НОРМ ГЛ. 25 ГК РФ К ДЕЛИКТНЫМ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАМ

И.В. Ершова

В теории и практике утвердился тезис, что нормы права, регулирующие отношения по возмещению вреда, имеют четко выраженную гражданско-правовую природу. Но при рассмотрении судебными органами требований потерпевших по возмещению причиненного им вреда в результате осуществления публичных функций деликтанта, отдельные нормы гл. 25 ГК РФ часто не применяются.

Природа обязательства из причинения вреда определяется не сферой причинения вреда, к которой могут применяться нормы различных отраслей права, а характером нарушенной ответчиком обязанности и соответственно подвергшегося нарушению права или блага потерпевшего. При нарушении прав потерпевшего в публичной сфере вред причиняется его имущественным правам и нематериальным благам – объектам гражданского права (ст. 128 ГК РФ). С момента причинения вреда публичное правоотношение становится гражданско-правовым (подп. 6 п. 1 ст. 8 ГК РФ). Следовательно, обязательство вследствие причинения вреда, в том числе публичным образованием (его органами) при исполнении возложенных на него функций, следует определять как гражданско-правовое и внедоговорное отношение, возникающее в результате причинения вреда имущественным либо неимущественным правам (благам) потерпевшего.

В ГК РФ нет запрета применения общих положений об обязательствах к обязательствам из причинения вреда публичным образованием. Исходя из принципа «разрешено все, что прямо не запрещено» к обязательствам из причинения вреда применима гл. 25 ГК РФ, поскольку законом не установлено иного.

Как представляется, позиция судебных органов, изложенная в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ № 6, Пленума ВАС РФ № 8 от 01.07.1996 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»¹, фактически исключая из гражданско-правового регулирования отношения, возникшие в результате причинения вреда интересам потерпевших в публичной сфере, не соответствует нормам гражданского права (ст. 8, 1064 ГК РФ и др.).

В соответствии с п. 2 ст. 307.1 Проекта ФЗ № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации», к обязательствам вследствие причинения вреда и вследствие неосновательного обогащения общие положения об обязательствах (подразд. 1 разд. III ГК РФ) применяются, если иное не предусмотрено соответственно правила-

¹ *Постановление* Пленума Верховного Суда РФ № 6, Пленума ВАС РФ № 8 от 01.07.1996 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Вестник ВАС РФ. 1996. № 9.

ми гл. 59 или 60 ГК РФ¹. Таким образом, предполагается на уровне федерального закона закрепить правовую обязанность по применению общих положений об обязательствах, в том числе ст. 393 и 395 ГК РФ, к деликтным обязательствам. В случае принятия указанного законопроекта в предлагаемой редакции правовая позиция судебных органов будет явно противоречить нормам гражданского права.

Таким образом, исходя из буквального толкования норм права, суды неосновательно сужают сферу применения гл. 25 ГК РФ в отношении обязательств из причинения вреда. Представляется, что применение общих положений об обязательствах к отношениям по возмещению вреда, причиненного публичными образованиями (их органами и должностными лицами) не только возможно, но и необходимо.

ВЗЫСКАНИЕ УБЫТКОВ: К ВОПРОСУ О СОВЕРШЕНСТВОВАНИИ ОТДЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА

А.Ю. Зезекало

В основу обновленных правил об ответственности за нарушение обязательств (гл. 25 ГК РФ), по замыслу авторов Концепции развития гражданского законодательства, должна быть положена принципиальная идея о том, что кредитор в случае полного возмещения ему убытков «должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом»².

При достижении этой цели немаловажное значение приобретает проблематика определения размера убытков, на возмещение которых может претендовать потерпевшая сторона. На практике нередко встречаются случаи, когда при всей очевидности того, что кредитор понес определенные имущественные потери, точного их размера, в силу тех или иных причин, установить не удастся. Как правило, в та-

¹ Проект Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ред., принятая ГД ФС РФ в I чтении 27.04.2012) // СПС «КонсультантПлюс». 2012.

² Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации // Вестник ВАС РФ. 2009. №11. С. 73–74.

ких случаях суды отказывали в удовлетворении исковых требований, поскольку потерпевшая сторона, на которую возложено бремя доказывания, не представила данных, позволяющих достоверно обосновать тот или иной размер взыскиваемых убытков. Однако не исключено, что вскоре несправедливость подобного подхода¹ уйдет в прошлое.

Теперь для случаев невозможности установления размера убытков с разумной степенью достоверности предложено предусмотреть, что размер взыскиваемых убытков «определяется судом исходя из принципов справедливости, соразмерности ответственности допущенному нарушению обязательства и с учетом всех обстоятельств дела»².

Предложение уже нашло положительный отклик³. И, несмотря на опасения о том, что с введением этих правил отечественное гражданское законодательство пополнится очередным «каучуковым параграфом», так как предоставит судам неограниченную свободу усмотрения⁴, представляется, что здесь преимущества способны перекрыть возможные недостатки. Тем более что последние могут быть минимизированы посредством осуществления эффективного контроля на ста-

¹ Несправедливость, которую, применительно к аналогичным случаям, дореволюционные юристы приравнивали к отказу в правосудии. Их решением стало появление в книге V проекта Гражданского уложения, внесенного в Государственную думу 14 октября 1913 г., ст. 1657, которой предусматривалось, что при определении вознаграждения за убытки суду надлежит устанавливать его размер по справедливому усмотрению (см., напр.: *Гражданское уложение: Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения*. Т. 2 / под ред. И.М. Тютрюмова. СПб., 1910. С. 251).

² *Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации* // Вестник ВАС РФ. 2009. №11. С. 73–74. Сходные формулировки уже в качестве дополнений к ст. 393 ГК РФ были закреплены в первоначальном варианте законопроекта, внесенного на рассмотрение в Государственную думу (см.: *Проект Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации»* (ст. 1 п. 196) // СПС «КонсультантПлюс»).

³ См., напр.: *Богданов Д.Е.* Справедливые начала договора и договорной ответственности // Адвокат. 2012. № 11. С. 38–49; *Витрянский В.В.* Некоторые основные положения Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации об обязательствах // Журнал российского права. 2010. № 1. С. 13–25; *Карантов А.Г.* Средства защиты прав кредитора в свете реформы гражданского законодательства // Вестник гражданского права. 2009. № 4. С. 163–195. Более того, Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в одном из постановлений (получившем известность как дело «Сигма Капитал Партнерз», см.: *Постановление Президиума ВАС РФ от 06.09.2011 № 2929/11 по делу № А56-44387/2006* // СПС «КонсультантПлюс») уже приступил к реализации упомянутых идей на практике при отмене актов нижестоящих судов. Насколько это согласуется с пока еще действующими положениями гражданского законодательства, остается спорным.

⁴ См., напр.: *Толстой Ю.К.* О Концепции развития гражданского законодательства // Журнал российского права. 2010. № 1. С. 31–38.

дии проверки состоявшихся судебных решений. Введение же указанных правил позволит значительно упрочить положение кредитора, понесшего имущественные потери вследствие неисправности должника.

Вместе с тем, учитывая общетрасловое значение принципа полного возмещения убытков, распространение новых правил лишь на случаи нарушения обязательств (гл. 25 ГК РФ) представляется не вполне достаточным, поскольку очевидно, что проблема определения точного размера убытков может возникнуть и в области внедоговорных правоотношений. Один из таких примеров рассмотрен в одном из недавних постановлений Европейского суда по правам человека, который, установив нарушение ст. 1 Протокола № 1 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, отметил в числе прочего, что заявительница не получила никакой компенсации за гибель принадлежащей ей стеклотары вследствие действий префектуры, хотя сам по себе этот факт никем не оспаривался, а российские суды отклонили иск лишь на том основании, что истцей не было представлено подтверждения точного количества поврежденных бутылок¹. В подобных случаях основанием требования о взыскании убытков выступает не нарушение обязательства, а причинение внедоговорного вреда, т.е. отношения, не подпадающие в сферу действия гл. 25 ГК РФ. Таким образом, даже в случае успешного введения в действие упомянутых выше правил, при рассмотрении споров о возмещении внедоговорного вреда суды по-прежнему будут лишены возможности взыскивать приблизительно рассчитанные убытки в случаях, когда точный их размер не может быть установлен на основании имеющихся в деле доказательств.

ВНОВЬ К ВОПРОСУ О ВОЗРАЖЕНИЯХ ПО ЦЕННОЙ БУМАГЕ

К.С. Зиновьев

Проект закона об изменениях в ГК РФ, подготовленный ко второму чтению, вновь поднял вопрос о возникновении права по цен-

¹ См.: *Dzugayeva V.* Russia, no. 44971/04, 12 February 2013 (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-116371>); Апелляционное решение Советского районного суда г. Владикавказа РСО-Алания от 18 июня 2004 по делу № 2-75/04 // Архив Европейского суда по правам человека.

ным бумагам и возможности возражений по ним. Статья 145 ГК РФ в редакции проекта посвящена классическому институту публичной достоверности как неотъемлемого признака ценных бумаг. Действительно, лицо, ответственное за исполнение по документарной ценной бумаге, вправе выдвигать против владельца ценной бумаги только те возражения, которые вытекают из текста ценной бумаги или основаны на отношениях между ними.

Однако уже следующий абзац предлагаемой нормы начинает вызывать удивление: лицо, составившее документарную ценную бумагу, отвечает по ценной бумаге и в том случае, если документ поступил в обращение помимо его воли. Фактически идет возврат к *Rechtsscheintheorie*, критика которой достаточно ярко была изложена М.М. Агарковым.

Впоследствии, однако, делается оговорка, что данное правило распространяется только на добросовестных приобретателей ценных бумаг. Действительно, с обычной вещью дело так бы и обстояло, однако ценные бумаги – особые вещи, существование которых весьма относительно связано с их физико-химическими свойствами. Документ – это еще не ценная бумага, таковой он становится только после появления в нем субъективного права, сразу после исчезновения последнего, он теряет право называться объектом гражданских прав, хотя сам документ как кусок бумаги остается неизменным.

Субъективные гражданские права, удостоверяемые ценными бумагами, не могут возникать иначе, чем в силу сделки. При этом не забываем, что сделка – это сознательные действия (в данном случае должника, лица, выпускающего ценную бумагу), направленные на возникновение конкретных правоотношений. Однако одного формирования воли на совершение сделки недостаточно, необходимо ясное и недвусмысленное волеизъявление. Таким образом, обязанность лица по ценной бумаге может возникнуть только после его ясного и недвусмысленного волеизъявления.

В ситуации с выбытием ценной бумаги из рук лица, ответственного по ней без его воли, какое-либо волеизъявление на возникновение обязанности не происходит, следовательно, и чьего-либо субъективного права не возникает. А если нет права, то нет и возможности его удостоверить, без чего ценную бумагу нельзя назвать таковой.

Можно попытаться возразить, что изготовление ценной бумаги само по себе уже является надлежащим волеизъявлением. Согласиться с этим крайне сложно. Желание вступить в сделку и само

вступление в сделку разнятся как намерения и действия. Лицо, изготовившее ценную бумагу, но не передавшее ее первому держателю (и не наделившее его, таким образом, субъективным правом) не может отвечать за свои намерения.

Таким образом, ценная бумага, выбывшая из обладания лица, ее изготовившего, не может называться таковой (и, следовательно, не может порождать правовых последствий) в отсутствие удостоверенного права.

Практика также выработала определенные критерии, в том числе связанные с бухгалтерским учетом. Применительно к ценным бумагам это выглядит в виде совершения сразу двух действий: не только передачи права, но и передачи самой бумаги путем составления акта приема-передачи как любой иной вещи. Таким образом, на практике легко решается вопрос, связанный с добросовестным приобретением бумаги, в том числе и в ситуации, когда бумага была потеряна или украдена лицом, ее изготовившим.

Исходя из изложенного, усматривается необоснованность включения в ст. 145 ГК РФ в редакции Проекта условия о необходимости исполнения требований держателя бумаги, выбывшей у лица, ее изготовившего, помимо его воли.

ОТЧУЖДЕНИЕ ЗЕМЕЛЬНОГО УЧАСТКА В КОНСТРУКЦИИ ВЕЩНЫХ ПРАВ НА ЗЕМЕЛЬНЫЕ УЧАСТКИ

М.П. Имекова

Отчуждение земельного участка является наиболее распространенным механизмом прекращения и приобретения права собственности на землю. Однако, несмотря на это, понятие «отчуждение земельного участка» в гражданско-правовой науке нельзя считать достаточно изученным.

Как представляется, отчуждение земельного участка следует рассматривать в двух аспектах: с точки зрения статики и динамики вещных прав на земельные участки. Анализ норм действующего законодательства позволяет сделать вывод о том, что под отчуждением земельного участка с точки зрения статики вещных прав на земельные участки следует понимать *закрепленную за собственником*

или иным уполномоченным лицом юридически обеспеченную возможность совершить действие по распоряжению земельным участком, направленное на смену собственника этого участка.

В свою очередь, каждое совершаемое собственником или иным уполномоченным лицом действие по отчуждению земельного участка влечет возникновение гражданского правоотношения, в рамках которого в порядке производного приобретения права собственности происходит переход данного права от одного лица к другому. То есть отчуждение земельного участка, исходя из теории юридических фактов, является по своему существу сделкой, получившей в связи с этим особое название – «сделка об отчуждении земельного участка» (см. п. 2 ст. 218 ГК РФ). Однако отчуждение земельного участка не в состоянии достичь своего результата, пока кто-либо не приобретет право собственности на него, поскольку юридически значимые действия волевого характера при нем совершает не только отчуждатель участка, но и его приобретатель. Соответственно, отчуждение земельного участка осуществляется посредством заключения договоров о его отчуждении – *договоров, направленных на возникновение гражданского правоотношения, в рамках которого в порядке производного приобретения права собственности на земельный участок происходит переход данного права от одного лица к другому.*

Вместе с тем из анализа п. 2 ст. 218, п. 2 ст. 223 ГК РФ, п. 1 ст. 17 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» следует, что отчуждение земельного участка обусловлено выполнением сложного юридического состава, элементами которого являются договор об отчуждении земельного участка и государственная регистрация перехода права собственности на земельный участок. Договор об отчуждении в этом сложном юридическом составе имеет значение основания отчуждения земельного участка, а государственная регистрация – способа отчуждения¹.

Однако государственная регистрация не осуществляется в рамках гражданского правоотношения, возникающего на основании договора об отчуждении земельного участка². Ключевую роль в этом являющемся по своему существу обязательственным правоотношении играет заявление о государственной регистрации перехода права

¹ См. подробнее: *Хаскельберг Б.Л.* Правовая природа и значение государственной регистрации права собственности на недвижимое имущество // *Гражданское право: Избранные труды.* Томск, 2008. С. 119–120.

² Там же. С. 122–126.

собственности на земельный участок от отчуждателя к приобретателю. Данное заявление является действием, совершаемым во исполнение обязательства по передаче отчуждателем земельного участка в собственность приобретателя и принятия этого участка последним. Пока не состоится государственная регистрация, обязательство по отчуждению земельного участка нельзя считать исполненным. Изложенное позволяет сделать вывод о том, что под *отчуждением земельного участка с точки зрения динамики вещных прав на земельные участки следует понимать возникающее на основании договора об отчуждении земельного участка обязательство, в силу которого одно лицо (отчуждатель) обязано совершить передачу земельного участка в собственность другого лица (приобретателя), обязанного принять такой участок.*

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ПРИРАЩЕНИЯ НАСЛЕДСТВЕННЫХ ДОЛЕЙ

А.Е. Казанцева

Действующий Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК РФ) не устранил представляющиеся ошибочными положения ГК РСФСР 1964 г. о приращении наследственных долей, поскольку также не различает наследника и потенциального (возможного) наследника, право наследования и наследственную правоспособность. Одним из оснований приращения наследственных долей ст. 1161 ГК РФ называет отсутствие у наследника права наследовать, чего в принципе не может быть. ГК РСФСР предусматривал лишение наследодателем наследника права наследования. Речь идет о ситуации, когда завещатель лишает возможного наследника по закону наследственной правоспособности, завещая все свое имущество другим лицам, или прямо укажет, что лишает его наследства. Возможный наследник по закону, лишенный наследственной правоспособности, не призывается к наследованию. У него нет и не может быть наследственной доли, поэтому непонятно, как может прирасти наследство за счет того, чего не было и быть не может. Поэтому данное основание приращения наследственных долей необходимо исключить из ст. 1161 ГК РФ.

Одним из оснований приращения наследственных долей ст. 1161 ГК РФ называет отстранение от наследования по основаниям, уста-

новленным ст. 1117 ГК. Статья 1117 ГК РФ, называемая «Недостойные наследники», также представляется весьма неудачной. Применительно к приращению долей не все основания, по которым возможно признать потенциального наследника недостойным, применимы. Посягать на жизнь наследодателя нельзя, потому что таковым является умерший человек. Посягать на жизнь и здоровье возможного наследодателя может потенциальный наследник, который также не обладает правом наследования, поэтому он за виновное противоправное деяние, подтвержденное судебным актом, лишается наследственной правоспособности и не призывается к наследованию. То же самое относится к возможному наследнику, совершившему противоправное деяние против осуществления последней воли наследодателя, выраженной в завещании, и родителям, лишенным родительских прав.

Доля может прирасти в том случае, когда один наследник, призванный к наследованию, совершит виновное противоправное деяние против жизни и здоровья другого наследника (наследников) с целью увеличения своей наследственной доли, но это возможно при наличии нескольких призванных к наследованию наследников. Если наследников больше, то доля виновного наследника может увеличиться незначительно. Кстати, в опубликованной судебной практике не встречается случаев совершения такого рода преступлений.

Приращение долей ст. 1161 ГК РФ связывает с признанием завещания недействительным. Если все имущество завещано, то признание завещания недействительным порождает наследование по закону, поэтому здесь нет приращения доли. Признание завещания частично недействительным, что возможно при наличии необходимых наследников, приводит к уменьшению наследственной доли. Оказывается, что признание завещания недействительным влечет приращение наследственной доли только в случае, когда завещана лишь часть имущества.

В связи с изложенным выше необходимо внести изменения в п. 1 ст. 1161 ГК РФ, представив его в следующей редакции: «1. Если наследник не примет наследство, откажется от наследства, не указав при этом, что отказывается в пользу другого наследника (ст. 1158), будет отстранен от наследования за совершение против другого (других) наследника (наследников) деяния, предусмотренного п. 1 ст. 1117 настоящего Кодекса, либо вследствие недействительности

завещания, если завещано не все имущество, часть наследства, которая причиталась бы такому отпавшему наследнику, переходит к наследникам по закону, призванным к наследованию, пропорционально их наследственным долям».

ДОВЕРИТЕЛЬНОЕ УПРАВЛЕНИЕ АКЦИЯМИ, ВХОДЯЩИМИ В СОСТАВ НАСЛЕДСТВА

И.А. Казанцев

В случае смерти акционера принадлежавшие ему акции входят в состав наследства (ст. 1112, п. 3 ст. 1176 ГК РФ) и могут передаваться в доверительное управление (ст. 1173 ГК РФ). Доверительное управление акциями может быть необходимо не только наследникам, но и акционерному обществу, особенно в тех случаях, когда умерший акционер обладал значительным пакетом акций и возникает необходимость проведения общего собрания акционеров, поэтому иногда акционерное общество обращается к нотариусу по месту открытия наследства с заявлением о заключении договора доверительного управления акциями.

Анализ законодательства, литературы и судебной практики позволяет сделать следующие выводы относительно доверительного управления акциями, входящими в состав наследства. Учредителем управления всегда является нотариус, т.е. не собственник акций, доверительным управляющим акциями, входящими в состав наследства, может выступать физическое и юридическое лицо, кроме учреждений, т.е. субъекты, не являющиеся участниками рынка ценных бумаг. Выгодоприобретателями являются наследники, принявшие наследство.

В соответствии с п. 2.9 Порядка осуществления деятельности по управлению ценными бумагами, утвержденного приказом Федеральной службы по финансовым рынкам Российской Федерации от 03.04.2007 № 07-37/пз-н, п. 3.3 Положения о ведении реестра владельцев именных ценных бумаг, утвержденного постановлением Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг от 02.10.1997 № 27 для учета прав на ценные бумаги, находящиеся в доверительном управлении, в системе ведения реестра владельцев ценных бумаг управляющий открывает отдельный лицевой счет (счета) с отметкой «ДУ», а если учет прав на ценные бумаги осуществляется в депозитарии – открывает отдельный счет (счета) депо управляющего.

Целью доверительного управления акциями является не получение прибыли, а сохранение акций и их рыночной стоимости. Подтвердив свое правовое положение, доверительный управляющий вправе знакомиться с уставом акционерного общества, бухгалтерской документацией, инициировать проведение общего собрания акционеров, предлагать вопросы повестки дня собрания, участвовать в собрании и голосовать по вопросам повестки дня. При этом не требуется уведомление о проведении собрания самих наследников, даже если они известны и подали заявление о принятии наследства, но еще не получили свидетельство о праве на наследство. При проведении акционерным обществом нового выпуска акций, распространяемых между акционерами пропорционально уже имеющимся у них акциям, доверительный управляющий обязан обеспечить приращение управляемых акций.

Максимальный срок, на который может заключаться данный договор, составляет по общему правилу 6 месяцев, но не более 9 месяцев (п. 2 ст. 1171 ГК РФ). Автоматически он не может пролонгироваться на новый срок, закон не допускает и его перезаключения, даже если в случае спора между наследниками срок принятия наследства затягивается, с чем нельзя согласиться, потому что прекращением договора до разрешения спора могут быть нарушены права наследников.

В силу непродолжительного срока действия договора доверительного управления акциями к нему неприменимо положение п. 2 ст. 1024 ГК РФ о предупреждении одной стороной другой за три месяца о досрочном прекращении договора. В этом случае для таких целей необходимо устанавливать минимальный срок, например не более трех дней. Такой срок следует предусматривать, поскольку на практике встречаются случаи выражения наследниками недовольства действиями доверительного управляющего.

О СПОСОБАХ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

М.Ю. Кайгородова

Проблема обеспечения исполнения предварительных обязательств является предметом оживленной научной дискуссии. Споры, связанные с нарушением предварительных обязательств, исполнение которых обеспечено способами, предусмотренными в ст. 329

Гражданского кодекса РФ (ГК РФ) либо конструируемыми самими сторонами предварительного обязательства, представляют определенную сложность и противоречиво решаются в судебной практике. Анализ публикаций, посвященных предварительному договору, проблемам исполнения и обеспечения исполнения предварительных обязательств, диссертационные исследования, выполненные в последние пятнадцать лет по указанным правовым проблемам либо тесно с ними связанным, дают основание для вывода об отсутствии в доктрине целостной, научно обоснованной и удовлетворяющей потребностям судебной практики, развивающихся общественных отношений в Российской Федерации теории обеспечения исполнения неимущественных (организационных) обязательств в целом и предварительных обязательств в частности. Именно поэтому не решается и, как представляется, не может быть качественно решена эта проблема в проекте закона о внесении изменений в действующий Гражданский кодекс РФ. Основной недостаток воспринятых законодателем предложений по внесению изменений в институт предварительного договора и порождаемого им обязательства связан, по нашему мнению, с отсутствием добротного теоретического задела по рассматриваемой проблеме, недостаточным учетом в науке, правоприменительной практике главной особенности способов обеспечения исполнения обязательств, предусмотренных ст. 329 ГК РФ: их предназначения обеспечивать исполнение обязательств с имущественным содержанием, обязательств имущественного характера.

Необходимо отметить также отсутствие специальных научных исследований практики разрешения судами общей юрисдикции и арбитражными судами споров, связанных с обеспечением исполнения предварительного обязательства.

Длительное время в науке гражданского права спорным являлся и остается таковым вопрос о возможности обеспечения исполнения предварительных обязательств задатком. Имеется ряд интересных с научной точки зрения работ по проблеме обеспечения предварительных обязательств задатком (одна из последних – монография В.В. Ровного «Задаток: теоретический очерк. Иркутск: Изд-во ИГУ, 2012). Однако противоречия в судебной практике, в частности при применении такого способа обеспечения исполнения предварительного обязательства, как задаток, остаются без должной критической оценки ученых.

Вместе с тем следует отметить, что определенные меры по регулированию отношений по обеспечению исполнения предварительных обязательств в проекте изменений в ГК РФ предусмотрены: п. 4 ст. 380 ГК РФ установлено, что задатком может быть обеспечено исполнение предварительного обязательства. Изъятия из данного правила могут быть предусмотрены в законе. Таким образом, по нашему мнению, одна из существующих в теории гражданского права позиция без глубокой теоретической проработки получает легальное закрепление.

Не менее актуальной в теории гражданского права и правоприменительной практике является проблема обеспечения исполнения предварительных обязательств способом, который на практике получил наименование «обеспечительный платеж». Данный способ обеспечения исполнения предварительного обязательства в науке гражданского права глубоко не исследован.

Обеспечительный платеж, применявшийся на практике и квалифицируемый в литературе в качестве непоименованного способа обеспечения исполнения предварительного обязательства, устанавливаемого сторонами по соглашению на основании ст. 329, 421 ГК РФ, предусмотрен в ст. 381.1, 381.2 законопроекта в качестве общего способа обеспечения исполнения обязательств.

Не должно оставаться сомнений в том, что обеспечительный платеж будет активно использоваться для обеспечения исполнения предварительных обязательств, порождаемых как предварительным договором, так и иными юридическими фактами. Вместе с тем спорным, мягко говоря, является встречающееся в юридической литературе обоснование использования такого способа обеспечения исполнения применительно к предварительному обязательству. Несмотря на отсутствие добротной теории обеспечительного платежа как способа обеспечения исполнения обязательств в целом и в частности предварительных обязательств, законодатель закрепил данный институт в законопроекте.

Имеющиеся публикации, посвященные проблеме обеспечения исполнения предварительных обязательств задатком и обеспечительным платежом, свидетельствует о недостаточно убедительных либо весьма сомнительных аргументах в пользу того решения, к которому склонился законодатель.

Как предстает, решение законодателя является паллиативным. Невозможно решить проблему обеспечения исполнения пред-

варительных обязательств без добротной теории, глубоких исследований неимущественных обязательств, обеспечения их исполнения. Такая теория, по нашему мнению, отсутствует, ее разработка – задача будущего.

ПРЕДВАРИТЕЛЬНОЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВО КАК РАЗНОВИДНОСТЬ ОТНОСИТЕЛЬНОГО ПРАВООТНОШЕНИЯ

М.Ю. Кайгородова

Предварительный договор как юридический факт порождает обязательственное относительное правоотношение (предварительное обязательство), которое предшествует заключению основного договора, предусмотренного предварительным договором. Предварительное обязательство можно определить как гражданское правоотношение неимущественного (организационного) характера, в силу которого одно лицо (должник) обязано заключить основной договор, предусмотренный предварительным договором, на согласованных условиях в установленный законом либо соглашением срок, а другая сторона (кредитор) вправе требовать от должника исполнения его обязанности. С момента возникновения предварительного обязательства обе его стороны одновременно являются активными (управомоченными) и пассивными (обязанными) субъектами. Каждая из сторон обязательства вправе требовать от другой стороны совершения действий по заключению основного договора, но в то же время обязана исполнить общую (взаимную), идентичную по содержанию и цели обязанность. Правила п. 2 ст. 308 ГК РФ, устанавливающие, что, если каждая из сторон по договору несет обязанность в пользу другой стороны, она считается должником другой стороны в том, что обязана сделать в ее пользу, и одновременно ее кредитором в том, что имеет право от нее требовать, закрепляют иную конструкцию гражданско-правового обязательства, не совпадающую с предварительным обязательством. Цель предварительного обязательства обуславливает особенности его содержания, распределения прав и обязанностей сторон.

При уклонении от совершения действий по заключению основного договора либо прямого отказа его заключить сторона предварительного обязательства, к которой обращено требование

заключить основной договор, занимает положение обязанного субъекта (должника) в рамках соответствующего охранительного обязательства.

Проблема правовой природы правоотношения, порождаемого предварительным договором, является частью более общей цивилистической проблемы существования обязательств с неимущественным содержанием. По справедливому замечанию профессора В.А. Белова, ни одной другой проблеме из сферы обязательственного права не уделялось столько внимания, как проблеме допустимости обязательств неимущественного содержания¹.

В.В. Кулаков, автор одной из последних в правоведении монографических работ, посвященных гражданско-правовому обязательству, указывает, по нашему мнению, обоснованно, на упрощенный подход в понимании обязательства, что не соответствует решению многих проблем научного характера, в частности проблемы неимущественных обязательств².

В отечественной доктрине понятие предварительного обязательства как самостоятельная научная проблема практически не исследовано. Иногда термин «предварительное обязательство» используется в судебных актах, но, как представляется, без глубокого понимания сущности правовой категории, обозначаемой данным термином.

Легальное определение обязательства, закрепленное в ст. 307 ГК РФ, не выходит за рамки правовой традиции. Содержание правоотношения, возникающего из предварительного договора, согласно ст. 429 ГК РФ, состоит в обязанности сторон заключить договор, предусмотренный предварительным договором (основной договор). Неимущественный характер этой обязанности едва ли может вызывать сомнения. По справедливому замечанию Е.А. Суханова, предварительный договор – это правовая форма акта будущего товарообмена, имущественных прав и обязанностей предварительный договор не устанавливает³.

Атрибутом данного обязательства являются санкции имущественного и неимущественного характера, не противоречащие неимущественной природе опосредуемых предварительным обязатель-

¹ Белов В.А. Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова. М.: Юрайт-Издат, 2007. С. 666.

² Кулаков В.В. Состав и структура сложного обязательства. М.: РАП, 2011. С. 6.

³ Суханов Е.А. О действительности предварительного договора аренды недвижимого имущества // Вестник ВАС РФ. 2009. № 1. С. 15.

ством отношений, придающие отношениям, возникающим из предварительного договора, юридический характер. В связи с этим следует критически оценить основной аргумент противников существования неимущественных обязательств, состоящий в якобы имеющей место неспособности таких отношений подлежать эффективной правовой защите ввиду отсутствия соответствующих санкций. Наличие санкций и их эффективность – вопросы все-таки различные. Санкции, установленные на случай нарушения предварительного обязательства, а также способы, обеспечивающие исполнение предварительного обязательства, в действующем гражданском законодательстве имеются, на практике они активно применяются сторонами предварительного обязательства. Не препятствует, как представляется, неимущественному (организационному) характеру предварительного обязательства применение также и неустойки на случай его нарушения.

Неимущественный (организационный) характер отношений, опосредуемых предварительным обязательством, не исключает возможность их эффективного правового регулирования, применения гражданско-правовых санкций, возможность обеспечения исполнения обязательства адекватными опосредуемым отношениям способами.

Пункт 1 ст. 307 ГК РФ в редакции законопроекта № 47538-6 «О внесении изменений в ГК РФ, отдельные законодательные акты РФ и о признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) РФ» дополнен указанием на обязанность должника оказать услугу, внести вклад в совместную деятельность. Предложения ученых о расширении объема понятия гражданско-правового обязательства путем указания на совершение действий неимущественного характера законодатель не воспринял.

Вместе с тем следует отметить оригинальный законодательный прием разрешения спорной теоретической правовой проблемы в законопроекте № 47538-6. Глава 21 ГК РФ дополнена ст. 307.1, применение которой, по нашему мнению, может снять сомнения в обязательственном характере правоотношений, порождаемом предварительным договором, расширяет возможности правоприменительных органов при разрешении споров, связанных с нарушением предварительных обязательств и в целом обязательств с неимущественным содержанием, давая им легальную возможность применять нормы обязательственного права к спорным правоотношениям неимущественного характера.

В соответствии с п. 1 ст. 307.1 законопроекта к обязательствам, возникшим из договора (договорным обязательствам), общие положения об обязательствах (подразд. 1 разд. 3) применяются, если иное не предусмотрено правилами об отдельных видах договоров, содержащимися в настоящем Кодексе и иных законах, а при отсутствии таких специальных правил – общими положениями о договоре (подразд. 2 разд. 3).

Использованный законодателем прием правового регулирования представляется нам способом разрешения противоположных доктринальных позиций: обязательство как правовая форма только товарного (имущественного) обмена и неимущественных (организационных) отношений как предмета гражданско-правового регулирования.

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОЙ РЕГЛАМЕНТАЦИИ ОГРАНИЧЕНИЯ ДЕЕСПОСОБНОСТИ ГРАЖДАН В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Н.С. Карцева, Т.А. Мальцев

Одной из новелл гражданского законодательства РФ в связи с принятием Федерального закона от 30.12.2012 г. № 302-ФЗ «О внесении изменений в гл. 1, 2, 3 и 4 ч. 1 Гражданского кодекса РФ», является возможность ограничения дееспособности граждан вследствие пристрастия их к азартным играм. Однако существует ряд проблем правового характера, препятствующих эффективной реализации предлагаемого механизма.

И здесь, прежде всего, следует отметить, что до конца неясна сама формулировка «пристрастие к азартным играм, ставящее семью в тяжелое материальное положение».

Во-первых, отсутствует четкое понимание того, что же считать азартной игрой. Так, согласно п. 1 ст. 4 Федерального закона «О государственном регулировании деятельности по организации и проведению азартных игр и о внесении изменений в некоторые законодательные акты РФ» азартной игрой признается основанное на риске соглашение о выигрыше, заключенное двумя или несколькими участниками такого соглашения между собой либо с организатором азартной игры по правилам, установленным организатором азартной

игры. Однако данная дефиниция не является удачной. Так А.Г. Федотов, указывая на ее недостатки, отмечает, что определение, данное через категорию риска и еще более невнятный атрибут «выигрыш», не позволяет отграничить пари (игры) от других гражданско-правовых отношений, например страхования, биржевых срочных сделок, условных сделок¹. Кроме того, следует учесть, что в разное время как на федеральном², так и на региональном уровне³ предпринимались попытки дать определение азартной игре. Также необходимо отметить, что в научной литературе имеет место множество подходов к определению азартной игры. В частности, свое мнение по данному вопросу высказывали ученые А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой⁴, В.А. Белов⁵, Н.Н. Дерюга⁶, В.А. Запорощенко⁷ и др.

Но вместе с тем широкое толкование рассматриваемой категории приводит к весьма любопытным казусам. Так, например, в Томской области пенсионерку Т. Пономареву обвинили в незаконной организации азартных игр на основании того, что она с соседками во дворе дома играла в лото на деньги!⁸

Во-вторых, по мнению профессора А.М. Эрделевского, в законе следует говорить о пристрастии не только к азартным играм, но и пари, так как в ходе судебных разбирательств могут возникнуть

¹ Федотов А.Г. Игры и пари в гражданском праве // Вестник гражданского права. 2011. № 2. С. 25–74.

² Налоговой кодекс, часть вторая (в ред. от 30.11.2011 г.) // СПС «КонсультантПлюс». Данная редакция на настоящий момент не действует.

³ Распоряжение мэра Москвы от 29.02.1996 г. № 97-РМ (с изм. от 19.07.1996) «О порядке содержания казино на территории г. Москвы» (вместе с «Положением о порядке содержания казино в г. Москве», «Положением о Специальной комиссии по регулированию и соблюдению законности в сфере игорного бизнеса») // СПС «КонсультантПлюс». В настоящий момент данный акт утратил силу.

⁴ Гражданское право: учеб.: в 3 т. / Е.Н. Абрамова, Н.Н. Аверченко, Ю.В. Байгушева и др.; под ред. А.П. Сергеева. М.: ТК Велби, 2010. Т. 2. С. 821–822.

⁵ Белов В.А. Занимательная цивилистика: Очерки по небольшим, но небезынтересным вопросам гражданского права. М.: Центр ЮрИнфоР®, 2006. Вып. 3. С. 130.

⁶ Дерюга Н.Н. Пределы правового регулирования азартных игр // Российская юстиция. 1998. № 6. С. 52.

⁷ Запорощенко В.А. Особенности правового регулирования алеаторных сделок в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. // Юридическая Россия. Федеральный правовой портал (v.3.2). – URL: <http://law.edu.ru/script/cntSource.asp?cntID=100115534> (дата обращения: 20.01.2012).

⁸ В Томской облдуме уточняют понятие «азартные игры» в связи с делом об игре в лото // Информационно-правовой портал ПРАВО.RU. 2009. 17 авг. – URL: <http://pravo.ru/news/view/15782/> (дата обращения: 20.01.2012).

сложности в установлении того, было ли это игрой или пари¹. При этом следует отметить, что вопрос о правовой природе пари в настоящий момент является дискуссионным в цивилистической литературе. Так, можно выделить следующие точки зрения по вопросу соотношения категорий «игра» и «пари»:

- игра – это разновидность пари. Данной точки зрения придерживается В.А. Белов: «...игра – это множество пари по одному и тому же вопросу... Итак, игра – это частный случай пари. Пари – категория родовая, игра – видовая»;

- пари – это разновидность игры. Так полагают Е.А. Суханов, А.П. Сергеев и др. Данная точка зрения превалирует в отечественной юридической литературе;

- понятие игры и пари тождественны. О равенстве понятий, по крайней мере, на законодательном уровне, говорит П.В. Павленко². Думается, что следует согласиться с указанным мнением, так как такое тождество обуславливается порождением одинаковых правовых последствий игрой и пари. Дело в том, что семья игрока может быть поставлена в тяжелое материальное положение, в том числе пристрастием родственника спорить на деньги (в чьи руки ушли материальные ценности: владельца игровых автоматов или соседа-спорщика – не является существенным).

В-третьих, понятие «пристрастие» (применительно к азартным играм), которое также упоминается в новой редакции ст. 30 ГК, ниже четко не раскрывается. В частности, как замечает А.М. Эрделевский, «понятие пристрастия тоже достаточно неопределенное». «...Что следует понимать под пристрастием? Наличие какой-либо нездоровой страсти или что-то еще?», – задается вопросом ученый. Об этом же говорит адвокат, уполномоченный Гражданской комиссии по правам человека Ю. Ершов: «Пристрастие к азартным играм не является медицинской болезнью... В законопроекте (Проект Федерального закона «О внесении изменений в ч. I, II, III и IV Гражданского кодекса РФ, а также в отдельные законодательные акты РФ»). – *Н.К., Т.М.*) речь идет не

¹ Багрецова О., Куликов В. Частного детектива возьмут в игру // Рос. газета. 2011. 20 сен. – URL: <http://www.rg.ru/2011/09/20/mnenie-site.html> (дата обращения: 20.01.2012).

² Павленко П.В. Гражданско-правовое регулирование игр, пари и производных финансовых инструментов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010 // Юридическая Россия. Федеральный правовой портал (v.3.2). – URL: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1375136/> (дата обращения: 20.01.2012).

о диагнозе “игромания” (который сам по себе вызывает кучу вопросов), а о неком “пристрастии”...».¹

Подводя итог вышеизложенному, следует отметить, что предлагаемые изменения являются весьма неоднозначными. Обтекаемая формулировка нормы ст. 30 ГК в редакции Федерального закона № 302-ФЗ в совокупности с непродуманным механизмом ее реализации ставит под угрозу права и законные интересы широкого круга лиц, чьи родственники попытаются ограничить их в дееспособности, мотивируя это пристрастием к азартным играм.

ОРГАНИЗАЦИЯ ИСПОЛНЕНИЯ ДОГОВОРНОГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

Е.Ю. Коваленко

В процессе исполнения договорного обязательства происходит реализация принадлежащих сторонам прав и обязанностей в определенном порядке. Применительно к договорному обязательству использование понятия «организация исполнения» служит цели фиксации динамических закономерностей развития обязательства, относящихся к функционированию, поведению и взаимодействию структурных частей обязательства и отражает две стороны единого процесса развития, возникшего между сторонами обязательства, – внешнюю и внутреннюю.

Внешняя сторона организации исполнения обязательства подразумевает совокупность договоров и других юридически значимых действий, направленных на исполнение обязательства, т.е. речь идет о внешних рамках, в которых развивается исполнение обязательства.

Внутренняя же сторона организации исполнения обязательства затрагивает внутреннюю структуру содержания обязательства – внутреннюю упорядоченность, согласованность и взаимодействие основных моментов содержания обязательства – прав и обязанностей сторон. В этом смысле понятие «организация исполнения обязательства» соотносится с понятием «структура или система договорного отношения».

Так, например, денежное обязательство может иметь простую или сложную структуру договорных связей в зависимости от того,

¹ Багрецова О., Куликов В. Ставка на безумие // Рос. газета. 2011. 21 сен. – URL: <http://www.rg.ru/2011/09/20/pravo-site.html> (дата обращения: 20.01.2012).

в наличном или безналичном порядке осуществляется его исполнение. Денежное обязательство, исполняемое путем передачи наличных денег, характеризуется, как правило, простой структурой, так как здесь имеется одна договорная связь между плательщиком и получателем денег. Если денежное обязательство исполняется в порядке безналичного расчета, формируется сложная структура договорных связей денежного обязательства, которая представляет собой некую систему, состоящую из трех уровней. Первый (низший) уровень представлен денежным обязательством между плательщиком и получателем денежных средств, второй уровень представлен правоотношением, возникшим из договора банковского обслуживания, третий – правоотношением между банками.

Что касается внутренней упорядоченности, согласованности и взаимодействия основных моментов содержания обязательства – прав и обязанностей сторон, то в качестве примеров можно выделить такие организационные моменты в исполнении обязательства, как предоплата передачи товара, выполнения работ, оказания услуг, оплата посредством аккредитива, определение момента перехода рисков случайной гибели имущества и т.д., в зависимости от того, интересы какой стороны во взаимном обязательстве преимущественно защищаются. То есть как способы исполнения обязательства, так и организация исполнения обязательства могут выступать в качестве обеспечения интересов той или иной стороны в обязательстве.

Свои особенности имеют некоторые направления организации исполнения договорных обязательств, такие как добросовестное поведение участников как в процессе преддоговорных отношений, так и на стадиях заключения и исполнения договорного обязательства.

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ИНФОРМАЦИОННЫХ ПОСРЕДНИКОВ (ПРОВАЙДЕРОВ) ЗА НАРУШЕНИЕ АВТОРСКИХ И СМЕЖНЫХ ПРАВ В СЕТИ ИНТЕРНЕТ

А.Ю. Копылов

Участие граждан, юридических лиц и публично-правовых образований в сетевых правоотношениях всегда опосредуется деятельностью особого субъекта – провайдера, или «информационного по-

средника», основные функции которого заключаются в предоставлении услуг доступа к информационным ресурсам сети Интернет (сервис-провайдеры) и в обеспечении сетевого взаимодействия между пользователями этих услуг (хостинг-провайдеры).

Технические возможности сети Интернет позволяют любому пользователю не только получать необходимую ему информацию или совершать транзакции, но и участвовать в создании новых информационных ресурсов в сети. Именно в последнем случае отмечается значительный объем нарушений чужих авторских и смежных прав путем размещения пользователями на своих либо на посторонних информационных ресурсах (сайтах, порталах, блогах и т.п.) произведений и объектов смежных прав, права на которые принадлежат другим лицам, тем самым нарушается норма подп. 11 п. 2 ст. 1270 ГК РФ, согласно которой размещать произведение таким образом, что любое лицо может получить доступ к произведению из любого места и в любое время по собственному выбору, может только автор или иной правообладатель.

В этой связи возникает закономерный вопрос, кто будет нести перед автором или иным правообладателем ответственность за подобные нарушения: сам пользователь, который без их согласия разместил произведение или объект смежных прав на информационном ресурсе, или же хостинг-провайдер, который предоставил такому пользователю часть сетевого пространства для такого размещения?

При этом в законодательстве и судебной практике данный вопрос не получил однозначного решения.

В соответствии с Федеральным законом «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»¹ (ч. 3 ст. 17) в случае, если распространение определенной информации ограничивается или запрещается федеральными законами, гражданско-правовую ответственность за распространение такой информации не несет лицо, оказывающее услуги:

1) по передаче информации, предоставленной другим лицом, при условии ее передачи без изменений и исправлений;

2) по хранению информации и обеспечению доступа к ней, при условии, что это лицо не могло знать о незаконности распространения информации.

¹ *Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // Рос. газета. 2006. 29 июля; Парламентская газета. 2006. 3 авг.; Собрание законодательства РФ. 2006. № 31 (ч. I). Ст. 3448.*

Таким образом, прекратить (удалить, заблокировать) доступ к информации, признанной судом незаконной, – прямая обязанность провайдера, так как после получения судебного решения он явным образом будет знать о незаконности такой информации. Иначе он сам будет нести ответственность за ее распространение в соответствии с законом.

Действующий ГК РФ не содержит норм, регулирующих ответственность хостинг-провайдера за размещение на информационных ресурсах чужих произведений и объектов смежных прав незаконными пользователями, хотя проект Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» закреплял ст. 1253.1, определяющую особенности ответственности информационного посредника.

Планируемые новеллы, во-первых, закрепили принцип ответственности информационного посредника только за его вину, во-вторых, закрепляют правила о применении ответственности информационного посредника в зависимости от его осведомленности о том, что он знал и должен был знать о том, что размещаемый на соответствующем ресурсе материал содержит незаконно используемые произведения и объекты смежных прав.

ОСОБЕННОСТИ ПОНЯТИЯ МЕДИЦИНСКОЙ УСЛУГИ КАК ОБЪЕКТА ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

И.Г. Ломакина

Большинство проблем в правовом регулировании сферы оказания услуг связано, прежде всего, с тем, что отсутствует легальная (закрепленная именно в законе) формулировка понятия услуги. Определение такого понятия в качестве объекта правоотношения затрудняется тем обстоятельством, что после произведенной услуги может не существовать реального овеществленного результата, поддающегося оценке.

К числу нематериальных услуг, т.е. не имеющих каким-либо образом материализованного результата, можно отнести услуги, направленные на совершенствование и восстановление качества личности: образовательные услуги, услуги системы культуры, а также и здравоохранения.

Отношения, возникающие между пациентом и врачом, являются по сути нематериальной услугой, видом деятельности, на которую распространяется гражданско-правовая регламентация. Вместе с тем единства мнений в определении понятия медицинской услуги в правовой доктрине до сих пор не сложилось. Медицинские работники не производят материальных благ, не создают товаров. Их профессиональная деятельность – обслуживание людей, создание тем самым необходимых условий для роста национального богатства. Труд врача влияет на развитие производства, именно поэтому следует говорить о его экономическом значении.

Медицинская услуга представляет собой разновидность профессиональных услуг. При их оказании законом предъявляются повышенные требования к квалификации исполнителя. В отличие от иных профессиональных услуг, например юридических, медицинская услуга ориентирована на особое благо – здоровье человека. Медицина имеет дело с состоянием человеческого здоровья, для поддержания, восстановления и укрепления которого осуществляется специальная деятельность, включающая различные способы воздействия на организм, в том числе нарушающие целостность кожи, проникающие внутрь организма и т.д. Деятельность, связанная с целевым воздействием на состояние здоровья как объект, существенно отличает медицинскую услугу в ряду иных услуг.

Медицинская помощь с правовой точки зрения воплощается в процесс оказания услуги. Хотя в медицине и есть место подрядным отношениям, но прежде всего речь здесь идет именно об услугах. Достижение любого о вещественного результата неразрывно связано с проведением различного рода медицинских обследований, хирургического, медикаментозного лечения и составляет с ними определенное единство, не изменяя существа правоотношения как услуги. Содержанием медицинской услуги являются профессиональные медицинские действия (медицинская помощь) и действия, определяющие уровень сервиса и иные конкретные свойства медицинской услуги как объекта экономического обращения. Но проблема определения понятия может проявляться и в том, что в медицинских отношениях довольно сложно установить, на что же конкретно рассчитывал (или может реально рассчитывать) потребитель медицинской услуги, что должен был осуществить ее профессиональный производитель – исполнитель. Обязательства, опосредующие оказание медицинских услуг, охватывают лечебную деятельность, дея-

тельность по уходу за больными и деятельность оздоровительного характера. Лечебная деятельность – основная.

Приказ Минздрава России от 16.07.2001 «№ 269 определяет понятие медицинской услуги как «мероприятия или комплекс мероприятий, направленных на профилактику заболеваний, их диагностику и лечение, имеющих самостоятельное законченное значение и определенную стоимость». Однако данную дефиницию следует считать недостаточно полной. Так, это понятие не содержит указания на субъект права, который осуществляет мероприятия (комплекс мероприятий), направленные на профилактику заболеваний, их диагностику и лечение.

В связи с этим необходимо дефиницию дополнить положением о том, что к занятию медицинской деятельностью допускается не любое лицо, а только то, которое соответствует требованиям, определенным в законе.

Во-вторых, деятельность специального субъекта должна отвечать требованиям закона, т.е. быть правомерной.

Далее, в существующем понятии медицинской услуги не конкретизирована цель, в связи с которой медицинская услуга оказывается. Разрешение данного вопроса и включение предложенного элемента (цели) в рассматриваемое определение позволит ограничивать на практике правоотношения, складывающиеся по поводу медицинской услуги, от смежных категорий. В частности, речь идет о так называемых косметологических услугах. Что является критерием отнесения услуг к числу медицинских – цель их оказания (улучшение здоровья пациента) или содержание (направленное нарушение целостности человеческого организма или иное вмешательство в биологические процессы его функционирования)?

В.А. Белов обоснованно полагает, что преимущество при разрешении данного вопроса должно быть отдано содержанию медицинских услуг. В противном случае любая услуга, оказываемая пациенту и выходящая за пределы мер, безусловно и минимально необходимых для поправки поврежденного здоровья конкретного лица, уже не будет медицинской. Не попадут в число медицинских услуги, само обращение за которыми объясняется исключительно прихотью пациента – желанием иметь длинные ноги, «римский» нос, безупречные зубы, молодое тело и т.п. А если подобные услуги не признавать медицинскими, значит, их смогут оказывать лица, не имеющие соответствующей квалификации, организации, не получившие лицензии, что явно противоречит намерению законодателя. Тем не

менее ст. 1 Основ законодательства об охране здоровья граждан определяет, что именно цель оказания считается достаточным критерием отнесения услуг к числу медицинских. Так, медицинскими признаются услуги, направленные «на сохранение и укрепление физического и психического здоровья каждого человека, поддержание его долголетней активной жизни, предоставление ему медицинской помощи в случае утраты здоровья».

С учетом сказанного, представляется целесообразным легальное закрепление дефиниции «медицинская услуга» именно в Основах законодательства об охране здоровья граждан, а не на уровне подзаконных актов, каким является Приказ Минздрава России.

ВОЕННЫЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫЕ УЧРЕЖДЕНИЯ ВЫСШЕГО ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО ОБРАЗОВАНИЯ В СИСТЕМЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Г.А. Могилевский, Р.Р. Маматов

Ключевым вопросом при определении роли и места военных образовательных учреждений высшего профессионального образования в системе образовательных организаций является вопрос об определении их организационно-правовой формы, поскольку Федеральный закон «Об образовании в Российской Федерации» (далее – Закон), определяя в качестве субъекта осуществления образовательной деятельности образовательную организацию, в п. 1 ст. 22 ограничивается лишь единственной отсылкой о том, что «...образовательная организация создается в форме, установленной гражданским законодательством для некоммерческих организаций». И если ГК РФ в § 5 гл. 4 ч. 1 организационно-правовую форму образовательных организаций непосредственно не устанавливает, то анализ ст. 9.1 Федерального закона «О некоммерческих организациях» позволяет сделать вывод о том, что речь идет о государственном учреждении по типу автономного, бюджетного или казенного. В основу данной типологии законодателем положены как критерии правового положения обособленного имущества учреждения, так и возможность осуществления иных видов деятельности, не являющихся основными, а также размер и порядок ответственности учреждения по своим обязательствам.

В п. 8 ст. 22 Закона законодатель правомерно устанавливает положение о том, что образовательные организации, реализующие образовательные программы высшего образования в области обороны и безопасности государства, обеспечения законности и правопорядка, могут создаваться только Российской Федерацией. Отсюда очевидны публичные функции военных образовательных организаций, которые вряд ли допускают возможность ведения какой-либо иной деятельности, в том числе и приносящей доход, не связанной с подготовкой военных кадров. Исходя из такого функционального предназначения имущество за военными образовательными организациями может быть закреплено только на праве оперативного управления, а ответственность по своим обязательствам они несут только своими денежными средствами.

На основе вышеперечисленных критериев типологии государственных учреждений к военным образовательным организациям высшего профессионального образования, на наш взгляд, правомерно применение по аналогии закона положения ст. 31 Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием правового положения государственных (муниципальных) учреждений» и создание в соответствии с настоящим Федеральным законом федеральных казенных учреждений, изменив их ранее действующие типы на день официального опубликования настоящего Федерального закона.

Резюмируя изложенное, правомерно определять организационно-правовую форму образовательных организаций, реализующих образовательные программы высшего образования в области обороны и безопасности государства, обеспечения законности и правопорядка, как федеральное государственное казенное военное образовательное учреждение высшего профессионального образования с последующим указанием его индивидуализирующих признаков (территориальное местонахождение, детализация вида, рода и содержания образовательной деятельности, ведомственная принадлежность учредителя – федерального государственного органа, почетные, исторические и иные наименования (например, связанные с наличием государственных наград) и другие. Изложенная организационно-правовая форма и индивидуализирующие признаки военной образовательной организации обязательно к официальному закреплению в ее учредительных документах.

НЕВОЗМОЖНОСТЬ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА КАК ПРАВОВОЕ СОСТОЯНИЕ

Е.С. Мухачева

Невозможность исполнения обязательства может быть охарактеризована как правовое состояние. Правоведы, за редким исключением¹, выделяют состояния в системе юридических фактов на том основании, что они представляют собой обстоятельства длительного действия (правоотношения), способные самостоятельно, но чаще – в совокупности с другими юридическими фактами неоднократно вызывать правовые последствия². Обычно считается, что носителями правовых состояний (родство, состояние в браке, нетрудоспособность, нуждаемость, беременность и т.д.³) могут быть только субъекты права. Однако некоторые авторы полагают, что в правовом состоянии могут пребывать также объекты (аварийное состояние жилья, например) и общественные отношения (к примеру, правопорядок, безопасность)⁴.

Такой вывод основан на общефилософском понимании состояния как «способа проявления бытия материи в той или иной конкретной форме, как специфического способа существования *любого конкретного объекта реальности* (курсив мой. – Е.М.) в определенный момент времени»⁵. С учетом этого квалификация невозможности исполнения обязательства в качестве правового состояния, а именно, состояния неисполнимости обязательства в связи с какими-либо препятствиями, допустима, но требует выявления ее сути как философской категории.

¹ См.: Кечекьян С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. М.: Изд-во Акад. наук, 1958. С. 173–174; Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М.: Юрид. лит., 1974. С. 288–289.

² См., например: Алексеев С.С. Общая теория права: в 2 т. М.: Юрид. лит., 1982. Т. 2. С. 177–178; Исаков В.Б. Проблемы теории юридических фактов: дис. ... д-ра юрид. наук. Свердловск, 1985. С. 100; Данилин В.И., Реутов С.И. Юридические факты в советском семейном праве. Свердловск: Изд-во Урал. ун-та, 1989. С. 16; Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». М.: Статут, 2000. С. 629; и др.

³ См., например: Рясенцев В.А. Виды юридических фактов // Советское семейное право: учеб. / под ред. В.А. Рясенцева. М.: Юрид. лит., 1982. С. 51.

⁴ См.: Новикова Ю.С. Правовое состояние как категория права: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 25, 28.

⁵ Демидов В.И. Состояние как философская категория: автореф. дис. ... канд. филос. наук. Воронеж, 1964. С. 56.

Обычно невозможность определяется через установление соотношения таких философских понятий, как возможность и действительность. С точки зрения материалистической диалектики, «... возможность характеризует данную действительность с точки зрения ее движения изменения, то есть перехода в новое состояние, в новую действительность»¹. Соответственно, невозможность можно оценить как способ бытия действительности, при котором последняя находится в состоянии стагнации.

Эти философские выкладки можно применить и к обязательственно-правовой связи. Последняя является действительностью, которая предполагает множество потенциальных возможностей, например надлежащее исполнение, просрочку или неисполнение обязательства. Невозможность исполнения можно рассматривать как правовое состояние – способ бытия обязательства, при котором оно не может перейти в стадию исполнения, что связывается правом с определенными последствиями. Такую характеристику невозможности исполнения можно подвергнуть сомнению на том основании, что она не является юридическим фактом длительного действия, что обычно считается основным признаком правовых состояний, поскольку в соответствии с п. 1 ст. 416 ГК РФ, только возникнув, она автоматически влечет прекращение обязательства, чем себя исчерпывает. Думается, однако, что не всякое состояние должно отвечать этому требованию. Так, пребывание в браке рассматривается в качестве правового состояния независимо от срока последнего. Существенной характеристикой правового состояния следует признать не длительный срок его существования², а то, что в его рамках происходит стабилизация или стагнация правоотношения, блокировка его развития в том или ином направлении³. Именно это и происходит в случае наступления невозможности исполнения обязательства.

¹ Давронов З.Д. Возможность и действительность. Ташкент: Фан, 1990. С. 11.

² А.В. Парфенов отмечает, что «данный подход не может охватить все многообразие правовых состояний, так как наряду с состояниями длительного существования (правоспособность, состояние окружающей природной среды, беременность и т.д.) встречаются состояния, функционирующие незначительный отрезок времени, такие как, например, аффект». Парфенов А.В. Правовое состояние: дис. ...канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2001. С. 33.

³ См.: Новикова Ю.С. Указ. соч. С. 119–123.

ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ НА ЖИЛОЕ ПОМЕЩЕНИЕ: ГРЯДУЩИЕ ИЗМЕНЕНИЯ

М.Н. Рахвалова

В последнее время много внимания уделяется обсуждению проекта изменений в ГК РФ, в котором предполагаются изменения регулирования права собственности на жилое помещение, а также правового положения граждан, имеющих право пользования жилым помещением собственника. В ГК РФ предполагается уделить этим вопросам гораздо больше внимания¹.

Вместе с тем за восемь лет существования ЖК РФ в литературе неоднократно обращалось внимание на дублирование, а в отдельных случаях противоречие норм ГК РФ и ЖК РФ. Обсуждаемый Проект не устраняет недостатки правового регулирования:

1. Видны противоречия в части определения понятия и признаков жилого помещения, а также видов жилых помещений (ст. 298-1 Проекта).

2. Положения той же статьи Проекта в части определения правомочий собственника жилого помещения также противоречат ст. 17 ЖК и существенно их сужают².

3. Проект по сути меняет систему прав граждан на жилые помещения. Однако возникают сомнения относительно нового для современного российского законодательства права личного пользования (ст. 223 Проекта) и его разновидности – права социального пользования.

По действующему жилищному законодательству собственник вправе вселить в жилое помещение иных лиц: рентополучателей и отказополучателей³. Кроме того, собственник вправе вселить че-

¹ № 12(4.4) «О проекте Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СПС «Консультант-Плюс».

² Собственник будет вправе использовать жилое помещение только для проживания его и членов семьи, а также для передачи в наем, ни о какой профессиональной деятельности в этом помещении речи не идет.

³ С момента законодательного признания самой возможности существования права пользования жилым помещением собственника у этих лиц (ст. 33, 34 ЖК РФ) признавалось и то, что данное право обладает всеми признаками вещных прав, хотя ст. 216 ГК РФ упоминания о них не содержит. После внесения изменений в ст. 292 ГК РФ и принятия ЖК РФ их положение коренным образом изменилось.

тыре категории граждан в качестве членов своей семьи (ст. 31 ЖК РФ), право пользования могут сохранять и бывшие члены семьи собственника. Согласно Проекту основаниями возникновения права личного пользования являются наследование и соглашение (рентополучатели и члены семьи и бывшие члены семьи собственника при наличии соглашения). Это право в силу закона возникает у членов семьи собственника, перед которыми он сохраняет алиментные обязанности. Таким образом, исчезает такая категория пользователей, как отказополучатели, неопределенным становится правовое положение членов семьи и бывших членов семьи собственника при отсутствии перед ними алиментных обязанностей у собственника и при отсутствии соглашения о проживании в его помещении.

4. По-прежнему не решен вопрос об отраслевой принадлежности норм, регулирующих отношения собственности на жилые помещения (очевидно, что это должны быть нормы гражданского законодательства) и отношений пользования жилым помещением, которые возникают между собственником и иными лицами, в частности членами его семьи (эти отношения согласно ЖК относятся к жилищным) и соответственно находятся в совместном ведении РФ и ее субъектов (ст. 3 ГК РФ, ст. 5, 7 ЖК РФ). Если ЖК РФ рассматривать как специальный нормативный акт по отношению к ГК РФ (разд. II ГК РФ), теряется смысл нововведений, если же приоритет за ГК РФ, их применение невозможно без существенного изменения ЖК РФ.

ОСОБЕННОСТИ ЦИФРОВОЙ ФОРМЫ ПРОИЗВЕДЕНИЙ НАУКИ, ЛИТЕРАТУРЫ И ИСКУССТВА

Н.В. Соболева

В соответствии с п. 3 ст. 1259 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ) авторские права распространяются на произведения, выраженные в какой-либо объективной форме, в том числе письменной, устной, в форме изображения и других формах. Поскольку перечень возможных форм выражения произведений, указанный в законе, является лишь примерным, то появление новых форм не препятствует авторско-правовой охране произведений.

Так произошло и с появившейся в конце XX в. цифровой формой выражения различных произведений. Цифровой формат сохранения

данных означает описание звука, цвета, текста и других параметров произведения в виде последовательности чисел (обычно 1 и 0) таким образом, чтобы его можно было воспроизвести с помощью специальных устройств и компьютерных программ. Первоначально цифровая форма выражения произведений была тесно связана с материальными носителями, на которых записывались различные произведения с целью их распространения.

В настоящее время бурный рост информационных технологий привел к возникновению так называемой индустрии контента. Этот термин заимствован из английского языка и означает содержимое интернет-ресурсов (сайтов, файлообменников, облачных сервисов и т.д.), которое в том числе составляют и авторские произведения, выраженные в цифровой форме. Возможность распространения этих произведений через Интернет, с одной стороны, избавила правообладателей от необходимости нести затраты на создание физических (материальных) копий произведений, а с другой – позволила широкому кругу лиц получить доступ к этим произведениям, также не неся никаких дополнительных затрат.

При этом авторско-правовое регулирование как на российском, так и на международном уровне не предусматривает каких-либо особых правил, связанных с существованием произведений именно в цифровой форме. Более того, в подп. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ воспроизведение произведения, т.е. изготовление одного и более экземпляра произведения, в материальной и цифровой (запись в память ЭВМ) форме приравнены друг к другу. Однако на практике возникают проблемы, связанные именно с особенностями цифровой формы произведений. Например, ст. 1272 ГК РФ закрепляет принцип исчерпания прав в отношении правомерно введенных в гражданский оборот экземпляров произведений. Таким образом, поскольку цифровой файл также признается экземпляром произведения, то правомерно приобретенная в сети Интернет (сервисы типа iTunes и т.п.) цифровая запись музыкального произведения может в дальнейшем распространяться приобретателем без согласия правообладателя и без выплаты ему вознаграждения. Однако в отношении цифрового файла это будет означать в том числе и возможность поместить легально приобретенную копию на сайте пользователя, к которому имеют доступ неограниченное число третьих лиц. Эти лица, в свою очередь, имеют право в соответствии с п. 1 ст. 1273 ГК РФ свободно воспроизводить такое правомерно обнародованное произведение в личных целях.

Естественно, такая ситуация не устраивает правообладателей, которые рассчитывают именно на то, что каждый пользователь должен приобрести экземпляр произведения, а не скачать его бесплатно в сети Интернет. Законодательно правообладатели оперируют положением подп. 11 п. 2 ст. 1270 ГК РФ, согласно которому правомочие доведения до всеобщего сведения является самостоятельным и не входит в содержание правомочия распространения (подп. 2 п. 2 ст. 1270 ГК РФ) произведения.

Описанная проблема является не единственной в отношении произведений, выраженных в цифровой форме, в связи с чем очевидна необходимость введения адекватного правового регулирования в этой сфере.

СТАБИЛЬНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННЫЕ КОНСТРУКЦИИ В УСЛОВИЯХ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

С.К. Соломин

В рамках гражданского законодательства имеют место институты, характеризующиеся стабильностью; предусмотренные этими институтами правовые конструкции в целом отвечают критерию полноты и достаточности. Речь, в частности, идет о некоторых институтах обязательственного права, таких как обязательства по уплате неустойки, денежные обязательства, договоры кредитно-расчетной сферы, в том числе договор займа и кредитный договор. Несмотря на широкое применение данных конструкций в хозяйственном обороте, за время действия ГК РФ они не были подвергнуты каким-либо изменениям. В первую очередь, это свидетельствует о том, что как сами эти обязательственные конструкции, так и механизм их реализации являются самодостаточными и отражают существо тех отношений, которые обеспечили их формирование, а нормы гражданского законодательства, воспринимая положения правовой доктрины, обеспечили полноту регламентации этих экономических отношений.

Тем не менее современное состояние судебной практики, формирующейся под влиянием высших судебных органов, выступает

примером того, когда реализация одной и той же обязательственной конструкции в пределах 10–15 лет менялась весьма существенно.

Одним из таких примеров выступает положение ст. 333 ГК РФ, предоставляющее суду право на уменьшение размера неустойки в случае ее явной несоразмерности последствиям нарушения обязательства. Относительно данной статьи в разные годы были приняты два ключевых документа: в 1997 г. – Информационное письмо Президиума ВАС РФ № 17; в 2011 г. – Постановление Пленума ВАС № 81. Особенностью этих документов является то, что по своему содержанию они абсолютно противоположны друг другу, что по меньшей мере выглядит странным, учитывая тот факт, что ст. 333 ГК РФ не изменялась с момента введения в действие части первой ГК РФ.

Так, если Информационное письмо ВАС РФ 1997 г. полностью соответствует закону, то Постановление ВАС РФ 2011 г. полно противоречий. Данное Постановление ВАС РФ не основано на законе, а потому не должно подлежать применению. Вместе с тем оно основано на содержании нормы, которая лишь должна появиться в ГК РФ, учитывая положения проекта Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации...». Иначе говоря, ВАС РФ создал ситуацию, при которой норма как таковая отсутствует, а практика по ее применению уже сформировалась.

Имеют место примеры, когда судебная практика изначально формируется, невзирая на ее противоречие содержанию норм ГК РФ. Так, в частности, получилось с обобщением практики применения неустойки при неисполнении денежного обязательства, предусмотренной ст. 395 ГК РФ. В 1998 г. Пленум ВС РФ и Пленум ВАС РФ принимают совместное постановление № 13/14. Данным постановлением косвенно вводится новая мера гражданско-правовой ответственности, отличная от взыскания неустойки – уплата процентов за пользование чужими денежными средствами. Вместе с тем однородный механизм реализации как неустойки, так и процентов за пользование чужими денежными средствами подтверждает их тождество.

Этим же Постановлением опосредованно определяется и механизм определения размера процентов годовых через ставку рефинансирования ЦБ РФ. Вместе с тем в ст. 395 ГК РФ речь идет об

учетной ставке банковского процента в месте жительства (нахождения) кредитора, которая сопоставима с эффективной ставкой банковского процента, определяемой как средняя процентная ставка по кредитам, предоставляемым коммерческими банками в конкретном регионе.

Содержание Постановления № 13/14, касающееся определения существа процентов за пользование чужими денежными средствами и механизма расчета таких процентов, не соответствует закону. Вместе с тем при сопоставлении содержания Постановления № 13/14 и изменений, сформулированных на уровне проекта Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации...» обнаруживает, что данное постановление полностью соответствует проекту ст. 395 ГК РФ.

Несоответствие рекомендаций высших судебных органов действующему гражданскому законодательству далеко не исчерпываются приведенными примерами. Такими рекомендациями в разное время были затронуты и искажены, в частности: содержание отдельных оснований прекращения обязательств и механизмы их реализации (например, прощение долга, отступное, новация); механизм исполнения денежного обязательства с позиции очередности удовлетворения требований кредитора; пределы применения цессии; соотношение обязательственных конструкций договора займа и кредитного договора; пределы применения законодательства о защите прав потребителей к отношениям по страхованию и кредитованию; существо условий договора финансовой аренды; существо и механизм реализации кондикционных обязательств.

Подобным состоянием судебной практики затрагивается существо стабильных обязательственных конструкций, а соответственно, нарушается баланс имущественных интересов участников гражданского оборота. Для пресечения подобной практики судам при реализации правосудия необходимо помнить, что они призваны применять право, но не творить его. В то же время процесс совершенствования гражданского законодательства не должен сломать те институты, которые устоялись и обеспечили через оформление тех или иных обязательственных конструкций адекватное восприятие участниками гражданских отношений экономической действительности.

К ВОПРОСУ О ПРАВОВОЙ КВАЛИФИКАЦИИ ДОГОВОРА РЕНТЫ

Н.Г. Соломина

Причины отсутствия должной практики применения договора ренты главным образом кроются в существующих проблемах самого этого института. Однако ни постановка этих проблем на страницах юридической литературы, ни их решение не нашли какого-либо отражения в ходе единого процесса, направленного на совершенствование действующего гражданского законодательства. Вместе с тем можно выделить следующие проблемы договорной конструкции договора ренты:

1. Договор ренты относится к реальным договорам и считается заключенным с момента передачи вещи. Момент заключения договора определяется не фактом его нотариального удостоверения, а фактом достижения сторонами соглашения (моментом получения offerentом акцепта) в требуемой или согласованной форме и передачей имущества. В отношении реального договора соблюдение нотариально удостоверенной формы – это лишь предпосылка для того, чтобы договор состоялся в момент передачи соответствующего имущества в будущем.

2. Для реального договора первостепенное значение имеет передача вещи, а для реального договора, по которому передается недвижимость, – переход права собственности, подлежащий государственной регистрации. Момент совершения сделки – договора ренты и момент регистрации сделки – возникновения права собственности у приобретателя (плательщика ренты) совпадают. Система традиции, лежащая в основе реализации реальной конструкции договора ренты, проявляет себя всецело: договор ренты считается заключенным с момента передачи движимого имущества, а равно с момента перехода права собственности на недвижимое имущество, подлежащего государственной регистрации.

3. Договор ренты не соответствует признакам рискованной сделки. Напротив, этот договор выступает примером весьма стабильных отношений особенно, когда рента выплачивается в денежной форме.

4. Препятствия в использовании договора ренты в современном гражданском обороте связаны не столько со сложностями его ква-

лификации (хотя это тоже имеет немаловажное значение), сколько с недостатками самого механизма реализации данного договора. Во-первых, интерес субъекта, который планирует выступить на стороне плательщика ренты, будет достигнут только в том случае, если приобретаемое им имущество является дорогостоящим. Механизм определения величины рентных платежей делает договор ренты непригодным к отношениям, связанным с передачей в собственность движимого имущества. Во-вторых, непригодность договора ренты движимого имущества обусловлена и механизмом обеспечения выплаты ренты. Требования обеспечительного характера (п. 2 ст. 587 ГК РФ) в совокупности с основаниями для выкупа постоянной ренты по требованию получателя ренты (ст. 593 ГК РФ), основаниями для расторжения договора пожизненной ренты и последствиями такого расторжения (ст. 599 ГК РФ) делают механизм реализации договора ренты движимого имущества неподъемным для плательщика ренты, а договор постоянной ренты движимого имущества невос требованным.

5. Деньги не могут выступать предметом договора ренты. Во-первых, в отношении договора ренты денежных средств нельзя реализовать механизм платной ренты, поскольку это противоречит той цели, ради которой плательщик ренты вступает в рентные отношения. Во-вторых, с позиции последствий прекращения договора ренты денег, передаваемых бесплатно, по требованию получателя ренты, заключение такого договора выглядит бессмысленным. В-третьих, с позиции получателя ренты, возникает ситуация при которой лицо, имеющее достаточно большую сумму денег, отдает ее по договору ренты с целью получать значительно меньшую сумму денег, пусть даже и бессрочно. Передача денег в собственность в рамках реальной договорной конструкции может опосредоваться исключительно договором займа, а любой реальный договор, предусматривающий такую передачу денег, подлежит квалификации в качестве договора займа. В-четвертых, даже если допустить возможность заключения договора ренты денег, то при возникновении спора между сторонами всегда встанет вопрос о его конкуренции с договором займа.

6. Конструкция договора ренты, предусмотренная в гл. 33 ГК РФ, выглядит достоверной исключительно для ренты недвижимости. Вместе с тем институт ренты требует полного пересмотра с позиции оптимизации механизма реализации договора ренты.

ВСТРЕЧНОЕ ИСПОЛНЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ И СРОКИ В ДОГОВОРЕ СТРОИТЕЛЬНОГО ПОДРЯДА

С.В. Скороходов

Зачастую в договоры строительного подряда включаются положения, согласно которым исполнение тех или иных обязательств одной стороной производится только после исполнения соответствующих обязательств другой стороной. Например, в силу которых заказчик становится обязанным выплатить аванс для выполнения последующего этапа работ не ранее завершения подрядчиком предыдущего этапа, либо подрядчик должен приступить к последующему этапу только после оплаты заказчиком работ, выполненных на предыдущем. На практике, в том числе при возникновении споров, дается разная квалификация подобным положениям. Фактически сложились три основных подхода:

1. Отнесение отмеченных положений к условиям о сроках возникновения и исполнения обязательств. В таком случае оценка этих условий производится на предмет соответствия ст. 190 ГК РФ. Подчеркивается, что указание в качестве срока на событие допустимо, только если оно отвечает признаку неизбежности. А поскольку действия одной из сторон договора строительного подряда таким свойством, по мнению, в частности, судебных инстанций, не обладают, следовательно отмеченные положения не отвечают требованиям ст. 190 ГК РФ, а поэтому являются ничтожными в силу ст. 168 ГК РФ. Такое понимание дает судам повод рассуждать об отсутствии указания в договоре на срок возникновения и исполнения соответствующего обязательства, что требует применения невыгодных для кредитора норм п. 2 ст. 314 ГК РФ о разумном сроке исполнения (здесь необходимо выяснять, получал ли должник требование кредитора об исполнении обязательств, какой срок прошел с момента такого требования и т.п.). В итоге недобросовестным должникам удавалось доказать отсутствие просрочки исполнения обязательств и избежать ответственности за подобное нарушение.

Следует отметить, что подобный подход совершенно игнорирует общие положения законодательства о подряде, которые фактически предусматривают подобные конструкции, подтверждая их правомерность. Так, в частности, ст. 711 ГК РФ определяет, что заказчик обязан уплатить подрядчику обусловленную цену после окончатель-

ной сдачи результатов работы при условии, что работа выполнена надлежащим образом и в согласованный срок.

2. Квалификация договоров, содержащих обсуждаемые условия, в качестве сделок, совершенных под отлагательным условием (п. 1 ст. 157 ГК РФ). В качестве условия может выступать как раз обстоятельство, относительно которого неизвестно, наступит оно или нет. Поскольку действия сторон договора строительного подряда отвечают этому требованию, соответственно могут являться условием возникновения тех или иных обязанностей сторон договора.

Подобное толкование приводило к необходимости обсуждения вопроса о допустимости потестативных условий (наступление которых зависит от воли сторон сделки). В результате, с учетом наиболее распространенной доктринальной позиции на этот счет, суды обычно приходили к выводу о несоответствии таких условий требованиям ст. 157 ГК РФ. Указанное приводило к отказу в квалификации договора строительного подряда в качестве условной сделки и к применению положений все того же п. 2 ст. 314 ГК РФ.

Однако в последнее время в данном направлении наметилось существенное изменение. Высший Арбитражный Суд РФ, основываясь на современных научных разработках в области условных сделок, с учетом предполагаемых изменений ГК РФ (планируется изменение редакции п. 3 ст. 157 ГК РФ), указал на то, что законодательно принципиально не запрещено включать в условные сделки в качестве условия обстоятельств, наступление которых зависит от воли сторон. В связи с этим позиция кредиторов по обязательствам из договора строительного подряда, содержащих вышеуказанные конструкции, определенно улучшилась.

Между тем данное изменение не сняло другого возражения противников квалификации таких договоров строительного подряда в качестве условных сделок, которые настаивают на том, что условной может быть только вся сделка, а не ее часть и тем более не часть обязательств, которые она порождает.

3. Отнесение исследуемых положений и их вариаций к институту встречного исполнения обязательства (ст. 328 ГК РФ). Так, встречным признается исполнение обязательства одной из сторон, которое в соответствии с договором обусловлено исполнением своих обязательств другой стороной. В случае непредставления обязательной стороной обусловленного договором исполнения обязательства либо наличия обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том,

что такое исполнение не будет произведено в установленный срок, сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства либо отказаться от исполнения этого обязательства полностью и потребовать возмещения убытков. Следует подчеркнуть, что стороны договора строительного подряда, формулируя вышеприведенные условия, в подавляющем большинстве случаев стремятся именно к такому правовому эффекту. Представляется, что именно такое понимание не только полностью отвечает действующему законодательству (прямо следует из него, например из ст. 711 ГК РФ) и не вызывает теоретических возражений, но и в большей степени обеспечивает баланс прав и законных интересов как подрядчика, так и заказчика, не допуская каких-либо злоупотреблений. Поэтому вызывает недоумение тот факт, что суды крайне редко прибегают к отмеченному толкованию анализируемых условий.

И СНОВА К ВОПРОСУ О ПОТРЕБИТЕЛЬСКОЙ КООПЕРАЦИИ В КАПИТАЛЬНОМ СТРОИТЕЛЬСТВЕ

К.С. Сысоев

Вопрос о правовом регулировании потребительской кооперации в капитальном строительстве, в связи с отсутствием до настоящего времени сколько-нибудь значимого совершенствования законодательства в данной сфере общественных отношений, является актуальным и практически важным.

Бесспорным является то, что жилая и нежилая недвижимость занимают особенную роль в жизнедеятельности человека, поэтому обеспеченность данными благами всегда будет актуальной проблемой. Соответственно, задача правовой науки – предложить к воплощению такие правовые механизмы, которые сделали бы удовлетворение данной фундаментальной потребности более доступным. Действительность свидетельствует, что существующее законодательство не позволяет подавляющему большинству граждан самостоятельно обеспечить себя недвижимостью и, прежде всего, жильем.

Анализируя нормы действующего жилищного законодательства, особенно в сопоставлении с правовыми нормами советского периода, видим, что государство все больше снимает с себя заботу о са-

мом насущном праве граждан, исчезли реальные гарантии конституционного права на жилище¹. При этом, вне зависимости от проводимой политики государства, фундаментальная потребность человека в жилье исчезнуть не может. В этой связи представляется, что в современных российских «капиталистических реалиях» правовая конструкция потребительского кооператива имеет значительный потенциал для решения вышеозначенной социальной проблемы.

Немецкий ученый И. Бауэр аргументированно обосновывает, что стремление к кооперации является основой человеческого существования, в человеке изначально заложено стремление к сотрудничеству и отзывчивости, а не эгоизму и конкуренции. Кооперация – одна из важнейших основ человеческой психики². Российский профессор К.И. Вахитов считает, что кооперация – самобытный общественный институт, естественным образом нашедший свое обличье в юриспруденции. Деятельность кооперативов нацелена прежде всего на улучшение благосостояния людей, что делает кооперативы социально ориентированными организациями. Добровольное объединение, совместная согласованная работа, взаимопомощь и солидарность внутри кооперации создают новую массовую силу, развивают дополнительный полезный эффект (эффект синергии). Латинское слово *cooperatio* и греческое *synergeia* переводятся одинаково – как сотрудничество³.

Предоставляет ли сегодня российское законодательство гражданам реальную возможность использовать естественный потенциал кооперации в удовлетворении своих естественных неумолимых потребностей? Например, на практике сегодня жилищно- или гаражно-строительный кооператив в действительности – это или чей-то скрытый частный коммерческий интерес, или рудимент советского периода. И это неудивительно, так как законодательство по отношению к данным юридическим лицам неразвито, отсутствуют регулирование и поддержка этой сферы со стороны государства. Значительным результатом законотворчества о кооперации в области ка-

¹ См., например: *Мананкова Р.П.* Жилищный кодекс РФ не нужен // Правовые проблемы укрепления российской государственности: сб. ст. Ч. 52 / ред. В.М. Лебедев, Г.Л. Осокина, В.С. Аракчеев и др. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2012.

² *Бауэр И.* Принцип человечности: Почему мы по своей природе склонны к кооперации / пер. с нем. И. Тарасовой. СПб.: Изд-во Вернера Регена, 2009.

³ *Кооперация.* Теория, история, практика: Избранные изречения, факты, материалы, комментарии / авт.-сост. К.И. Вахитов. 6-е изд., перераб. и доп. М.: ИТК «Дашков и К», 2011.

питального строительства является Закон РФ о жилищных накопительных кооперативах 2004 г. Существо данного закона и правоприменительная практика показывают, что ЖНК по сути – это прежде всего финансовая организация, призванная вовлекать граждан в сферу активного финансового обращения, к осуществлению денежных вкладов, нежели удовлетворять их жилищные потребности. При этом можно позавидовать комплексности данного закона, если сравнить, например, с разделом V Жилищного кодекса РФ, призванным регулировать деятельность ЖСК.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ СДЕЛОК, СОВЕРШАЕМЫХ В МАССОВОМ ПОРЯДКЕ

К.П. Татаркина

Способность в кратчайший срок оформить правовую связь между субъектами современного гражданского оборота отвечает потребностям его участников. Большинство сделок, особенно совершаемых в банковской, страховой, транспортной сферах, заключаются в массовом порядке. Их отличительной чертой является намерение стороны (сторон) заключать сделки, на таких же (одинаковых) условиях со многими участниками гражданского оборота. Экономя время, субъект, намеревающийся заключать сделки в массовом порядке, стремится до момента вступления в конкретные правовые отношения сформулировать условия такой сделки. Предварительное формулирование условий сделки часто приводит к тому, что они оказываются выгодными предложившей их стороне, и не отвечают интересам контрагента, фактически лишённого возможности повлиять на содержание сделки.

Для обеспечения баланса интересов участников в законодательстве разных стран обычно используются специальные способы регулирования массовых сделок. В ГК РФ к регулированию массовых сделок имеют отношение две нормы: ст. 427 Примерные условия договора и ст. 428 Договор присоединения.

По ст. 427 ГК РФ стороны, заключая договор, вправе предусмотреть, что его отдельные условия определяются примерными условиями, разработанными для договоров соответствующего вида и опубликованными в печати. При этом закон не содержит никаких специальных требований относительно содержания та-

ких примерных условий, не требует обеспечить возможность ознакомления с такими примерными условиями, видимо, предполагая, что публикация в печати сама по себе обеспечивает подобную возможность. Последствия включения в примерные условия правил, прямо нарушающих права и интересы принимающей их стороны (например, условия об исключении ответственности разработчика примерных условий), также не определены. Статья 427 ГК РФ лишь констатирует один из возможных вариантов формирования договорных условий, вытекающих из принципа свободы договора (ст. 421 ГК РФ). Примерные условия договора, в том виде, в котором они предложены ст. 427 ГК РФ, нельзя признать специальным способом регулирования сделок, совершаемых в массовом порядке, поскольку они не отвечают целям и задачам такого специального регулирования.

В соответствии с п. 1 ст. 428 ГК РФ договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом. Конструкция договора присоединения действительно позволяет значительно упростить процедуру заключения договора, сэкономить сторонам не только время, но и средства.

Пункт 2 ст. 428 ГК РФ косвенным образом регламентирует содержание условий договора присоединения, предусматривая в качестве основания для расторжения или изменения такого договора лишение присоединившейся стороны прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида (в том числе исключение или ограничение ответственности другой стороны за нарушение обязательств) либо наличие в договоре иных явно обременительных условий, которые она, исходя из своих разумно понимаемых интересов, не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора. Косвенный характер содержательного контроля условий договора присоединения имеет очевидные недостатки. Присоединившаяся сторона сама должна инициировать процедуру расторжения или изменения договора, а также доказать явно обременительный характер условий договора или факт лишения ее договором присоединения обычно предоставляемых прав. Законодательству зарубежных стран извест-

ны случаи установления прямого контроля над содержанием условий, рассчитанных на многократное применение. Например, установление перечня условий, являющихся ничтожными в силу закона при включении их в общие условия сделок (§ 308 I 1 Германского гражданского уложения). Кроме того даже косвенные требования к содержанию договора присоединения сформулированы в ГК РФ слишком размыто, что отрицательно сказывается на эффективности защиты прав присоединившейся стороны.

Буквальное толкование действующей редакции ст. 428 ГК РФ не позволяет применять правила о договоре присоединения, если присоединение производится только к отдельным заранее сформулированным условиям. Данный недостаток призван устранить проект изменений в ГК РФ, предусматривающий расширение сферы применения правил ст. 428 ГК РФ¹. Предложено наделить правом требовать изменения и расторжения договора не только участников договора присоединения, но и тех лиц, которые поставлены в положение, затрудняющее согласование отдельных условий договора.

Поддержки заслуживает и предусмотренное проектом изменений в ГК РФ упразднение правила п. 3 ст. 428 ГК РФ, препятствующего в настоящее время изменению или расторжению договора присоединения, заключенного в связи с осуществлением предпринимательской деятельности, если присоединяющаяся сторона знала или должна была знать его условия. ВАС РФ и до вступления в силу указанных изменений обосновал при помощи аналогии закона использование правил о возможности изменить договор, заключенный при осуществлении предпринимательской деятельности на условиях, сформулированных одной из сторон, даже если присоединяющаяся сторона знала о невыгодности таких условий для себя².

¹ ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

² Пункт 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ «Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о кредитном договоре» от 13.09.2011 № 147 // Вестник ВАС. 2011. № 11 // СПС «КонсультантПлюс».

К ВОПРОСУ О ДОСТАТОЧНОСТИ ПОИМЕНОВАННЫХ В СК РФ СОГЛАШЕНИЙ

Е.П. Титаренко

Наличие диспозитивного начала в семейном законодательстве обусловлено наличием соглашений, которые могут совершаться членами семьи и направлены на бесконфликтное, добровольное исполнение семейных обязанностей и реализацию семейных прав. Семейный кодекс Российской Федерации (далее – СК РФ) устанавливает пять соглашений, которые могут совершать члены семьи: о разделе имущества, об уплате алиментов, об имени ребенка, месте жительства ребенка и о порядке осуществления родительских прав отдельно проживающим родителем, и один договор (брачный договор). Поскольку СК РФ не содержит прямого указания о возможности заключения иного, не поименованного соглашения, то возникает вопрос о возможности совершения таких соглашений.

В отличие от ГК РФ, где субъекты свободны в выборе вида договора, а потому вправе заключать как предусмотренный, так и не предусмотренный законом и иными правовыми актами договор, СК РФ не закрепляет свободу соглашений или договоров, в связи с чем субъекты семейного права лишены возможности заключать семейные соглашения, не предусмотренные СК РФ, поскольку такие соглашения не будут иметь юридической силы. Это можно объяснить, видимо, тем, что в семейном праве объективно ограничена возможность совершения соглашений в силу наличия подавляющего большинства императивных норм, которых, наверное, всегда будет больше, чем диспозитивных.

В связи с этим возникает вопрос о достаточности поименованных в СК РФ соглашений для бесконфликтного решения вопросов семейной жизни. Законодатель, как известно, регулирует те семейные отношения, которые поддаются правовому регулированию, стараясь не навредить излишним вмешательством в ход семейной жизни. Правовому регулированию поддаются, прежде всего, имущественные отношения, поэтому именно они урегулированы законодателем более детально. Личные неимущественные отношения членов семьи достаточно трудно подвергнуть правовому регулированию, и не потому, что невозможно включить в закон ту или иную правовую норму (как раз это не сложно сделать), а потому, что утрачивается эффект от их правового регулирования.

Каждое из предусмотренных СК РФ семейных соглашений совершается в рамках существующих семейных правоотношений. Но количество соглашений в СК РФ не имеет определяющего значения, важно определить сферы семейных правоотношений, в которых вопросы семейной жизни можно и необходимо решать по соглашению, так как никто иной не может лучше самих членов семьи их решить, а вмешательство третьих лиц может навредить. Проанализировав существо семейных правоотношений, а также учитывая практику, можно сделать вывод о необходимости предусмотреть в СК РФ соглашение об общении бабушек и дедушек с внуками (внучками), а также предусмотреть возможность заключения смешанных семейных соглашений. Так, нет объективных препятствий для включения в брачный договор условий о содержании одним из супругов другого нетрудоспособного нуждающегося супруга. При раздельном проживании родителей можно предусмотреть право родителей на совершение одного соглашения, в котором предусматривалось бы место жительства ребенка, осуществление отдельно проживающим родителем своих родительских прав, содержались бы положения о воспитании и образовании ребенка, а также о его содержании и несении дополнительных расходов. Ведь содержание не только является основой жизнедеятельности ребенка, но и обеспечивает должное осуществление ребенком личных своих прав – на воспитание, обучение. Личные и имущественные обязанности родителей взаимосвязаны, и нет никаких объективных причин, препятствующих совершению смешанных семейных соглашений, определяющих порядок и способы выполнения родителями всех своих обязанностей. Соглашение об осуществлении своих прав отдельно проживающим родителем могло бы содержать условия и об осуществлении своих прав бабушкой и дедушкой со стороны такого родителя.

Но недопустимы супружеско-родительские соглашения, потому что супружеские и родительские права и обязанности являются различными. Многие родительские соглашения касаются выполнения родителями своих личных обязанностей, при совершении которых должно учитываться мнение ребенка. Различной является и цель совершения супружеских и родительских соглашений.

К ВОПРОСУ О ВЕКСЕЛЬНОЙ ПРАВОСПОСОБНОСТИ (ВЕКСЕЛЕСПОСОБНОСТИ)

Е.А. Токарев

Мнение о существовании вексельной правоспособности (векселеспособности) широко распространено в юридической литературе. Однако, несмотря на это, она никогда не являлась предметом самостоятельного изучения. Можно сказать, что ее существование принималось в качестве аксиомы. Наверное, поэтому большинство авторов обнаружили схожесть во взглядах при определении ее понятия. Так, еще в XIX в. под векселеспособностью в литературе понималась «...законная возможность лица принимать на себя вексельные обязательства...»¹. Аналогичные по сути определения содержатся и в других работах XIX и начала XX в., а также в современных исследованиях².

Обращаясь к указанным определениям, нетрудно заметить, что вексельная правоспособность выделяется авторами только потому, что существуют вексельные правоотношения. При этом прослеживаются рассуждения, суть которых в целом сводится к следующему: «если есть вексельные обязательства, значит должна быть вексельная правоспособность». Таким образом, указание на вексельные правоотношения является единственным критерием, позволяющим некоторым авторам говорить о существовании вексельной правоспособности наряду с гражданской правосубъектностью (правоспособностью). Никаких иных особенностей вексельной правоспособности в литературе не выделяется.

По мнению отдельных авторов, вексельная правоспособность является элементом содержания гражданской правоспособности. В частности, такой точки зрения придерживается Л.Ю. Добрынина¹.

¹ Чижов Н.Е. Записки по вексельному праву: Примечания к Уставу о векселях 27 мая 1902 г. Одесса, 1903. С. 17.

² См.: *Вексель и вексельное обращение в России*: сб. / сост. А.В. Волохов, Д.А. Равкин. М., 1994. С. 35; *Вексельное право. Общие положения и юридический комментарий* / В.В. Ильин, А.В. Макеев, Е.А. Павлодский. М., 1997. С. 19; *Кремер Ю.* О санкциях по векселям // *Хозяйство и право*. 1997. № 5. С. 119.

¹ См.: *Добрынина Л.Ю.* Вексельное право России: учеб. и практ. пособие. М., 1998. С. 65.

Думается, что указанная позиция внутренне противоречива. Л.Ю. Добрынина отмечает, что правоспособность субъектов вексельного обязательства отвечает всем признакам гражданской правосубъектности. Но, несмотря на это, автор продолжает считать ее вексельной. Пытаясь устранить это явное противоречие, Л.Ю. Добрынина указывает, что вексельная правоспособность входит в качестве элемента в содержание гражданской правоспособности. Однако отсюда вытекают выводы, не соответствующие действующему законодательству. В частности, получается, что одно и то же лицо одновременно наделено как отраслевой (гражданской) правоспособностью, так и особой – вексельной правоспособностью. При таком подходе получается, что, например, граждане, обладающие общей правоспособностью, оказываются в то же время наделенными вексельной правоспособностью. Таким образом, позиция Л.Ю. Добрыниной противоречит ст. 17 ГК РФ, а потому с ней нельзя согласиться.

Как представляется, правоспособность субъектов вексельных правоотношений не обладает какими-либо особенностями, отличающими ее от гражданской правоспособности. Такое положение дел объясняется тем, что эти лица являются участниками денежных отношений, связанных с использованием товарно-денежной формы. Поэтому их правоспособность всегда будет выражать их равное правовое положение и принципиально равную возможность быть субъектами этих отношений. На основании изложенного можно заключить, что в механизме правового регулирования отношений, связанных с использованием векселей, такого правового средства, как вексельная правоспособность, не существует.

ТРУДОВОЙ ДОГОВОР КАК КРУПНАЯ СДЕЛКА ХОЗЯЙСТВЕННОГО ОБЩЕСТВА

О.С. Филиппова

В российском трудовом и гражданском праве в последнее время широко обсуждается тема «золотых парашютов». Американский термин «золотой парашют» (golden parachute) применяется к заключенному между акционерным обществом и топ-менеджером соглашению, предусматривающему значительные денежные выплаты в случае смены собственника или досрочного прекращения полно-

мочий. Такое условие выступает для руководителя высшего звена определенной финансовой гарантией на случай расторжения трудового договора при смене собственника.

В соответствии со ст. 279 Трудового кодекса РФ в случае прекращения трудового договора с руководителем организации в связи с принятием уполномоченным органом юридического лица, либо собственником имущества организации, либо уполномоченным собственником лицом (органом) решения о прекращении трудового договора при отсутствии виновных действий (бездействия) руководителя ему выплачивается компенсация в размере, определяемом трудовым договором, но не ниже трехкратного среднего месячного заработка. В связи с тем, что верхний предел компенсации не установлен, размер «золотого парашюта» может составлять значительную часть от имущества общества и подпадать под критерии крупной сделки.

Специалисты в области корпоративного права (И.С. Шиткина, И. Голованова) предлагают учитывать корпоративное законодательство при заключении трудовых договоров и предварительно одобрять трудовые договоры как крупные сделки и сделки с заинтересованностью.

Следует согласиться с этой позицией. Отчуждение имущества возможно не только посредством совершения гражданско-правовых сделок. При заключении трудового договора с условием выплаты части имущества общества при его досрочном расторжении создается потенциальная возможность отчуждения имущества в будущем, что подпадает под определение крупной сделки – «сделки, связанной с отчуждением или возможностью отчуждения 25 и более процентов балансовой стоимости *чистых* (курсив мой. – О.Ф.) активов общества...». Не должно иметь значения, как будет отчуждено имущество – посредством гражданско-правовой сделки или через заключение трудового договора. Основная задача и предназначение института ограничения полномочий единоличного исполнительного органа – не допустить распоряжения значительными активами общества без согласия участников (акционеров) общества.

Следует отметить, что в соответствии с абз. 3 п. 3 ст. 69 ФЗ «Об Акционерных обществах» на отношения между обществом и единоличным исполнительным органом общества (директором, генеральным директором) и (или) членами коллегиального исполнительного органа общества (правления, дирекции) действие законодательства

Российской Федерации о труде распространяется в части, не противоречащей положениям ФЗ «Об Акционерных обществах». Аналогичную норму следует ввести и в отношении ООО. Статью 40 ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» следует дополнить п. 5, в соответствии с которым «на отношения между обществом и единоличным исполнительным органом общества (директором, генеральным директором) действие законодательства Российской Федерации о труде распространяется в части, не противоречащей положениям настоящего Федерального закона». В соответствии со ст. 5 ТК РФ, если вновь принятый федеральный закон, содержащий нормы трудового права, противоречит ТК, то этот федеральный закон применяется при условии внесения соответствующих изменений в ТК. В связи с этим ст. 279 ТК РФ следует дополнить п. 2 следующего содержания: «В случае, если условие о компенсации отвечает признакам крупной сделки или сделки с заинтересованностью, оно должно быть одобрено уполномоченным органом в порядке, предусмотренном законодательством».

Таким образом, поскольку трудовой договор может содержать условие об отчуждении значительной части имущества общества в пользу лица, с которым такой договор заключен, его следует одобрять как крупную сделку до его заключения. В случае отсутствия такого одобрения условие трудового договора о выплате компенсации может быть признано недействительным по иску общества или акционера (участника). В связи с изложенным следует признать, что институт крупных сделок – это межотраслевой институт, нормы которого непосредственно влияют на действительность не только гражданско-правовых, но и трудовых договоров.

ОГРАНИЧЕНИЯ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫХ ПРАВ

Т.А. Филиппова

Решение вопроса об ограничении интеллектуальных прав имеет теоретическое и практическое значение. Даже без глубокого анализа норм ч. 4 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК) можно привести ряд примеров, когда действующее законодательство устанавливает некоторые ущемления прав авторов, начиная со срока действия исключительного права на результат интеллектуальной деятельности, заканчивая случаями использования такого результата

без согласия правообладателя и без выплаты ему вознаграждения. Но все ли подобные установления норм права можно отнести к ограничениям интеллектуальных прав? Какой-либо системности, теоретической обоснованности в этой области не наблюдается. Между тем в свете готовящихся изменений в гражданское законодательство, в том числе и в ч. 4 ГК, могут быть определены направления развития правового регулирования в отношении возможных ограничений интеллектуальных прав. В первую очередь следует решить вопрос о том, какие из интеллектуальных прав могут быть предметом ограничения. Путем систематического толкования норм ГК можно прийти к выводу о том, что нельзя ограничить личные неимущественные права в силу их природы. О возможности ограничения исключительного права упоминает ст. 1229 ГК. Но остается открытым вопрос об иных правах, упомянутых в ст. 1226 ГК. Кроме примеров этих прав (право следования и право доступа) законодатель не указывает критериев, по которым они могут быть отнесены к такому виду, не определяет их правовую природу. Соответственно, не может быть однозначно решен вопрос о возможности их ограничения, хотя очевидно, что при реализации, например, права доступа интересы третьих лиц могут быть существенно нарушены. Требуется определить понятие и содержание самого термина «ограничение», используемого в ГК. Согласно п. 5 ст. 1229 ГК ограничения исключительных прав на произведения науки, литературы и искусства либо на объекты смежных прав устанавливаются в определенных особых случаях при условии, что такие ограничения не противоречат обычному использованию произведений либо объектов смежных прав и не ущемляют необоснованным образом законные интересы правообладателей. Ограничения исключительных прав на изобретения или промышленные образцы устанавливаются в отдельных случаях при условии, что такие ограничения необоснованным образом не противоречат обычному использованию изобретений или промышленных образцов и с учетом законных интересов третьих лиц не ущемляют необоснованным образом законные интересы правообладателей. Ограничения исключительных прав на товарные знаки устанавливаются в отдельных случаях при условии, что такие ограничения учитывают законные интересы правообладателей и третьих лиц. Как видно, случаи, которые могут быть отнесены к категории ограничений, носят исключительный характер, устанавливаются в определенных ситуациях и не могут зависеть от усмотрения пра-

вообладателя и третьих лиц. В ст. 1229 ГК в качестве примера ограничения исключительных прав приводятся случаи, когда использование результатов интеллектуальной деятельности допускается без согласия правообладателей, но с сохранением за ними права на вознаграждение. Эта норма содержит в себе внутреннее противоречие и не может быть названа ограничением: ограничение исключительного (имущественного) права выражается в сохранении за правообладателем права на вознаграждение. Наряду с понятием «ограничения» в нормах ч. 4 ГК используется и термин «обременения», правда, только один раз и в отношении только одного объекта – топологии интегральных микросхем. Согласно п. 7 ст. 1452 ГК сведения об изменении правообладателя и обременении исключительного права на топологию вносятся в Реестр топологий интегральных микросхем на основании зарегистрированного договора или иного правоустанавливающего документа. Пояснений о том, что можно относить к обременению, не имеется. В связи с этим приходится признать, что использованная в ч. 4 ГК терминология и понятия в отношении ущемлений прав автора повторяют в известной мере категории из вещного права, но без соответствующих уточнений с учетом существа интеллектуальных прав вряд ли могут быть применены на практике.

ВОПРОСЫ КЛАССИФИКАЦИИ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ПОСЛЕДСТВИЙ ЧРЕЗВЫЧАЙНЫХ СИТУАЦИЙ

А.И. Фролов

Чрезвычайные ситуации порождают различные правовые последствия: административно-правовые, финансово-правовые, уголовно-правовые и другие. Важнейшие последствия чрезвычайных ситуаций – гражданско-правовые последствия.

О.А. Красавчиков разделял юридические последствия на две категории: первая категория юридических последствий заключается в движении правоотношения, т.е. его возникновении, изменении и прекращении вне связи с его осуществлением; вторая категория – осуществление определенного правоотношения¹. В ряде случаев

¹ *Красавчиков О.А.* Юридические факты в советском гражданском праве. М.: Юрид. лит., 1958. С. 75.

чрезвычайные ситуации порождают юридические последствия, заключающиеся в движении правоотношения, в других случаях чрезвычайные ситуации (не выступая юридическими фактами) влекут иные последствия: могут быть квалифицированы (оценены) как юридические факты или послужить непосредственной причиной, породившей юридический факт.

Гражданско-правовые последствия чрезвычайных ситуаций могут быть классифицированы в зависимости от принадлежности к тем или иным институтам гражданского права: а) квалификация чрезвычайной ситуации в качестве непреодолимой силы; б) прекращение обязательства невозможностью исполнения; в) изменение или расторжение договора в связи с существенным изменением обстоятельств; г) изменение или расторжение договора в случаях, не квалифицируемых как существенное изменение обстоятельств (например, расторжение договора найма жилого помещения, если помещение перестает быть пригодным для постоянного проживания, а также в случае его аварийного состояния); д) несение риска случайной гибели или случайного повреждения имущества; е) возникновение страхового правоотношения в случае признания чрезвычайной ситуации (или ее источника) страховым случаем; ж) реквизиция имущества при возникновении чрезвычайных ситуаций; з) возможность объявления гражданина умершим в укороченный срок (шесть месяцев) с момента возникновения обстоятельства, угрожавшего смертью; и) предоставление жилых помещений маневренного фонда гражданам, у которых единственные жилые помещения стали непригодными для проживания в результате чрезвычайных обстоятельств; к) возможность совершения завещания в простой письменной форме в присутствии двух свидетелей в случае, когда завещатель находится в положении, явно угрожающем его жизни, и в силу сложившихся чрезвычайных обстоятельств лишен возможности совершить завещание в нотариальной форме; л) действия в чужом интересе без поручения в целях предотвращения вреда личности или имуществу заинтересованного лица в условиях чрезвычайной ситуации влекут соответствующее обязательство; м) возникновение деликтного обязательства в результате чрезвычайной ситуации, случившейся в силу действий известного лица; н) возникновение обязательства из причинения вреда в состоянии крайней необходимости, в том числе причинение вреда при устранении опасности, которой угрожает чрезвычайная ситуация; о) возникновение обязательства

из неосновательного обогащения, когда обогащение происходит в результате событий, случившихся помимо воли субъектов (например, перемещение материальных ценностей в результате сил природы); п) возможность ограничения исключительных прав на изобретение, полезную модель или промышленный образец путем их использования при чрезвычайных обстоятельствах (стихийных бедствиях, катастрофах, авариях) или в интересах обороны и безопасности и многие другие.

ПРЕЗУМПЦИИ И ФИКЦИИ ПРИ БЕЗВЕСТНОМ ОТСУТСТВИИ ГРАЖДАНИНА

Н.А. Цыбизова

Ежедневно в органы полиции поступают заявления о пропавших гражданах. В России каждый год количество без вести пропавших сопоставимо с численностью населения небольшого города¹.

Рассматривая презумпции и фикции при безвестном отсутствии гражданина необходимо иметь в виду изначальное понятие юридического факта. Ф.К. фон Савиньи, который ввел в научный оборот понятие юридического факта, писал: «я называю события, вызывающие возникновение или окончание правоотношения, юридическими фактами»².

В советский период О.А. Красавчиковым была разработана теория юридических фактов, ставшая основополагающей. Впоследствии в отдельных научных работах (Б.В. Исаков, Т.В. Блинова) так или иначе затрагивались вопросы юридических фактов. Дальнейшее развитие теория юридических фактов получила в работах М.А. Рожковой.

Следует отметить, что безвестное отсутствие как явление, которое происходит в реальной жизни, для того чтобы стать юридическим фактом, должно обладать определенными свойствами и характеристиками.

Юридический факт является связующим звеном правовой нормы с жизнью и должен обладать социальной определенно-

¹ *Сас И.* Ушли и не вернулись [Электронный ресурс]. – URL: http://www.ng.ru/ideas/2004-06-30/10_zarembinskay.html

² *Савиньи Ф.К., фон.* Система современного римского права: в 8 т. Т. 1 / пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.: Статут, 2011. 510 с.

стью, при этом факт безвестного отсутствия является парадоксальным и не обладает социальной определенностью, а точнее обладает социальной неопределенностью.

Если классифицировать юридический факт безвестного отсутствия по волевому признаку, то его следует идентифицировать как событие.

Необходимо отметить, что безвестное отсутствие непосредственно связано с *юридической презумпцией*. Принято считать, что безвестное отсутствие основано на предположении, что гражданин жив. При явке или обнаружении места его пребывания суд новым решением отменяет ранее вынесенное.

Презумпция как предположение о соответствии факта действительности основано на высокой степени вероятности, которая тем не менее не может всегда квалифицироваться в качестве объективной истины¹. Но в данном случае мы можем говорить, что хотя процент безвестно отсутствующих, которые объявляются, достаточно мал, но при этом презумпция жизни сохраняется и не оспаривается.

Необходимо также отметить, что в случае безвестного отсутствия мы имеем дело и с *юридической фикцией*. В доктрине фикцией называют признание законодателем неистинного положения, которое должно внести определенность в правовое положение лица. Важно заметить, что фикция имеет формальную определенность, т.е. до вынесения решения суда о признании гражданина безвестно отсутствующим о фикции говорить нельзя, но при вынесении решения получаем фикцию в виде документа.

Нормы безвестного отсутствия специфичны и парадоксальны – мы говорим о субъекте, который не определен в пространстве и правовом поле (и/или нам об этом неизвестно).

Факты безвестного отсутствия граждан не являются редкостью. Это способствует актуализации проблемы безвестного отсутствия, ранее находившейся на периферии научного анализа и законотворческой инициативы.

¹ Боннер А.Т. Избранные труды по гражданскому процессу. СПб., 2005. С. 812.

ВНЕДОГОВОРНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ: СОСТОЯНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И ПЕРСПЕКТИВЫ ЕГО РАЗВИТИЯ

Т.В. Шепель

Традиционно по основаниям возникновения выделяют два вида гражданско-правовой ответственности: договорную и внедоговорную. Исследование указанных видов ответственности в цивилистической литературе носит однобокий характер. Акцент делается на разграничении договорной и деликтной ответственности, которая является всего лишь одним, но далеко не единственным видом внедоговорной ответственности. Анализ ГК РФ позволяет утверждать, что существует система видов внедоговорной ответственности, нормы о которых разрозненны:

1) значительная часть таких норм сосредоточена в гл. 59 ГК РФ об обязательствах из причинения вреда;

2) правила об ответственности содержатся в ряде статей гл. 60 о кондикционных обязательствах (п. 2 ст. 1104, ст. 1107 ГК РФ);

3) внедоговорной ответственности посвящены некоторые статьи о недействительных сделках (абз. 3 п. 1 ст. 171, п. 2 ст. 179 ГК РФ и др.);

4) нормы о преддоговорной ответственности предусмотрены в п. 4 ст. 165, п. 5 ст. 429, п. 4 ст. 445 ГК РФ и др.;

5) в гл. 14 Кодекса содержится упоминание о внедоговорной ответственности (п. 3 ст. 220, п. 4 ст. 227 ГК РФ и др.)

Анализ многочисленных норм о внедоговорной ответственности позволяет сделать некоторые предварительные выводы:

1. Основанием возникновения такой ответственности всегда является правонарушение с полным составом.

2. Проявления противоправности поведения правонарушителя весьма многообразны: причинение вреда; неосновательное обогащение; недобросовестное поведение стороны в недействительной сделке или на стадии заключения договора и т.д.

3. Такая ответственность всегда наступает при наличии убытков.

4. Ее обязательным условием является наличие вины стороны. Законодатель применительно к правонарушителю оперирует термином «недобросовестная сторона», каковой признается та, что знала или должна была знать о нарушении, т.е. действовала виновно.

5. По общему правилу, формой внедоговорной ответственности являются только убытки, взыскание неустойки не предполагается.

К сожалению, в ГК РФ нет общих норм о внедоговорной ответственности, которые бы определяли ее условия и формы. В литературе применительно к деликтной ответственности высказано мнение, что при отсутствии в гл. 59 ГК РФ правил об ответственности, в частности о понятии вины причинителя вреда, нужно по аналогии применять ст. 401 ГК РФ (О.В. Дмитриева, В.А. Белов).

Мы не разделяем данную позицию. Договорная и деликтная ответственность существенно отличаются друг от друга. Различия наблюдаются в субъектном составе; в специфике условий ответственности, в том числе ответственности без вины; в основаниях освобождения от ответственности и уменьшения ее размера.

Глава 25 ГК РФ называется «Ответственность за нарушение обязательств». В нормах, содержащихся в этой главе, речь идет об ответственности за нарушение уже существующего обязательства. Деликтное или другое внедоговорное обязательство возникает только в момент возникновения вреда, до этого момента оно не существует. Поэтому применение данной главы к случаям внедоговорной ответственности нельзя считать правомерным. Приходится констатировать, что в ГК РФ нет общих норм о гражданско-правовой ответственности. Целесообразным представляется закрепление в ГК РФ общих норм о ней, в том числе о внедоговорной ответственности.

К ВОПРОСУ ОБ ОБЪЕКТИВНОЙ СТОРОНЕ ПРАВОНАРУШЕНИЯ КАК ОСНОВАНИЯ РОДИТЕЛЬСКОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

А.Г. Юрьева

Началом объективной стороны родительского правонарушения является деяние (действие или бездействие). В родительских правоотношениях деяния всегда выступают как множество действий и бездействий т.е. поведение в целом. Наряду с действием бездействие Семейным кодексом РФ названо в качестве основания ответственности и определяется как уклонение от исполнения обязанностей. Уклонение может выражаться как в пассивном поведении (не обращаться за медицинской помощью), так и в активном (родитель-алиментщик меняет место жительства или работы и т.п.).

В публичных отраслях права составы правонарушений сформулированы в законе. Однако предмет и метод семейного права представляют симбиоз публичного и частного отраслей права. Поэтому к семейному праву характеристики публичных отраслей не применимы. В СК РФ в большей степени перечислены права детей и обязанности родителей, нарушение которых является правонарушением. Правоотношения между родителями и детьми носят односторонний характер – дети имеют права, а родители обязаны создавать условия для их реализации, т.е. права детей корреспондируют обязанностям родителей. Следовательно, для родителей противоправным будет поведение, выражающееся в неисполнении или ненадлежащем исполнении обязанностей. Противоправность в семейном праве имеет свою специфику, которая состоит в том, что в определении противоправности поведения родителей большую роль играют ситуационные нормы. Так, в законодательстве не даны понятия «неуважительные причины», «противоречие интересам детей» и т.п. Суд или органы опеки и попечительства, руководствуясь оценочными понятиями, установят степень противоправности, исходя из конкретной ситуации, опираясь на общепринятые нормы морали и традиции.

Общетеоретическая модель состава правонарушения предполагает наличие противоправного результата. Родительские правоотношения детально не регламентированы. Законодатель дает направления отношений, устанавливает правомочия и обязанности, которые совпадают. Так, согласно ст. 63 СК РФ родители имеют право и обязаны воспитывать детей, заботиться о их здоровье и т.д. Правонарушением с объективной стороны будет ненадлежащее исполнение обязанностей, результат которого проявится в будущем. Противоправным для родителей будет не обеспечение условий для реализации прав детей, подробно поименованных в Конвенции о правах детей и СК РФ. Отсутствие четкого регулирования отношений в семье ведет к невозможности установления конкретики в противоправном поведении и невозможности выявления противоправного результата. Семейные правонарушения причиняют вред личным благам, характер которых установить очень трудно, так как они не имеют материального эквивалента. Применение мер ответственности к родителям законодатель также не ставит в зависимость от наступления вредных последствий, поскольку ст. 69 СК РФ не называет их в качестве элемента правонарушения. С другой стороны, любые противоправные деяния родителей причиняют вред психическому здоровью, разви-

тию и становлению личности. В развитии ребенка непреходящее значение имеет образ поведения родителя, ребенок подражает ему – таково свойство его психики. Антисоциальное поведение родителей в отношениях с ребенком уже есть ненадлежащее исполнение обязанностей родителей, а результат обязательно проявится, т.е. неправомерный результат в воспитании ребенка имеется всегда.

Общетеоретические требования к составу правонарушения элементом называют причинно-следственную связь противоправного поведения и результата. Поскольку вредоносный результат в родительских отношениях потенциально всегда имеет место, то наличие указанной связи теряет всякий смысл.

К ВОПРОСУ ОБ ОБЯЗАТЕЛЬНОСТИ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ДОГОВОРА УПРАВЛЕНИЯ МНОГОКВАРТИРНЫМ ДОМОМ ДЛЯ УПРАВЛЯЮЩЕЙ ОРГАНИЗАЦИИ

Л.А. Юрьева

В юридической литературе и судебной практике широкое распространение получил тезис об обязательности заключения договора управления многоквартирным домом для управляющей организации, хотя Жилищный кодекс РФ (далее – ЖК РФ) такой обязанности не предусматривает. Наиболее часто данный тезис обосновывается публичным характером данного договора¹.

Представляется, что рассматриваемый договор не является публичным, поскольку не удовлетворяет признакам, указанным в действующей редакции ст. 426 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ). Во-первых, по договору управления многоквартирным домом управляющей может являться организация любой организационно-правовой

¹ См., напр.: *Тихомиров М.Ю.* Управление многоквартирным домом: практ. пособие. М., 2011. С. 21; *Рыжов А.Б.* Внедрение норм ЖК РФ об управлении многоквартирными домами // Жилищное право. 2006. № 2. С. 26; *Борзенкова Т.А.* Правовая формализация управления многоквартирными домами // Законы России: опыт, анализ, практика. 2006. № 9. С. 25; *Определение ВАС РФ от 26.11.2010 № ВАС-15819/10* // СПС «КонсультантПлюс»; *Постановление ФАС Поволжского округа от 08.04.2010 по делу № А12-15747/2009* // СПС «КонсультантПлюс»; *Определение Свердловского областного суда от 06.10.2011 по делу № 33-13134/2011* // СПС «КонсультантПлюс»; *Определение Московского городского суда от 19.11.2011 по делу № г/5-8699/11* // СПС «КонсультантПлюс»; *Определение Кемеровского областного суда от 29.02.2012 по делу №33-2335* // СПС «КонсультантПлюс»; *Определение Костромского областного суда от 12.09.2012 по делу № 33-1318* // СПС «КонсультантПлюс».

формы (в том числе и некоммерческая) или индивидуальный предприниматель, тогда как публичный договор может быть заключен только с коммерческой организацией¹.

Во-вторых, договор управления многоквартирным домом нельзя отнести к категории публичных договоров, поскольку существует прямое указание в ч. 1 ст. 162 ЖК РФ, исключающее второй по счету обязательный признак публичного договора. Имеется в виду, что договор управления многоквартирным домом заключается «на условиях, указанных в решении ... общего собрания». Таким образом, собственники сами формируют условия договора управления многоквартирным домом, в том числе условие о размере платы за содержание и ремонт жилого помещения (ч. 7 ст. 156 ЖК РФ), исходя из специфики объекта управления (года постройки многоквартирного дома, степени износа элементов общего имущества и т.д.), а также интересов и материального положения самих собственников. Это не отвечает требованиям публичного договора, в котором «сильная сторона» сама устанавливает цену товаров, работ и услуг, одинаковую для всех потребителей.

Правила предоставления коммунальных услуг собственникам и пользователям помещений в многоквартирных домах и жилых домов, вступившие в силу с 1 сентября 2012 г., определяют режим заключения договоров управления многоквартирным домом, содержащих положения о предоставлении коммунальных услуг, который можно обозначить как обязательный для управляющей организации (п. 9, 22–24). Согласно Правилам в случае уклонения исполнителя от заключения договора собственник вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор и возмещении причиненных этим заявителю убытков.

На наш взгляд, установление обязательности заключения договора на правительственном уровне противоречит положениям п. 3 ст. 55 Конституции РФ, абз. 2 п. 2 ст. 1, абз. 2 п. 1 ст. 421 ГК РФ, согласно которым ограничение гражданских прав, в т.ч. свободы договора, может быть введено только федеральным законом.

¹ Следует отметить, что ограничение круга субъектов в тексте ст. 426 ГК РФ исключительно коммерческими организациями признано необоснованным разработчиками проекта Федерального закона №47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации», впоследствии разделенного на ряд отдельных законопроектов. Ими предложено отредактировать легальное определение публичного договора, заменив слова «коммерческая организация» на «лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность». Если данные предложения будут реализованы путем внесения поправок в ГК РФ, то выдвинутый аргумент отпадет.

ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ИНДИВИДУАЛЬНЫХ ДОГОВОРОВ В ТРУДОВОМ ПРАВЕ РОССИИ

Д.В. Агашев

1. Трудовое право как отрасль, объединяющая в себе публичные и частные начала, должна стремиться к обеспечению надлежащего сочетания соответствующего юридического инструментария, способствовать взаимному и целесообразному развитию публично-правовых и частноправовых элементов в механизме правового регулирования. Вместе с тем современное трудовое законодательство в целом достаточно инертно, оно слабо, недостаточно последовательно и своевременно реагирует на изменения общественных отношений в сфере наемного подчиненного труда, не только ограничивая свободу субъектов данной правовой отрасли, но и не обеспечивая им надлежащей правовой защиты, игнорируя исторически и юридически обоснованные правовые приемы, к которым в первую очередь, несомненно, следует отнести систему сделок. При этом главная проблема, думается, заключается в том, что законодатель юридически не признает в качестве юридического факта в рамках индивидуального трудового права трудовую сделку (ст. 16 ТК РФ), несмотря на объективно масштабное распространение этого правового инструмента в нормах самого Трудового кодекса РФ¹.

2. Несмотря на формальное игнорирование законодателем трудовых сделок, было бы ошибкой не признавать, что фактически стороны индивидуальных отношений их постоянно совершают, не имея, однако, достаточно разработанной системы регламентирующих их процедур. Сторонам всякий раз приходится руководствоваться не буквой, а духом закона, общими принципами добросовестности, справедливости, деловыми обычаями и даже правилами

¹ См., например: ст. 60.2, 72, ч 1 и 2 ст. 72.1, ст. 72.2, ч. 1 ст. 73, ст. 78, ст. 93, ч. 2 ст. 99, ч. 2 ст. 113, ст. 188, ст. 198–200, ч. 1 ст. 244, ч. 4 ст. 248 ТК РФ и др.

формальной логики. Признать это допустимым в такой социально и политически значимой сфере регулирования, как трудовое право, безусловно, нельзя.

3. Трудовое законодательство должно содержать общие (типовые) нормы заключения индивидуальных договоров (сделок), включающие правила направления оферты и ее акцепта, отзыва оферты и акцепта, определения момента заключения договора, требования к структуре сделки и условия ее совершенности, основания и последствия признания договора незаключенным, а также ответственность и способы защиты права в рамках соответствующей процедуры. Трудовой кодекс РФ должен содержать типовые, но при этом достаточно подробные правила осуществления процедур, предшествующих заключению индивидуальных договоров (избрания по конкурсу, выборов, назначения, утверждения в должности), поскольку существующее регулирование в соответствующей части (ст. 17–19 ТК РФ) сложно признать удовлетворительным.

4. Представляется необоснованным расширительное толкование ТК РФ высшими судебными органами¹ в той части, в которой обосновывается право работодателя в любое время отказаться от заключения трудового договора, т.е. неограниченную возможность отзыва оферты без каких-либо исключений. Представляется, что трудовое законодательство должно установить различие между рекламой и публичной офертой и, кроме этого, считать необоснованным отказом в заключении договора с применением соответствующих последствий в случае отказа со стороны работодателя заполнять вакантные должности при направлении лицу индивидуализированной оферты. Кроме этого, целесообразно также определить единые способы осуществления оферты и акцепта для сторон. Важно подчеркнуть, что общие правила заключения индивидуальных договоров должны найти отражение в общей части трудового права и, соответственно, в общих положениях Трудового кодекса РФ. Они должны распространяться на все виды индивидуальных договоров (соглашений), регулируемых трудовым правом.

¹ Речь идет об абз. 2 п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации».

К ВОПРОСУ ОБ ОПРЕДЕЛЕНИИ ПРЕДМЕТА ПРАВА СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

Е.И. Бутенко

По поводу предмета отрасли права социального обеспечения в науке, несмотря на многообразие имеющихся определений, между учеными нет существенных разногласий. В самом общем виде в него включаются общественные отношения, связанные с удовлетворением алиментарных потребностей нуждающихся граждан за счет общественных и обобществленных средств. В зависимости от способов и форм такого удовлетворения выделяются следующие виды социального обеспечения: пенсии, пособия, социальные и медицинские услуги, льготы, компенсации и предметы первой необходимости.

Отношения, связанные с предоставлением нуждающимся гражданам жилья из государственного или муниципального жилищного фонда по договорам социального найма, традиционно рассматриваются в рамках гражданского (жилищного) права. Между тем по своему характеру и правовой природе эти отношения в значительной мере тяготеют к социально-обеспечительным, поскольку обладают всеми существенными признаками последних:

1. Предоставление жилых помещений по договорам социального найма направлено на удовлетворение алиментарной потребности в жилье.

2. Субъектами-получателями выступают граждане, нуждающиеся в жилых помещениях. При этом под нуждаемостью в данном случае понимается обеспеченность жильем ниже так называемой учетной нормы. Другими словами, нуждаемость носит действительный, а не предполагаемый характер, что в целом довольно редко встречается в современной системе социального обеспечения.

3. Жилье предоставляется за счет государства или муниципального образования, т.е. за счет общественных средств.

4. Предоставление жилых помещений осуществляется с соблюдением основных принципов права социального обеспечения – всеобщности, адресности, гуманизма и др.

5. Исходя из перечисленных видов социального обеспечения предоставляемые жилые помещения следует отнести к предметам первой необходимости.

Как известно, использование договора в качестве инструмента правового регулирования в целом не характерно для права социаль-

ного обеспечения, поскольку права и юридические обязанности субъектов исчерпывающим образом определены в законодательстве. Договариваться нуждающемуся гражданину с органом социального обеспечения по большому счету не о чем. Подтверждением этого вывода является то, что форма типового договора социального найма жилого помещения утверждена Правительством РФ (Постановление Правительства РФ от 21.05.2005 № 315), т.е. речь идет не об акте согласования воли сторон (нанимателя и наймодателя), заключаемом им по собственному усмотрению на определенных условиях, а о нормативном правовом акте.

Представляется, что рассмотрение данного вопроса с позиций права социального обеспечения позволит раскрыть существенные признаки и роль предоставления жилых помещений нуждающимся гражданам.

МЕСТО СОЦИАЛЬНО-ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНОЙ ПОМОЩИ В СОВРЕМЕННОЙ СОЦИАЛЬНО-ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНОЙ ПОЛИТИКЕ РОССИИ

А.В. Волошин

С позиции исключительно теоретического толкования трудно оспаривать преобладающую роль для нуждающегося гражданина социально-обеспечительного содержания. Содержание, исходя из того, что имеет, как правило, постоянный или длительный характер, а также призвано выступать основным источником средств к существованию, является, с теоретических позиций, приоритетным способом удовлетворения алиментарных потребностей нуждающихся граждан. Вместе с тем социально-обеспечительная практика свидетельствует об обратном. В силу значимости и масштабности ведущее положение в социально-обеспечительной политике Российской Федерации занимает социально-обеспечительная помощь. Основаниями для такого вывода служат следующие обстоятельства.

Социально-обеспечительная помощь охватывает более широкий перечень оснований нуждаемости и, как следствие, более широкий круг субъектов-получателей. К примеру, в законодательстве закрепляется всего четыре основания денежного содержания (пенсионного

обеспечения) нуждающихся (возраст, инвалидность, потеря кормильца, выслуга лет). В основании предоставления денежной помощи (пособия) лежит большее число трудных жизненных ситуаций – временная нетрудоспособность, безработица, беженство, сиротство, рождение ребенка, смерть и т.п.

Социально-обеспечительная помощь позволяет более гибко и оперативно реагировать на меняющиеся условия существования гражданина, она более вариативна в части количества и качества применяемых средств обеспечения. В частности, возможно однократное, точечное применение к нуждающемуся мер социальной поддержки, допускается одновременное применение к одному гражданину нескольких (двух и более) таких мер и т.п. Социально-обеспечительное содержание не предполагает такой степени вариативности.

И государство, и субъекты-получатели прибегают к социально-обеспечительной помощи чаще, чем к социально-обеспечительному содержанию. Это обусловлено различием в характере оснований обеспечения. Жизненные обстоятельства, лежащие в основе содержания, в силу своей большей длительности и преобладающей необратимости носят более глобальный характер, в связи с чем в жизни гражданина возникают реже, преимущественно без возможности повторения. Нуждаемость в помощи не так значительна, она всегда либо непродолжительна, либо может быть удовлетворена однократным предоставлением обеспечения. Более того, одно и то же основание помощи нередко возникает в жизни гражданина больше одного раза (рождение ребенка, болезнь, травма, малообеспеченность и т.д.).

Уровень (размер) социально-обеспечительной помощи нередко превышает размер социально-обеспечительного содержания. Так, согласно данным Минэкономразвития, отношение среднего размера трудовой пенсии к средней заработной плате в России в 2011 г. составило 36,1%, а в период 2013–2015 гг. будет наблюдаться тенденция к снижению этого показателя до 33,7%. Одновременно, согласно действующему законодательству размер некоторых пособий достигает 100% заработка. Такой процент, в частности, закреплён в нормах Федерального закона от 29.12.2006 № 255-ФЗ «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством» для пособий по беременности и родам (п. 1 ст. 11).

Основываясь на представленных аргументах, можно констатировать, что в современных условиях право социального обеспечения

фактически трансформировалось в «право социального содействия» или «право социально-обеспечительной помощи». Это в большей степени соответствует сложившейся законодательной практике в области социального обеспечения.

ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ВЫПЛАТЫ ПЕНСИИ ЗА ВЫСЛУГУ ЛЕТ

К.В. Гранкин

Для начала следует определиться с вопросом: что такое выплата пенсии как правовое явление. С одной стороны, выплата пенсии – это факт перехода права собственности на денежные средства, полагающиеся получателю пенсии. С другой стороны, это есть выполнение определенной процедуры органами государственной власти и Пенсионным фондом РФ.

Особого рассмотрения требует вопрос, каким образом выплачивается пенсия при выезде получателя пенсии за границу и при проживании за рубежом.

Предложение по унификации процедуры выплаты пенсии. Возможно, необходимо определиться, с какими банками будет заключен договор, так как в настоящее время денежные средства переходят по разным банкам, а это влечет некоторые негативные последствия (например, расходы на транзакции и риск потери вкладов).

Правовые вопросы, связанные с приостановлением, прекращением и возобновлением выплаты пенсий. В настоящее время данные вопросы регулируются следующими нормативно-правовыми актами в зависимости от конкретного ведомства: приказ МВД РФ от 27.05.2005 № 418 «Об утверждении Инструкции об организации работы по пенсионному обеспечению в системе Министерства внутренних дел Российской Федерации»; приказ ФСБ РФ от 01.05.2003 № 302 «Об организации пенсионного обеспечения в органах Федеральной службы безопасности»; приказ Минюста РФ от 30.12.2005 № 258 «Об утверждении Инструкции об организации работы по социальному обеспечению сотрудников и их семей в уголовно-исполнительной системе»; приказ ФСКН РФ от 09.01.2008 № 2 «Об утверждении Инструкции о порядке назначения и выплаты государственных пенсий, пособий и компенсаций лицам, проходившим службу

в органах по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, и их семьям»; постановление Правительства РФ от 12.08.1994 № 942 «О порядке исчисления выслуги лет, назначения и выплаты пенсий работникам органов и учреждений прокуратуры Российской Федерации и их семьям». Каждым из указанных актов предусмотрены самостоятельные условия приостановления, прекращения и возобновления выплаты пенсий. Как вывод из этого следует предложение об унификации положений указанных актов и включение данных положений в закон РФ № 4468-1 «О пенсионном обеспечении лиц, проходивших военную службу, службу в органах внутренних дел, Государственной противопожарной службе, органах по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, учреждениях и органах уголовно-исполнительной системы, и их семей» либо предусмотреть и закрепить законодательно положение о применении по аналогии Федерального закона № 166-ФЗ «О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации».

Подобные изменения законодательства устранили бы и другую правовую коллизию, а именно то, что регулирование вопросов, связанных с приостановлением, прекращением и возобновлением выплаты пенсий, в настоящее время регулируется ведомственными актами, указанными выше, в то время как согласно ч. 4 ст. 24 Федерального закона № 166-ФЗ «О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации» вопросы, связанные с приостановлением и прекращением, регулируются Федеральным законом № 173-ФЗ «О трудовых пенсиях в Российской Федерации».

Также отдельно хотелось бы выделить проблему, связанную с конвертированием валют при выплате пенсии лицам, проживающим в иностранных государствах. Если рассматривать пенсию как содержание, обеспечивающее реализацию алиментарных потребностей нуждающегося, то как быть с разницей в курсе валют, поскольку рубль может обесцениться к курсу валюты страны нахождения. Одним из предложений по решению данной проблемы может быть внесение изменений в части установления законодательно условия о перерасчете пенсии, назначенной в рублях, на иностранную валюту на момент подачи заявления о выезде за границу.

Очередной проблемой является вопрос о доверенностью, выданной пенсионером иному лицу, представляющему его интересы в ПФ РФ. Согласно ст. 185 ГК РФ подобная доверенность может выдаваться в простой письменной форме, поскольку данная сделка не требует но-

тариального удостоверения, но в Пенсионном фонде принимают только нотариально заверенные доверенности. Одним из возможных вариантов решения данной проблемы может быть закрепление и введение соответствующей возможности как одной из услуг на портале «Государственные услуги». Пенсионер в данном случае указывает на портале данные лица, уполномоченного им на совершение определенных действий, путем заполнения соответствующей формы, и эти сведения будут обязательными для Пенсионного фонда.

ПРОБЛЕМА ОТВЕТСТВЕННОСТИ ОРГАНОВ СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ РОССИИ

А.Ю. Зеленина

Нормы права социального обеспечения практически не предусматривают специальных социально-обеспечительных принудительных мер в отношении органов социального обеспечения, а лишь в некоторых случаях содержат указание на применение по отношению к ним принудительных мер, предусмотренных действующим законодательством. Так, согласно ст. 32 Федерального закона РФ от 24 ноября 1995 г. № 181-ФЗ «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации» граждане и должностные лица, виновные в нарушении прав и свобод инвалидов, несут ответственность в соответствии с законодательством РФ. В соответствии со ст. 26 Федерального закона «Об основах социального обслуживания населения в Российской Федерации» ответственность лиц, занятых в области социального обслуживания, если их действия (бездействие) повлекли за собой опасные для жизни и здоровья клиента социальной службы последствия или иное нарушение его прав, наступает в порядке и на основаниях, которые предусмотрены законодательством РФ. Как можно заметить, санкции данных норм не закрепляют конкретных мер принуждения, а отсылают к нормативным правовым актам другой отраслевой принадлежности, в связи с чем их можно считать бланкетными.

В нормативных правовых актах органы социального обеспечения, как правило, напрямую не обозначены как обязанные субъекты, однако данное положение вытекает из природы социально-обеспечительных правоотношений, в которых управомоченным лицом является нуждающееся, а обязанным – государство, но так как в конкретных правоотношениях от имени государства выступают соответствующие органы соци-

ального обеспечения, то они также должны признаваться обязанными субъектами. Соответственно, за неисполнение своей обязанности по предоставлению социального обеспечения или ненадлежащее ее исполнение они должны нести ответственность, а их правовой статус необходимо изменить путем включения в него указания на эти органы как на обязанных субъектов. Необходимость введения института ответственности органов социального обеспечения обусловливается, с одной стороны, особым статусом нуждающихся лиц, для которых социально-обеспечительные предоставления зачастую являются единственным средством их существования, а с другой – участившимися случаями незаконного непредоставления отдельных видов социального обеспечения¹.

Как представляется, в отношении органов социального обеспечения возможно установление ответственности по аналогии с материальной ответственностью работодателя за задержку выплаты заработной платы², но только в форме процентов от невыплаченной суммы (стоимости неоказанной услуги, непредоставленного овеществленного вида социального обеспечения).

¹ Так, в 2006–2007 гг. в различных регионах России участниками ликвидаций радиационных катастроф проводились голодовки в качестве крайней меры защиты своих прав. К примеру, томскими «чернобыльцами» 12 сентября 2007 г. была объявлена голодовка; среди требований участвующих в ней выдвигались следующие: медицинское обслуживание граждан, подвергшихся воздействию радиации и членов их семей, их обеспечение жизненно важными лекарственными препаратами, распространение льгот по оплате жилищно-коммунальных услуг на членов семей «чернобыльцев», а также погашение задолженности федерального бюджета по выплатам за причиненный вред здоровью согласно исполнительным листам судебных решений, вступивших в законную силу более трех лет назад (*Васильева О.* Протест ликвидаторов [Электронный ресурс] // Каспаров.ру: интернет-газета Гарри Каспарова. Электрон. дан. [Б.м.], 2012. – URL: <http://www.kasparov.ru/material.php?id=46E7ACB2C287A> (дата обращения: 01.02.2013)).

² Примечателен тот факт, что ФСС РФ указал на возможность применения в отношении работодателей мер ответственности, предусмотренных ст. 236 ТК РФ и ст. 145.1 УК РФ, в случае невыплаты ими пособий (см.: *О выплате* органами ФСС РФ пособий застрахованным гражданам, не получающим их по вине недобросовестных работодателей [Электронный ресурс]: письмо Фонда социального страхования Российской Федерации от 7 марта 2012 г. № 15-07-11/12-2451. Документ опубликован не был // СПС «Консультант-Плюс». М., 2012. Доступ из локальной сети Науч. б-ки Том. гос. ун-та). Однако суды придерживаются иной позиции: они исходят из того, что в соответствии со ст. 236 ТК РФ работодатель обязан произвести выплаты процентов при нарушении выплат заработной платы, оплаты отпуска, выплат при увольнении и других выплат, но к таким выплатам не относятся пособия, поскольку данные денежные средства выплачиваются из средств Фонда социального страхования (см.: *Определение* Московского областного суда от 23 авг. 2011 г. по делу № 33-15354. Документ опубликован не был // СПС «КонсультантПлюс». М., 2012. Доступ из локальной сети Науч. б-ки Том. гос. ун-та). По нашему мнению, также необоснованно применение ст. 236 ТК РФ в случае невыплаты работодателем пособий, в связи с чем необходимым представляется закрепление аналогичного рода меры ответственности в нормах права социального обеспечения.

НИВЕЛИРОВАНИЕ ЦЕЛЕЙ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О «СЕВЕРНЫХ ЛЬГОТАХ»

С.А. Шулубина

В общем виде под льготами понимаются особые права и преимущества, предоставляемые той или иной категории работников в случаях, предусмотренных законодательством. Одни из них установлены в целях нейтрализации вредных производственных факторов на здоровье работающих, другие – для обеспечения притока трудоспособного населения в районы с неблагоприятными природно-климатическими условиями и закрепления в них кадров. Однако в некоторых случаях данные цели являются всего лишь декларацией.

В практических целях в государственном управлении широко используются концепты «Крайний Север» и «Местности, приравненные к районам Крайнего Севера». Понятие «Крайний Север» было узаконено с начала 30-х гг. XX в. В 1931 г. было принято постановление СНК РСФСР № 957 «О хозяйственном развитии районов Крайнего Севера», предусматривающее введение северных льгот в качестве необходимого условия индустриального развития Севера. Постановлением ВЦИК и СНК РСФСР 10 мая 1932 г. было утверждено положение о льготах лиц, работающих в районах Крайнего Севера РСФСР, а постановлениями СНК РСФСР от 26 октября 1932 г. и 29 января 1934 г. установлена территория, на которую распространялось действие льгот. При определении северных территорий важнейшим критерием стал этнический признак: расселение 26 малых народностей Севера. В последующие годы границы районирования территорий неоднократно уточнялись в связи с введением так называемых «северных льгот», надбавок к заработной плате и других компенсаций для работающих на «северах». Это было обусловлено уже социально-экономическими факторами, потребностью освоения северных территорий, привлечения рабочей силы.

В соответствии с современной типологией по условиям жизнедеятельности человека на Севере России используется интегральный показатель дискомфорта территорий (18 характе-

ристик). Наиболее значимым является природно-климатический фактор, учитывающий влияние на организм человека комплекса метеорологических воздействий. Главными критериями зонирования территории являются температура воздуха, влажность, атмосферное давление, солнечная (ультрафиолетовая) радиация, скорость ветра, нерегулярность дня и ночи. Путем балльного ранжирования выделяют три природные зоны: абсолютно дискомфортную, экстремально-дискомфортную, дискомфортную. Их общая площадь составляет 11,4 млн кв. км, или 66,7 % территории России – территории 27 субъектов РФ.

Система льгот, в частности, включает повышенную оплату труда с применением районных коэффициентов и процентных надбавок; предоставление дополнительных отпусков; компенсацию расходов на оплату стоимости проезда и провоза багажа к месту использования отпуска и обратно; компенсацию расходов, связанных с переездом.

Основа северных гарантий – повышенная оплата труда за счет применения надбавок и компенсаций к базовой тарифной ставке (окладу). Однако сегодня фактическая заработная плата на Севере с учетом районного коэффициента и надбавок оказалась равной заработной плате в регионах с благоприятными условиями проживания.

Что касается других льгот, то с 1 января 2005 г. их распределение было поставлено в прямую зависимость от бюджета, из которого они финансируются. Логика ясна: для того чтобы обеспечить взятые государством обязательства по обеспечению льгот, бюджеты одалживали необходимые средства у того же федерального бюджета до 2005 г., очевидно, что безвозвратно. Федеральный закон от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ возложил обязательства по планированию предстоящих расходов, связанных с предоставлением определенных преференций для «северян», на соответствующие бюджеты работодателей, и на работодателей небюджетных форм собственности. С этого времени слова «размер», «условия» и «порядок» стали ключевыми в решении вопроса об их предоставлении.

Очевидно, что возврат к полному государственному регулированию невозможен в данной сфере, но императивное установление основных, целеполагающих льгот необходимо.

КОНЦЕПЦИИ СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

Т.В. Яцученко

В теории права социального обеспечения в целом сложилось три концепции права социального обеспечения: концепция социальной алиментации, концепция нормированных социальных прав и концепция социально-обеспечительного обязательства. Неоднозначность позиций обусловлена тем, что при определении отраслевой принадлежности общественных отношений, образующих предмет права социального обеспечения, учеными используются разные системообразующие критерии предмета права социального обеспечения.

Представители первой концепции (Т.В. Иванкина, Г.В. Сулейманова, М.В. Филиппова и др.) в качестве системообразующего критерия отрасли выделяют алиментарный характер социально-обеспечительных отношений (социальное обеспечение предоставляется бесплатно или безэквивалентно).

Т.К. Миронова – автор концепции нормированных социальных прав, критикуя концепцию социальной алиментарности, справедливо отмечает, что критерий предоставления обеспечения с целью возмещения утраченного заработка (признак алиментарности) характеризует лишь часть отношений, регулируемых правом социального обеспечения, в связи с чем он не может признаваться критерием отрасли в целом¹. В качестве системообразующего критерия она предлагает использовать нормированные социальные права человека (в установленном государством объеме)². При этом представители названных концепций единодушны во мнении, что социально-обеспечительные отношения носят публично-правовой, имущественный и распределительный характер. Основаниями возникновения отношений выступают объективные социально значимые обстоятельства. Договорное регулирование социально-обеспечительных отношений нормами права социального обеспечения не предусмотрено. Кроме того, Т.К. Миронова в отличие от представителей концепции социальной алиментации обоснованно считает, что источник финансирования (средства бюджетов и внебюджетных фондов) не является существенным признаком, а свидетельствует лишь о рас-

¹ *Миронова Т.К.* Право социального обеспечения и современные тенденции правового регулирования отношений в сфере социальной защиты: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 41.

² Там же. С. 38–40.

пределительном характере отношений. С данным мнением следует согласиться, поскольку отдельные виды социального обеспечения частично предоставляются за счет средств работодателя.

М.В. Лушникова и А.М. Лушников¹ в отличие от представителей двух других концепций предлагают в предмет отрасли включать и отношения по добровольному дополнительному социальному обеспечению (добровольное медицинское страхование, благотворительность, добровольное пенсионное страхование и т.п.). Авторы полагают, что социальные блага сохраняют свой характер социального обеспечения независимо от того, в каком порядке они предоставляются и оплачиваются (за счет бюджетных, внебюджетных или частных средств). По мнению представителей данной концепции, определяющим интегрирующим признаком социально-обеспечительных отношений является их социально-обязательственный характер, поэтому социально-обеспечительные отношения носят не только публично-правовой, но и частноправовой характер. Анализируя предмет социально-обеспечительных отношений, авторы обоснованно отмечают, что его составляют не только материальные, но и нематериальные блага, в связи с чем отношения, образующие предмет отрасли, носят как имущественный, так и неимущественный характер.

Представляется, что социально-обеспечительные отношения носят публично-правовой, распределительный, имущественный и неимущественный характер. Основаниями возникновения отношений выступают объективные социально значимые обстоятельства, при наступлении которых уполномоченные государством лица обязаны предоставить материальные или нематериальные блага на условиях, в объеме (размере) и порядке предусмотренных в законодательстве.

¹ Лушникова М.В., Лушников А.М. Курс права социального обеспечения. 2-е изд., доп. М.: Юстицинформ, 2009. С. 492–511.

ПРИРОДОРЕСУРСНОЕ, ЗЕМЕЛЬНОЕ, ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ И СРАВНИТЕЛЬНО-ТРУДОВОЕ ПРАВО

ФОРМИРОВАНИЕ КОМИССИИ ПО РАССЛЕДОВАНИЮ ТРАВМ НА ПРОИЗВОДСТВЕ

А.А. Белинин

Для формирования большинства комиссий, в которых совместно должны работать представители работников и работодателей, законодатель заложил принцип паритета. Например, образование комиссий: по регулированию социально-трудовых отношений; по охране труда; по рассмотрению индивидуальных и коллективных трудовых споров (ст. 35, 218, 384, 402 ТК РФ). Такой подход не случаен. Члены комиссий отстаивают интересы субъектов, которых они представляют, а потому неравенства в исходном расположении сил быть не должно. Соблюдение принципа паритета представителей способствует объективности принимаемых решений, нивелирует властное преимущество работодателя.

Однако, регулируя отношения по формированию комиссии по расследованию несчастных случаев на производстве, законодатель, к сожалению, отошел от принципа паритета. Согласно ст. 229 ТК РФ, на работодателя возложена обязанность по созданию такой комиссии, и ему предоставлено право в значительной мере определять ее состав, включая неограниченное количество своих представителей. Постановлением Министерства труда и социального развития РФ от 24.10.2002 г. № 73 установлено, что во всех случаях состав комиссии должен состоять из нечетного числа членов. Важнейшие решения о квалификации несчастного случая по связи его с производством, о наличии или отсутствии вины пострадавшего в виде грубой неосторожности и о ее размере в процентах принимаются большинством голосов членов комиссии. В такой ситуации становятся уязвимыми права и интересы травмированного работника, которому как никогда требуются помощь и защита от властного работодателя, стремящегося избежать ответственности. При таком порядке создания комиссии не удается обеспечить объективной

защиты прав пострадавшего даже в тех случаях, когда в ее состав работодатель обязан включать не только своих представителей и представителей работников, но и иных представителей, определенных непосредственно законодателем. Так, из материалов дела № 2-1352/12 г., рассмотренного в Новоильинском районном суде г. Новокузнецка, можно сделать следующие выводы. Для расследования тяжелого несчастного случая, произошедшего с работником, приказом директора ООО «ИнвестСтрой» создана комиссия в составе: государственный инспектор труда (председатель); ведущий специалист отдела по труду Администрации города; зам. директора филиала Фонда социального страхования; технический инспектор труда отраслевого профсоюза; инженер по охране труда, юрист, представитель трудового коллектива ООО «ИнвестСтрой», причем не избранный, а назначенный директором вместо уполномоченного по охране труда; начальник отдела охраны труда организации, на территории которой выполнялись работы; гл. инженер организации, разрабатывавшей ПОР. Из материалов дела усматривается, что, реализуя свое право на формирование комиссии по расследованию несчастного случая, работодатель в ее состав помимо первых четырех членов, предусмотренных законом, включил пять членов по своему усмотрению, которые являются представителями юридического лица, чьи работники виновны в произошедшем несчастном случае.

Такой подход к формированию комиссии привел к тому, что вопросы о наличии или отсутствии вины пострадавшего в виде грубой неосторожности и определении ее в размере 75 процентов, были решены отдельным голосованием (пять против четырех) не в пользу работника. Последнему после выздоровления свои нарушенные права пришлось отстаивать в административном и судебном порядке. Аналогичные ситуации довольно часто возникают на практике. Поэтому принцип паритета необходимо занести в закон и при формировании комиссий по расследованию травм на производстве. В тех же случаях, когда голоса членов комиссии разделяются поровну и поэтому решение останется не принятым, следует установить правило, согласно которому материалы расследования передаются в Государственную инспекцию труда для принятия соответствующего заключения, которое может быть обжаловано в установленном порядке.

ЗАСТРОЙКА ЗЕМЕЛЬ КАК ПРАВОВАЯ КАТЕГОРИЯ

Е.С. Болтанова

«Застроить – занять постройками»¹. Сегодня термин «постройка» все чаще употребляется применительно к строениям временного характера, а «застройка» используется для обозначения земельного участка, на котором возведены объекты капитального строительства.

Застройка земель связана с процессом строительства. В ст. 1 Градостроительного кодекса РФ строительство определяется как создание зданий, строений, сооружений (в т.ч. на месте сносимых объектов капитального строительства). Хотя Градостроительный кодекс прямо не закрепляет, что в результате строительства создаются объекты, обладающие признаком капитальности (объекты недвижимого имущества), комплексное толкование норм градостроительного и гражданского законодательства позволяет сделать именно такой вывод. В процессе создания объектов капитального строительства не исключается размещение на земельных участках иных построек, не имеющих тесной связи с землей, определенной в ст. 130 ГК РФ (киосков, навесов, заборов, строительных вагончиков и т.п.).

В цивилистической литературе здания и сооружения определяются рукотворной недвижимостью, инженерно-строительными конструкциями, системами, объектами, возведенными в результате правомерно осуществленной строительной деятельности. Противоправная деятельность (осуществляемая в случае отсутствия права на земельный участок или разрешения на строительство и т.п.) приводит к созданию вещи, на которую не распространяются правила о зданиях и сооружениях (самовольная постройка)². «Водораздел» между этими двумя группами рукотворно возведенных объектов достаточно зыбкий. При соблюдении установленных в законодательстве процедуры и условий возможно признание права собственности на самовольно построенный объект и включение его в оборот на общих условиях. С другой стороны, при наличии определенных оснований введенное в эксплуатацию

¹ *Новый словарь иностранных слов*. Более 60 000 слов и выражений / гл. ред. В.В. Адамчик. М., 2009. С. 211.

² *Кузьмина И.Д.* Правовой режим зданий и сооружений как объектов недвижимости: дис. ... д-ра. юрид. наук. Томск, 2004.

здание, сооружение может быть в судебном порядке признано самовольной постройкой.

Зданием, сооружением объект признается после ввода его в эксплуатацию. До этого момента – это не завершенный строительством объект. Если не завершенный строительством объект имеет с конкретным земельным участком механическую связь, в силу которой невозможно перемещение объекта незавершенного строительства без несоразмерного ущерба, то он является недвижимым имуществом¹.

Среди объектов недвижимости в ст. 130 ГК РФ не названо строение. В то же время перечень данной статьи является открытым, и самовольную постройку законодатель в ст. 222 ГК РФ определяет как жилой дом, другое строение, сооружение и иное недвижимое имущество. Земельный и Градостроительный кодексы, Кодекс РФ об административных правонарушениях, ФЗ «Об охране окружающей среды» и некоторые иные нормативные правовые акты употребляют термин «строение» наряду со зданием, сооружением. С учетом положений действующего законодательства существуют сомнения в необходимости выделения в системе объектов недвижимости строений, поскольку отсутствуют юридически значимые критерии разграничения категорий «здание», «сооружение» и «строение», да и самостоятельным правовым режимом строения не обладают.

Строительству как особому виду деятельности, в результате которого создается объект недвижимости, свойственно последовательное выполнение ряда целенаправленных действий, определенный технологический процесс. В строительство включаются геологоразведочные, изыскательские, проектные, монтажные, строительные и подобные работы. Таким образом, процесс строительства довольно длителен по времени. Очевидно, что на подготовительных этапах строительства (планирование, проектирование зданий и сооружений, инженерно-геологические изыскания и т.п.) не может идти речь о застройке земельного участка и наличии «застроенного» земельного участка. Застройка земель – лишь часть строительной деятельности, заключающаяся в непосредственном создании недвижимого имущества. Кроме того, необходимо обратить внимание на то, что застройка земель имеет место не только при строительстве (возведении но-

¹ Объекты незавершенного строительства прямо поименованы недвижимым имуществом в ст. 130 ГК РФ, а также в иных нормативных правовых актах.

вых объектов недвижимости), но и при реконструкции существующих объектов капитального строительства. При этом застройка земель является способом изменения качественных и юридических характеристик земной поверхности и расположенных на ней (под ней) природных объектов.

Строительство и реконструкция являются самостоятельными видами градостроительной деятельности и разновидностями градостроительных отношений (см. ст. 1, 4 и др. ГК РФ). Реконструкцией объектов капитального строительства (за исключением линейных объектов) в частности признается изменение параметров объекта капитального строительства, его частей (высоты, количества этажей, площади, объема), в том числе надстройка, перестройка, расширение объекта капитального строительства. Застройка земель в результате реконструкции имеет место, например, при увеличении площади объекта недвижимости путем изменения его внешних границ. Очевидно, что, когда для реконструкции объекта необходим дополнительный (возможно, и незначительный по площади) земельный участок и в дальнейшем он становится занятым объектом недвижимости, речь идет о застройке земельного участка.

Анализ природоресурсного законодательства и фактически складывающихся отношений при создании таких объектов, как искусственные земельные участки, каналы, водохранилища, пруды позволяет сделать вывод о том, что здесь имеет место строительная деятельность и застройка земель. В то же время такие объекты признаются законодателем природными объектами. Налицо использование фикции искусственного уподобления и приравнивания (распространения правового режима). Данные объекты характеризуются тем, что фактом своего возникновения они *юридически* «вытесняют» из системы объектов собственно свое «вместилище»: соответственно водный объект или землю, земельный участок, видоизменяют их. Поскольку природный объект – объект, имеющий естественное происхождение, названная группа природных объектов занимает особое место и возможно обозначение таких объектов как «квазиприродные объекты»¹. Использование приставки «квази» позволяет обратить внимание на особую природу появления таких объектов, в некото-

¹ К квазиприродным относится и обводненный карьер, но в настоящей статье он не упоминается, поскольку такой объект появляется не в результате строительной деятельности, а в связи с естественным завершением процесса выработки и заполнения образовавшейся пустоты водой.

рых случаях – на специфику их эксплуатации. Каждый из квазиприродных объектов представляет собой искусственно созданную систему со сложившимся в течение определенного времени обменом веществ и энергией между живыми и неживыми ее элементами. На квазиприродный объект распространяется правовой режим природного объекта и вместилища компонентов природной среды, а также и рукотворного (искусственного) объекта.

Итак, *застройка земель* – общественное отношение, в рамках которого в результате целенаправленной человеческой деятельности соответствующая часть земной поверхности и расположенных на ней (под ней) природных объектов трансформируется в природно-искусственный объект путем создания или реконструкции рукотворной недвижимости либо в квазиприродный объект. В отдельных случаях преобразования в природно-искусственный объект не происходит, а имеет место изменения уже существующего квазиприродного объекта.

ПРОБЛЕМЫ РАЦИОНАЛЬНОГО ПРИРОДОПОЛЬЗОВАНИЯ

Т.А. Дедкова

Право пользования природными ресурсами и их участками – это основанная на законе возможность эксплуатации природных ресурсов, извлечения их полезных свойств ресурсопользователем.

В российском законодательстве закреплён принцип экологически обоснованного рационального использования природных ресурсов.

В общем виде юридическое содержание этого принципа раскрывается в нормах экологического права следующим образом: рациональное планирование и управление возобновляемыми и невозобновляемыми ресурсами государства в интересах нынешнего и будущих поколений; долгосрочное планирование деятельности ресурсопользования; оценка возможных последствий деятельности в пределах территории субъекта РФ, муниципального района, сохранение эксплуатируемых природных ресурсов на уровне, при котором обеспечивается их рациональное, восстанавливаемое использование; научно обоснованное управление живыми ресурсами.

Российская Федерация присоединилась к концепции устойчивого развития своей территории, под которой понимаются согласованные действия законодателя и практиков по выполнению требований законов устойчивости биосферы в пределах хозяйственной деятельности субъекта правоотношения и сохранения им экосистемы, с учетом установленных ограничений и запретов, вытекающих из законов. Россия взяла на себя также выполнение ряда международных договоров и соглашений, ею ратифицированных, и к соблюдению требований тезиса Африканской хартии прав человека и народов 1981 г. «О праве народов свободно распоряжаться своими естественными богатствами и ресурсами».

В качестве обоснованного рационального использования природных ресурсов Россия на своей территории должна положить конец потребительскому отношению к природным богатствам и разработать меры предупреждения и возмещения причиняемого вреда природным ресурсам страны нерациональным их использованием. Таким образом, на законодательном уровне должны быть урегулированы компенсационные функции имущественной, гражданско-правовой ответственности за причинение вреда природе, природным ресурсам, всей окружающей среде. Методики исчисления причиненного вреда, существующие в настоящее время, недостаточны и требуют пересмотра, а по некоторым природным ресурсам необходимо их разработать. Это в какой-то степени обяжет ресурсопользователя заниматься и восстановительными работами в рамках возобновляемости природного ресурса (леса, водного объекта, объектов животного и растительного мира).

Особенно хотелось бы отметить такой природный объект, как лес, который является специфичным природным ресурсом с крайне медленными темпами возобновления, и рассмотреть проблемы рационального его использования:

– неурегулированность на законодательном уровне требований к лесопользователю о предотвращении, снижении и уничтожении возможных вредных последствий от его, например, лесозаготовительной деятельности;

– установление мер воздействия на тех лесопользователей, которые не занимаются восстановительными работами (рекультивационные работы).

Исполнительные органы власти обязаны прогнозировать изменения природных объектов от хозяйственной деятельности, созда-

вать природопользователям необходимые условия для максимального воспроизводства, восстановления водных, лесных объектов и недопущения их истощения.

Необходимо начать проведение комплекса мероприятий, направленных на возрождение естественных растительных ресурсов в бывших объемах и качестве, а также приобретение естественных растительных ресурсов в прежде естественно существовавшем количестве (например, лесовосстановление, реинтродукция растений, уход за насаждениями).

ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА НА ДОСТОЙНУЮ ЖИЗНЬ

А.С. Кашлакова

Достоинство как понятие, относящееся к личности человека, к его субъективной сфере, не имеет четкого определения. Согласно постановлению Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000 г. достоинство – неотъемлемое свойство человека как высшей ценности, составляющее основу признания и уважения всех его прав и свобод и принадлежащее ему независимо от того, как он сам и окружающие воспринимают и оценивают его личность¹. Исходя из текста международно-правовых документов, а также положений теории права *достоинство личности является основой построения права*. Так, например, в преамбуле Всеобщей декларации прав человека 1948 г. закреплено, что признание достоинства, присущего всем членам человеческой семьи, и равных и неотъемлемых прав их является основой свободы, справедливости и всеобщего мира. Все люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах (ст. 1)².

Согласно ст. 21 Конституции РФ достоинство личности охраняется государством. Ничто не может быть основанием для его умаления. Статья 7, провозгласив Российскую Федерацию социальным государством, содержит понятия *достойная жизнь* и *свободное развитие человека*.

¹ Вестник Конституционного Суда РФ. 2000. №5.

² Международные документы по правам человека. Франкфурт-на-Майне: Международное общество прав человека, 1990. С. 14.

Одной из сфер реализации права на достойную жизнь является трудовая сфера, с которой изначально связывалось обеспечение этого права. Объективные предпосылки для осознания и формулирования права на достойную жизнь (существование) складываются к кон. XIX – нач. XX в. Первым обратил внимание на эту категорию В.С. Соловьев¹. Вслед за ним вопросы права достойной жизни (существования) в своих работах анализировали Б.А. Кистяковский², И.А. Покровский и П.И. Новгородцев³. Они рассматривали право на достойное существование в связи с защитой прав трудящихся. Следствием реализации этого права видели разработку законодательства о рабочих.

Трудовое право, таким образом, является одним из важнейших направлений реализации права каждого человека на достойную жизнь, что закреплено и в Программе «Достойного труда»⁴. В то же время целью разработки концепции достойного труда является обеспечение права каждого работника на достойную жизнь. Основа концепции достойного труда состоит в обязательствах МОТ способствовать принятию программ, имеющих целью занятость трудящихся на таких работах, где они могут получить удовлетворение, проявляя в полной мере свое мастерство и навыки и внести наибольший вклад в общее благосостояние⁵.

В ТК РФ термин «достоинство» применен в ст. 2 «основные принципы правового регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений», среди которых принципы: обеспечение права каждого работника на своевременную и в полном размере выплату справедливой заработной платы, обеспечивающей *достойное человека существование* для него самого и его семьи, и не ниже установленного федеральным законом минимального размера оплаты труда; обеспечение права работников на защиту своего *достоинства* в период трудовой деятельности.

¹ Соловьев В.С. Сочинения: в 2 т. Т. 1: Философская публицистика. М.: Правда, 1989. С. 264.

² Кистяковский Б.А. Философия и социология права. СПб.: РХГИ, 1998. С. 240–247.

³ Новгородцев П.И. Сочинения. М.: Раритет, 1995. С. 321–327.

⁴ Достойный труд: Доклад Генерального директора. МБТ. Женева, 1999. С. 5.

⁵ Сократить дефицит достойного труда. Глобальный вызов: Доклад Генерального директора. МБТ. Женева, 2001. С. 7–8.

О РОЛИ ГИПОТЕЗ В НАУКЕ ТРУДОВОГО ПРАВА

В.М. Лебедев

1. Наука – это определенная совокупность знаний, упорядоченная согласно некоторым принципам; реальная связь истинных суждений, предположений (гипотез, теорий)¹. Правовые науки – разновидность так называемых частных наук. Каждая из них включает в себя систему гипотез и фактов, подтверждающих либо ставящих ее под сомнение.

Гипотеза – обычно хорошо продуманное предположение, выраженное в форме научных понятий, которое «должно в определенном месте восполнить пробелы эмпирического познания или связать различные эмпирические знания в единое целое либо дать предварительное объяснение факту или группе фактов»².

Гипотеза в юриспруденции имеет право на применение (использование) до тех пор, пока не противоречит достоверным фактам, нормотворческой либо правоприменительной практике. В противном случае она превращается в фикцию, т.е. в выдумку, вымысел (*fictio*), которая рано или поздно исключается из научного оборота.

2. Ученый юрист, исследуя ту или иную гипотезу, обычно пытается найти доказательства, подтверждающие правомерность гипотезы, либо выявить ее непригодность для объяснения определенных правовых явлений. Можно отметить и иную, пограничную цель правовых исследований – образно говоря, попытку «латания дыр» на обносившихся со временем одеждах гипотезы: внесение в текст нормативно-правовых актов уточняющих формулировок либо исключение из их содержания отдельных статей, пунктов, частей слов, предложений, знаков препинания, которые не всегда согласуются с догмами теории, отдельной гипотезы. Таков обычно подход ученых, исповедующих нормативистскую теорию трудового права, что можно проиллюстрировать анализом рекомендаций, формируемых в кандидатских диссертациях.

3. В юридических науках наиболее распространенными гипотезами являются те, которые позволяют определить право, выделить ту или иную его отрасль, обосновать ее самостоятельность и отличие от других, смежных. К ним можно отнести гипотезы, формирующие

¹ *Философский энциклопедический словарь*. М.: ИНФРА-М, 2007. С. 288.

² Там же. С. 107.

понятие права, роль предмета и метода в выделении отдельных отраслей права, источники (нормативные правовые акты), систему отрасли, значение технологического процесса в программировании должного поведения участников совместного наемного труда и др. В науке трудового права истинность, достоверность этих общетеоретических гипотез подвергается обоснованному сомнению.

4. В настоящее время нельзя использовать метод как своеобразный критерий для выделения отрасли трудового права из системы российского права¹.

Не может выступать в качестве системообразующего фактора при разграничении отраслей права и предмет правового регулирования. В соответствии со ст. 1 ТК РФ предметом трудового права являются трудовые отношения и иные непосредственно связанные с ними отношения, которые регулируются нормами и других отраслей российского права. Организация труда, управление трудом, разрешение трудовых споров, некоторые трудовые отношения могут быть предметом регулирования административного, гражданского и гражданско-процессуального права. Как известно, трудовые отношения опосредуются договорами подряда на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ, возмездное оказание услуг.

В качестве системообразующего фактора для разграничения отраслей системы российского трудового права можно более эффективно использовать такой системообразующий фактор, как субъектный состав, т.е. субъектный критерий. Так, субъектом трудового права является физическое лицо: а) заключившее трудовой договор с работодателем; б) включенное приказом либо распоряжением работодателя в состав производственного коллектива организации; в) подчиняющееся правилам внутреннего трудового распорядка организации (соблюдающее режим труда и отдыха, приказы и распоряжения работодателя, т.е. работающее под его контролем); г) лично выполняющее порученную ему работу (трудовую функцию) с использованием средств производства, как правило, принадлежащих работодателю; д) получающее вознаграждение за труд в размере

¹ Н.Г. Александров еще в 1958 г. писал, что не метод, а предмет правового регулирования «служит основным (если не единственным) признаком, отличающим одну отрасль права от другой» (*Александров Н.Г. О месте трудового и колхозного права в системе советского социалистического права // Советское государство и право. 1958. № 5*). См. также: *Трудовое право России / под ред. С.Л. Маврина и Е.Б. Хохлова. М.: Юрист, 2002. С. 560; Вестник Том. гос. ун-та. Право. 2011. № 1. С. 26–28.*

и сроки, установленные локальными нормативными актами, коллективным договором.

Используя предложенный критерий, можно достаточно быстро отграничить трудовое правоотношение от смежных, сделать вывод, что оно является результатом действия именно норм трудового права, а не смежных отраслей.

5. В настоящее время уже нельзя определять трудовое право без учета нормативной власти работодателя и существенной роли в регулировании трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений локальных нормативных правовых актов (ст. 8 ТК РФ). На уровне организации федеральные законы и иные нормативные правовые акты Российской Федерации, ее субъектов, содержащие нормы трудового права, непосредственно регулируют трудовые и иные тесно связанные с ними отношения только в тех организациях и тогда, где и когда они не урегулированы локальными нормативными актами, коллективным договором, соглашениями.

Следовательно, трудовое право – это вид социальных норм, система установленных либо санкционированных государством или работодателем правил, обеспеченных государственным принуждением либо хозяйской властью и регулирующих социально значимые отношения в процессе применения наемного труда.

6. Нуждается в уточнении гипотеза об источниках трудового права. В российском праве, правоприменительной практике господствовало мнение о том, что источником права, в том числе и трудового, являются нормативные правовые акты. На этом основывалась нормативистская теория права. Многие ошибки законодателя, неэффективность принятых законов объясняются игнорированием общеизвестных социологических законов. Социологическая школа трудового права позволяет избежать либо по крайней мере нивелировать недостатки нормативистов. В литературе предложено различать три источника и три составных части социологической школы трудового права¹.

Первый источник – это трудовые отношения, составляющие предмет социологической школы трудового права. Его следует анализировать с позиций теории систем. Любой вид общественных отношений, в том числе и социально-трудовых, реально существующий в действительности, представляет собой уже сложившуюся со-

¹ *Трудовое право*. М.: Норма, ИНФРА-М, 2011. С. 41–42; *Вестник Том. гос. ун-та. Право*. 2011. № 1. С. 34–35.

циальную систему, которая возникает, существует, развивается и отмирает по присущим ей внутренним законам.

Эти внутренние закономерности жизнедеятельности социально-трудовых отношений познаваемы. Их изучение – первая составная часть социологической школы трудового права. Вмешиваться в функционирование любой социально-трудовой системы, не познав объективные законы, логику ее развития, – достаточно рискованное занятие для законодателя, любого другого нормотворческого органа.

Второй источник социологической школы трудового права составляют правовые идеи, касающиеся изучаемой системы социально-трудовых отношений, проекты нормативных правовых актов, отдельных норм, направленных на урегулирование этой системы путем стимулирования (поддержки) законов ее внутреннего развития, ограничения сферы их действия.

Вторая составная часть социологической школы трудового права – принятие нормотворческим органом правовых норм (нормативных правовых актов), регулирующих жизнедеятельность определенной системы социально-трудовых отношений.

Третий источник социологической школы трудового права составляет практика применения вновь принятых норм трудового права, их апробация правоприменительными органами.

Изучение методом трудового права логики эффективности вновь принятых норм трудового права, их воздействия на функционирование определенной системы социально-трудовых отношений и их совместимость с внутренними законами развития этой системы – важнейшая составная часть социологической теории трудового права.

СТИМУЛИРОВАНИЕ КАЧЕСТВА РАБОТЫ В ОРГАНИЗАЦИИ

Н.Н. Ломовских

Качество работы по трудовому праву – это обеспеченное работодателем соответствие трудовых действий (бездействия) наемного работника, первичного производственного коллектива действующим в организации технологическим нормам. Каждое трудовое действие (бездействие) программируется работодателем в локальных нормативных правовых актах (инструкциях, технологических регламентах, операционных листах, картах эскизов, ведомостях материалов и обо-

рудования и др.). Чтобы побудить работника выполнять требования документов технологического процесса, работодатель наряду с другими способами обеспечения его должного поведения (принуждение, убеждение) использует возможности стимулирования.

Меры стимулирования находят закрепление в законе, в локальных нормативных правовых актах. Результаты социологического исследования, проведенного на предприятиях Западной Сибири, показали, что 70 % работников считают основной причиной выпуска некачественной продукции «отсутствие соответствующих мер стимулирования работника». Это свидетельствует о том, что работодатель не всегда эффективно использует возможности метода поощрения в целях обеспечения качества работы.

Используя стимулирующие возможности премиальной формы оплаты труда, работодатель в локальных нормативных актах формирует качественные показатели премирования. Так, в Положении о премировании ОАО «Завод Универсал» (г. Новокузнецк) для мастера участка асфальтирования и упаковки труб – это «отсутствие претензий по качеству покрытия краской фасонных частей, кронштейнов». Для начальника товарно-перевалочного участка – «отсутствие обоснованных претензий от потребителей на отгружаемую продукцию». В ООО «Осинниковский ремонтно-механический завод» (г. Осинники) работникам всех производственных участков премии начисляются при выполнении такого показателя, как «отсутствие претензий на качество выполняемых работ».

Эти показатели обычно отражают качество конечного результата труда и непосредственно не учитывают качество процесса трудовой деятельности наемного работника. В положениях о премировании ряда организаций включаются показатели, оценивающие и качество работы. Так, в ОАО «КузбассПромСервис» (г. Новокузнецк) закреплён показатель премирования «наличие не более 10 % отрицательных отметок мастера ОТК в журнале операционного контроля за учетный период».

Определяя в локальных нормативных правовых актах порядок выплаты вознаграждения по итогам работы за год, работодатель устанавливает размер вознаграждения с учетом качества результатов работы трудящегося. Так, на основании Положения о премировании ООО «Новокузнецкий ДСК» специалистам и служащим, которые полностью отработали календарный год (с 01 января по 31 декабря), своевременно и качественно выполняли свои должностные обязанности, выплачивается вознаграждение в размере одного должностного оклада.

Стимулирование качества труда осуществляется и путем применения единовременного поощрения работника, в том числе материального, за выработку продукции особого качества, успешно реализованные предложения по совершенствованию технологического процесса, способствующие качеству труда других работников. Такие показатели премирования закреплены, например, в положениях о премировании ОАО «Завод Универсал» (г. Новокузнецк), ОАО «Завод Гидромаш» (г. Новокузнецк), ЗАО «Новосибирскспродмаш».

Поощрение может быть основано не только на материальной, но и на моральной заинтересованности трудящегося. Оно реализуется посредством публичного одобрения работодателем качественного выполнения работником своей трудовой функции (объявление благодарности, награждение почетной грамотой, признание лучшим по профессии и др.).

НОРМЫ ОБ ОСОБЕННОСТЯХ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ТРУДА РУКОВОДЯЩИХ СЛУЖАЩИХ В СИСТЕМЕ ТРУДОВОГО ПРАВА ГЕРМАНИИ

В.Г. Мельникова

По трудовому законодательству Германии правовое положение руководящих служащих имеет некоторые особенности. Для целей разных законов понятие руководящих служащих несколько отличается. Поскольку он является работником, на него, по общему правилу, распространяются защитные нормы трудового законодательства. Его особое положение обусловлено тем, что, являясь наемным работником, он в силу своего положения, полностью или преимущественно выполняет функции работодателя, такие как планирование персонала, прием и увольнение работников. Руководящим служащим признается тот, кто на основании трудового договора или по должности (положению) на предприятии или в организации: уполномочен самостоятельно принимать решения о приеме на работу или об увольнении работников предприятия или подразделения; имеет генеральную доверенность или полномочие действовать от имени организации; регулярно выполняет иные задачи, которые имеют значение для положения и развития организации или предприятия

и выполнение которых требует особых знаний и опыта, если он при этом принимает существенные решения преимущественно самостоятельно или существенно влияет на их принятие; что может быть обусловлено его функциями на основе правовых норм, планов или директив, а также обусловлено его совместной работой с другими руководящими служащими (§ 5 абз. 3 Закона о статусе предприятий – BetrVG).

Ключевым признаком является участие в управлении организацией при наличии собственной компетенции. В частности: руководящий служащий должен действительно выполнять указанные функции на основании трудового договора или в силу его положения в организации.

К данной категории относятся лица, которые действительно принимают решение о приеме на работу либо об увольнении и подписывают трудовой договор или приказ об увольнении.

Наиболее отчетливо особенности положения руководящих служащих прослеживаются в Коллективном трудовом праве Германии. Так, они фактически изъяты из сферы действия Закона о статусе предприятий, определяющего порядок создания производственных советов для представительства интересов работников. Для руководящих служащих создается самостоятельный представительный орган – Комитет представителей (Sprecherausschuss), наделенный существенно меньшими правами, чем производственный совет. Его статус регламентируется специальным законом «О комитетах представителей» (Sprecherausschussgesetz).

В рамках индивидуального трудового права также нашли закрепление особенности регулирования труда руководящих служащих. Так, на них не распространяются ограничения рабочего времени, предусмотренные Законом о рабочем времени (§18 I ArbG), также руководящие служащие в меньшей степени, чем обычные работники, пользуются мерами правовой защиты при увольнениях.

В настоящее время в немецкой юридической литературе развернулась дискуссия по вопросу о том, должны ли распространяться на руководящих служащих нормы, ограничивающие ответственность работников перед работодателем. Обоснованность применения ограниченной ответственности ставится под сомнение в связи с тем, что руководящие служащие сами в отличие от

обычных работников определяют организацию труда и управляют производственными рисками¹.

Таким образом, анализ норм немецкого законодательства об особенностях регулирования труда руководящих служащих позволяет сделать вывод о наличии в немецком трудовом праве относительно самостоятельного правового института.

СПОСОБЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ДИСЦИПЛИНЫ ТРУДА В США

Р.Р. Назметдинов

Под дисциплиной (*discipline*) в США понимаются формально определенные дисциплинарные взыскания или отрицательные последствия для работника, предназначенные для корректировки его неприемлемого поведения, негативно сказывающегося на эффективности деятельности².

Работодателю в Соединенных Штатах предоставлены достаточно широкие полномочия по определению видов и способов обеспечения дисциплины труда, поскольку на федеральном уровне (в Кодексе законов США и Кодексе федеральных нормативных актов) не нашли закрепления перечни поощрений и дисциплинарных взысканий. Положения о дисциплинарной ответственности принимаются на региональном (на уровне штатов) и локальном уровне (как правило, в коллективных договорах).

Американские ученые делают акцент на использовании метода убеждения, выработке у работника самодисциплины (*self-discipline*), при которой он показывает наилучшие результаты, высокую производительность труда. Создание на рабочем месте атмосферы страха неэффективно, поскольку работники не проявляют инициативу³. Хотя на практике работодатели чаще всего используют метод принуждения.

Американские исследователи придерживаются прогрессивного дисциплинарного подхода (*progressive disciplinary approach*), в соот-

¹ *Erfurter Kommentarzum Arbeitsrecht*. Verlag C.H. Muenchen, 2005. S. 1406.

² *Neil A.G. McPhie*. *Alternative Discipline : Creative Solutions for Agencies to Effectively Address Employee Misconduct: A Report to the President and the Congress of the United States* by the U.S. Merit Systems Protection Board. Washington, 2008. P. 3.

³ *Rosalind Schwarts, Erin-Aine Miller, John A. Spitz*. *Employee discipline*. California: Institute of Industrial relations, 1981. P. 5–9.

ветствии с которым серьезные проступки (в том числе неоднократные нарушения) влекут за собой более суровую ответственность¹.

Анализ американской литературы, локальных нормативно-правовых актов позволяет выделить следующие виды дисциплинарных взысканий: 1) доведение до сведения работника существующих у работодателя правил (*communication of the standard*); 2) неодобрение / порицание (*disapproval*); 3) устное предупреждение (*verbal warning*); 4) письменное предупреждение (*written warning*), 5) временное отстранение от работы (*suspension*); 6) увольнение (*termination*)².

Наиболее распространена следующая процедура привлечения к дисциплинарной ответственности: 1. Выявление проступка. 2. Проведение расследования (если совершенное действие не относится к дисциплинарному проступку, то расследование не проводится). 3. Уведомление работника о начале расследования. 4. Получение от работника письменных пояснений (возражений). 5. Рассмотрение всех собранных доказательств (включая письменные пояснения работника). 6. Определение достаточности собранных доказательств для привлечения работника к ответственности (если необходимые доказательства не собраны, то работник предупреждается о прекращении дальнейшего расследования). 7. Выбор соответствующего дисциплинарного взыскания. 8. Уведомление о принятом решении (о наложении дисциплинарного взыскания с разъяснением порядка его обжалования)³. Работник, в отношении которого начато дисциплинарное производство, вправе привлечь свидетелей для подтверждения своей позиции в следующих случаях: 1) когда работника обвиняют в проступке, которого он не совершал; 2) если работодатель ведет себя неэтично; 3) если работодатель может оказать психическое давление⁴.

Американский подход к дисциплинарной ответственности схож с российским. Однако отсутствие законодательно определенного порядка привлечения к дисциплинарной ответственности, а также видов дисциплинарных взысканий нередко порождает злоупотреб-

¹ *Rosenberg H., Carkner R.* Ag Help Wanted: Guidelines for Managing Agricultural Labor. Western Farm Management Extension Committee. 2002. P. 202.

² *Gregorio Billkopf.* Labor Management in Agriculture : Cultivating Personal Productivity. California : University of California, 2003. P. 177.

³ *Neil A.G. McPhie.* Op. cit. P. 4.

⁴ *NLRB v. WEINGARTEN, INC.*, 420 U.S. 251 (1975) [Electronic resource]: University of Hawai'i, Center for Labor Education & Research. – URL: <http://clear.uhwo.hawaii.edu/weindecis.html> (access date: 02.02.2013).

ления со стороны работодателя. Он может налагать на работника дисциплинарные взыскания без учета тяжести совершенного проступка, что не отвечает интересам наемных работников.

ПРОЦЕДУРА ПРИЕМА НА РАБОТУ В ТРУДОВОМ ПРАВЕ ВЕЛИКОБРИТАНИИ

Т.С. Насалевич

Основными этапами приема на работу в Великобритании обычно являются: опубликование объявления о наличии вакансии, ознакомление с резюме кандидата на занятие должности, его рекомендациями с предыдущего места работы, проведение собеседования, тестирование, предложение о работе и принятие такого предложения¹. Законодательно процедура найма закреплена в Трудовом практическом кодексе охраны информации (Employment Practices Data Protection Code). Поскольку прием на работу является правом, а не обязанностью работодателя, на каждом из этапов соискателю может быть отказано. Исключения составляют случаи отказа в приеме на работу по дискриминационным основаниям, в том числе по признаку пола (Sex Discriminations Act 1975), расы (Race Relations Act 1976), ограниченности физических возможностей (Disability Discrimination Act 1995), наличия судимости (Rehabilitation of Offenders Act 1974), сексуальной ориентации (Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003), отношения к религии (Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003)².

На практике некоторые работодатели требуют от работников прохождения медицинских осмотров, заполнения анкет, позволяющих оценить состояние их здоровья перед приемом на работу. В этом случае предложение о приеме на работу возможно только в случае положительного заключения о состоянии его здоровья. В настоящее время в связи с принятием Закона о равенстве возможностей 2010 г. возможность использования работодателем анкет с вопросами о состоянии

¹ См.: *Pitt G. Employment Law*. 8th ed. London, 2011. P. 117.

² В настоящее время положения данных законов консолидированы в Законе о равенстве возможностей 2010 г. (Employment Equality Act 2010). Основания, воспринимаемые законодателем в качестве дискриминационных, получили в нем наименование защищенных характеристик. Помимо ранее перечисленных к ним также относится трансгендерность, семейное положение, состояние беременности, наличие детей.

здоровья кандидата на занятие вакантной должности ограничена. Так, в соответствии со ст. 60 данного закона не допускается использование подобных анкет до этапа предложения о работе. Исключения составляют случаи, когда работодателю необходимо выяснить, может ли кандидат с ограниченными возможностями далее участвовать в процессе отбора, либо определить способность претендента к выполнению определенных трудовых обязанностей. В случае проведения опроса о состоянии здоровья до предложения о работе судебные органы, как правило, приходят к выводу о том, что отказ в приеме на работу обусловлен дискриминационными причинами. Если опрос проведен после предложения о работе, в него могут быть внесены соответствующие изменения либо оно может быть отозвано при условии надлежащего обоснования причин.

По общему правилу, если предложение о работе нанимающимся принято, то ни одна из сторон не вправе изменить или отозвать его. Так, в деле *Sarkerv South Tees Acute Hospitals NHST rust (1997)*¹ Апелляционный трибунал по трудовым спорам (*Employment Appeal Tribunal*) пришел к выводу, что отзыв работодателем принятого работником предложения о работе накануне даты ее начала свидетельствует о прекращении трудовых отношений в нарушение условий заключенного между сторонами трудового договора.

Отказ в приеме на работу в Великобритании не требует от работодателя указания причин, хотя отдельные категории работников (например, беременные женщины) имеют право на получение причин отказа в письменном виде². Однако при возникновении спора относительно причин отказа в приеме на работу судебные органы могут принять во внимание аудио- или видеозапись собеседования, которую работодатель обязан хранить в течение 6 месяцев с даты его проведения. В течение этого периода кандидат, которому было отказано в приеме на работу, может обратиться к работодателю с требованием о предоставлении ему копии данной записи, которая обычно используется в суде в качестве основного доказательства незаконного отказа в приеме на работу³.

¹ *Sarker v South Tees Acute Hospitals NHS Trust (1997) IRLR 328.*

² *Климов П.В. Трудовой договор в Англии: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 82.*

³ См.: *Трудовой практический кодекс охраны информации. Ч. 1: Методы приема на работу (Employment Practices Data Protection Code. Pt. 1: Recruitment and Selection); Закон о защите персональных данных 1998 года (Data Protection Act 1998).*

ВНУТРЕННИЙ ТРУДОВОЙ РАСПОРЯДОК ОРГАНИЗАЦИИ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ ГЕРМАНИИ

Т.М. Пономарева

Понятие внутреннего трудового распорядка включает два элемента: первый – наличие требований должного поведения, разработанных или опосредованных работодателем, его представителями в локальных нормативных правовых актах. Второй – подчинение наемных работников хозяйской власти, сформулировавшей эти требования. Внутренний трудовой распорядок как требование, адресованное участнику совместного наемного труда, нашедшее закрепление в норме трудового права, предполагает прежде всего его добровольное соблюдение работником.

В зарубежных странах, в частности в ФРГ, преобладает так называемый нормативный подход к внутреннему трудовому распорядку. При отсутствии кодифицированного трудового законодательства и большой роли коллективно-договорного регулирования сложно говорить о легальных дефинициях.

Требования к должному поведению немецких работников закрепляются в коллективных договорах и правилах внутреннего трудового распорядка. Казалось бы, проблем с подчинением, соблюдением установленных правил в ФРГ быть не должно в силу национальных традиций. Немецкое качество труда – это важный экономический ресурс, мастерство, квалифицированность, находчивость, честь и предмет гордости немцев. Стереотип, что немецкие работники всегда работают хорошо, во многом оправдан, он не терял своей актуальности, судя по исследованиям немецкого историка повседневности А. Людтке на различных этапах развития Германии¹. Понятия чести труда – уважение к себе и другим, трудовой этики и хорошей работы традиционно являются значимыми ценностями для немцев.

С начала 90-х гг. прошлого века ценностные ориентиры претерпели изменения. В частности установки на послушание и лояльность утратили свою прежнюю значимость, работники все больше сосредоточиваются на саморазвитии и выбирают независимость, творче-

¹ Людтке А. Рабочие в Восточной и Западной Германии «качественная немецкая работа» в период с 1950 по 1990-е гг. // Людтке А. История повседневности в Германии. Новые подходы к изучению труда, войны и власти. М.: РОССПЭН, 2010. С. 246–257.

ство взамен субординации. Опрошенные немцы до 30 лет показали, что нацеленность на достижения и «работу с приятными людьми» для них важнее стабильности и высокого дохода¹.

Можно констатировать формирование в ФРГ института «обеспечение трудового распорядка на производстве». Он включает регулирование дисциплины труда и обеспечение комфортной психологической обстановки для работников на производстве. Среди дисциплинарных наказаний как мера взыскания за нарушение внутреннего трудового распорядка в Германии регламентирован штраф. Использование штрафов в качестве меры наказания допускается лишь при наличии двух условий: ограничение максимальных размеров; направление сумм, взысканных в виде штрафов, в фонды трудового коллектива или на благотворительные цели.

Обеспечение комфортной психологической обстановки для работников на производстве является важной частью немецких правил внутреннего распорядка. Использование средств и инструментов трудового права для обеспечения благоприятного психологического климата на производстве – это новое направление в правовом регулировании труда, которое в настоящее время лишь только формируется в России. Прежде всего, эти вопросы решаются за счет норм субординации и координации, которые призваны гуманизировать трудовые отношения, улучшить психологическую обстановку на производстве, повысить качество трудовой жизни.

В ФРГ запрещено вывешивать на досках объявлений приказы о взысканиях, содержащие фамилии работников и характер их нарушений. Данное правило следовало бы заимствовать Российской Федерации, поскольку оно не только отражает необходимость создания благоприятного психологического климата, но и право работников на защиту персональных данных.

ПОНЯТИЕ ТРУДОВОЙ СДЕЛКИ

О.Н. Пустовая

В отечественной литературе вопросам исследования родового понятия, объединяющего договоры в сфере трудового права, уделяется большое внимание.

¹ *Broke A. Familie – Arbeit – Freizeit. Hamburg, 2003. S. 154–161.*

Первым отечественным автором, обратившим внимание на необходимость разработки родового понятия, объединяющего сделки, предметом которых является труд, стал Л.С. Таль. Он предлагал рассматривать понятие «трудовой договор» в двух смыслах: в тесном смысле, как «тип трудовых отношений, вытекающих из подчинения рабочей силы одного человека целям и власти другого»¹ (договор о служебном труде или трудовой договор). И в широком смысле, как родовое понятие, объединяющее сделки, в которых обещание работы составляет логически необходимый элемент. Преобладающим типом трудовых сделок является трудовой договор.

Значение разработки родового понятия «трудовой договор», по мнению Л.С. Таля, носит двоякое значение: во-первых, это позволит каждой группе трудовых сделок определить общие признаки, отделяющие их от имущественных сделок. Во-вторых, даст возможность более глубокого познания экономической сущности договоров, предметом которых является труд (ведь их сущность не исчерпывается обменом работы на деньги и не может быть приравнена к любому другому объекту гражданского оборота).

В.М. Гордон справедливо отмечал, что «с выражением «трудовой договор» уже долгое время связывалось представление об общем понятии трудовой сделки, охватывающей массу определенных видов»².

А.М. Лушников, М.Н. Лушникова в качестве родового понятия, объединяющего все договоры в сфере социально-трудовых отношений, предлагают термин «договоры о труде» либо «трудоправовые обязательства», учение о которых в литературе еще не разработано. Такое родовое понятие включает в себя трудовой договор и иные договоры о труде между работником и работодателем, коллективные договоры и соглашения³.

Названные авторы в классификации юридических фактов в трудовом праве юридические акты подразделяют на односторонние акты и договоры о труде. Выделение сделки (в том числе и односторонней) как вида юридических фактов в трудовом праве считают нецелесообразным.

Процесс труда рассматривается ими как непрерывная цепь договоров о труде и односторонних актов реализации прав и обязанностей.

¹ Таль Л.С. Трудовой договор. Цивилистическое исследование. М.: Статут, 2006. С. 52.

² Гордон В.М. К учению о трудовых договорах (Литературное обозрение). СПб., 1914. С. 4.

³ Лушников А.М., Лушникова М.В. Курс трудового права. М.: Проспект, 2006. Т. 1. С. 754.

Предлагаемый термин «договоры о труде» не может выступать в качестве родового понятия по следующим основаниям: во-первых, он не охватывает все договоры (соглашения) в трудовом праве (вряд ли коллективный договор, соглашение можно назвать договором, предметом которого является труд). Во-вторых, договор о труде предполагает возмездный характер, однако не все договорные конструкции в трудовом праве имеют возмездный характер.

В.М. Лебедев в качестве родового понятия предлагает термин «трудовая сделка». Под трудовой сделкой понимается «юридически значимое, мотивированное выражение взаимосогласованной воли субъектами трудового права, непосредственно направленное на установление, изменение или прекращение правовых отношений в сфере зависимого, неединоличного труда»¹. К односторонним сделкам В.М. Лебедев относит перевод на другую работу в случае производственной необходимости, отстранение от работы лиц, явившихся на работу в нетрезвом виде. Процесс труда рассматривается как непрерывная цепь (система) сделок.

Н.И. Дивеева отмечает, что «не все изменения в системе правового регулирования социально-трудовых отношений в новых условиях можно объяснить с позиции общепринятого в науке трудового права понимания договора»². Под трудовой сделкой она понимает «правомерное юридическое действие субъектов трудового права, направленное на возникновение, изменение и прекращение прав и обязанностей в сфере социально-трудовых отношений»³. К числу односторонних сделок Н.И. Дивеева относит расторжение трудового договора по инициативе работника/работодателя.

Необходимость разработки понятия «трудовые сделки» обусловлена несколькими факторами. Во-первых, появлением в методе трудового права диспозитивных (рекомендательных) начал наряду с императивными. При этом расширение договорной свободы в трудовом праве не должно восприниматься как расширение сферы действия гражданского права. Речь идет «...не о заимствовании, даже критическом, гражданско-правовых конструкций, а об их адаптации с существенными изменениями к трудовым

¹ *Лебедев В.М.* Сделки в трудовом праве // Состояние и проблемы развития законодательства: сб. статей. Томск, 1998. С. 143.

² *Дивеева Н.И.* Роль договора в трудовом праве: теоретические аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1998. С. 1.

³ Там же. С. 12.

отношениям»¹. Во-вторых, расширением видов договоров (соглашений), применяемых в сфере трудового права (трудовой, ученический, коллективный договор, соглашение, договор о полной материальной ответственности, договор о коллективной (бригадной) ответственности).

ИМПЛЕМЕНТАЦИЯ РАМОЧНОГО СОГЛАШЕНИЯ О ТЕЛЕРАБОТЕ В СТРАНАХ ЕВРОСОЮЗА *

Е.Р. Радевич

В настоящее время в странах Евросоюза (ЕС) исходят из необходимости специального правового регулирования телеработы (telework)². Базовым актом в данной области является Рамочное соглашение о телеработе³, заключенное европейскими социальными партнерами в 2002 г. Отличительной особенностью данного соглашения является механизм введения его в действие в странах – членах ЕС. Впервые в истории европейского трудового права имплементации положений соглашения социальных партнеров в национальное законодательство не должно было предшествовать принятие соответствующей директивы. Вместо этого предлагалось напрямую имплементировать его положения в соответствии с присущей для каждой из стран спецификой правового регулирования трудовых отношений и характерной для них практикой управления человеческими ресурсами.

К настоящему времени рамочное соглашение имплементировано посредством использования трех различных способов в 21 из 27 стран ЕС. В Финляндии, Ирландии, Латвии, Нидерландах, Швеции,

¹ Луиников А.М., Луиникова В.М., Тарусина Н.Н. Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения. Ярославль: Норма, 2008. С. 168.

^{*} Исследование выполнено при финансовой поддержке Российского гуманитарного научного фонда (РГНФ) в рамках проекта проведения научных исследований «Нестандартные формы занятости в рыночных условиях хозяйствования (сравнительно-правовое исследование)», проект № 13-33-01002.

² В самом общем виде под телеработой понимается работа, осуществляемая вне производственных помещений работодателя и с использованием различных средств коммуникации.

³ См.: *European Framework Agreement on Telework* [Electronic resource] // The Official Web-Site of the European Trade Union Confederation. – URL: http://resourcecentre.etic.org/linked_files/documents/Telework%20Final%20Implementation%20report%202006%20EN.pdf (access date: 04.02.2013).

Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии его положения были включены в акты, носящие рекомендательный характер (в частности, кодексы поведения). В Австрии, Бельгии, Дании, Германии, Греции, Франции, Италии, Люксембурге, Испании они нашли отражение в коллективных соглашениях преимущественно национального и межотраслевого уровней¹. В Чехии, Венгрии, Польше, Португалии, Словакии и Словении имплементация имела место путем внесения изменений и дополнений в действующее трудовое законодательство.

Основной причиной разнообразия способов имплементации являются различия в практике регулирования трудовых отношений, свойственные для каждой из перечисленных стран. В частности, в странах, ранее относившихся к социалистическому лагерю и вступивших в ЕС относительно недавно, закрепление его положений на уровне закона можно объяснить недостаточно высоким уровнем развития коллективно-договорного регулирования. В результате сложилась достаточно парадоксальная ситуация, когда соглашение, относящееся к европейскому «мягкому праву» (*softlaw*) и имеющее фактически рекомендательный характер, трансформировалось в национальное «жесткое право» (*hardlaw*)².

Помимо национальных особенностей практики регулирования трудовых отношений определенную роль в выборе способа имплементации имеет и то значение, которое придается каждому из них органами государственной власти отдельно взятой страны в обеспечении процесса расширения сферы применения телеработы. Так, во Франции положения Рамочного соглашения о телеработе изначально были имплементированы в коллективное соглашение межотраслевого уровня 2005 г., впоследствии распространенное приказом министра труда на всех наемных работников³. Однако в 2012 г. французский законодатель посчитал целесообразным закрепить положения, направленные на регулирование

¹ При этом в трех из перечисленных стран, а именно в Бельгии, Франции и Люксембурге, межотраслевые соглашения посредством издания специального акта были распространены на всех наемных работников.

² См.: *Telework in the European Union* [Electronic resource] // European Industrial Relations Observatory On-Line. – URL: <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/studies/tn0910050s/tn0910050s4.htm> (access date: 04.02.2013).

³ Процедура распространения действия коллективного соглашения на всех наемных работников путем издания соответствующего специального приказа исполнительных органов государственной власти применяется во Франции достаточно часто.

труда телеработников, и на законодательном уровне путем внесения изменений и дополнений в действующий Трудовой кодекс. Данная мера, по мнению французского правительства, инициировавшего принятие соответствующего законопроекта, направлена на упрощение правовых норм, регламентирующих труд телеработников, что, в конечном счете, должно способствовать увеличению их числа¹.

НОРМАТИВНАЯ ОСНОВА ТРУДА МУНИЦИПАЛЬНЫХ СЛУЖАЩИХ

А.А. Резник

Правовая основа муниципальной службы включает законодательство о муниципальной службе (Конституция РФ, федеральные законы, иные нормативные правовые акты РФ, нормативные правовые акты субъектов РФ) и муниципальные правовые акты².

Нормы трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права, распространяются на отношения муниципальной службы с особенностями, предусмотренными федеральным и региональным законодательством³. Нормотворчество органов местного самоуправления отнесено к «иным нормативным правовым актам, содержащим нормы трудового права»⁴. При этом местное самоуправление может принимать нормативные правовые акты только в пределах своей компетенции в соответствии с федеральными и региональными нормативными правовыми актами.

Определить круг вопросов, отнесенных к правовому регулированию труда муниципальных служащих на местном уровне, можно на

¹ Во Франции удельный вес телеработников все еще остается незначительным и составляет 9% против 18% в среднем по Евросоюзу и 30% в скандинавских странах (см.: *Labour Code covers tele working* [Electronic resource] // European Industrial Relations Observatory On-Line. – URL: <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2012/04/articles/fr1204011i.htm> (access date: 04.02.2013)).

² Статья 42 Федерального закона от 06.10.2003 №131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»; ч. 1 ст. 3 Федерального закона от 02.03.2007 №25-ФЗ «О муниципальной службе в Российской Федерации» (далее – Федеральный закон «О муниципальной службе»).

³ Часть 7 ст. 11 Трудового кодекса РФ (далее – ТК РФ) и ч. 2 ст. 3 Федерального закона «О муниципальной службе».

⁴ Абзац 5 п. 2 ч. 1 ст. 5 ТК РФ.

основе анализа норм ТК РФ, Федерального закона «О муниципальной службе» и законов субъектов РФ, в том числе закона Томской области «О муниципальной службе»¹.

Трудовой кодекс РФ закрепляет достаточно полный перечень отношений, регулируемых муниципальными правовыми актами в сфере труда. Часть вопросов непосредственно отнесена к компетенции местного самоуправления, что выражается в использовании законодателем формулировки «нормативно-правовые акты органов местного самоуправления». Также ТК РФ содержит косвенные указания на возможность регулирования общественных отношений нормами муниципальных правовых актов – используется формулировка «иные нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права». Всего в ТК РФ 41 отсылка к нормотворчеству органов местного самоуправления.

В Федеральном законе «О муниципальной службе» закреплено 12 указаний на принятие муниципальных нормативных правовых актов. Закон Томской области «О муниципальной службе» имеет 9 таких отсылок, каждая из которых дублирует уже предусмотренное вышестоящими нормативными актами. Такое состояние правовой базы регулирования труда муниципальных служащих в Томской области позволяет сделать ряд выводов.

Во-первых, компетенция местного самоуправления в сфере муниципальной службы не сужается специальным федеральным законом по сравнению с нормами ТК РФ. Действующие муниципальные нормативные правовые акты г. Томска приняты как по вопросам, указанным в ТК РФ, так и по вопросам, предусмотренным федеральным и региональным законами. В данном случае проявляют себя такие принципы нормотворчества, как законность (соблюдение субординации нормативных правовых актов; вновь принимаемые акты не должны противоречить действующим) и принцип системности (вновь принимаемые акты должны «вписываться» в существующее законодательство, не противоречить ему и не содержать дублирования). В то же время в федеральном и региональном законодательстве, в муниципальных нормативных правовых актах находят свою детализацию, конкретизацию только те нормы права, которые содержатся в ТК РФ. Во-вторых, подход к определению полномочий органов местного самоуправления в сфере муниципальной службы, реализованный в Томской области, не является единственно возможным.

¹ Закон Томской области от 11.09.2007 №198-ОЗ «О муниципальной службе в Томской области» (далее – закон Томской области «О муниципальной службе»).

Так, закон Новосибирской области от 30.10.2007 №157-ОЗ «О муниципальной службе в Новосибирской области» не содержит ни одной отсылки к нормотворчеству органов местного самоуправления, поскольку его основа заложена федеральным законодательством.

В Омской области не принимался закон о муниципальной службе. В этом регионе действуют законы по отдельным вопросам труда муниципальных служащих, которые содержат указание на Федеральный закон «О муниципальной службе»¹. Муниципальные акты принимаются по вопросам, определенным федеральным и региональным законодательством².

В Кемеровской области и Красноярском крае приняты законы о муниципальной службе³. Примечательно, что количество отсылок к муниципальному правотворчеству в них одинаково (по 7 отсылок), хотя перечни вопросов, отнесенных к компетенции муниципалитетов, незначительно отличаются.

С учетом изложенного, можно утверждать: 1. В России регулирование труда муниципальных служащих осуществляется единообразно путем принятия большинства правовых норм на федеральном уровне. Компетенция местного самоуправления в сфере муниципальной службы также определена федеральным законодательством. 2. Подходы регионов к формированию нормативной основы муниципальной службы различаются, но такие отличия не являются существенными, а продиктованы, прежде всего, приемами юридической техники. 3. Муниципальные акты принимаются по определенному кругу вопросов, решать которые целесообразно в муниципальных образованиях по-разному в зависимости от конкретных условий. Особенности регулирования труда проявляются в основном в оплате

¹ Например, закон Омской области от 27.11.2008 №1110-ОЗ «Об определении типовых квалификационных требований для замещения должностей муниципальной службы в Омской области», закон Омской области от 08.12.2009 №1209-ОЗ «О классных чинах муниципальных служащих в Омской области», закон Омской области от 10.03.2010 №1241-ОЗ «О стаже муниципальной службы в Омской области».

² Например, решение Омского городского Совета от 18.06.2008 №154 «О порядке проведения аттестации муниципальных служащих, замещающих должности муниципальной службы в органах местного самоуправления города Омска», постановление Администрации города Омска от 08.08.2012 №1037-п «О порядке применения взысканий за несоблюдение муниципальными служащими Администрации города Омска ограничений и запретов, требований о предотвращении или об урегулировании конфликта интересов и неисполнение обязанностей».

³ Закон Кемеровской области от 30.06.2007 №103-ОЗ «О некоторых вопросах прохождения муниципальной службы» и закон Красноярского края от 24.04.2008 №5-1565 «Об особенностях правового регулирования муниципальной службы в Красноярском крае».

труда муниципальных служащих, предоставлении им дополнительных гарантий, в обеспечении дисциплины труда, аттестации, установлении квалификационных требований к должностям муниципальной службы. 4. На муниципальном уровне регулируются общественные отношения, тесно связанные с конкретными социально-экономическими, природно-климатическими условиями и традициями. Принимаемые муниципалитетами нормативные правовые акты должны быть подкреплены доходами местного бюджета, поскольку, например, закрепление права предоставлять муниципальным служащим дополнительных гарантий, определенных льгот может быть не реализовано ввиду отсутствия бюджетных средств на их финансирование.

ПОНЯТИЕ ДИСЦИПЛИНЫ ТРУДА

Н.А. Сафонова

Условием любого коллективного труда независимо от отрасли экономики, правовой формы организации и социально-экономических отношений общества, в которых он протекает, является дисциплина труда.

Изучение дисциплины труда весьма актуально и практически значимо в настоящее время, поскольку соблюдение установленных в организации правил труда является необходимым условием эффективности производственного процесса организации.

При определении дисциплины труда необходимо принимать во внимание положение о том, что она является неотъемлемым элементом трудового отношения, субъектами которого выступают две стороны – работник и работодатель. Поэтому следует учитывать взаимный характер прав и обязанностей работника и работодателя по соблюдению ими требований внутреннего трудового распорядка организации.

Основным документом, опосредующим их взаимные права и обязанности, являются правила внутреннего трудового распорядка организации.

Необходимо отметить, что правила внутреннего трудового распорядка во многих организациях дополняются кодексами корпоративной этики. Если нормы этики включаются в локальный нормативный акт работодателя, то они становятся правовыми нормами.

Но они не заменяют нормы, которые включены в правила внутреннего трудового распорядка, а только дополняют либо конкретизируют их.

Правила должного поведения содержатся и в других локальных нормативных правовых актах, например в должностных инструкциях, инструкциях по охране труда, иных документах технологического процесса. Именно они, в первую очередь, программируют поведение наемного работника в процессе производства. Поэтому можно говорить о нормативной основе дисциплины труда, соблюдение которой обеспечивается хозяйской властью работодателя, а в некоторых случаях и мерами государственного принуждения.

Следовательно, дисциплина труда предполагает наличие правил должного поведения наемного работника, которые могут быть правовыми и общественно-моральными. Они обязательны для соблюдения как наемных работников, так и работодателя.

ЗАЩИТА ЗАРАБОТНОЙ ПЛАТЫ

А.В. Хлебников

Нарушением прав работника в сфере оплаты труда является задержка выплаты заработной платы. Норма, направленная на недопущение такого нарушения, появилась лишь в Трудовом кодексе РФ (ст. 236 Трудового кодекса РФ). В случае нарушения работодателем установленного срока выплаты заработной платы он обязан выплатить ее с уплатой процентов (денежной компенсации) в размере не ниже одной трехсотой действующей в это время ставки рефинансирования Центрального банка Российской Федерации от невыплаченных в срок сумм за каждый день задержки начиная со следующего дня после установленного срока выплаты по день фактического расчета включительно.

Подобная обязанность (о выплате компенсации) носит безусловный характер, в состав такого нарушения входит лишь факт задержки выплаты, что свидетельствует об исключительном характере данной санкции. Обязанность выплаты указанной денежной компенсации возникает независимо от наличия вины работодателя. По общему же правилу (ст. 233 Трудового кодекса РФ) каждая из сторон трудового договора должна доказать размер причиненного ей ущерба, кроме того, поведение нарушителя должно быть виновным.

До внесения Федеральным законом от 30.06.2006 г. № 90-ФЗ изменений в ст. 236 Трудового кодекса РФ об ответственности за нарушение независимо от наличия вины некоторые ученые (Ю.П. Орловский, Д.Р. Акопов¹) полагали, что выплата материальной компенсации должна производиться работодателем при наличии вины. Н.М. Саликова², напротив, считала справедливым обязать работодателя начислять проценты лишь за сам факт задержки, независимо от наличия вины. В итоге законодателем, а впоследствии и правоприменителем³ был сформулирован подход, согласно которому обязанность выплаты денежной компенсации возникает независимо от наличия вины работодателя.

В качестве расчетного показателя компенсации законодателем избрана ставка рефинансирования Центрального банка РФ. Вместе с тем в целях стимулирования работодателя к правомерному поведению представляется более эффективным установление достаточно крупной санкции в виде процента (половины процента) от заработной платы за каждый день задержки выплаты заработной платы.

В ст. 136 Трудового кодекса РФ установлено правило о выплате заработной платы не реже чем каждые полмесяца в день, установленный правилами внутреннего трудового распорядка, коллективным договором, трудовым договором.

Поскольку нарушение работодателем срока выплаты заработной платы может наступить в момент невыплаты так называемого аванса (первой части заработной платы), то проценты по ст. 236 Трудового кодекса РФ следует начислять отдельно по каждой части заработной платы. Однако на практике может вызывать затруднение определение момента начала исчисления процентов (компенсации).

В письме Федеральной службы по труду и занятости от 08.09.2006 г. №1557-6 «Начисление авансов по зарплате»⁴ было об-

¹ Орловский Ю.П. Практика применения Трудового кодекса Российской Федерации // Хозяйство и право. 2004. № 7. С. 20; Акопов Д.Р. Трудовой кодекс и социальное назначение трудового права // Хозяйство и право. 2004. № 6. С. 3–6.

² Саликова Н.М. Оплата труда в Российской Федерации. Правовое исследование. Екатеринбург, 2003. С. 342.

³ Пункт 55 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17.03.2004 г. № 2 (ред. от 28.09.2010 г.) «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2007. № 3.

⁴ Нормативные акты для бухгалтера. 2006. № 18.

ращено внимание на необходимость учитывать, что, согласно постановлению Совета Министров СССР от 23.05.1957 г. №566 «О порядке выплаты заработной платы рабочим за первую половину месяца», действующему в части, не противоречащей Трудовому кодексу, размер аванса в счет заработной платы рабочих за первую половину месяца определяется соглашением администрации предприятия (организации) с профсоюзной организацией при заключении коллективного договора, однако минимальный размер указанного аванса должен быть не ниже тарифной ставки рабочего за отработанное время. Таким образом, конкретные сроки выплаты заработной платы, в том числе аванса (конкретные числа календарного месяца), а также размеры аванса определяются правилами внутреннего трудового распорядка, коллективным договором, трудовым договором. При этом кроме формального выполнения требований ст. 136 Трудового кодекса о выплате заработной платы не реже 2 раз в месяц работодателем при определении размера аванса следует учитывать фактически отработанное работником время (фактически выполненную работу).

Необходимость установления в локальных нормативных актах сроков выплаты заработной платы связана и с исполнением работодателем обязанности перечисления НДФЛ в бюджет. Нередко налоговый орган настаивает на том, что организация обязана перечислить указанный налог в бюджет в последний день месяца, за который рассчитана заработная плата, несмотря на то, что НДФЛ в этот срок еще не удержан у работников и заработная плата им не выплачивалась (п. 4 ст. 226 Налогового кодекса РФ). Правоприменительная практика исходит из того, что при закреплении в локальных нормативных актах организации сроков выплаты заработной платы начисление пени за несвоевременное перечисление НДФЛ в рассматриваемом случае будет необоснованным. В частности, при рассмотрении одного из дел было установлено, что начисление заработной платы в бухгалтерском учете организации осуществляется последним числом месяца, за который производится расчет заработной платы. Выплата заработной платы за первую половину месяца производится не позднее 22 числа текущего месяца, за вторую половину месяца – не позднее 7 числа месяца, следующего за отчетным, в связи с чем сумма НДФЛ с заработной

132

платы перечисляется заявителем в бюджет не позднее 7 числа месяца, следующего за отчетным¹.

Принимая во внимание, что сроки выплаты заработной платы (ее части) могут быть не регламентированы на уровне предприятия и в целях обеспечения защиты права работников на своевременную выплату заработной платы представляется разумным законодательно закрепить право работника на выплату части заработной платы не позднее 20 дня месяца, в течение которого выполняется работа, и не позднее 5 дня месяца, следующего за отработанным, с учетом необходимости проведения бухгалтерией работодателя соответствующих начислений. При этом сторонам трудового правоотношения необходимо предоставить право в договорном порядке изменять это условие.

¹ *Постановление* Федерального арбитражного суда Московского округа от 17.02.2010 г. № КА-А40/368-10 по делу № А40-47225/09-129-263 (Определением ВАС РФ от 10.06.2010 г. № ВАС-7103/10 отказано в передаче дела № А40-47225/09-129-263 в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора данного постановления).

ГРАЖДАНСКИЙ И АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕСС

ПАТЕНТНЫЕ СПОРЫ, ВОЗНИКАЮЩИЕ ИЗ ПУБЛИЧНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

И.А. Данилова

Законодательство РФ не содержит легального определения патентного спора. В соответствии с п. 1 ст. 1248 ГК РФ споры, связанные с защитой нарушенных или оспоренных интеллектуальных прав, рассматриваются и разрешаются судом. Так, п. 1 ст. 1406 ГК РФ содержит перечень споров, которые рассматриваются в судебном порядке. К ним, в частности, относятся споры об авторстве изобретения, полезной модели, промышленного образца; об установлении патентообладателя; о нарушении исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец и др. Все перечисленные в данной норме дела рассматриваются арбитражными судами в порядке искового производства.

В соответствии с п. 2 ст. 1248 ГК РФ защита интеллектуальных прав в случаях, предусмотренных Кодексом, осуществляется в административном порядке федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности (Роспатентом). Так, например, в соответствии с п. 2 ст. 1406 ГК в случаях, указанных в ст. 1398 ГК РФ, защита патентных прав осуществляется в административном порядке. Таким образом, ГК РФ употребляет термин «спор» только применительно к делам, рассматриваемым в порядке искового производства. Направивается вывод о том, что в административном порядке рассматриваются дела, в которых спор о праве отсутствует.

В современной доктрине для обозначения споров с содержанием административного элемента применяется довольно разнообразная терминология: административно-правовой спор, спор об административном праве, спор в сфере управления, публично-

правовой спор, вытекающий из административных и иных публичных правоотношений и пр.¹ В исследованиях речь чаще всего идет о делах, рассматриваемых судами в порядке публичного производства (подразд. III ГПК РФ, разд. III АПК РФ). При этом существуют определенные категории дел, которые в случаях, прямо указанных в законе, рассматриваются в судебном порядке, а в других случаях – в административном (внесудебном) порядке.

Например, в соответствии с п. 1 ст. 1398 ГК РФ патент на изобретение, полезную модель или промышленный образец может быть признан недействительным полностью или в части по четырем основаниям. По трем из которых (подп. 1–3 п. 1 ст. 1398) возражения подаются в Палату по патентным спорам (ППС), а по одному (подп. 4 п. 1 ст. 1398) – в суд. Можно ли говорить, что спор о праве присутствует только в одном случае, предусмотренном подп. 4 п. 1 ст. 1398 ГК РФ. Полагаем, что нет. В соответствии с п. 2 ч. 4 ст. 34 АПК РФ Суд по интеллектуальным правам рассматривает дела *по спорам* о предоставлении или прекращении правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности, в том числе дела о признании недействительным патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец, если федеральным законом не предусмотрен иной порядок их признания недействительным.

Представляется, что независимо от того, в судебном или административном порядке рассматривается дело о признании патента недействительным, речь идет о рассмотрении и разрешении спора о праве. Более того, на наш взгляд, все дела о признании патентов недействительными рассматриваются в судебном порядке. Только в случаях, когда патент признается недействительным на основании решения Роспатента, речь идет об условной подведомственности таких споров арбитражному суду, когда, прежде чем обратиться в суд с соответствующим требованием, заинтересованным лицом должен быть соблюден досудебный порядок урегулирования спора, предусмотренный законом (п. 8 ч. 1 ст. 125 АПК РФ). Необходимо отметить, что такие дела должны рассматриваться по правилам производства по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений.

¹ Дивин И.М. Сущность и правовая природа административно-правового спора // Российская юстиция. 2012. № 1. С. 40–44.

СУДЕЙСКОЕ УСМОТРЕНИЕ В ПЕРВОЙ И АПЕЛЛЯЦИОННОЙ ИНСТАНЦИЯХ: СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ

П.А. Зинзиков

Разрешая гражданское дело по существу, судья неизбежно прибегает к использованию механизма усмотрения, которое определяется как полномочие правоприменителя по правильному, справедливому и обоснованному выбору правового решения спора среди законных альтернатив. Признание за судьей права разрешать вопросы юридического дела по своему усмотрению и объективировать результаты его реализации в акте применения права нашло отражение в правовых позициях Конституционного Суда РФ¹. В отдельных случаях правоприменительный акт, в котором содержатся результаты усмотрения судьи, становится предметом проверки судом апелляционной инстанции.

Самостоятельность судебного усмотрения определяется теми исключительными вопросами, на разрешение которых уполномочена каждая судебная инстанция в силу ее специфики. Однако возможна ситуация, когда суды первой и апелляционной инстанций разрешают по своему усмотрению вопросы, касающиеся одних и тех же обстоятельств дела. В таких случаях суды обеих инстанций дают оценку имеющимся в материалах дела доказательствам, толкуют оценочные понятия сообразно своему усмотрению, уровню правосознания и правовой культуры.

Представляется, что свобода усмотрения судьи первой инстанции по указанным выше вопросам оказывается подчиненной и подконтрольной свободе усмотрения судей ближайшей – апелляционной инстанции в части тех фактических обстоятельств, которые подлежат оценке обеими инстанциями по одному и тому же делу. В результате чего решение суда первой инстанции может быть отменено только лишь ввиду различного толкования судьями обеих инстанций норм материального права, что недопусти-

¹ Пункт 4 Постановления Конституционного Суда РФ от 25.01.2001 № 1-П «По делу о проверке конституционности положения пункта 2 статьи 1070 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан И.В. Богданова, А.Б. Зернова, С.И. Кальянова и Н.В. Труханова».

мо¹. В указанных условиях суд первой инстанции вынужден соглашаться с результатами усмотрения суда апелляционной инстанции по аналогичным делам. Это приводит к слепому, порочному и формалистическому следованию выводам по схожим, но не тождественным судебным решениям, ставших ранее предметом проверки в апелляционном порядке. В этой связи Д.Б. Абушенко отмечает, что «...норма, допускающая усмотрение, адресована только высшей судебной инстанции, все же иные правоприменители, рассматривающие конкретный спор, должны использовать не ее, а то умозрительное абсолютно-определенное правило поведения, которое в итоге будет (или может быть) применено высшей судебной инстанцией... возможность судебного контроля тех обстоятельств, которым придается юридическое значение на основе усмотрения, исключает само право выбора и, следовательно, усмотрение нижестоящих судов»². Иначе говоря, судья первой инстанции в ходе осуществления правосудия руководствуется не требованиями ст. 195 ГПК РФ о том, что решение должно быть законным и обоснованным, а сомнительными мотивами о неукоснительном соответствии его выводов выводам суда апелляционной инстанции по ранее проверенным делам, необходимостью поддержания статистических показателей работы суда на должном уровне, косвенно отражающихся на материальном и карьерном положении судьи. Полагаем, что необходимо обеспечить баланс возможностей судей обеих инстанций по независимой реализации права на судебское усмотрение при условии соблюдения принципа законности.

ОСОБЕННОСТИ СУДОПРОИЗВОДСТВА, ВЫЗВАННЫЕ ПОДСУДНОСТЬЮ СПОРА, В РОССИИ XIX в.

Е.В. Любимова

Подсудность иска определяла не только компетентный суд, но и ряд специфических характеристик судопроизводства, а именно,

¹ Данный тезис нашел свою поддержку в научной литературе. См.: Папкова О.А. Усмотрение суда. М., 2005. С. 61–62.

² Абушенко Д.Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. М.: Норма, 2002. С. 155–156.

состав суда, способ его формирования, наличие или отсутствие подготовки по делу, необходимость или второстепенный характер письменных объяснений сторон и расчетов на бумаге, осмотров на месте и экспертиз, срок рассмотрения требований, возможность обжалования решения.

Так, мировые по крестьянским делам учреждения разрешали иски ценою до 30 руб. окончательно¹. Но возможна была отмена в кассационном порядке решений по таким спорам, а также решений мировых съездов². Волостной суд решает вверенные ему дела между крестьянами окончательно и безапелляционно³. Право апелляции ограничено для торговых дел⁴.

Общие и коммерческие суды имеют свои заседания... в течение круглого года (обыкновенно каждое отделение имеет два судебных заседания в неделю)... волостные судьи заседают обыкновенно по воскресным дням⁵.

Особенностью производства в коммерческом суде было то, что «предоставляется должнику доказывать свое право, а между тем взыскание с него продолжается точно так, как бы никаких возражений не было»⁶.

Н.А. Буцковский отмечал, что «мировые судьи – суды, близкие к населению, дешевые и простые, освобожденные от всяких пошлин и сложных формальностей производства, они должны были составить противоположность общих окружных судов»⁷.

Так, мировому судье предоставлено право быть третейским судьей по общим правилам, установленным для третейского суда; третейский судья не связан ни процессуальным, ни материальным законом; он судит сообразно с теми взглядами, какие в нем сложились⁸.

П. Дегаем найдены отличия между производством в общем суде и коммерческом суде, в частности, в вопросе о показаниях сведущих

¹ Мальшев К. Курс гражданского судопроизводства. СПб., 1879. Т. 3. С. 18.

² Буцковский Н.А. Очерк кассационного порядка отмены решений по судебным уставам 1864 года. СПб., 1866. С. 22.

³ Мальшев К. Курс гражданского судопроизводства. СПб., 1879. Т. 3. С. 24.

⁴ Буцковский Н.А. Очерк кассационного порядка отмены решений по судебным уставам 1864 года. СПб., 1866. С. 107.

⁵ Мальшев К. Курс гражданского судопроизводства. СПб., 1874. Т. 1. С. 105.

⁶ Дегай П. Учебная книга российского гражданского судопроизводства губерний и областей на общих правах состоящих. СПб., 1843. С. XVII.

⁷ Мальшев К. Курс гражданского судопроизводства. СПб., 1879. Т. 3. С. 20.

⁸ Гольмстен А.Х. Юридические исследования и статьи. СПб., 1894. С. 247.

людей, принесения присяги, свидетельских показаниях, в возможности обратиться к повальному обыску, процедуре дополнения дела справками.

Масштабное влияние подсудности на производство по делу подтверждалось и опасениями изменения предмета иска в связи с регулированием его подсудности. Подтверждением тому являются материалы опубликованного в 1901 г. Свода отзывов ведомств по выработанным комиссией законопроектам. «Ст. 72 проекта содержит правило о подсудности исков об установлении судебным порядком гражданских правоотношений сторон. Иски эти подсудны, по проекту, тому суду, ведомству коего подлежал бы иск в случае последовавшего уже нарушения права. В объяснительной записке... указывается, что нарушение права может последовать, и все-таки иск может быть предъявлен только об установлении гражданских правоотношений»¹.

Простота формальной стороны процесса зависит прежде всего от устройства судебных установлений, от их состава. Формы и обряды процесса зависят от свойства самих дел².

Именно такой внутренней связью между подведомственностью (и подсудностью) иска и порядком его рассмотрения объясняются последствия несоблюдения правил о подведомственности (и подсудности) в виде отмены решения суда.

МОЖЕТ ЛИ СУД АПЕЛЛЯЦИОННОЙ ИНСТАНЦИИ ПЕРЕДАВАТЬ ДЕЛО НА НОВОЕ РАССМОТРЕНИЕ В СУД ПЕРВОЙ ИНСТАНЦИИ?

А.С. Морозова

Действующие АПК РФ и ГПК РФ в статьях, посвященных полномочиям судов апелляционной инстанции, не указывают на наличие у апелляционных судов полномочия отменить решение и направить дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции (ст. 269 АПК РФ, ст. 328 ГПК РФ). Однако указанное полномочие предусмотрено в иных актах.

¹ *Высочайше* учрежденная комиссия для пересмотра законоположений по судебной части. Свод отзывов ведомств по выработанным комиссией законопроектам. СПб., 1901. С. 68.

² *Мальшев К.* Курс гражданского судопроизводства. СПб., 1879. Т. 3. С. 4.

Так, Конституционный Суд РФ в своем Постановлении от 21.04.2010 № 10-П предоставил суду апелляционной инстанции право направить дело на новое рассмотрение, дело рассмотрено в отсутствие кого-либо из лиц, участвующих в деле и не извещенных о времени и месте судебного заседания, или суд разрешил вопрос о правах и об обязанностях лиц, не привлеченных к участию в деле.

К такому мнению Конституционный Суд РФ пришел, руководствуясь закрепленными в Конституции РФ и Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, принципами равенства и состязательности судебного разбирательства, правом на справедливое судебное разбирательство тем судом и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом.

В ряде своих определений Конституционный Суд указал такое основание для применения рассматриваемого полномочия, как нарушение правил подсудности в суде первой инстанции.

Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ также называют нарушение правил подсудности в качестве основания применения рассматриваемого полномочия (п. 37 Постановления Пленума ВС РФ от 19.06.2012 № 12; п. 6.2 Постановления Пленума ВАС от 28.05.2009 № 36). Однако данные акты предусматривают ограничения для применения данного полномочия апелляционной инстанцией только в случаях, когда у подателя жалобы не было возможности заявить об этом в суде первой инстанции в связи с не привлечением его к участию в деле или не извещением его о времени и месте судебного заседания. Пленум ВС РФ называет еще два случая, когда лицо, подавшее жалобу, заявляло о неподсудности дела в суде первой инстанции, а также когда в связи с нарушением правил родовой или исключительной подсудности доказательственная деятельность не могла быть проведена в полном объеме, что могло привести к вынесению неправильного по существу решения.

Представляется, что указанные ограничения не оправданы. Из изложенной позиции Конституционного Суда РФ по данному вопросу следует, что он понимает под нарушением правил подсудности такое несоблюдение норм процессуального права, которое является фундаментальным, нарушающим принцип справедливости и основанные на нем конституционные гарантии судебной защиты прав и свобод человека. Представляется, что каких-либо ограничений такое понимание нарушений правил подсудности не предусматривает.

Пленум ВС РФ в п. 38 упомянутого постановления назвал еще одно основание для направления апелляционным судом дела в суд первой инстанции. Если апелляционная инстанция придет к выводу о незаконности принятого в предварительном судебном заседании решения об отказе в удовлетворении иска (заявления) по причине пропуска срока исковой давности или срока обращения в суд, то он вправе применить данное полномочие. Объясняется такой вывод тем, что поскольку решение вынесено без исследования и установления иных фактических обстоятельств дела, то апелляционная инстанция как суд, повторно рассматривающий дело, самостоятельно устранить такую судебную ошибку не может.

Таким образом, хотя АПК РФ и ГПК РФ не указывают на наличие у апелляционного суда полномочия отменить решение и направить дело в суд первой инстанции, Конституционный Суд РФ, Верховный Суд РФ, Высший Арбитражный Суд РФ в своих актах предоставляют суду возможность в определенных случаях направлять дело в суд первой инстанции.

УСЛОВИЕ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА НА ОБРАЩЕНИЕ В СУД С ЗАЯВЛЕНИЕМ ОБ ОСПАРИВАНИИ НОРМАТИВНОГО АКТА

В.Б. Немцева

В п. 11 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.11.2007 г. «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части» разъясняется, что суд отказывает в принятии заявления гражданина или организации, если в нем оспаривается нормативный правовой акт, очевидно не затрагивающий их права и свободы (например, заявление граждан, не имеющих статуса индивидуального предпринимателя, об оспаривании полностью или в части нормативных правовых актов, регулирующих отношения с участием организаций и индивидуальных предпринимателей). Из данного разъяснения можно сделать вывод, что условием обращения в суд с названным заявлением выступает участие заявителя в отношениях, являющихся предметом правового регулирования оспариваемых норм.

В настоящее время в Государственной Думе находится законопроект № 133974-6, в котором предлагается дополнить ч. 1 ст. 251 ГПК РФ указанием на то, что гражданин или организация могут оспорить в суде нормативный правовой акт, который применен или подлежит применению к заявителю. По мнению Верховного Суда РФ права заявителя могут быть нарушены только в результате применения или возможного применения оспариваемого акта или его части в отношении конкретного заявителя и (или) неопределенного круга лиц¹. Данный законопроект направлен на унификацию рассмотрения дел об оспаривании нормативных актов в гражданском и конституционном судебном процессе².

Для конституционного судебного процесса данное требование состоит в наличии конкретного юридического дела (судебного или административного), в рамках которого может быть применен закон, оспариваемый гражданином. Такое требование не имеет оправдания при ограничении права на доступ к суду общей юрисдикции.

Выработанное в теории права понятие применения рассматривается доктриной в качестве одной из форм реализации норм права. Применение в отличие от других форм реализации юридических норм (исполнение, соблюдение, использование) представляет собой такое действие нормативного акта, которое опосредуется иными властными актами ненормативного характера.

Существующая судебная практика демонстрирует немало случаев обращений в суд граждан, оспаривающих нормативные акты, в результате непосредственной реализации которых заявителю причинен ущерб или у него возникли иные убытки³. В судах (арбитражных судах) оспариваются нормативные акты различного уровня (включая муниципально-правовые), действие которых зачастую имеет непосредственный характер (в отличие от действия актов федерального уровня, оспариваемых в Конституционном Суде РФ, требующих детализации, в том числе посредством издания подзаконных нормативных актов, а также их применения).

Необходимость оспаривания нормативных актов в виде самостоятельного способа защиты прав граждан и организаций прежде

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 5 от 05.04.2012 г. // http://www.supcourt.ru/Show_pdf.php?Id=7872 (дата обращения 31.08.2012).

² <http://www.minjust.ru/node/2421> (дата обращения 15.08.2012 г.).

³ См., напр.: Определение Верховного Суда РФ по делу № 66-Г10-13. См.: *Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за III квартал 2010 года* // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2011. № 4. С. 30–31.

всего заключается в возможности предотвратить ущерб, связанный с реализацией данного нормативного акта (в любой форме, особенно в форме соблюдения, исполнения или использования).

ФОРМЫ УЧАСТИЯ ОРГАНОВ ФЕДЕРАЛЬНОЙ ИНСПЕКЦИИ ТРУДА В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

Ю.П. Омельченко

Вопросам защиты нарушенных или оспоренных прав и законных интересов работников посвящена ч. V разд. XIII Трудового кодекса РФ. Глава 57 ТК РФ регулирует вопросы государственного надзора и контроля за соблюдением трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права. В соответствии со ст. 353 ТК РФ обязанность такого надзора и контроля во всех организациях на территории Российской Федерации возложена на единую централизованную систему государственных органов: органы федеральной инспекции труда. Названные органы государственного управления вправе выдавать обязательные для исполнения предписания об устранении нарушений и принятия мер по устранению выявленных нарушений и восстановлению нарушенных прав (ч. 1, абз. 1 и 14 ст. 356 ТК РФ). В соответствии с ч. 2 ст. 357 ТК РФ такое предписание может быть обжаловано в судебном порядке в течение десяти дней с момента его получения работодателем или его представителем.

Указанные дела, на первый взгляд, относятся к делам неискового производства (гл. 25 подразд. III разд. II ГПК РФ).

Представляется, что в подобного рода гражданских делах рассмотрение жалобы (заявления) работодателя по правилам производства по делам, возникающим из публичных правоотношений, в принципе невозможно, так как привлечение работника к участию в деле обязательно, поскольку фактически речь идет о восстановлении его трудовых прав, о рассмотрении иска работника, причем иска, которого работник не заявляет. Работодатель должен предъявлять заявление о возбуждении искового производства с требованием о вынесении решения об отказе в иске работнику о восстановлении его трудовых прав (ч. 3 ст. 247 ГПК РФ), в котором истцом будет работник, а ответчиком – работодатель. Участие же в процессе органов федеральной инспекции труда (а не государственных инспекто-

ров труда) должно регулироваться ст. 47 ГПК РФ, в соответствии с которой они могут вступить в процесс по своей инициативе или, в случае необходимости, привлекаются к участию в деле по инициативе суда для дачи заключения по делу. Они относятся к лицам, участвующим в деле, поскольку имеют юридическую заинтересованность в исходе дела, вытекающую из их компетенции. Поэтому органы федеральной инспекции труда вправе вступать в процесс по своей инициативе для дачи заключения по делу либо могут быть привлечены для этого к участию в деле по инициативе суда. К такому выводу можно прийти, сопоставляя нормы ст. 356 и 357 ТК РФ. Так, абз. 14 ч. 1 ст. 356 ТК РФ предоставляет соответствующим органам право принимать меры по устранению выявленных нарушений и восстановлению нарушенных прав, а ст. 357 ТК РФ – наделяет их правом «предъявлять иски в суд» (абз. 12 ч. 1). Процессуальное положение органов федеральной инспекции труда в таких случаях регулируется ст. 46 ГПК РФ.

Однако редакция упомянутых норм представляется неточной. Во-первых, логичнее наделить правом предъявления исков в суд не государственных инспекторов, а сами органы федеральной инспекции труда, во-вторых, такое право следовало бы конкретизировать, так как абз. 2 ст. 4 и абз. 1 ст. 46 ГПК РФ подразумевает право возбуждения гражданского дела от своего имени в защиту прав, свобод и законных интересов другого лица, неопределенного круга лиц только в случаях, предусмотренных федеральными законами. Определенные затруднения вызывает и толкование ст. 357 ТК РФ в той ее части, которая предоставляет право государственным инспекторам труда выступать в качестве экспертов в суде, которые в таких случаях фактически представляют интересы государственного органа, юридически заинтересованного в исходе дела.

КОСВЕННЫЕ ИСКИ О ПРИЗНАНИИ НА РЫНКЕ ЦЕННЫХ БУМАГ

М.А. Рогалева

По предмету некоторые косвенные иски можно квалифицировать как иски о признании, когда, например, предметом является требование о признании недействительным корпоративного акта органа управления АО.

Если квалифицировать корпоративный акт органа управления АО как сделку согласно ст. 153 ГК РФ, то в соответствии с п. 2 ст. 154 ГК РФ он является сделкой односторонней. По общему правилу односторонняя сделка создает обязанности для лица, ее совершившего. Она может создавать обязанности для других лиц, когда это предусмотрено законом либо соглашением с этими лицами (ст. 155 ГК РФ). Случаи, когда односторонняя сделка (корпоративный акт) создает обязанности для других лиц, установлены ФЗ «Об АО». Аналогично, вступая в «традиционные» обязательственные отношения, лицо ограничивает свои права в пользу другого лица, когда принимает на себя обязанности. Следовательно, к корпоративным актам могут применяться общие правила ГК РФ о порядке заключения и исполнения сделок. В таком случае корпоративную сделку можно оспаривать по общим основаниям недействительности сделок, предусмотренным ГК РФ.

Косвенные иски о признании рассматриваются по общим правилам искового производства с особенностями, установленными гл. 28¹ АПК РФ. Следовательно, правильнее говорить не об обжаловании, а об оспаривании корпоративных актов органов управления обществом.

Предполагается, что органы управления осуществляют свои права и исполняют обязанности в отношении общества добросовестно и разумно (п. 1 ст. 71 ФЗ «Об АО»). Поскольку действия ответчика предполагаются разумными и добросовестными, на истце лежит обязанность доказывать их неразумность и недобросовестность¹.

Отсюда следует, что корпоративные акты органов управления АО, по общему правилу, являются оспоримыми сделками, за исключением тех, которые ФЗ «Об АО» называет ничтожными. К таким относятся решения общего собрания акционеров, совета директоров (наблюдательного совета), принятые с грубыми нарушениями установленной процедуры (п. 10 ст. 49, п. 8 ст. 68 ФЗ «Об АО»). В отношении ничтожных сделок установлена презумпция их ничтожности, т.е. бремя доказывания действительности сделки лежит не на истце, а на ответчике.

Фактическим основанием косвенных исков о признании является нарушение органом управления обществом процедуры принятия корпоративного акта (решения).

¹ *Защита прав инвесторов: уч.-практ. курс / под ред. В.В. Яркова. СПб.: Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та; Изд-во юрид. факультета СПбГУ, 2006. С. 311.*

Ответчиком по косвенному иску о признании выступает орган общества, принявший оспариваемое решение. В зависимости от фактического основания иска в качестве ответчика может привлекаться общее собрание акционеров; совет директоров (наблюдательный совет); коллегиальный исполнительный орган общества (правление, дирекция). Члены коллегиального органа общества участвуют в деле в качестве соответчиков. В отношении членов коллегиального исполнительного органа предусмотрена их солидарная ответственность перед обществом (п. 4 ст. 71, п. 2 ст. 84 ФЗ «Об АО»).

Признание решения об одобрении крупной сделки, сделки с заинтересованностью недействительным автоматически не может означать признание самой сделки недействительной.

Подводя итоги, можно сделать следующий вывод. Предмет косвенного иска о признании – признание недействительной односторонней корпоративной оспоримой сделки. Ответчиками (соответчиками) выступают члены коллегиального органа акционерного общества, принявшего оспариваемое решение.

ЗАЯВЛЕНИЯ ОБ ОТВОДАХ И ПОРЯДОК ИХ РАЗРЕШЕНИЯ В ГРАЖДАНСКОМ И АРБИТРАЖНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВАХ

Ю.А. Романова

Институт отвода и самоотвода судей как в гражданском, так и в арбитражном судопроизводствах является гарантией их объективности и беспристрастности.

Автором настоящей статьи выделены две наиболее актуальные проблемы правового регулирования, связанные с отводом судьи в гражданском и арбитражном судопроизводствах:

1. Отсутствие в ГПК РФ запрета на повторное заявление об отводе по тем же основаниям тем же лицом, необходимость прямого подкрепления процессуальными санкциями этого запрета.

2. Порядок разрешения заявления об отводе судьи (судей), предусмотренный ГПК РФ.

В целях решения первой проблемы М.Ж. Восканян и Д.Б. Абушенко предлагают применять по аналогии ч. 3 ст. 24 АПК РФ¹. То есть в ст. 19 ГПК РФ целесообразно предусмотреть положение, позволяющее сторонам, третьим лицам и их представителям заявлять повторный отвод судьям, но с ограничением на повторную подачу заявления об отводе по тем же основаниям тем же лицом². Данную точку зрения следует принять во внимание законодателю.

Вместе с тем ч. 3 ст. 24 АПК РФ необходимо дополнить указанием, что за повторное заявление об отводе по тем же основаниям тем же лицом на него может быть наложен судебный штраф в порядке ст. 119 АПК РФ. Наличие такой оговорки даст понять недобросовестным лицам, что за пренебрежение запретом, содержащимся в ч. 3 ст. 24 АПК РФ, на них будет наложен штраф. Аналогичное правило следует включить и в ст. 19 ГПК РФ, дифференцировав размер судебного штрафа по аналогии со ст. 119 АПК РФ, т.е. в зависимости от статуса лица: для гражданина, должностного лица или организации.

Вариантом решения второй проблемы может стать появление в ГПК РФ правила, при котором заявление об отводе вправе рассмотреть любой другой судья этого же суда, не занятый в судебных процессах в тот момент, когда его коллеге необходимо разрешить заявление об отводе. Предоставив возможность решать этот вопрос не только руководству суда, можно будет выполнить сразу две задачи: повысить оперативность рассмотрения заявления об отводе и соблюсти при этом объективность.

Принимая во внимание мнение ученых-процессуалистов о недопустимости рассмотрения судьей вопроса о своем отводе, нелогичным является рассмотрение этого же вопроса в случае заявления отвода составу суда, коллегиально рассматривающему дело, этими же судьями (ч. 2 ст. 20 ГПК РФ). Однако при заявлении отвода несколькими судьями или всему составу суда, рассматривающему дело, целесообразнее передавать разрешение этого вопроса председателю суда или его заместителю.

Таким образом, для того чтобы институт отвода судьи в полной мере выполнял свою функцию – являлся гарантией беспристрастно-

¹ *Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный)* / под общ. ред. В.И. Нечаева (автор комментария к статье 19 ГПК РФ Д.Б. Абушенко). М., 2008. С. 60; *Восканян М.Ж.* Заявления о самоотводах и об отводах суда в гражданском и арбитражном процессах // *Юридический мир*. 2008. № 1. С. 57.

² Там же.

сти и объективности судей, необходимо, во-первых, поменять существующий порядок рассмотрения заявления об отводе судьи таким образом, чтобы оно рассматривалось другим судьей этого же суда. Во-вторых, нужно ввести запрет на повторное заявление об отводе по тем же основаниям тем же лицом и предусмотреть процессуальную санкцию за его нарушение.

ПРОБЛЕМЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ «РАЗУМНОСТИ» СУДЕБНЫХ РАСХОДОВ НА ОПЛАТУ УСЛУГ ПРЕДСТАВИТЕЛЕЙ

С.А. Сандаковский

Развитие института возмещения судебных расходов в части оплаты услуг представителей сопровождается долголетней противоречивой судебной практикой, поскольку отсутствует единообразие в определении «разумных» расходов.

Чрезмерные расходы относятся к необоснованно завышенным затратам, что свидетельствует о злоупотреблении правом в целях причинения имущественного вреда проигравшей стороне. Но не стоит забывать, что добросовестность участников гражданских правоотношений презюмируется, а обширная судебная практика уменьшения судебных расходов по причине «неразумности» по сути дискредитирует юристов в глазах доверителей.

Лица, пострадавшие от проигравшей спор стороны, должны иметь возможность полностью компенсировать свои судебные расходы. Это дисциплинирует участников спора, не позволяет им втягиваться в судебные процессы, в том числе по заведомо проигрышным спорам.

Возможность компенсировать оплату услуг представителя в полном размере является серьезной проблемой при выборе квалифицированного юридического советника, который защитит интересы наилучшим образом. Иначе при произвольном уменьшении судом расходов на представителя разница между потраченной и взысканной суммой трансформируется в некомпенсируемые убытки.

Критерий разумности предполагает рассмотрение затрат на оплату услуг представителя с точки зрения разумности всех участников процесса, из которых не все уверены в положительном исходе дела.

Как верно заметил С. Пепеляев, чем больше разница между суммой, фактически потраченной на представителя, и суммой, возмещенной судом, тем ближе экономическое сходство со взяткой, поскольку сумма взятки не возвращается взяткодателю, как и сумма судебных расходов, размер которых уменьшен судом. Поэтому решение спорного вопроса путем обращения в суд выглядит менее привлекательным, чем дача взятки¹.

Следует отметить, что критерий «разумности» расходов почему-то относится только к оплате услуг представителя. Такой критерий, например, не применяется к оплате услуг судебных экспертов, у которых отсутствует единая ценовая политика.

Внутреннее убеждение суда о разумности расходов может быть сформировано на основании:

- а) обнародованной стоимости юридических услуг в Сибири;
- б) заключений относительно стоимости услуг по конкретному судебному спору, составленных объединениями профессиональных участников рынка юридических услуг в целях создания региональных мультипрайсов;
- в) внедрения биллинговой (почасовой) системы оплаты юридических услуг в Сибири, основанной на автоматизированных отчетах о проделанной работе;
- г) престижных профессиональных рейтингах, составленных юридическим бизнесом Сибири;
- д) уровня качества юридических услуг, оказываемых судебными представителями, систематически повышающих свою квалификацию.

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ВЗЫСКАНИЯ СУДЕБНЫХ РАСХОДОВ В РАМКАХ ГРАЖДАНСКОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

К.В. Сибер

Состояние и разработанность механизма взыскания судебных расходов отражает степень признания гражданами и членами бизнес-сообщества правовых способов защиты своих прав и законных интересов в различных сферах в качестве эффективных и единст-

¹ Пепеляев С.Г. Компенсация расходов на правовую помощь в арбитражных судах. М.: Альпина Паблишер, 2013. С. 26.

венно возможных вариантов защиты. Чем выше в обществе степень так называемой монополизации правовых способов защиты прав и законных интересов, тем большую значимость и ценность в таком обществе имеет фигура судебного представителя (лица, способного квалифицированно и эффективно разбираться, использовать и применять существующие правовые механизмы и институты, для достижения цели – защиты прав и законных интересов членов общества).

Результатом работы судебного представителя должны быть защищенные исключительно в рамках правового поля права и законные интересы члена общества (результат-защита). Отсутствие в обществе понимания того, что судебный представитель нацелен на защиту судебных прав, а не на создание продукта (т.е. результат-продукт в виде стоимости составления искового заявления, жалобы; участия в суде независимо от полученного результата), приводит к тому, что при выборе судебного представителя оценивается именно стоимость результата-продукта, а не результата-защиты.

Получение же результата-защиты требует от судебного представителя:

- предварительного полного анализа фактических обстоятельств дела;
- выработки вариантов дальнейших действий (исключительно в рамках правового поля, разумеется) с прогнозированием возможных рисков для представляемого;
- выбора максимально эффективного правового способа защиты прав и законных интересов представляемого;
- реализации выбранного способа защиты прав и законных интересов.

По мнению автора настоящей статьи, указанные выше характеристики результата-защиты в случае обращения в суд:

- 1) определяют экономическую ценность для представляемого помощи судебного представителя;
- 2) составляют дельту между стоимостью результата-защиты и результата-продукта.

Именно полученный в суде результат-защита имеет ценность (в том числе экономическую) для членов общества. В таком контексте задача суда при решении вопроса о возмещении судебных расходов заключается в признании необходимым и обоснованным любого размера понесенных судебных расходов, если в конечном итоге

получен результат-защита, а не результат-продукт. Удовлетворяя требование о возмещении таких судебных расходов, суд:

1) признает, что члены общества, использующие такие правовые способы защиты, поступают разумно, значит, и их расходы разумны;

2) стимулирует членов общества на такую модель поведения в будущем;

3) снижает количество судебных дел, возбуждаемых ради получения судебными представителями оплаты за предоставление представляемому им лицу (доверителю) результата-продукта;

4) расширяет монополию юридических способов защиты, используемых участниками спорных правоотношений для защиты нарушенных прав и законных интересов.

ЮРИСДИКЦИЯ АРБИТРАЖНЫХ СУДОВ ПО СВОДНОМУ ИСПОЛНИТЕЛЬНОМУ ПРОИЗВОДСТВУ

А.Ф. Скутин

В случаях, предусмотренных в ст. 34 ФЗ «Об исполнительном производстве» 2007 г. (Закон), судебный пристав-исполнитель несколько исполнительных производств объединяет в одно сводное исполнительное производство. Однако ни ГПК РФ, ни АПК РФ, ни Закон не урегулировали вопрос о юрисдикции споров, возникающих в связи с исполнением сводного исполнительного производства, в котором имеются исполнительные листы, выданные как арбитражным судом, так и судом общей юрисдикции. Неурегулированность вопроса в процессуальном законе порождает противоречивую практику судов. При решении данной проблемы необходимо исходить из конституционного положения о том, что арбитражный суд является специализированным судом, а не параллельным судом общей юрисдикции и его подведомственность строго определена в законе. Во всех остальных случаях дела подведомственны судам общей юрисдикции (ч. 3 ст. 22 ГПК РФ). Относительно подведомственности дел об оспаривании постановлений должностных лиц службы судебных приставов, их действий (бездействия) вопрос решен в ст. 128 Закона. В ч. 2 данной статьи приведен перечень дел, по которым заявления подаются в арбитражный суд. В случаях, не преду-

смотренных в ч. 2 ст. 128 Закона, заявления подаются в суд общей юрисдикции. Поскольку ни в ст. 128, ни в другом федеральном законе не предусмотрено оспаривание действий судебного пристава-исполнителя по сводному исполнительному производству в арбитражном суде, то эти дела относятся к подведомственности судов общей юрисдикции.

Аналогично, по нашему мнению, должен решаться вопрос и о юрисдикции дел по приостановлению сводного исполнительного производства (ст. 327 АПК РФ, ст. 436, 437 ГПК РФ), отсрочке, рассрочке исполнения судебного акта или изменения способа и порядка его исполнения (ст. 324 АПК РФ, 434 ГПК РФ). При этом следует учитывать, что в соответствии с ч. 2 ст. 45 Закона к подведомственности арбитражных судов относятся дела по приостановлению производства в случае исполнении исполнительных документов, указанных п. 5, 6 и 8 ч. 1 ст. 12 Закона. Следовательно, если в сводном исполнительном производстве имеются только исполнительные листы, выданные арбитражным судом, в т. ч. и по делам, предусмотренным в ч. 2 ст. 45 Закона, то заявления о приостановлении сводного исполнительного производства рассматриваются арбитражным судом.

Отложение исполнительных действий и применения мер принудительного исполнения (отложение) по сводному исполнительному производству в пределах 10-дневного срока решаются судебным приставом-исполнителем в порядке ст. 38 Закона. Отложение используется судами как вспомогательное процессуальное действие до рассмотрения вопросов о возможности применения других форм временной остановки исполнительного производства¹. Поэтому отложение по сводному исполнительному производству на срок более 10 дней, в котором имеются исполнительные листы судов общей юрисдикции или других органов власти, уполномоченных выдавать исполнительные документы, законом не предусмотрено. Невозможно и применение аналогии закона, поскольку это противоречит идее законодателя, упразднившего ст. 435 ГПК РФ.

Несколько иначе следует решать вопрос об отложении исполнительных действий по сводному исполнительному производству, в котором имеются только исполнительные листы арбитражного суда. Поскольку ст. 328 АПК РФ допускает отложение отдельных

¹ См.: *Постановление* Конституционного Суда РФ от 15.11. 2007 г. № 789-0-0 // СПС «КонсультантПлюс».

исполнительных действий арбитражным судом на срок более 10 дней, то и по сводному исполнительному производству заявления об отложении исполнения отдельных исполнительных действий должен решать арбитражный суд.

О ДЕЙСТВИИ ПРИНЦИПА СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТИ СТОРОН В ЗАОЧНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ

Е.А. Табакова

Принцип состязательности сторон – один из основополагающих принципов гражданского процесса. Данный принцип включает в себя такие составляющие, как представление доказательств, реализация предусмотренных процессуальным законом прав; словесное состязание, т.е. непосредственное отстаивание сторонами в суде своих доводов и поддержание требований и возражений. Состязательная форма процесса предполагает противоборство спорящих сторон, непосредственное их участие в процессе.

Учитывая, что ответчик при рассмотрении дела в порядке заочного производства участия в судебном процессе не принимает, он лишен возможности ссылаться на доказательства, представлять их суду, а также участвовать в их обсуждении и исследовании, отстаивать свою позицию, исключается словесное состязание сторон.

При таких обстоятельствах, на первый взгляд, кажется, что действие принципа состязательности сторон не распространяется на заочное производство. Так ли это?

По мнению А.Ф. Воронова, заочное производство не совсем правильно расценивать как исключение из принципа состязательности, поскольку никто не препятствует ответчику присутствовать в судебном заседании и осуществлять свои права, и никто не может заставить сторону защищать свои права¹. Указанная позиция представляется правильной, учитывая, что законодатель предоставляет ответчику дополнительные гарантии защиты его прав, «компенсирующие» отсутствие его в судебном разбирательстве.

¹ *Воронов А.Ф.* Принципы гражданского процесса: прошлое, настоящее, будущее. М.: Издательский Дом «Городец», 2009. С. 370.

К ним следует отнести запрет на изменение истцом предмета или основания иска без уведомления об этом ответчика (ч. 4 ст. 233 ГПК РФ), требование высылки ответчику копии заочного решения (ст. 236 ГПК РФ), право на реализацию дополнительного порядка обжалования заочного решения путем подачи заявления об отмене заочного решения (ст. 237 ГПК РФ). Введение данных гарантий обусловлено не чем иным, как необходимостью обеспечить условия для реализации в заочном производстве принципа состязательности, предусматривающего отстаивание сторонами своих субъективных прав и охраняемых законом интересов в одинаковых правовых условиях с использованием равных процессуальных средств.

Характер указанных гарантий сводится как к ограничению правовых возможностей истца, так и предоставлению ответчику процессуальных льгот, использование которых последним отражает действие состязательности в заочном производстве в большей степени не в ходе рассмотрения дела по существу, а после постановки судом заочного решения.

В юридической литературе существует мнение о том, что восстановление института заочного производства в российском гражданском процессе как раз было вызвано необходимостью закрепления дополнительных гарантий принципа состязательности¹. Действие принципа состязательности сторон в заочном производстве подтверждается судебной практикой². Как представляется, принцип состязательности сторон реализуется и в заочном производстве, однако действует в его рамках ограниченно.

¹ Халдеева И.А. Некоторые проблемы гражданского процессуального законодательства на современном этапе // Юридическое образование и наука. 2012. № 3. С. 37; *Гражданский процесс: учебник* / под ред. М.К. Треушникова. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Издательский Дом «Городец», 2010. С. 425.

² Так, Конституционный Суд РФ в Определении от 14.12.2000 г. № 269-О подтвердил отсутствие нарушений конституционных принципов осуществления правосудия на основе состязательности и равноправия сторон, закрепленных в ч. 3 ст. 123 Конституции РФ, при вынесении по гражданскому делу заочного решения в случае неявки в судебное заседание ответчика, надлежащим образом извещенного о месте и времени его проведения.

ИССЛЕДОВАНИЕ ПИСЬМЕННЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ ПО СПОРАМ ИЗ ДОГОВОРА ИМУЩЕСТВЕННОГО СТРАХОВАНИЯ

В.В. Ожередова

Процедура оформления необходимых документов в имущественном страховании довольно сложна в силу особенностей страховых отношений. Расследование страхового случая проходит определенные этапы: уведомление страховщика о наступлении страхового случая; осмотр застрахованного имущества; экспертиза застрахованного имущества; составление страхового акта.

Собранные и оформленные участниками страховых отношений по результатам описанных выше действий акты, заключения и иные документы получают в гражданском и арбитражном процессе статус письменных доказательств. Их представление сторонами, исследование и оценка судом производится по правилам, закрепленным в нормах процессуального закона.

По общему правилу доказывание обстоятельств возлагается на ту сторону, которая основывает на них свои требования или возражения. Страховое законодательство не содержит специальных правил распределения обязанностей по доказыванию. Деятельность участников процесса в спорах из договора имущественного страхования осуществляется по общим правилам.

Бремя собирания и представления доказательств ложится на участников спора, поэтому стороны должны с особым вниманием относиться к сбору и оформлению документов до возникновения спора в суде, поскольку это определяет содержание доказательственной деятельности и от этого зависят выводы суда об обстоятельствах дела.

Письменные доказательства по спорам из договора имущественного страхования следует оценивать с точки зрения своевременности составления документов, полномочия лиц, подписавших их, а также соблюдения порядка составления и полноты содержащейся в них информации. Документы, которые составлены и подписаны неуполномоченными лицами, не создают никаких правовых последствий. Также значительно теряют степень достоверности акты, составленные с пропуском установленного срока или с нарушением порядка составления документа, хотя это не является основанием к тому, чтобы акт вообще не был принят судом. Следует отметить,

что в таком случае у другой стороны появляется возможность использовать этот факт и трактовать его в свою пользу. Потребность в правильно составленных документах отчетливо видна.

Исследование и оценка письменных доказательств, представленных сторонами, производится судом с учетом правил относимости и допустимости. Страховщик и страхователь должны представить суду не только по форме правильные документы, как это предусмотрено законодательством и условиями договора имущественного страхования. Также в документах должна быть отражена информация о фактах, на которые ссылаются стороны.

Только надлежащее выполнение требований по оформлению и содержанию документов является гарантией защиты прав и интересов участников имущественного страхования.

СОДЕРЖАНИЕ

ГРАЖДАНСКОЕ И СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

<i>Аксенова Т.В.</i> Новеллы правового статуса крестьянского (фермерского) хозяйства	5
<i>Астафуров А.Е.</i> Некоторые проблемы применения антимонопольного законодательства в правоотношениях по оказанию услуг электросвязи	7
<i>Афанасьева Е.Н.</i> Публичный порядок как категория национального гражданского и международного частного права	8
<i>Аюпов О.Ш.</i> Компенсация нематериального вреда в практике президиума ВАС РФ	11
<i>Багрова Н.В.</i> Недействительность брачного договора, противоречащего принципам семейного законодательства	13
<i>Блинова Ю.В.</i> О форме сделки в российском коллизионном праве	14
<i>Бондаренко С.А.</i> Некоторые проблемы правового регулирования договорных отношений в сфере образования	16
<i>Берилло М.С.</i> Проблемы совершенствования норм о привлечении к ответственности за причинение вреда здоровью пациентов	18
<i>Валынкина И.А.</i> Медиация в сфере медицинских услуг	20
<i>Гольшев М.В.</i> К вопросу о деятельности страховых посредников	21
<i>Громоздина М.В.</i> Правовое значение заключения органов опеки и попечительства при рассмотрении споров о детях	23
<i>Грызыхина Е.А.</i> Ипотека права застройки	25
<i>Ершова И.В.</i> К вопросу о применении норм гл. 25 ГК РФ к деликтным обязательствам	26
<i>Зезекало А.Ю.</i> Взыскание убытков: к вопросу о совершенствовании отдельных положений Гражданского кодекса	28
<i>Зиновьев К.С.</i> Вновь к вопросу о возражениях по ценной бумаге	30
<i>Имекова М.П.</i> Отчуждение земельного участка в конструкции вещных прав на земельные участки	32
<i>Казанцева А.Е.</i> Некоторые вопросы приращения наследственных долей	34
<i>Казанцев И.А.</i> Доверительное управление акциями, входящими в состав наследства	36
<i>Кайгородова М.Ю.</i> О способах обеспечения исполнения предварительных обязательств	37
<i>Кайгородова М.Ю.</i> Предварительное обязательство как разновидность относительного правоотношения	40
<i>Карцева Н.С., Мальцев Т.А.</i> Некоторые проблемы правовой регламентации ограничения дееспособности граждан в Российской Федерации	43
<i>Коваленко Е.Ю.</i> Организация исполнения договорного обязательства	46
<i>Копылов А.Ю.</i> Гражданско-правовая ответственность информационных посредников (провайдеров) за нарушение авторских и смежных прав в сети Интернет	47

<i>Ломакина И.Г.</i> Особенности понятия медицинской услуги как объекта гражданских прав	49
<i>Могилевский Г.А., Маматов Р.Р.</i> Военные образовательные учреждения высшего профессионального образования в системе образовательных организаций Российской Федерации	52
<i>Мухачева Е.С.</i> Невозможность исполнения обязательства как правовое состояние	54
<i>Рахвалова М.Н.</i> Право собственности на жилое помещение: грядущие изменения	56
<i>Соболева Н.В.</i> Особенности цифровой формы произведений науки, литературы и искусства	57
<i>Соломин С.К.</i> Стабильные обязательственные конструкции в условиях совершенствования гражданского законодательства	59
<i>Соломина Н.Г.</i> К вопросу о правовой квалификации договора аренды	62
<i>Скорыходов С.В.</i> Встречное исполнение обязательств и сроки в договоре строительного подряда	64
<i>Сысоев К.С.</i> И снова к вопросу о потребительской кооперации в капитальном строительстве	66
<i>Татаркина К.П.</i> Правовое регулирование сделок, совершаемых в массовом порядке	68
<i>Титаренко Е.П.</i> К вопросу о достаточности поименованных в СК РФ соглашений	71
<i>Токарев Е.А.</i> К вопросу о вексельной правоспособности (векселеспособности)	73
<i>Филиппова О.С.</i> Трудовой договор как крупная сделка хозяйственного общества	74
<i>Филиппова Т.А.</i> Ограничения интеллектуальных прав	76
<i>Фролов А.И.</i> Вопросы классификации гражданско-правовых последствий чрезвычайных ситуаций	78
<i>Цыбизова Н.А.</i> Презумпции и фикции при безвестном отсутствии гражданина	80
<i>Шепель Т.В.</i> Внедоговорная ответственность: состояние законодательства и перспективы его развития	82
<i>Юрьева А.Г.</i> К вопросу об объективной стороне правонарушения как основание родительской ответственности	83
<i>Юрьева Л.А.</i> К вопросу об обязательности заключения договора управления многоквартирным домом для управляющей организации	85

ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

<i>Агашев Д.В.</i> Некоторые проблемы заключения индивидуальных договоров в трудовом праве России	87
<i>Бутенко Е.И.</i> К вопросу об определении предмета права социального обеспечения	89
<i>Волошин А.В.</i> Место социально-обеспечительной помощи в современной социально-обеспечительной политике России	90
<i>Гранкин К.В.</i> Правовые проблемы выплаты пенсии за выслугу лет	92
<i>Зеленина А.Ю.</i> Проблема ответственности органов социального обеспечения России	94
<i>Шулубина С.А.</i> Нивелирование целей трудового законодательства о «северных льготах»	96
<i>Яцученко Т.В.</i> Концепции социального обеспечения	98

ПРИРОДОРЕСУРСНОЕ, ЗЕМЕЛЬНОЕ, ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ И СРАВНИТЕЛЬНО-ТРУДОВОЕ ПРАВО

<i>Белинин А.А.</i> Формирование комиссии по расследованию травм на производстве	100
<i>Болтанова Е.С.</i> Застройка земель как правовая категория	102
<i>Дедкова Т.А.</i> Проблемы рационального природопользования.....	105
<i>Кацлакова А.С.</i> Проблемы реализации права на достойную жизнь	107
<i>Лебедев В.М.</i> О роли гипотез в науке трудового права	109
<i>Ломовских Н.Н.</i> Стимулирование качества работы в организации	112
<i>Мельникова В.Г.</i> Нормы об особенностях правового регулирования труда руководящих служащих в системе трудового права Германии.....	114
<i>Назметдинов Р.Р.</i> Способы обеспечения дисциплины труда в США	116
<i>Насалевич Т.С.</i> Процедура приема на работу в трудовом праве Великобритании.....	118
<i>Пономарева Т.М.</i> Внутренний трудовой распорядок организации по законодательству Германии	120
<i>Пустовая О.Н.</i> Понятие трудовой сделки	121
<i>Радевич Е.Р.</i> Имплементация рамочного соглашения о телеработе в странах Евросоюза.....	124
<i>Резник А.А.</i> Нормативная основа труда муниципальных служащих	126
<i>Сафонова Н.А.</i> Понятие дисциплины труда.....	129
<i>Хлебников А.В.</i> Защита заработной платы	130

ГРАЖДАНСКИЙ И АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕСС

<i>Данилова И.А.</i> Патентные споры, возникающие из публичных правоотношений	134
<i>Зинзиков П.А.</i> Судейское усмотрение в первой и апелляционной инстанциях: сравнительный анализ.....	136
<i>Любимова Е.В.</i> Особенности судопроизводства, вызванные подсудностью спора, в России XIX в.	137
<i>Морозова А.С.</i> Может ли суд апелляционной инстанции передавать дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции?	139
<i>Немцева В.Б.</i> Условие реализации права на обращение в суд с заявлением об оспаривании нормативного акта.....	141
<i>Омельченко Ю.П.</i> Формы участия органов федеральной инспекции труда в гражданском процессе	143
<i>Рогалева М.А.</i> Косвенные иски о признании на рынке ценных бумаг	144
<i>Романова Ю.А.</i> Заявления об отводах и порядок их разрешения в гражданском и арбитражном судопроизводствах	146
<i>Сандаковский С.А.</i> Проблемы определения «разумности» судебных расходов на оплату услуг представителей	148
<i>Сибир К.В.</i> Актуальные вопросы взыскания судебных расходов в рамках гражданского судопроизводства	149
<i>Скутин А.Ф.</i> Юрисдикция арбитражных судов по сводному исполнительному производству	151
<i>Табаква Е.А.</i> О действии принципа состязательности сторон в заочном производстве.....	153
<i>Ожередова В.В.</i> Исследование письменных доказательств по спорам из договора имущественного страхования	155

НАУЧНОЕ ИЗДАНИЕ

ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ
УКРЕПЛЕНИЯ
РОССИЙСКОЙ
ГОСУДАРСТВЕННОСТИ

Часть 56

Редактор *А.И. Корчуганова*
Компьютерная верстка *Т.В. Дьяковой*

Подписано в печать 28.10.2013.
Формат 60x84¹/₁₆. Бумага офсетная № 1. Печать офсетная.
Печ. л. 10,0; усл. печ. л. 9,3; уч.-изд. л. 9,1. Тираж 500. Заказ

ООО «Издательство ТГУ», 634029, г. Томск, ул. Никитина, 4
ООО «Интегральный переплет», 634040, г. Томск, ул. Высоцкого, 28, стр. 1