

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

**ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ УКРЕПЛЕНИЯ
РОССИЙСКОЙ
ГОСУДАРСТВЕННОСТИ**

Часть 52

ИЗДАТЕЛЬСТВО ТОМСКОГО УНИВЕРСИТЕТА
2012

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**
канд. юрид. наук, доцент **В.С. Аракчеев**
канд. юрид. наук, доцент **Е.В. Лазарева**
канд. юрид. наук, доцент **А.Ю. Зезекало**

П 68 Правовые проблемы укрепления российской государственности: Сб. статей. – Ч. 52 / Ред. В.М. Лебедев, Г.Л. Осокина, В.С. Аракчеев и др. – Томск: Изд-во Том. ун-та, 2012. – 124 с.

ISBN 978-5-7511-2116-7

Представлены статьи преподавателей, научных сотрудников и аспирантов юридического института ТГУ и юридических факультетов других университетов Западной Сибири. Статьи объединены в три раздела: гражданское право; трудовое, природоресурсное, земельное и экологическое 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

ISBN 978-5-7511-2116-7

© Томский государственный университет, 2012

ЖИЛИЩНЫЙ КОДЕКС РФ НЕ НУЖЕН

Р.П. Мананкова

Цивилисты с советским прошлым, должно быть, не забыли о масштабах и глубине многолетних дискуссий, обусловленных закреплением права на жилище в ст. 44 Конституции 1977 г., которому предшествовало всенародное обсуждение проекта Основного Закона. Как теперь видится, то был действительно один из важнейших этапов развития СССР как социального государства, хотя оно и не именовалось таковым. Принятие Основ жилищного законодательства пробудило науку, и за короткий срок была подготовлена теоретическая база для первого в истории нашей страны Жилищного кодекса РСФСР, принципиально отразившего преимущества социалистического строя: «Граждане, нуждающиеся в улучшении жилищных условий, имеют право на получение в пользование жилого помещения в домах государственного или общественного жилищного фонда. Жилые помещения предоставляются, как правило, в виде отдельной квартиры на семью» (ст. 28 Жилищного кодекса РСФСР). Эти нормы логически увязаны с положениями закона о том, что государственная собственность – общее достояние советского народа, основная форма социалистической собственности. Земля, ее недра, воды и леса состоят в исключительной собственности государства. Государству принадлежит основной городской жилищный фонд (ст. 94, 95 Гражданского кодекса РСФСР 1964 г.).

Жизнь показала реальную значимость права на жилище, действительные, а не просто декларированные гарантии его реализации.

Разрушение социалистической системы хозяйства и системы законодательства произошло в исторически короткое время, а применительно к жилищному законодательству еще быстрее: период безвременья и беззакония можно отсчитывать с 1990 г. (Закон о собственности в СССР) до 1994 г., когда был опубликован проект нового Жилищного кодекса, а затем и введена часть I Гражданского кодекса РФ.

Все стало ясно уже из содержания ст. 212–213 Гражданского кодекса: «В Российской Федерации признается частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности. Количество и стоимость имущества, находящегося в собственности граждан и юридических лиц, не ограничивается...».

Введение в действие нового Жилищного кодекса с 1 марта 2005 г. обусловило массовые акции протеста под лозунгами «Долой Анти-социальный кодекс», Антижилищный, Антинародный и т.п. Впрочем, такую реакцию надо было предвидеть раньше, в период обсуждения концепции, но этого не случилось, и в результате новый Жилищный кодекс сыграл роль сильного социального раздражителя. Одно дело, когда проблемы возникают и обнажаются эпизодически, и совсем другое, когда миллионам людей одновременно сообщают о крахе их надежд и планов. В каких бы осторожных формулировках ни выражались новые принципы жилищного законодательства (ст. 1), стало очевидно, что государство сняло с себя заботу о самом насущном праве граждан. Исчезли и реальные гарантии конституционного права на жилище, перечисленные в ст. 1 Жилищного кодекса РСФСР. Некоторые из этих гарантий по сути превратились в свою противоположность – в препятствия, ограничения, обременения. Давно нет ни высоких темпов развития государственного и общественного жилищного фонда на основе госпланов, нет справедливого распределения жилья под общественным контролем. Как насмешка воспринимается теперь прежняя гарантия о невысокой плате за квартиру и коммунальные услуги.

До сих пор серьезные замечания высказываются, прежде всего, учеными по поводу структуры и содержания действующего Жилищного кодекса. Претензии к специалистам, подготовившим проект, обусловлены двумя обстоятельствами: во-первых, игнорированием отдельных, но важных выводов советской науки жилищного права и, во-вторых, стремлением отреагировать на острые вопросы практики, носящие в значительной степени политический характер.

Советские ученые-жилищники много внимания уделили теории: понятию и правовой природе права на жилище, элементам жилищного правоотношения, его динамике и гарантиям реализации. Собственника и титульных пользователей жилого помещения тогда договорились различать и не включать в число субъектов жилищных правоотношений. Авторы проекта Жилищного кодекса РФ без внятного публичного обоснования сделали собственника жилья цен-

тральной фигурой, сломав тем самым концепцию предшественников и, главное, игнорируя их практический опыт. Сейчас нормы о праве собственности и других вещных правах занимают первое место в структуре Жилищного кодекса. Последствия смены концепции субъектов жилищного правоотношения уже проявляются в процессе правоприменения, в частности, при определении правовой природы и отраслевой принадлежности спорных отношений. И, что немало важно, в Жилищном кодексе произошло неизбежное дублирование, а также конкретизация норм Гражданского кодекса о праве собственности. В этой части действующий Жилищный кодекс фактически работает как комментарий.

Довольно заметной недоработкой законодателя является раздел III «Жилые помещения, предоставляемые по договорам социального найма». Кстати, некоторое недоумение вызывают структура кодекса, критерии, по которым она выстроена: если по объектам, то почему раздел II назван «Право собственности и другие вещные права». Если по правам, то почему в таком случае нормы о ТСЖ помещены в разделе VI, а нормы об управлении многоквартирными домами, т.е. о форме реализации любым собственником своих правомочий, оказались в конце кодекса (раздел VIII). Возникает сомнение в том, была ли вообще структура Жилищного кодекса предметом его предварительного обсуждения.

Однако вернемся к III разделу. До сих пор не определено соотношение этих норм Жилищного кодекса (ст. 49–91) с нормами главы 35 Гражданского кодекса (ст. 671–688), в последней редакции от 29.12.2004 г. № 189-ФЗ. При сопоставлении содержания этих одновременно действующих норм разных кодексов обнаруживаются довольно интересные моменты. Во-первых, пробелы. В Жилищном кодексе забыли назвать и определить признаки и особенности столь популярного договора коммерческого найма жилого помещения; авторы ограничились п. 7 ст. 31. Догадаться и отыскать нормативную основу этого относительно нового договора, а потом и составить этот договор, очевидно, не каждый в состоянии и, это при том известном условии, что закон, и в особенности жилищный, адресован и, следовательно, должен быть максимально доступен каждому гражданину.

В Гражданском кодексе РФ этот договор тоже не назван, но можно догадаться, что социальный найм – это разновидность договора найма жилого помещения. О том, что и нормы гл. 35 Гражданского кодекса тоже трудно применять, уже устали говорить с 1996 г.

и теоретики, и практики. Была надежда на то, что новый Жилищный кодекс РФ избавит от этих проблем, однако этого не только не случилось, а, напротив, появились другие малопонятные ситуации, и вопрос вовсе не закрыт. Выпадение коммерческого найма из поля зрения законодателя – это вообще нонсенс. Это не единственный, но самый заметный дефект Жилищного кодекса РФ. обстоятельно анализировать иные недостатки в определенной степени неинтересно и, скорее всего, безрезультатно потому, что на совершенно очевидные несовершенства реакции нет.

Качество нормативного материала в действующем Жилищном кодексе РФ не порождает оптимизма еще и потому, что он переполнен разноотраслевыми нормами, а точнее дублирует их. Складывается впечатление, что авторы проекта включили в текст положения о плате за жилое помещение и коммунальные услуги (ст. 153–160 Жилищного кодекса РФ), о полномочиях и государственном контроле и иные с целью как-то нейтрализовать негативный эффект от основного тезиса: государство не будет давать квартиры бесплатно. Красноречивым свидетельством этой позиции служит норма, закрепленная в ст. 8 Жилищного кодекса «Применение к жилищным отношениям иного законодательства»: «К жилищным отношениям, связанным с ремонтом, переустройством и перепланировкой жилых помещений, использованием инженерного оборудования, предоставлением коммунальных услуг, внесением платы за коммунальные услуги, применяется соответствующее законодательство с учетом требований, установленных настоящим кодексом». Иначе говоря, нормы из других отраслей (институтов) законодательства не меняют своей принадлежности и не отождествляются с жилищными. Жилищное законодательство как система нормативных актов на современном этапе не нуждается в Жилищном кодексе в его нынешнем состоянии.

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ФОНДА СОДЕЙСТВИЯ РАЗВИТИЮ ЖИЛИЩНОГО СТРОИТЕЛЬСТВА

М.Н. Рахвалова

Фонд содействия развитию жилищного строительства (далее Фонд РЖС) был создан в соответствии с ФЗ РФ «О содействии развитию жилищного строительства» № 161-ФЗ от 24.07.2008г. (далее – Закон). Фонд РЖС является некоммерческой организацией. Цели его

создания определены в ст. 3 Закона¹. О необоснованном расширении перечня организационно-правовых форм некоммерческих организаций говорилось достаточно много, и, как следует из Проекта изменений в ГК РФ, он должен быть исчерпывающим образом определен в ГК РФ. В данной ситуации противоречий ГК РФ нет, но только на первый взгляд. Фонд РЖС по своей организационно-правовой форме является фондом. Но так ли это по сути? При более внимательном изучении становится понятно, что он имеет мало общего с указанной организационно-правовой формой и напоминает, скорее, государственную корпорацию. О «целесообразности» создания госкорпораций написано также достаточно.

В отличие от обычного юридического лица для Фонда РЖС не предусмотрено государственной регистрации в качестве такового, и он считается созданным на основании Закона². По общим правилам учредителями фонда могут быть только граждане и (или) юридические лица (п. 1 ст. 7 ФЗ «О некоммерческих организациях»). Однако учредителем Фонда РЖС является РФ. Правоспособность Фонда РЖС, как и любой некоммерческой организации, является специальной, и по общему правилу прибыль он обязан направлять только на цели, определенные уставом (в данной ситуации цели определены Законом). Имущество Фонда РЖС формируется в основном за счет безвозмездной передачи в его собственность федерального имущества: земельных участков, расположенных на них объектов недвижимого имущества³, за счет иного имущества, в том числе

¹ Задача Фонда РЖС состоит, прежде всего, в инвентаризации земельных участков, выявлении случаев их ненадлежащего использования, прежде всего, расположенных в районах перспективного развития городских территорий, вблизи сложившейся социальной, инженерной и дорожной инфраструктуры городов, в развитии инженерной инфраструктуры при участии Фонда РЖС и в предоставлении затем таких участков на конкурсной основе для комплексной застройки. На первый взгляд, новый подход к комплексному развитию территорий РФ должен, во-первых, поддержать строительную отрасль, содействовать развитию производства различных строительных материалов, во-вторых, обеспечить граждан сравнительно дешевым и качественным жильем, в-третьих, способствовать рациональному использованию земель, в-четвертых, содействовать созданию инженерной, дорожной и социальной инфраструктуры и рациональному использованию уже функционирующей инфраструктуры.

² До сих пор такое исключение было сделано только для государственной корпорации. Заметим, что действующие фонды, создаваемые ранее на основании специальных федеральных законов, также считались созданными с момента государственной регистрации в соответствии с ФЗ РФ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» от 8 августа 2001 года.

³ Например, Распоряжение Росимущества от 03 июля 2011 г. № 744-р «О передаче в собственность Фонда содействия развитию жилищного строительства недвижимого иму-

денежных средств. Причем решение принимают либо межведомственный коллегиальный орган, либо Правительство РФ. Очевидно, оно не должно противоречить ни гражданскому, ни земельному законодательству (сравним, например, ст. 15 Закона и ст. 45 ЗК РФ, 235, 283 ГК РФ). Затем Фонд РЖС отчуждает недвижимость или право ее аренды на возмездной основе, но это – прибыль Фонда РЖС.

Фонд РЖС не может быть реорганизован или ликвидирован в судебном порядке, поскольку порядок этих процедур должен быть определен Законом, который об этом умалчивает. В силу прямого указания в Законе он не может быть объявлен банкротом (п. 11 ст. 2 Закона). О своей деятельности Фонд РЖС обязан отчитываться только перед Президентом РФ, Государственной Думой РФ, Советом Федерации Федерального Собрания РФ и Правительством РФ. Никакие иные проверки его финансовой деятельности Закон не допускает.

ПРЕДЕЛЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРИНЦИПА СВОБОДЫ ДОГОВОРА

С.К. Соломин

1. Формирование участниками гражданского оборота того или иного договора предполагает необходимость его соответствия законодательно предписанной договорной конструкции, опосредующей обязательственные отношения, возникновение которых предполагают участники. Они не могут придать заключенному договору консенсуальный характер, если законом для него предусмотрена реальная конструкция, а равно не могут заключить реальную сделку, если по закону она должна быть оформлена в виде консенсуальной. Данное следствие распространяется и на соблюдение требований возмездности сделок: нельзя волей сторон придать безвозмездный характер сделке, которая по закону является исключительно возмездной.

2. Существо реального договора исключает возможность его заключения посредством реализации механизма предварительного договора. Предварительный договор, предметом которого выступает заключение в будущем основного договора, построенного по реальной конструкции, является недействительным.

3. Конструкция предварительного договора не применима к потребительским правоотношениям, возникновение которых обусловлено заключением публичного договора.

4. Закон допускает заключение смешанного договора, содержащего в себе элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами. Вместе с тем заимствование отдельных элементов известных действующему законодательству договоров не может привести к созданию нового самостоятельного вида гражданско-правового договора, заключение которого смогло бы породить новый вид обязательственных правоотношений. Включение в смешанный договор тех или иных элементов существующих договорных конструкций в конечном счете будет сведено к квалификации его в качестве уже известного того или иного договорного типа (вида).

5. Говоря об элементах различных договоров, присутствующих в смешанном договоре, имеют в виду обязательства, которые отвечают за квалификацию конкретного договора в качестве того или иного договорного типа (вида). Вместе с тем только один элемент (только одно обязательство, заимствованное из какого-либо договора) в смешанном договоре будет признан доминирующим, что и будет влиять на конечный результат его квалификации в качестве договора, правила о котором и будут подлежать применению в качестве основных. Правила, соотносимые с существом другого обязательства (зависимого обязательства), должны подлежать применению в субсидиарном порядке.

6. Смешение элементов (квалифицирующих обязательств) различных договоров имеет границы. Не могут быть заимствованы в схему смешанных правоотношений: во-первых, элементы договоров, в которых одно (ведущее) обязательство полностью определяет существо другого (зависимого); во-вторых, элемент двустороннего договора, в котором каждое из возникших обязательств является квалифицирующим, поскольку при вычленинии такого одного элемента теряется его сущностный акцент; в-третьих, элемент безвозмездного договора, поскольку любое его сопоставление с элементом любого другого гражданско-правового договора приведет к уже существующей договорной конструкции; в-четвертых, элемент реального одностороннего договора, поскольку его объединение с элементом другого также приведет к формированию уже поименованного в гражданском

законодательстве договора. Вместе с тем важно не забывать, что объединение элементов различных договоров в противоречие закону приведет к недействительности совершенной сделки.

ПРОЩЕНИЕ ДОЛГА В СИСТЕМЕ ОСНОВАНИЙ ПРЕКРАЩЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Н.Г. Соломина

1. В системе оснований прекращения гражданско-правовых обязательств, направленных на бесконфликтное урегулирование отношений, особое место занимает прощение долга, в силу которого одно лицо (кредитор), обладающее имущественным правом требования к другому лицу (должнику), освобождает последнее от исполнения лежащей на нем обязанности перед собой.

2. В юридической литературе существо данного основания прекращения обязательств, как правило, рассматривают через призму судебной практики, квалифицирующей прощение долга в зависимости от критерия направленности намерения кредитора освободить должника от обязанности, что, на наш взгляд, является ошибочным.

3. Прощение долга является одной из форм дарения, посредством которой происходит освобождение должника от имущественной обязанности перед кредитором. Прощение долга может быть реализовано исключительно в рамках реальной конструкции договора дарения.

4. Применение прощения долга во внедоговорной (охранительной) сфере возможно. Вместе с тем любое согласительное вмешательство в процесс реализации этих обязательств неизбежно приведет к изменению их существа: последствия прекращения внедоговорных обязательств в силу соглашения сторон выходят за охранительную сферу и подпадают под действие договорного права.

5. В двустороннем договоре предполагается наличие как минимум двух встречных обязательств, что характерно, в первую очередь, для возмездных договоров. Исполнение одного (первичного) обязательства обуславливает необходимость исполнения другого (вторичного) обязательства.

Первичное обязательство может быть прекращено соглашением сторон, которое будет выступать не соглашением о прощении долга, а соглашением об изменении или расторжении договора. Особенности статуса кредитора во вторичном обязательстве позволяют ему

освободить должника от «абсолютного» долга – долга, необходимость передачи которого обеспечена исполнением первичного обязательства. Именно поэтому прекращение вторичного обязательства, обусловленное соглашением сторон, может подлежать квалификации в качестве прощения долга.

6. Прекращение вторичного обязательства в двустороннем договоре, основанное на соглашении о прощении долга (договоре дарения), оказывает квалифицирующее воздействие на тот договор, который прекращается прощением долга – он признается односторонним договором дарения, поскольку его исполнение сводится к перемещению имущественного блага исключительно от одного лица к другому не только без какого-либо встречного предоставления, но и встречного исполнения обязательства как такового. Данные положения характерны исключительно для возмездных договорных конструкций и не распространяются на безвозмездные договоры.

7. Прекращение обязательства посредством прощения долга невозможно относительно обязательств, возникающих из односторонних безвозмездных договоров.

8. Долг для цели ст. 415 ГК РФ представляет собой имущественную обязанность, составляющую содержание договорного или внедоговорного обязательства, связанную с передачей вещи должника (в том числе его денег), исполнение которой сводится к встречному предоставлению вещи (или единственному предоставлению) в договорном обязательстве или уплате денег во внедоговорном (охранительном) обязательстве.

9. При реализации прощения долга следует иметь в виду ограничения, установленные не только в отношении дарения, но и той договорной конструкции, в рамках которой происходит прекращение обязательства посредством прощения долга.

ПРАВОВОЙ СТАТУС ОРГАНИЗАТОРОВ ТОРГОВОГО ОБОРОТА В РОССИИ

Е.А. Абросимова

Процесс преобразований в оптовой торговле характеризуется созданием новых различных по своему функциональному назначению видов участников торгового оборота. Появляются организаторы торгового оборота – товарные биржи, торгово-промыш-

ленные палаты, ассоциации и союзы производителей и торговцев, оптовые рынки, ярмарки, выставки и др.

Правовой статус организатора торгового оборота непосредственно связан с понятием организационных отношений, которые существуют наряду с имущественными отношениями, и направлены на их организацию¹. Организаторы, выполняя обслуживающую функцию по отношению к основным субъектам – торговцам, являются частью структуры торгового оборота и подчиняются его законам.

Для них организация торгового оборота является правовой целью. Именно правовая цель определяет функциональное назначение этой группы субъектов торгового оборота². Цель организаторов торгового оборота не в совершении сделок, а в создании условий и возможностей для совершения торговых операций другими участниками торгового оборота. По формальному признаку это некоммерческие организации, не преследующие цель получения прибыли, по функциональному признаку они – организаторы торгового оборота.

До 2012 г. в России об организаторах торговли упоминали ФЗ «О рынке ценных бумаг» и ГК РФ (п. 2 ст. 477). В юридической литературе высказывается точка зрения, что организатором торговли может быть исключительно некоммерческая организация³. Принятый в конце 2011 г. новый ФЗ «Об организованных торгах», вступающий в действие с 1.01.2013 г., конституирует совершенно противоположный подход к определению правового статуса биржи как организатора торговли⁴: «Организатором торговли может являться только хозяйственное общество» (п. 1 ст. 5). И тут же в п. 3 той же ст. 5: «Организатор торговли не вправе заниматься производственной, торговой и страховой деятельностью». Идет речь о хозяйственном обществе, ограничение правоспособности которого законом не позволяет ему заниматься предпринимательской деятельностью? Не согласована позиция законодателей в отношении правоспособности юридических лиц и разницы в функциональном назначении коммерческих и некоммерческих организаций. Далее «организатор торговли, совмещающий деятельность по органи-

¹ Красавчиков О.А. Организационные гражданско-правовые отношения // Категории науки гражданского права: В 2 т. М.: Статут, 2005.

² Стратегия развития торговли в Российской Федерации на 2010–2015 годы и период до 2020 года, утв. приказом Минпромторга России от 31 марта 2011 г. № 422.. С. 11 // <http://www.minpromtorg.gov.ru/ministry/strategic/sectoral/9>

³ См.: Пугинский Б.И. Коммерческое право. М., 2008. С. 57–61; Абросимова Е.А. Организаторы торгового оборота. М.: Волтерс Клувер, 2011.

⁴ Принят 21 ноября 2011 года № 325-ФЗ.

зации торгов с иными видами деятельности, обязан создать для осуществления деятельности по проведению организованных торгов одно или несколько отдельных структурных подразделений» (п. 5 ст. 5). И эти структурные подразделения являются частью юридического лица, которому запрещено совмещение? На фоне всей неразберихи с правовым положением организаторов торговли, с полномочиями по ограничению правоспособности и со статусом структурных подразделений юридического лица законодатель требует от организатора торговли, совмещающего деятельность по проведению организованных торгов с иными видами, «принимать меры по предотвращению и урегулированию конфликта интересов, возникающего у организатора торговли в связи с таким совмещением» (п. 6 ст. 5).

На мой взгляд, организатор торгового оборота – некоммерческая организация, осуществляющая непредпринимательскую по своим целям деятельность, направленную на содействие главным участникам торгового оборота в продвижении товаров от производителей к потребителям, построенную на началах координации и субординации социальных связей участников торгового оборота.

НАПРАВЛЕНИЯ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА, РЕГУЛИРУЮЩЕГО ПОТРЕБИТЕЛЬСКУЮ КООПЕРАЦИЮ В КАПИТАЛЬНОМ СТРОИТЕЛЬСТВЕ

К.С. Сысоев

2012 г. провозглашен ООН Международным годом кооперативов. Декларация о кооперативной идентичности, принятая Международным кооперативным альянсом (МКА)¹ в 1995 г., определила потребительский кооператив как «автономную ассоциацию лиц, добровольно объединившихся для удовлетворения своих общественно-экономических, социальных и культурных потребностей посредством совместно владеемого и демократически управляемого предприятия». Кооперативы должны быть основаны на принципах: солидарности, взаимопомощи, взаимной ответственности, открыто-

¹ МКА основан в Лондоне в августе 1895г. и является крупнейшей независимой неправительственной организацией, имеющей консультативный статус в ООН и Совете Европы. МКА объединяет, представляет и служит интересам кооперативов во всем мире. Российская потребительская кооперация является членом МКА с 1903 г.

сти, демократии, равенства, честности, справедливости, социальной ответственности и заботе о других. Особо следует выделить необходимость активного личного участия членов кооператива (кооператоров, пайщиков) в деятельности и управлении кооперативом, без чего его успешное функционирование не представляется возможным.

Кооперативные товарищества возникали всегда в трудные для общества времена и успешно помогали преодолевать их. Правовая форма кооперации прошла через испытания крайней нужды и ситуации выживания¹. Потребительская кооперация, как мощный антикризисный инструмент, может существенно помочь в решении проблемы обеспеченности граждан жилой и нежилой недвижимостью, сделать объекты капитального строительства доступнее и тем самым повысить качество жизни граждан. Но для успешного функционирования механизма потребительской кооперации в капитальном строительстве в России необходимо существенное совершенствование законодательства в этой части, формирование политики реальной помощи государства по отношению к такому кооперативному движению, повышение информированности и образованности граждан в части организации кооперативного строительства, проведение соответствующей государственной пропаганды.

В процессе проводимого исследования по данной тематике были выделены следующие необходимые направления комплексного совершенствования законодательства, регулирующего потребительскую кооперацию в капитальном строительстве:

1. Принятие и законодательное закрепление Концепции развития потребительской кооперации Российской Федерации на ближайшие несколько лет, предусматривающей развитие потребительской кооперации в капитальном строительстве.

2. Принятие отдельного комплексного нормативного акта (федерального закона), в достаточной мере урегулировавшего бы деятельность всех потребительских строительных кооперативов (ЖСК, ГСК и пр.).

3. Совершенствование Федерального закона от 24.07.2008 г. № 161-ФЗ «О содействии развитию жилищного строительства» и принятие в его развитие необходимых подзаконных актов для оказа-

¹ Например, в России кооперация зародилась в 1831 г., когда сосланные в Забайкалье декабристы создали первый потребительский кооператив под названием «Большая артель», который занимался общественным питанием, розничной торговлей, огородами, откормом скота, имел различные мастерские.

ния реальной поддержки гражданской инициативы в организации и функционировании кооперативного жилищного строительства.

4. Предусмотреть налоговые льготы для потребительских строительных кооперативов, о чем внести соответствующие изменения в Налоговый кодекс РФ.

5. Разработать и внедрить на базе вузов образовательные курсы (курсы повышения квалификации) по специальной программе подготовки руководящего состава потребительских строительных кооперативов.

ОСВОБОЖДЕНИЕ ОТ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ И ИСКЛЮЧАЮЩИЕ ЕЁ ОСНОВАНИЯ

М.С. Берилло

Институт освобождения от гражданско-правовой ответственности имеет особое теоретическое и практическое значение. В Гражданском кодексе РФ (далее – ГК РФ) выделяется целый ряд обстоятельств, **освобождающих от гражданско-правовой ответственности**. При этом в цивилистической литературе встречается отнесение некоторых из этих категорий к **основаниям, исключающим гражданско-правовую ответственность** (к примеру, непреодолимой силы). Возникает вопрос: насколько это уместно и целесообразно и каковы различия между основаниями, освобождающими от ответственности и исключающими её.

В отличие от Уголовного кодекса РФ (далее – УК РФ) и Кодекса об административных правонарушениях РФ (далее – КоАП РФ) в ГК РФ отсутствуют нормы, дифференцирующие рассматриваемые явления на основания освобождения от ответственности или её исключения. Более того, отсутствует легальное закрепление категории «обстоятельства, исключающие гражданско-правовую ответственность». Законодатель оперирует лишь основаниями, освобождающими от гражданско-правовой ответственности (к примеру, ст. 462, 925, 1098 ГК РФ). При этом те основания, которые ГК РФ относит к основаниям, освобождающим от ответственности, УК РФ и КоАП РФ к таким не относят, их причисляют к исключающим ответственность основаниям (например, крайняя необходимость и необходимая оборона).

Если проводить аналогию с уголовным правом, то там исключение ответственности происходит ввиду отсутствия признаков состава преступления. Представляется, что в основу освобождения от гражданско-правовой ответственности заложен подобный принцип. Так, при отсутствии того или иного условия гражданско-правовой ответственности, к которым относятся вред, противоправность поведения, вина причинителя вреда и причинно-следственная связь между противоправным поведением и вредом, лицо освобождается от гражданско-правовой ответственности. К примеру, непреодолимая сила предполагает отсутствие такого элемента гражданско-правовой ответственности, как причинная связь.

Следуя применяющимся в уголовном праве принципам при выделении обстоятельств, исключающих уголовную ответственность, отсутствие вины ответственного лица, как элемента гражданско-правовой ответственности, предполагает невозможность привлечения последнего к такой ответственности. Однако, помимо презумпции виновности, законодатель предусмотрел в ГК РФ и возможность привлечения к **безвиновной ответственности** (ст. 405, 1070, 1095, 1104 и др. статьи ГК РФ). Следовательно, в гражданском праве отсутствует возможность использования пути, применяющегося в уголовном праве при определении оснований, исключающих ответственность. Это определяется отраслевыми особенностями, не характерными для отраслей уголовного или административного права. Данные особенности связаны не только с виной как условием привлечения к гражданско-правовой ответственности, но и со спецификой других элементов правонарушения (вред, противоправность, причинная связь), имеющих подобные особенности.

Таким образом, принципы выделения оснований, исключающих уголовную или административную ответственность, неприменимы в гражданском праве, а необходимость в подобном обособлении отсутствует. Наличие легально закрепленной категории «основания освобождения от гражданско-правовой ответственности» является обоснованным и достаточным. Содержание данной категории охватывает, в том числе, и присущие «исключающим» гражданско-правовую ответственность основаниям принципы (отсутствие того или иного условия гражданско-правовой ответственности).

ВИНА КАК УСЛОВИЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ МЕДИЦИНСКИХ ОРГАНИЗАЦИЙ

М.С. Берилло

Традиционно медицинские судебные разбирательства считаются весьма сложными ввиду ряда обстоятельств. Во-первых, как правило, такие дела связаны с причинением вреда жизни или здоровью граждан, что ставит потерпевшего (пациента) в привилегированное положение в морально-этическом отношении. Во-вторых, огромное значение в медицинских делах имеют заключения судебно-медицинских экспертиз, которые могут содержать **вероятные выводы**, на которых, в свою очередь, основываются в дальнейшем судебные решения. В-третьих, принятие решений по данной категории дел осложняется отсутствием в ГК РФ общих норм об ответственности.

В гражданско-правовой ответственности выделяются договорная и деликтная ответственность. Для каждого из этих видов гражданско-правовой ответственности медицинских организаций значение вины как её условия определяется по-разному. Помимо видов гражданско-правовой ответственности дифференцирующими значение вины медицинских организаций критериями являются вид и характер медицинской деятельности, а также направленность медицинской услуги. Так, медицинская деятельность может относиться или не относиться к предпринимательской деятельности. А медицинская услуга может носить коммерческую или социальную направленность.

Таким образом, в результате проведенного исследования представляется обоснованным вывод о том, что вина не всегда является обязательным условием гражданско-правовой ответственности медицинских организаций, а именно:

– вина как условие договорной ответственности не учитывается при оказании возмездных медицинских услуг медицинскими организациями, а также при оказании возмездных медицинских услуг государственными или муниципальными учреждениями здравоохранения;

– вина является обязательным условием договорной ответственности при оказании медицинской помощи государственными или муниципальными учреждениями здравоохранения;

– вина не является обязательным условием деликтной ответственности медицинских организаций, вызванной недостатками оказанных ими медицинских услуг, а также недостоверной или неточной информацией о них;

– вина **причинителя вреда** должна учитываться при наступлении деликтной ответственности за вред, причиненный в результате оказания медицинской помощи государственными или муниципальными учреждениями здравоохранения.

ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ КОМПЕНСАЦИИ МОРАЛЬНОГО ВРЕДА ПРИ НАРУШЕНИИ ИМУЩЕСТВЕННЫХ ПРАВ ВОЕННОСЛУЖАЩЕГО

Г.А. Могилевский

Рассматривая в целом механизм компенсации морального вреда в системе внедоговорных обязательств, нельзя не заметить, что российский законодатель пошел по пути внесения норм о компенсации морального вреда в отдельные законодательные акты¹. В связи с этим п. 5 ст. 18 Федерального закона «О статусе военнослужащих» узаконивает порядок возмещения морального вреда военнослужащему как следующий: «Возмещение морального вреда, причиненного военнослужащим государственными органами и органами местного самоуправления, производится в соответствии с федеральными законами и иными нормативными правовыми актами».

Основным Федеральным законом, устанавливающим порядок возмещения морального вреда, является Гражданский кодекс РФ, согласно ст. 151 которого компенсация морального вреда гражданину производится в случае, если нарушены его личные неимущественные права, совершены действия, посягающие на принадлежащие гражданину другие нематериальные блага, а также в других случаях, предусмотренных законом. Последнее обстоятельство не учтено в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 14 февраля 2000 г. № 9 «О некоторых вопросах применения

¹ См. ст. 62 Закона РФ от 27.12.1991 № 2124-1 (ред. 09.02.2009) «О средствах массовой информации»; ст. 15 Закона РФ от 07.02.1992 № 2300-1 (ред. от 18.07.2011) «О защите прав потребителей»; ст. 6 Федерального закона от 24.11.1996 № 132-ФЗ (ред. от 01.07.2011) «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации» и др.

судами законодательства о воинской обязанности, военной службе и статусе военнослужащих», в п. 15 которого записано, что согласно ст. 151 ГК РФ компенсации подлежит моральный вред, причиненный действиями, нарушающими личные неимущественные права либо посягающими на принадлежащие гражданину другие нематериальные блага. Другие случаи, предусмотренные законом, как это записано в ГК РФ, данным постановлением не упоминаются.

Далее в постановлении указано, что моральный вред, связанный с нарушением имущественных прав граждан, подлежит компенсации только при наличии специального указания об этом в законе. В данном случае приводятся положения другой статьи, которая содержится совершенно в другой главе (гл. 59 ГК РФ, посвященная обязательствам вследствие причинения вреда). Согласно п. 2 ст. 1099 ГК РФ моральный вред, причиненный действиями (бездействием), нарушающими имущественные права гражданина, подлежит компенсации в случаях, предусмотренных законом.

Особенность гл. 59 ГК РФ заключается в том, что она в основном применяется к внедоговорным обязательствам, т.е. когда стороны не связаны каким-либо гражданско-правовым договором. Контракт о прохождении военной службы (при прохождении военной службы в добровольном порядке) не является его разновидностью, поскольку имеет административно-правовую природу.

Исходя из изложенного требование о компенсации морального вреда при нарушении имущественных прав военнослужащих, предлагается узаконить в п. 5 ст. 18 Федерального закона «О статусе военнослужащих» следующим образом: «Государство гарантирует военнослужащим возмещение морального и материального ущерба, причиненного противоправными действиями должностных лиц органов государственной власти и управления, органов местного самоуправления, органов военного управления, предприятий, учреждений, организаций и общественных объединений, а также других лиц в результате: незаконного привлечения к уголовной или иной ответственности; незаконного применения в качестве меры пресечения заключения под стражу; незаконного осуждения; незаконного понижения в должности или воинском звании; несоблюдения условий контракта; незаконного лишения прав и льгот».

ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА СТРАН СНГ (НА ПРИМЕРЕ РОССИИ, УКРАИНЫ И РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ)

Ю.Ю. Курьянова

После распада СССР большинство бывших союзных республик, включая Российскую Федерацию, приступили к формированию собственной национальной системы права и созданию собственного законодательства, отвечающих новым политическим и социально-экономическим условиям. Не стало исключением и гражданское законодательство. Напомним, что в советский период были приняты Основы гражданского законодательства СССР 1961 г., положения которых в дальнейшем в незначительном объёме дополнялись и конкретизировались гражданскими кодексами союзных республик (ГК РСФСР 1964 г., ГК Украинской ССР 1963 г., ГК Белорусской ССР 1964 г., ГК Литовской ССР 1964 г. и др.). В постсоветский период была принята модель ГК для стран СНГ (в трех частях). На основе этой модели ГК, с небольшим числом отступлений от нее, были приняты гражданские кодексы в восьми государствах – участниках СНГ: Армении, Белоруссии, Казахстане, Киргизстане, России, Таджикистане, Туркменистане и Узбекистане. Позднее эта модель была во многом использована при создании ГК Украины. Теоретики отмечают, что модели ГК для стран СНГ – это самый крупный результат унификации законодательства этих стран.

Сравнительный анализ гражданского законодательства Российской Федерации, Республики Беларусь и Украины позволяет сделать вывод о его тождественности при регулировании многих правовых институтов. Это опять же свидетельствует о том, что при принятии гражданских кодексов указанные государства-участники СНГ руководствовались Модельным гражданским законодательством стран СНГ. Кроме того, поскольку хронологически первым был принят ГК РФ, то остальные государства-участники СНГ при формировании национального гражданского законодательства перенимали положительный опыт России.

Если сравнить структуру ГК РФ и ГК Республики Беларусь (далее ГК РБ), то можно резюмировать, что они идентичны, что является вполне оправданным: оба кодекса принимались примерно в один и тот же период, на определенном этапе развития экономических

отношений. На сегодняшний день отличия состоят лишь в том, что ГК РБ оставляет без внимания сферу авторского права.

Значительно позднее, в 2003 г., был принят ГК Украины, который учел практику применения ГК РФ и ГК РБ. ГК Украины во многом имеет ряд отличий от вышеобозначенных кодексов. Однако основным отличием является выведение сферы предпринимательских отношений в самостоятельную сферу правового регулирования. В 2003 г. был принят Хозяйственный кодекс Украины, который установил правовые основы хозяйственной деятельности, статус субъектов ведения хозяйства разных форм собственности. Отметим, что указанная идея была воспринята в теории права достаточно критично, практики, в свою очередь, положительно оценивают такую регламентацию. Неоднократно и в России исследователи обсуждали вопрос о перспективах разработки и принятия предпринимательского (либо хозяйственного) кодекса. На наш взгляд, идея разработки предпринимательского кодекса вполне заслуживает внимания. Целесообразно принять кодифицированный акт, регулирующий в основном публично-правовые аспекты предпринимательской деятельности, т.е. вертикальные и не урегулированные в ГК РФ внутрифирменные отношения.

Таким образом, на наш взгляд, необходимо комплексно исследовать гражданское законодательство государств-участниц СНГ для выявления эффективных механизмов гражданско-правовых отношений.

АРХЕОЛОГИЧЕСКИЙ КЛАД КАК ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВАЯ КАТЕГОРИЯ

Ю.С. Зубенко

В современном гражданском обороте зачастую категории: «клад» и «археологическая находка» употребляются как полисемичные. В соответствии с ч 1 ст. 233 ГК, чтобы вещи считались кладом, необходимы следующие признаки: 1) вещи должны быть зарыты в земле или сокрыты иным способом; 2) это должны быть деньги или «ценные предметы»; 3) собственник не может быть установлен.

Между кладом и археологической находкой существуют общие признаки: 1) археологическая находка скрыта от внешнего обозрения, как и клад; 2) археологическая находка может быть отнесена к

ценным предметам, так как в законе не указывается, в чём именно выражается ценность; 3) собственника археологической находки установить невозможно.

Тем не менее существуют и различия: 1) клад иногда содержит в своём составе культурные ценности, а археологическая находка всегда является объектом культурного наследия; 2) признаком клада является его намеренное сокрытие, в то время как, археологические находки обычно не были намеренно сокрыты; 3) если клад всегда обладает высокой экономической стоимостью, то археологическая находка не всегда обладает ею.

В п. 2 ст. 233 Гражданского кодекса РФ установлено, что «в случае обнаружения клада, содержащего памятники истории и культуры, они подлежат передаче в государственную собственность».

Основываясь на законодательных и доктринальных определениях категории «памятники истории и культуры», выделим два критерия, которые, на наш взгляд, являются сущностными для рассматриваемой дефиниции: 1) памятники истории и культуры являются недвижимыми культурными ценностями; 2) памятники истории и культуры обладают уникальной исторической информацией о жизнедеятельности людей.

ФЗ «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов РФ» устанавливает, что к памятникам относятся «...частично или полностью скрытые в земле или под водой следы существования человека, включая все движимые предметы, имеющие к ним отношения, основным или одним из основных источников информации которых являются археологические раскопки или находки (далее объекты археологического наследия)». Мы считаем, что данную норму можно интерпретировать следующим образом: археологические находки – это предметы, которые относятся к памятникам истории и культуры.

Таким образом, вещи, обнаруженные в составе клада и относящиеся к «памятникам истории и культуры», могут по результатам проведённой экспертизы быть квалифицированы как археологические находки. Мы считаем, что корректнее было бы использовать в Гражданском кодексе категорию «археологический клад», которая является более содержательной и точной в данном случае. Категория «памятники истории и культуры» в настоящее время постепенно трансформируется в категорию «объект культурного наследия». Более того, ч. 2 ст. 233 ГК РФ сложно интерпретировать в части

«относящегося к памятникам истории и культуры». Термин «относящийся» в данном случае не имеет юридического значения, отсюда столько противоречий и проблем с применением данной нормы. Не ясно, на что именно указывает законодатель. Если имеется в виду связанность обнаруженных предметов с недвижимым памятником истории и культуры, то нельзя забывать, что любая культурная ценность, тем более археологическая находка, имеет культурную значимость уже в силу своего существования. Следовательно, совершенно неважно, где эта ценность находится в тот или иной момент. Если же имеется в виду, что клад является памятником истории и культуры, то в таком случае следует отметить, что «клад» - это движимые вещи. Предлагаемая нами категория «археологический клад» подразумевает культурную и историческую ценность, а также указывает на источник обнаружения такого клада, т.е. то, что он был обнаружен в земле.

О ПРЕЕМСТВЕ ПРАВ И ОБЯЗАННОСТЕЙ ПО ДОГОВОРУ ОБ ОТЧУЖДЕНИИ НЕДВИЖИМОСТИ В СЛУЧАЕ СМЕРТИ ОДНОЙ ИЗ СТОРОН ДОГОВОРА

Н.Д. Титов

Имущественные права и обязанности наследодателя, приобретенные по договору купли-продажи недвижимости или иному законному основанию (договору дарения, договору мены), в случае смерти продавца или покупателя (приобретателя), не успевшего при жизни зарегистрировать переход права собственности на объект, переходят наследникам наследодателя.

Рассматривая вопрос о правопреемстве по договору об отчуждении недвижимости в случае смерти одной из сторон договора, необходимо иметь в виду две различные по правовым последствиям основные ситуации: открытие наследства до и после сдачи документов на регистрацию права собственности на недвижимость в регистрирующий орган.

Согласно ст. 1112 ГК РФ в состав наследства наряду с принадлежащими наследодателю вещами входит иное имущество, в том числе имущественные права и обязанности. Договор купли-продажи недвижимости порождает комплекс имущественных прав и обязанностей, в состав которого входит и правомочие на государственную

регистрацию договора (в установленных законом случаях) и/или перехода права, которое у наследника возникает при тех же условиях, при которых возникло бы у наследодателя.

Способ защиты права наследника в случае уклонения продавца или покупателя от государственной регистрации договора и/или перехода права собственности – обращение в суд с требованием о вынесении решения о государственной регистрации перехода права собственности и возмещении убытков, вызванных задержкой регистрации (п. 3 ст. 551 ГК РФ).

Ситуация вторая: продавец или покупатель по договору купли-продажи (даритель или одаряемый по договору дарения) умер после сдачи документов на регистрацию в регистрирующий орган (в настоящее время – Росреестр). Позиция некоторых авторов, а также регистрирующих органов по данному вопросу заключается в том, что с момента смерти стороны по договору прекращается ее правоспособность, а следовательно, регистрация договора и/или права невозможны.

Между тем такая позиция представляется спорной. Прежде всего, она не соответствует абз. 3 п. 1 ст. 20 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», устанавливающему, что в государственной регистрации может быть отказано, если документы, представленные на государственную регистрацию прав, по форме или по содержанию не соответствуют требованиям действующего законодательства. Однако указанное правило не охватывает рассматриваемую ситуацию, документы, сданные на регистрацию, и по форме, и по содержанию соответствуют требованиям указанного закона, а перечень оснований для отказа в государственной регистрации прав в ст. 20 закона является закрытым. Возможность отказа в государственной регистрации прав по иным основаниям, не указанным в ст. 20 указанного закона, этой статьей не предусмотрена.

Следует учитывать, что умерший уже выразил волю на отчуждение (приобретение) недвижимости. Государственная регистрация как формальное условие обеспечения государственной, в том числе судебной, защиты прав лица, возникающих из договорных отношений, объектом которых является недвижимое имущество, призвана лишь удостоверить со стороны государства юридическую силу соответствующих правоустанавливающих документов. Государственная регистрация создает гарантии надлежащего выполнения сторонами

договора принятых на себя обязанностей, способствует упрочению гражданского оборота. Однако регистрирующий орган не может и не должен вмешиваться в сферу автономной частной воли, своими действиями прямо или косвенно изменять или ограничивать волю частного лица. Государственная регистрация не затрагивает содержания субъективного гражданского права, не может ограничивать свободу договора, самостоятельность сторон в распоряжении своими правами.

Кроме того, следует учитывать указанные в п. 1 ст. 1 ГК РФ принципы свободы договора, недопустимости вмешательства кого-либо в частные дела, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав. Согласно п. 2 ст. 1 ГК РФ граждане приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе. Они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора. Ограничения гражданских прав возможны лишь на основании федерального закона и при соблюдении условий, указанных в данной норме ГК РФ.

В соответствии с п. 1 ст. 9 ГК РФ граждане по своему усмотрению осуществляют принадлежащие им гражданские права. Применительно к праву собственности в п. 2 ст. 209 ГК РФ установлено, что собственник вправе по своему усмотрению совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, не противоречащие закону, иным правовым актам и не нарушающие права и охраняемые законом интересы других лиц, в том числе совершать с имуществом гражданско-правовые сделки, распоряжаться иным образом (п. 2 ст. 209 ГК РФ).

Исходя из приведенных общих положений ГК РФ, учитывая их связь с п. 1 ст. 2 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», устанавливающего, что регистрирующий орган призван от имени государства признать и подтвердить переход права собственности, следует прийти к выводу, что регистрирующий орган обязан произвести государственную регистрацию договора купли-продажи, дарения (в предусмотренных законом случаях), а также перехода права собственности.

Стороны договора об отчуждении недвижимости не только выразили волю на возникновение определенных ими правовых последствий, но и совершили все требуемые материальным (гражданским) правом действия, в том числе установленные нормами ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с

ним». Учитывая то значение, которое придается действующим гражданским законодательством Российской Федерации самостоятельности участников гражданского оборота, их воле в установлении и прекращении прав, частному интересу, следует прийти к выводу, что отказ от государственной регистрации означает вмешательство регистрирующего органа в частные дела, выходящие за пределы, установленные законом.

Из этого следует, что правовые последствия выраженной частным лицом воли не могут зависеть от случайного обстоятельства – совершены регистрационные действия при жизни лица, обратившегося в регистрирующий орган, либо к дате завершения регистрационных действий обратившегося в регистрирующий орган лица уже нет в живых.

Вместе с тем следует согласиться с мнением Б.Л. Хаскельберга о том, что по данному вопросу необходимы разъяснения высших судебных инстанций Российской Федерации.

К ВОПРОСУ О НЕЗАКЛЮЧЕННОСТИ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО ДОГОВОРА

М.Ю. Кайгородова

Проблема незаключенных (несостоявшихся) сделок является предметом оживленной научной дискуссии. Исследование данной проблемы применительно к предварительному договору должно опираться на общее учение о незаключенных (несостоявшихся) сделках в гражданском праве. Незаключенный (несостоявшийся) предварительный договор как явление правовой действительности характеризует то, что он не приобретает качество юридического факта, способного порождать правовое последствие в виде обязанности заключить договор имущественного содержания (основной договор). Правовой формой реализации последствий незаключенного (несостоявшегося) предварительного договора является охранительное внедоговорное обязательство.

Предварительный договор должен содержать условия, позволяющие установить предмет, а также другие существенные условия основного договора (п. 1, 3 ст. 429 ГК РФ). В силу прямого указания в законе в предварительном договоре должны быть указаны существенные условия, определяемые нормативно (объективно-сущест-

венные) либо устанавливаемые по соглашению сторон договора (субъективно-существенные).

Незаключенность предварительного договора может быть связана с его формой (ч. 2 п. 1 ст. 434 ГК РФ) либо с отсутствием в предварительном договоре всех существенных условий основного договора, заключение которого предусматривается предварительным договором.

При недостижении соглашения по всем существенным условиям, необходимым для основного договора, либо уклонения стороны предварительного договора от придания договору условленной формы, хотя бы законом для предварительного договора такая форма не требовалась, исключается понуждение к заключению основного договора.

Из п. 5 ст. 429, п. 4 ст. 445 ГК РФ следует, что к заключению основного договора может быть понуждена любая сторона предварительного договора: как обязанная исполнить имущественную обязанность по основному договору, так и имеющая соответствующее право требования. Понуждение к заключению основного договора является санкцией, применяемой к уклоняющейся от заключения основного договора стороне предварительного договора (п. 5 ст. 429 ГК РФ).

Вместе с тем как в Концепции совершенствования гражданского законодательства РФ, так и в проекте изменений в ст. 429 ГК РФ предусматривается возможность разрешения споров, связанных с существенными условиями заключаемого основного договора, не согласованными в предварительном договоре. Причем соответствующие правила Концепции и проекта изменений в ГК РФ, предусматривающие такую возможность, не совпадают не только редакционно, но и по существу. Если Концепция допускает возможность обращения в суд по условиям, не относящимся к существенным, то проект изменений в Гражданский кодекс РФ допускает такую возможность в отношении существенных условий основного договора.

Из этого следует сделать вывод, что несогласование в предварительном договоре существенного для основного договора условия не свидетельствует о незаключенности предварительного договора. Однако это справедливо, по нашему мнению, лишь в отношении субъективно-существенного условия. Если требование одной из сторон предварительного договора относится к объективно-сущест-

венному условию, то при недостижении соглашения по такому условию предварительный договор следует квалифицировать как незаключенный.

Закрепление указанной возможности в Гражданском кодексе РФ отражает существующее в юридической литературе мнение о необходимости более широкого распространения на предварительные договоры принципа свободы договора. Вместе с тем, как представляется, правовые последствия такого концептуального решения продуманы недостаточно. Вызывает сомнение сама идея допустить возможность спора на стадии заключения основного договора относительно включения в основной договор условия, не предусмотренного предварительным договором, но на котором настаивает одна из сторон.

Следует различать существенные условия предварительного договора и существенные условия основного договора, которые стороны обязаны согласовать в предварительном договоре. Существенным условием предварительного договора, как и любого иного гражданско-правового договора, является условие о его предмете, по которому стороны обязаны достичь соглашение. Вопрос о предмете предварительного договора в юридической литературе является дискуссионным. Заслуживает внимания мнение о том, что предметом предварительного договора является обязательство, которое с позиций традиционного понятия гражданско-правового договора, его содержания, объекта гражданских прав, конечно, может вызвать возражение. Однако наличие в гражданском праве Российской Федерации предварительного договора, его структурные особенности, существенно отличающие данный договор, опосредствующий неимущественные отношения, от иных договоров, требует осмысления и объяснения социальных и правовых явлений, не вписывающихся в традиционные юридические конструкции, в устоявшиеся в науке представления.

ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ ПОСТАНОВЛЕНИЯ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РФ №1-П ОТ 25.01.2001 г.

А.А. Коваленко

Правовые последствия, которые имеют место быть в правоприменительной деятельности в результате вынесения неправосудного решения по гражданскому делу до сих пор не вызывают интереса ни у общественности, ни у правоприменителей.

На наш взгляд, это вызвано, прежде всего, особенностями отношений, возникающих у лиц, имеющих определенные притязания к государству как к гаранту основных прав и свобод граждан, пострадавших от действий (бездействия) органов государственной власти и их должностных лиц.

Причины, очевидно, можно увидеть, если обратиться к отдельным историческим аспектам данной проблематики. Так, например, еще Н.И. Лазаревский отмечал: «Что касается суда гражданского, то впечатление, производимое на общественное мнение неправильным решением, гораздо менее резко, чем впечатление, производимое неправильным приговором: гражданскими делами вообще интересуются меньше. Всякий думает, что в этих гражданских делах все кляузы, придирки к словам, к запятым, кто в них разберет, кто прав, кто виноват; а если с Ивана в пользу Петра неправильно и взыскали сто рублей, так, во-первых, почему он сам этого решения не обжаловал, а во-вторых, пускай их Иван ищет обратно с Петра»¹.

Обращая внимание на существование серьезных трудностей при рассмотрении дел о возмещении вреда, причиненного судьями, и необходимость установления единообразной практики, дореволюционные авторы, очевидно, обосновывали необходимость научных исследований по данному вопросу следующим. Так, по мнению В. Гагена, следовало в теоретических разработках установить, в интересах общества и самого государства, точную и определенную границу там, где кончается ответственность государства за неправильные действия должностных лиц и где начинается ответственность последних: «Очень возможно, что от степени совершенства теоретической разработки вопроса будет зависеть форма разрешения его законодателем, т.е. облечется ли она в общую или специальную норму»².

Создавая видимую форму разрешения данного вопроса в конституционной форме на современном этапе, законодатель счел возможным разрешить давно существовавшую проблему в следующем виде: закрепив в ст. 53 Конституции РФ право каждого на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц. Однако принятие части второй ГК РФ, а именно п. 2 ст. 1070 Кодекса, лишь подтвердило возможность такой формы разрешения

¹ Лазаревский Н.И. Ответственность за убытки, причиненные должностными лицами. М., 2008. С. 331–332.

² Гаген В. Административная юстиция. Ростов на/Д., 1916. С. 38.

данного вопроса, но не решило его окончательно в виде условий и порядка возмещения вреда и подвигло Конституционный Суд РФ на принятие Постановления № 1-П от 25.01.2001 г.¹, которое на сегодняшний день так и не нашло своего выражения в конкретных нормативно-правовых актах, как указано в тексте этого постановления.

Все вышесказанное свидетельствует о необходимости более предметного и конструктивного законодательного подхода в разрешении вопросов возмещения вреда, причиненного как физическим, так и юридическим лицам деятельностью судебных органов и их должностных лиц.

ВОПРОС СУЩЕСТВОВАНИЯ ШТРАФНОЙ ФУНКЦИИ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

О.Ш. Аюпов

Одним из вопросов, давно обсуждаемых в науке гражданского права, является вопрос об охранительной функции. Согласно классической точке зрения, изложенной в большинстве научных трудов, в том числе учебниках по гражданскому праву, охранительная функция гражданского права является восстановительно-компенсационной, но не штрафной (карательной). В качестве аргументов данной позиции высказываются доводы о том, что гражданское право призвано восстанавливать нарушенное положение, а не подвергать дополнительному наказанию правонарушителей, поскольку предполагается, что стороны вернулись в первоначальное состояние и последствия такого нарушения устранены.

Данное суждение хорошо подтверждается ст. 15 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), в соответствии с которой лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом или договором не предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере. Похожее положение есть и в ст. 1064 ГК РФ. Другими словами, сколько бы правонарушитель ни причинил бы вреда, он должен его полностью возместить.

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 25.01.2001г. № 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» // Российская газета. № 30. 13 фев.

Проблем в указанном случае не возникает, если мы знаем, каков был размер причиненного вреда. Например, если, играя в футбол, сосед разбил мячом оконное стекло, то размер причиненного вреда будет равен стоимости разбитого стекла и стоимости его установки. Данная ситуация является ординарной для гражданского права, и она достаточно просто разрешается путем применения вышеназванной статьи.

Но возникают ситуации и намного более сложные в вопросе установления размера причиненного вреда. В частности, при компенсации морального вреда физическому лицу (ст. 151 ГК РФ) или компенсации нематериального вреда юридическому лицу (ст. 152 ГК РФ), а также при компенсации за нарушение исключительных прав в праве интеллектуальной собственности (п. 3 ст. 1252 ГК РФ).

В указанных обстоятельствах подсчитать с арифметической точностью размер причиненного вреда либо невозможно в принципе (компенсация морального вреда), либо такой подсчет сопряжен со значительными сложностями и огромными финансовыми и временными ресурсами (компенсация за нарушение исключительных прав).

В связи с чем законодателем был предложен альтернативный вариант возмещению убытков. Главное отличие здесь заключается не только в различном подходе к размеру вреда, но и к такому условию их применения, как вина. Если при возмещении убытков вина, по общему правилу, учитывается лишь для определения самой возможности применения такого способа защиты, но не для установления его размера, то в указанных выше случаях вина является одним из ключевых критериев для определения их размера.

Такое положение объясняется тем, что восстановить положение, существовавшее до нарушения, в указанных случаях невозможно, кто-то в ней обязательно выиграет, а кто-то проиграет, в связи с чем такая ситуация является неординарной для гражданского права. В этом случае отрасль права должна предоставлять такие способы защиты, которые позволяли бы избежать подобных ситуаций вновь. Другими словами, гражданское право должно не просто в данных случаях стремиться восстановить положение, существовавшее до нарушения, но и наказать причинителя вреда. При реализации последнего вина является одним из ключевых моментов, поскольку ее характер будет определять и размер наказания.

В конце заметим, что и при возмещении вреда степень вины может также учитываться (например, ст. 1083 ГК РФ), что также подтверждает позицию о том, что охранительная функция гражданского права не исчерпывается восстановительно-компенсационной функцией.

ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРИРОДЫ КАРИКАТУРЫ И ПАРОДИИ В АВТОРСКОМ ПРАВЕ

А.И. Литвина

Статья 1274 ГК РФ в ч. 3 вводит новый вид объектов авторского права, не содержащихся в ст. 1259 ГК РФ, а именно: «произведения в жанре литературной, музыкальной или иной пародии либо в жанре карикатуры».

В связи с этим возникает спорный вопрос, какова же правовая природа (производная или первоначальная) данных произведений.

Определение правовой природы имеет значение и для ответа на вопрос: изменяется ли содержание первоначального авторского правоотношения в случае, если на основе первоначального объекта авторского права создается пародия или карикатура, то есть «теряет» ли автор некоторые правомочия исключительного права.

На первый взгляд, буквальное толкование формулировки ст. 1274 ГК РФ может привести к выводу, что пародия и карикатура являются производными произведениями, так как созданы на основе другого (оригинального) произведения. Данный подход является в настоящее время наиболее распространенным в юридической литературе. Однако судебная практика зачастую приходит к обратному выводу (Постановление ФАС Московского округа от 09.11.2011 по делу № А40-125210/09-110-860).

При этом ГК РФ не дает определений понятий «переработка», «карикатура», «пародия». Толковый словарь русского языка определяет переработку как превращение во что-нибудь в процессе работы, обработки¹. Термин «карикатура» (от ит. *caricare* – на-

¹ Толковый словарь русского языка / Под ред. С.И. Ожегова. М., 1961. С. 499.

гружать) означает смешное подобие¹, изображение какого-либо явления в смешном, нелепом виде с целью критики, разоблачения, осмеяния социально-бытовых, общественно-политических явлений². То есть карикатуры создаются на какие-либо события, явления, лица, причем такие произведения могут быть как литературными (например, басни), так и изобразительными (сатирические портреты, фотографии, скульптуры и т.д.). Пародия же в соответствии с тем же толковым словарем понимается как комическое или сатирическое подражание, искажающее образец, превращающееся в насмешку³.

При создании произведения в жанре пародии, которое по своей природе не может быть создано без основного, оригинального произведения, право автора давать согласие на использование оригинального произведения в пародии может стать непреодолимым препятствием и свести на нет развитие жанра пародии. В силу чего представляется обоснованным свободное использование оригинального произведения для создания производного от него произведения в жанре пародии. В данном случае юридический факт создания произведения в жанре пародии изменяет содержание первоначального авторского правоотношения. При этом представляется необходимым законодательно регламентировать признаки пародии, которые позволяли бы правоприменителям отличать пародию от иных видов использования произведения.

Создание произведения в жанре карикатуры не требует наличия в качестве основы иного объекта авторского права. Если при создании карикатуры использованы элементы другого произведения, то в данном случае речь должна идти об обычном использовании другого произведения, что не должно давать оснований для изменения содержания исключительного права автора первоначального произведения без его согласия.

Кроме того, представляется нелогичным место правового регулирования данных правоотношений (ст. 1274 ГК РФ), так как пародии и карикатуры могут иметь форму и иных объектов интеллектуальных прав.

¹ Толковый словарь русского языка / Под ред. С.И. Ожегова. М., 1961. С. 262.

² slovari.yandex.ru, 22.01.2012

³ Толковый словарь русского языка / Под ред. С.И. Ожегова. М., 1961. С. 483.

О НЕОБХОДИМОСТИ ВЫДЕЛЕНИЯ КАТЕГОРИИ ПУБЛИЧНОГО УЧРЕЖДЕНИЯ

Д.Г. Попова

Частным учреждениям, выделяемым наряду с государственными и муниципальными учреждениями в рамках единой организационно-правовой формы, не присущи те особенности, которые характерны и позволяют объединить в одну группу государственные и муниципальные учреждения. Частное учреждение может быть и должно быть противопоставлено учреждению публичному, как: 1) базирующееся на принципиально иной форме собственности; 2) учреждаемое по воле обычных субъектов гражданского права (граждан и юридических лиц), не являющихся носителями публичной власти; 3) создаваемое и преследующее сугубо частные интересы и не обязанное по общему правилу осуществлять деятельность публично-правового значения.

Обосновывается необходимость теоретического выделения категории «публичное учреждение». Предлагается следующее определение понятия «публичное учреждение»: «Публичное учреждение – это некоммерческая организация, созданная Российской Федерацией, субъектом Российской Федерации, муниципальным образованием на базе государственного (муниципального) имущества для осуществления некоммерческой деятельности публично-правового значения, в том числе: для выполнения работ и оказания гарантированных государством услуг в сфере образования, здравоохранения, социально-культурной сфере, осуществления государственного (муниципального) управления и иной подобной деятельности, полностью или частично финансируемой счет средств соответствующего бюджета. Публичное учреждение обладает на закрепленное за ним собственником или приобретенное имущество правом оперативного управления».

Дальнейшая градация публичных учреждений по критерию принадлежности имущества учреждения на праве собственности тому или иному субъекту права собственности приводит к выделению уже известных видов учреждений. Публичные учреждения представлены государственными и муниципальными учреждениями. Государственные учреждения, в свою очередь, подразделяются на федеральные учреждения и учреждения субъектов РФ. Последующее деление частных учреждений на виды не имеет практического

смысла, поскольку все они создаются на базе частной собственности равноправными и независимыми друг от друга субъектами, что не предполагает существования уровней управления этой собственностью между ними и отличий между указанными лицами как субъектами права собственности.

Сравнение типов публичного учреждения (казенных, бюджетных и автономных) и частных учреждений свидетельствует о том, что в настоящее время существует 4 модели учреждения с индивидуальным набором параметров, что приводит к размыванию границ названной организационно-правовой формы. Указанные модели представляют собой переходные правовые конструкции, которые необходимо трансформировать во вполне конкретные организационно-правовые формы. Одной из таких организационно-правовых форм, как нам видится, должно стать «публичное» (государственное и муниципальное) учреждение двух типов: казенное (для государственных и муниципальных органов) и бюджетное учреждение, которое предлагается вернуть по своим параметрам к дореформенному бюджетному учреждению. Модель казенного учреждения наилучшим образом подходит для государственных и муниципальных органов и расценивается как удачная попытка юридического закрепления их особого гражданско-правового статуса. Для учреждений социальной сферы наилучшей является модель дореформенного бюджетного учреждения, и абсолютно неприемлемой – модель автономного учреждения.

О ПОНЯТИИ «ПРАВО ОЖИДАНИЯ» В ОТЕЧЕСТВЕННОЙ ЦИВИЛИСТИКЕ

Е.Ю. Мосина

В последнее время в научной литературе все чаще стало появляться новое для отечественной цивилистики понятие «право ожидания», которое давно является объектом пристального изучения в цивилистике зарубежных стран, в частности в Германии.

Современные авторы рассматривают указанное понятие с различных позиций. Так, И.А. Емелькина¹, проводя анализ немецкой

¹ *Вещные права: постановка проблемы и ее решение: Сборник статей / Под. ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2011. С. 232–253.*

научной доктрины и современного российского права, приходит к заключению о том, что право ожидания есть не что иное, как ограниченное вещное право на чужую вещь – «право приобретения чужой недвижимой вещи» или право приобретения вещи в будущем (Aufwartschaftsrecht). Указанной позиции придерживается и С.П. Жученко в своей работе «Право приобретения чужой недвижимой вещи»¹.

Понятие права приобретения чужой недвижимой вещи нашло свое отражение в шестом разделе Концепции развития гражданского законодательства («Законодательство о вещных правах») и в проекте федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

По мнению И.А. Емелькиной, основаниями для возникновения права ожидания в настоящее время являются договоры купли-продажи с сохранением права собственности за продавцом до выполнения покупателем определенных условий, в том числе и по оплате (ст. 491 ГК РФ), договоры долевого участия в строительстве до выполнения застройщиком условий договора (Закон об участии в долевом строительстве) и другие.

Таким образом, часть современных ученых придерживаются позиции, что право ожидания имеет вещный характер и представляет собой обеспеченную законом возможность управомоченного лица приобрести вещь на условиях, указанных в договоре об отчуждении.

Иной подход в своих исследованиях раскрывает профессор В.А. Белов, обращая внимание на юридическую природу прав ожидания². В его работе права ожидания представляют собой отдельную категорию субъективных прав. Причем указанные субъективные права является составляющей относительных правоотношений, содержанием которых является пассивное ожидание управомоченного лица на достижение обязанным лицом определенной фактической или юридической цели (гарантийные правоотношения). В рамках исполнения обязанности лицо должно совершить все, от него зависящее, для достижения определенной цели. Именно этим, по мнению В.А. Белова, права ожидания отличаются от прав вторичных, обеспечиваемых не обязанностью, а состоянием связанности.

¹ *Вещные права: постановка проблемы и ее решение: Сборник статей / Под ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2011. С. 254–273.*

² *Белов В.А. Юридическая природа прав ожидания (гарантийных правоотношений) // Законодательство. 2008. № 7.*

Полагаем, что данная позиция является небесспорной. Так, если придерживаться теории о том, что субъективное право обладает двумя основными признаками¹, а именно, не только принадлежит субъекту, но и зависит от него, то отнесение категории прав ожидания к субъективным правам представляется некорректным. Это связано с тем, что указанное выше субъективное право ожидания зависит только от действий обязанного лица, управомоченному лицу предоставлена лишь возможность пассивного ожидания. Учитывая то, что гарантийные отношения В.А. Белов относит к категории относительных правоотношений, тем самым он исключает возможность применения термина «право ожидания» к вещным отношениям, в частности к отношениям по приобретению чужой вещи.

Исходя из этого, можно сделать вывод, что современные ученые, используя единую терминологию, вкладывают различный смысл в понятие «право ожидания». Первые, по сути, в термин «право ожидания» вкладывают идею о существовании особой правовой связи между собственником вещи и ее приобретателем, причем эта связь имеет длящийся характер и ставит своей целью обеспечить интересы приобретателя. Что касается другой позиции, то она предполагает нахождение субъекта обязательственных отношений в состоянии пассивного ожидания действий обязанного субъекта для достижения установленных целей. И в одном и в другом подходе среди основных признаков можно выделить: 1) длящийся характер исследуемой категории и 2) нахождение управомоченных субъектов в определенном состоянии – состоянии ожидания. Данное состояние имеет правовой характер и, в свою очередь, является юридическим фактом, порождающим определенные субъективные права и влияющим на положение субъекта.

В отечественной теории права правовые состояния как особая разновидность юридических фактов давно являются предметом исследования, причем указанная проблематика интересует не только ученых теории права, но и ученых-цивилистов. Так, среди цивилистов можно выделить работы О.А. Красавчикова, В.Б. Исакова. Профессор О.А. Красавчиков полагает, что юридические состояния должны быть отнесены не более как к правоотношениям, характерной чертой которых является относительная стабильность, при этом не возражая против существования фактов состояний как таковых.

¹ Матузов Н.И. Личность. Права. Демократия. Теоретические проблемы субъективного права. М., 1972. С. 23. См.: Сорокин В.В., Васев И.Н. Место и роль понятия «субъективное право» в современной юридической науке. М., 1983.

Хотя он отмечает, что они не могут быть выделяемы наряду с событиями и действиями. В свою очередь, В.Б. Исаков считает, что со временем правовое состояние отрывается от факта, породившего его, и приобретает самостоятельность. В некоторых случаях факт-состояние – это длящееся социальное обстоятельство (например, состояние здоровья), в других ситуациях состоянием может быть правовое отношение (например, членство в ЖСК), что вовсе не дискредитирует самостоятельность **фактов-состояний**, так как правоотношения тоже могут выполнять роль **юридических фактов**.

Возвращаясь к вопросу о существовании состояния ожидания, полагаем, что указанное состояние является самостоятельным фактом-состоянием в гражданском праве, порождающим особые правоотношения. К примеру, между двумя субъектами заключен договор купли-продажи комплекса недвижимости, в котором одна часть этой недвижимости принадлежит продавцу на праве собственности, другая – является самовольными постройками, при этом передача покупателю всей недвижимости по договору ставится в зависимость от приобретения продавцом права собственности на самовольные постройки к определенному сроку. Таким образом, договор порождает состояние ожидания, обуславливающее отношения между сторонами в рамках определенного срока.

В заключение краткого анализа полагаем, что наиболее обоснованно выделять в доктрине отечественной цивилистики не понятие «право ожидания», а понятие «правовое состояние ожидания», так как именно правовое состояние является основой тех прав, обязанностей, которые возникают в рамках нахождения субъекта в указанном состоянии и влияют на взаимоотношения с другими лицами.

НОВЕЛЛЫ ФЗ РФ «ОБ ОСНОВАХ ОХРАНЫ ЗДОРОВЬЯ ГРАЖДАН В РФ»: ПРАВА ПАЦИЕНТА

М.А. Язова

Ранее действующие Основы законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан № 5487-1, утвержденные Верховным Советом РФ 22.07.1993 года¹ (далее Основы), не содержали понятия «пациент». Как термин «пациент» употреблялся только в На-

¹ «Ведомости СНД и ВС РФ». 19.08.1993. № 33. Ст. 1318.

циональном стандарте Российской Федерации «Автомобили скорой медицинской помощи. Технические требования и методы испытаний. ГОСТ Р 52567-2006», утвержденном Приказом Ростехрегулирования от 18.09.2006 года № 201-ст¹, в разделе «Термины и определения», в пункте 3.1, закрепляющем, что «пациент» (patient): человек, состояние которого требует вмешательства квалифицированного персонала для оказания медицинской помощи и/или мониторинга и транспортировки в медицинское учреждение. Этот пробел российский законодатель в настоящее время восполнил. В Федеральном законе № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации», вступившем в действие с 01.01.2012 г., пациент определен как физическое лицо, которому оказывается медицинская помощь или которое обратилось за оказанием медицинской помощи независимо от наличия у него заболевания и от его состояния здоровья (ст. 2 п. 9).

Были попытки дать понятие пациента и в науке. Некоторые авторы считают более правильным именовать гражданина «потребитель медицинской услуги», а не пациент². Дано понятие пациента и в Проекте Федерального закона Российской Федерации «О правах пациента»³: **«Пациент – лицо, нуждающееся в медицинской помощи и/или обратившееся за ней, получающее медицинскую помощь либо участвующее в качестве испытуемого в биомедицинских исследованиях, находящееся под медицинским наблюдением, а также выступающее как потребитель медицинских и связанных с ними услуг независимо от того, здоров он или болен»**. Следует, на мой взгляд, согласиться именно с этим, как более полным, понятием.

Понятие «пациент», безусловно, более важно для практики, так как влияет на объем прав пациента.

Права пациента можно определить как права, реализуемые на индивидуальном, коллективном и групповом уровнях в области здравоохранения, в том числе в связи с любым медицинским вмешательством.

¹ *Национальный стандарт Российской Федерации «Автомобили скорой медицинской помощи. Технические требования и методы испытаний. ГОСТ Р 52567-2006»*. М.: Стандартинформ, 2006 (с учетом поправок, опубликованных в ИУС «Национальные стандарты». 2009. № 6).

² *Рабец А.М., Еремин Г.Б., Мохов Д.Е., Серугина И.Ф., Маймулов В.Г.* Права потребителей услуг в здравоохранении. М.: ОЛМА Медиа Групп, 2010.

³ *Проект* ФЗ «О правах пациента» [электронный ресурс] – Режим доступа <http://www.diabet-news.ru/doc/07.htm> (дата обращения: 28.09.2011).

В Основах правам пациента было уделено внимание только в двух статьях (ст. 30, 31). В Федеральном законе РФ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» правам пациента посвящена уже целая глава (глава 4 «Права и обязанности граждан в сфере охраны здоровья»).

Анализ главы 4 ФЗ РФ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» позволяет сделать вывод, что законодателем дан исчерпывающий перечень прав пациента. При этом ст. 19 названного Закона содержит, в том числе, право пациента при обращении за медицинской помощью и ее получении на допуск к нему адвоката или иного законного представителя для защиты его прав, а также священнослужителя (п. 10, 11). О допуске нотариуса нигде не упоминается. Думается, это не совсем верно.

Из норм гражданского законодательства, в частности из ст. 1127 ГК РФ, следует, что гражданин (пациент) имеет право на составление и удостоверение завещания во время его нахождения на излечении. Таким образом, пациенту (гражданину) гарантируется право на удостоверение завещания в лечебном учреждении. С другой стороны, такое право, по сути, ничем не обеспечено. Законодателем конкретно право на допуск к пациенту нотариуса не предусмотрено. Медики достаточными юридическими познаниями в области наследственного права не обладают. Гражданину, находящемуся на излечении в лечебном учреждении, не предоставляется грамотное разъяснение его прав в этой области. Это связано в первую очередь с тем, что врачи, ответственные за осуществление реализации наследственных прав граждан, находящихся на излечении в лечебном учреждении, не знают своих обязанностей по разъяснению таких прав. Вероятно, поэтому на практике случаи удостоверения завещаний в лечебных учреждениях встречаются крайне редко.

В такой ситуации было бы логичным включить в ст. 19 Федерального закона Российской Федерации «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» отдельный пункт о праве пациента при обращении за медицинской помощью и ее получении на допуск к нему нотариуса для составления и удостоверения завещания.

СООТНОШЕНИЕ НОРМ ГРАЖДАНСКОГО И ЗЕМЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В КОНТЕКСТЕ ОБСУЖДЕНИЯ КОНЦЕПЦИИ РАЗВИТИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ВЕЩНОМ ПРАВЕ

М.П. Имекова

Представленная на обсуждение Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства Концепция развития законодательства о вещном праве¹ (далее – Концепция) вызвала оживленную дискуссию в юридической литературе. Данная Концепция исходит из необходимости существенного расширения регулирования в рамках Гражданского кодекса РФ отношений в сфере права собственности и иных вещных прав на земельные участки с одновременным практически полным исключением регулирования указанных отношений из земельного законодательства, но при этом ею не решается окончательно вопрос о соотношении норм гражданского и земельного законодательства при правовом регулировании соответствующих земельно-имущественных отношений.

Так, например, в п. «а» п. 3.3 Общих положений о вещных правах Концепции предусмотрено, что основания возникновения и прекращения вещных прав, их виды и содержание определяются исключительно в ГК РФ, но вместе с тем Концепция не указывает на необходимость исключения из ЗК РФ нормы п. 3 ст. 3, устанавливающей, что имущественные отношения по владению, пользованию и распоряжению земельными участками, а также совершению сделок с ними регулируются гражданским законодательством, если иное не предусмотрено земельным законодательством и иными специальными федеральными законами. Также Концепция не указывает на необходимость внесения изменений в п. 1 ст. 2 ГК РФ, определяющего отношения, относящегося к предмету гражданского права. Однако большую озабоченность вызывает то, что пп. «а» п. 3.3 Общих положений о вещных правах Концепции противоречит п. «в» ст. 72 Конституции РФ, согласно которому вопросы владения, пользования и распоряжения землей, недрами, водными и другими природными ресурсами относятся к совместному ведению РФ и ее субъектов. В то время как гражданское законодательство относится

¹ См.: *Вестник ВАС РФ*. 2009. № 4. С. 102–185.

к исключительному ведению РФ (п. «о» ст. 71 Конституции РФ). Следовательно, перенесение в ГК РФ норм о праве собственности и иных правах на земельные участки фактически будет означать исключение из предмета совместного ведения РФ и субъектов РФ вопросов владения, пользования и распоряжения землей и другими природными ресурсами и их отнесение к исключительному ведению Российской Федерации.

Как представляется, подобного рода противоречия возникают в силу того, что планируемые Концепцией нововведения не учитывают специфику правового регулирования земельно-имущественных отношений. Ведь несмотря на то, что земельно-имущественные отношения регулируются Гражданским кодексом РФ и действительно имеют гражданско-правовую природу, они не утрачивают свой земельно-правовой характер, т.е. они, так или иначе, нуждаются в специальном нормативно-правовом регулировании, которое, в свою очередь, могут обеспечить только нормы земельного законодательства, рассматривающие объект таких земельно-имущественных отношений, т.е. земельный участок, не только как недвижимое имущество и объект права собственности и иных прав, но и как природный объект, природный ресурс. В связи с чем представляется целесообразным либо оставить в такой же редакции п. 3 ст. 3 ЗК РФ, закрепляющий принцип разграничения норм гражданского и земельного законодательства при правовом регулировании земельно-имущественных отношений, либо разработать новый принцип разграничения норм гражданского и земельного законодательства, который бы учитывал соответствующую специфику в части регулирования земельно-имущественных отношений, и поместить его в Гражданский кодекс РФ.

ЗАПРОС ПЕРЕВОЗЧИКА КАК ОДНОСТОРОННЯЯ СДЕЛКА

Е.В. Ткаченко

Запрос об оказании услуг по использованию инфраструктуры железнодорожного транспорта общего пользования подается для двух видов перевозок: 1) для осуществления перевозки грузов; 2) для осуществления перевозки пассажиров, багажа, грузобагажа. В типовых формах запросов, помимо владельца инфраструктуры и перевозчика, есть еще участник – плательщик. Плательщиком является сам перевозчик. Почему законодатель в типовой форме за-

просов представляет этого участника отдельно? Возможно, это связано с тем, что перевозчик, подающий запрос, и перевозчик, осуществляющий перевозку, могут не совпадать, тогда и оплата будет осуществляться иным перевозчиком. Оплату пользователь услуг за перевозчика осуществить не может, так как отношения между ним и перевозчиком не входят в железнодорожно-инфраструктурные.

Содержание запроса включает: наименование станции отправления, дату и время отправления поезда, предъявления состава поезда к отправлению, вид поезда и др., но ничего не говорит об инфраструктуре железнодорожного транспорта общего пользования, кроме предоставления возможности отдельно указать, какой вид услуги оказывается. Это дает основание думать, что подвижной состав – главная вещь, а технологический комплекс, представляющий инфраструктуру – его принадлежность. Следовало бы запрос дополнить тем, что по договору предоставляются для эксплуатации железнодорожные пути общего пользования, т.е. берется определенное расстояние от станции отправления до станции назначения с целью движения поездов.

Запрос подается перевозчиком владельцу инфраструктуры, в котором содержится просьба с уточнением того, что хотел бы перевозчик получить в аренду от владельца инфраструктуры. Запрос является необходимой предпосылкой появления железнодорожно-инфраструктурного процесса. Его главная задача состоит в использовании инфраструктуры ее владельца, чтобы пропускная способность всегда была занята. Подача запроса необходима с точки зрения безопасности, а также потому, что в пользование предоставляется стратегический объект, а ресурсы пропускной способности владельца инфраструктуры могут быть ограничены.

Также он играет роль оперативно-регулирующего документа, с помощью которого осуществляется предоставление железнодорожно-инфраструктурной услуги, является односторонней сделкой. Кроме того, согласие владельца инфраструктуры на принятие запроса от перевозчика является акцептом перевозчика, на представленную грузоотправителем заявку.

Подача запроса в железнодорожно-инфраструктурных отношениях необходима также в силу экономической значимости, по функциональному признаку: назначением и особой сферой их применения, требующей повышенного внимания.

Таким образом, хотелось бы отметить, что запрос по своей правовой природе является юридическим фактом, односторонней сделкой, порождающим железнодорожно-инфраструктурное правоотношение. И как односторонняя сделка в данном случае он не является договором, это только предложение на его заключение. Запрос обращен к владельцу инфраструктуры, он является определенным, выражает намерение перевозчика заключить договор.

ОСОБЕННОСТИ СОЛИДАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ СУБЪЕКТОВ ВКСЕЛЬНОГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

Е.А. Токарев

По действующему законодательству векселедержатель может предъявить иск к обязанным по векселю лицам в нескольких случаях. Во-первых, при наступлении срока платежа, если платеж не был совершен. Во-вторых, раньше наступления срока платежа, если имеют место полный или частичный отказ в акцепте, несостоятельность трассата, акцептанта и векселедателя простого векселя, прекращение указанными лицами платежей по иным обязательствам или безрезультатное обращение взыскания на их имущество, а также при несостоятельности векселедателя по векселю, не подлежащему акцепту (ст. 43 Положения о переводном и простом векселе. Далее по тексту – Положение).

Ответственность за нарушение вексельных обязательств по своей отраслевой принадлежности является видом гражданско-правовой ответственности, а потому должна рассматриваться как разновидность общеправовой категории «юридическая ответственность».

С учетом объективно существующей взаимосвязи между ответственностью и охранительным правоотношением следует согласиться с широко распространенной в литературе точкой зрения, согласно которой юридическая ответственность определяется как субъективная обязанность правонарушителя претерпевать применение к нему санкций (мер ответственности), предусмотренных правовыми нормами в качестве наказания.

Как разновидность гражданско-правовой ответственности, ответственность за нарушение вексельных обязательств обладает всеми родовыми признаками юридической ответственности, а также видовыми чертами и качествами гражданско-правовой ответственности.

Вместе с тем правила об исполнении солидарной обязанности одним из должников по вексельному праву существенным образом отличаются от соответствующих норм отрасли гражданского права. В частности, различия обнаруживаются между правилами ч. 1, 2 п. 2 ст. 325 ГК РФ и ст. 49, 50 Положения. Во-первых, согласно ч. 1 п. 2 ст. 325 ГК РФ должник, исполнивший солидарную обязанность, имеет право регрессного требования к остальным должникам в равных долях за вычетом доли, падающей на него самого. Напротив, в силу ст. 49 Положения, должник, оплативший вексель, вправе требовать от других должников всю уплаченную им сумму с процентами и иными связанными с платежом издержками. Во-вторых, вексельному праву неизвестно правило, аналогичное закрепленному в ч. 2 п. 2 ст. 325 ГК РФ.

Такое положение дел в теоретическом плане можно объяснить особенностями содержания солидарной обязанности должников в вексельном праве. Как отмечается в литературе, содержание этой обязанности состоит в том, чтобы возместить кредитору убытки, причиненные нарушением его субъективного права требовать платежа по векселю. К их покрытию, наряду с правонарушителем, привлекаются лица, которые на стадии нормального развития обязательства вообще не обязаны платить по векселю и потому не могут нарушить прав кредитора своими действиями. Речь идет о трассанте, индоссанте и авалисте. Они обязаны компенсировать векселедержателю вред (убытки), несмотря на то, что вредоносные обстоятельства не связаны с их поведением. Поэтому, надо полагать, нет оснований, чтобы на таких должников полностью или в определенной доле выпадали претерпеваемые ими санкции – меры защиты, как то установлено нормами гражданского права.

Еще одна особенность исполнения солидарной обязанности в вексельном праве отражена в ст. 50 Положения, аналога которой в гражданском праве не существует. В соответствии с ней индоссант, уплативший векселедержателю во исполнение солидарной обязанности, не имеет права требования (регресса) к индоссантам, совершившим передаточные надписи после него самого. Надо думать, что законодатель установил данное правило, отождествляя положение индоссанта, уплатившего по векселю, с положением векселедержателя. Это действительно так, поскольку к такому индоссанту переходят удостоверенные векселем права (ст. 50, 51 Положения). Следовательно, как кредитор он занимает в ряду передаточных над-

писей (индоссаментов) положение индоссанта, а иначе говоря, замыкает этот ряд. Стало быть, после него в этом ряду никаких передаточных надписей, а значит и должников, существовать не может. Все требования должны предъявляться предшествующим индоссантам, а в конечном итоге – ответственному по векселю лицу, то есть векселедателю простого векселя, либо акцептанту переводного векселя (тратты).

ПРЕДЪЯВЛЕНИЕ ВЕКСЕЛЯ К ОПЛАТЕ: ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОЙ КВАЛИФИКАЦИИ

Е.А. Токарев

Исполнение обязательств, как известно, можно рассматривать в двух аспектах: как экономическую и как юридическую категорию. В экономической плоскости исполнение представляет собой фактическое действие (а чаще всего деятельность), необходимым продуктом которого является определенный, как правило имущественный, результат. Так, например, уплата денег векселедателем векселедержателю есть фактическое действие, практический результат которого заключается в оплате определенной стоимости. В юридическом смысле исполнение обязательства означает совершение его участниками действий, определенных содержанием обязательства. Иначе говоря, это правомерное волевое действие, влекущее в силу закона прекращение обязательства полностью или в соответствующей части (ч. 1, 2 ст. 408 ГК РФ). По своей правовой природе, как признает большинство авторов, исполнение обязательства является сделкой, так как совершается с целью прекратить правоотношение. Поведение субъектов обязательства направлено на реализацию этой цели, поскольку так создается предпосылка для получения ими желаемого имущественного результата.

В отношении вексельных обязательств закон предусматривает особый порядок их исполнения. Иные гражданско-правовые обязательства исполняются совершением действий должником. А в вексельных обязательствах активным действиям должника предшествует требование кредитора об их совершении. Выражается данное требование путем предъявления векселя должнику для оплаты.

Таким образом, предъявлением векселя к оплате создается предпосылка для совершения должником активных действий по исполнению

вексельного обязательства. Именно в этот момент векселедержатель заявляет, что право требования платежа по векселю принадлежит ему и что он требует уплаты вексельной суммы в обмен на вексель.

Указанная особенность порядка исполнения вексельного обязательства обусловлена свойствами векселя как оборотоспособной ценной бумаги. В самом деле, вексель обращается в гражданском обороте без согласия должника и без его уведомления об изменении кредитора. Поэтому очевидно, что требование об оплате векселя является необходимым фактором при определении управомоченного субъекта. Кроме того, без предъявления векселя к платежу невозможно осуществление удостоверенных им прав (ст. 142 ч. 1 ГК РФ). Это объясняется тем, что векселедатель обязался уплатить деньги только по выданному им документу – векселю.

По своей правовой природе предъявление векселя к платежу является дополнительным правомочием в содержании вексельного обязательства. Это субъективное право векселедержателя, которое предоставлено ему для удовлетворения собственного интереса – получить по векселю деньги. В содержание вексельного обязательства данное правомочие входит в качестве дополнительного, так как представляет собой право на свои действия. По своему юридическому значению оно направлено на надлежащее осуществление основного субъективного права векселедержателя – права требовать платежа по векселю. Без предъявления векселя к платежу, как следует из ст. 38, 77 Положения о переводном и простом векселе (далее по тексту – Положение), векселедержатель не может получить вексельную сумму.

Осуществление названного правомочия подчинено определенным правилам. В соответствии с ними вексель должен предъявляться к оплате самим векселедержателем или его представителем (ст. 38 Положения), в установленные сроки (ст. 34, 38 Положения) и в месте платежа. Кроме того, закон закрепляет правовые последствия пропуска сроков предъявления векселя к оплате. В ряде случаев они выражаются в утрате векселедержателем своих прав по векселю ко всем обязанным лицам, кроме векселедателя простого векселя и акцептанта переводного векселя (ст. 53 Положения). Такие же последствия в конечном итоге возникнут и при нарушении условий о субъектах и месте предъявления векселя к платежу, так как эти нарушения одновременно могут повлечь нарушение условия о сроке.

Из сказанного видно, что факт предъявления векселя к платежу необходим для сохранения и осуществления прав векселедержателя.

ПОНЯТИЕ ЧРЕЗВЫЧАЙНОЙ СИТУАЦИИ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

А.И. Фролов

Исторически понятие «чрезвычайная ситуация» в гражданском праве остается неразработанным. Его определение отсутствует по сей день в отечественном гражданском законодательстве и цивилистической доктрине. Одновременно в литературе неоднократно обращается внимание на дискуссионность и неточность легального определения понятия «непреодолимая сила» – важнейшего последствия чрезвычайной ситуации¹. Последнее обстоятельство дает возможность для злоупотребления понятием непреодолимой силы и подведения под него практически любых неблагоприятных для лица препятствий в исполнении обязательства или недопущении причинения внедоговорного вреда. Например, в судебной практике поднимался вопрос об отнесении к непреодолимой силе неправомерного поведения пешехода на дороге, приведшего к дорожно-транспортному происшествию, а также кражи. Указанные обстоятельства судами не были признаны непреодолимой силой².

Признаки чрезвычайности и непредотвратимости непреодолимой силы в наибольшей степени присущи чрезвычайным ситуациям (природным стихийным бедствиям, техногенным авариям и катастрофам, социальным конфликтам и др.). Что же признавать чрезвычайной ситуацией? Словосочетание «чрезвычайная ситуация» для российского законодательства – сравнительно новое понятие. С принятием Федерального закона от 21.12.1994 № 68-ФЗ «О защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера» в российской правовой системе появилось легальное определение понятия «чрезвычайная ситуация»: «Чрезвычайная ситуация – это обстановка на определенной территории, сложившаяся в результате аварии, опасного природного явления, ката-

¹ Мананкова Р.П. О состоянии цивилистической науки и ее задачах // Вестник ТГПУ. Вып. 3. Серия: гуманитарные науки (правоведение). 1998. С. 7; Зверева Е.А. Ответственность предпринимателя за нарушение договорных обязательств. М.: Юр. Дом «Юст Информ», 2000. С 58.

² Определение от 21.04.00 Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ // СПС «Консультант Плюс»; Постановление Президиума ВАС РФ от 09.06.98 № 6168/97 // СПС «Консультант Плюс».

строфы, стихийного или иного бедствия, которые могут повлечь или повлекли за собой человеческие жертвы, ущерб здоровью людей или окружающей природной среде, значительные материальные потери и нарушение условий жизнедеятельности людей» (абз. 1 ст. 1). Легальное определение указанного понятия не включает в себя социальные чрезвычайные ситуации. Вместе с тем, следуя буквальному смыслу слов «чрезвычайный» и «ситуация», термин «чрезвычайная ситуация» позволяет включать в себя все исключительные обстоятельства, в том числе социального характера.

Представляется, что определение понятия «чрезвычайная ситуация» должно быть следующим: «Обстановка на определенной территории, сложившаяся в результате аварии, опасного природного явления, катастрофы, иных стихийных бедствий, войны, военных действий, а также маневров или иных военных мероприятий, террористического акта, бунта, народного волнения, восстания, забастовки, иных социальных конфликтов, эпидемии, эпизоотии, которые могут повлечь или повлекли за собой человеческие жертвы, ущерб здоровью людей или окружающей природной среде, значительные материальные потери и нарушение условий жизнедеятельности граждан (физических лиц) и юридических лиц».

Только чрезвычайная ситуация в предложенном понимании при условии непредотвратимости наиболее полно отвечает признакам непреодолимой силы. Учитывая известные недостатки понятия непреодолимой силы, наиболее удачным выглядит его определение через чрезвычайные ситуации природного, техногенного и общественного характера. Например, непреодолимая сила – чрезвычайная ситуация природного, техногенного или общественного характера, последствия которой исключительны по мощи своего проявления и непредотвратимы при данных условиях деятельности должника.

СВОБОДНЫЕ ЛИЦЕНЗИИ НА ПРОГРАММЫ ДЛЯ ЭВМ И БАЗЫ ДАННЫХ

А.Ю. Копылов

В зависимости от режима правового регулирования программы для ЭВМ можно разделить на «проприетарные» и «непроприетарные»

На сегодняшний день в мире известно проприетарное программное обеспечение (Proprietary Software), а также Свободное ПО (Free

software) и ПО с открытым кодом (Open Source Software) или все вместе неприетарное ПО.

Под проприетарным ПО следует понимать коммерческое ПО, защищенное авторским правом (copyright), а в некоторых странах патентным.

ПО с открытым кодом – это ПО с открытым исходным кодом, которому сопутствуют 10 критериев, сформулированных организацией Open Source Initiative¹:

1. Свободное распространение.
2. Исходный текст.
3. Производные продукты.
4. Целостность авторского исходного текста.
5. Отсутствие дискриминации лиц или групп.
6. Отсутствие дискриминации в областях применения.
7. Распространение лицензии.
8. Лицензия не должна быть привязана к определенному продукту.
9. Лицензия не должна ограничивать другие ПО.
10. Лицензия должна быть технологически нейтральна.

Программы с открытыми исходными текстами (Open Source) создали серьезную конкуренцию коммерческим программным продуктам. Причем многие важнейшие программные составляющие Интернета – это программы с открытыми исходными текстами. Были созданы программные продукты, которые не только стали популярными у обычных пользователей, но и вторглись в корпоративную сферу, в которой господствуют такие крупные производители компьютерных программ, как Microsoft, Adobe, IBM, Oracle, Apple, Novell и т.д.².

Самыми известными программами с открытыми исходными кодами являются операционная система Linux. Операционная система Linux разработана в 1991 г. Л. Торвальдом и размещена в Интернете как свободная разработка. Система получила широчайшую поддержку программистов всего мира.

В настоящее время Linux представляет собой надежную и популярную операционную систему, которая используется в корпоратив-

¹ Opensource [Электронный ресурс]: – Электрон. текст. данные – URL: <http://opensource.org/about/> (дата обращения: 22.04.2011).

² Судариков С.А. Авторское право. [Электронный ресурс] // М.: 2010. – Электронная версия печатных публикаций. – Доступ из справочной правовой системы «Консультант Плюс».

ной, государственной и военной сфере. В последние годы наблюдается рост количества пользователей этой операционной системы, эта тенденция сохранится и в перспективе. Более того, многие страны стараются использовать Linux, а не программы Microsoft по ряду причин, в том числе и связанных с безопасностью информации¹.

Таким образом, программные продукты с открытыми исходными текстами представляют собой значительное явление на рынке программных продуктов. Развитие данного вида программного обеспечения поддерживается такими фирмами, как IBM, Sun, Intel, Oracle, Corel, в основном, правда, как альтернатива Microsoft Windows. Также известными брендами ПО с открытым кодом являются свободный пакет офисных приложений OpenOffice, операционная система OpenSolaris, свободная интегрированная среда разработки Eclipse, набор программ для работы в сети Интернет Mozilla Application Suite, свободный веб-сервер Apache, программный механизм для веб-сайтов MediaWiki и другие.

Теорию и практику компьютерных программ с открытыми текстами определяют Фонд свободного программного обеспечения (Free Software Foundation, FSF) и Open Source Initiative. Основателем движения Свободного ПО, проекта GNU, Фонда свободных программ является Ричард Столлман.

Использование компьютерных программ с открытыми текстами происходит на иных условиях, чем использование коммерческих программных продуктов, и определяется специальными лицензиями, наиболее распространенной из которых является Генеральная публичная лицензия (General Public License, GPL).

Помимо всего прочего, Столлман является также основателем получающей в последние годы все большее число сторонников теории «Copyleft». В соответствии с ней автор компьютерной программы с открытым исходным текстом разрешает использовать этот текст любому лицу для разработки другого программного продукта при условии, что этот разработчик также предоставит другим пользователям исходный текст своей разработки. Таким образом, открытость исходных текстов передается от исходной программы на любую другую разработанную программу. Поэтому принцип «авторского лева» представляет собой расширение, а не ограничение авторских прав, направленное, прежде всего, на создание рынка сво-

¹ *Linux* [Электронный ресурс]: Википедия. – Электрон. свободная энциклопедия – URL: <http://ru.wikipedia.org/wiki/Linux> / (дата обращения: 06.05.2011).

бодных компьютерных программ. Копилефт-условия существуют в лицензиях для ПО, для контента и для баз данных¹. Символ копи-лефта – (D).

Применительно к ПО теория «Copyleft» получила свое развитие в четырех принципах свобод, сформулированных Столлманом:

1. Свободно запускать программу с любой целью («нулевая свобода»)

2. Свободно изучать, как работает программа и адаптировать её под свои нужды («первая свобода»).

3. Свободно распространять копии в помощь другим пользователям («вторая свобода»).

4. Свободно улучшать программу и публиковать улучшенную версию с тем, чтобы принести пользу всему сообществу («третья свобода»). Непременным условием является доступ к исходному тексту².

Таким образом, лишь ПО, обладающее в полной мере всеми четырьмя свободами, может считаться Свободным ПО.

Основным преимуществом Свободного ПО по сравнению с проприетарным ПО является возможность по умолчанию изучать и вносить в ПО изменения: улучшать, адаптировать, притом, что на практике при приобретении лицом имущественных прав на проприетарное ПО наличие этих прав крайне редко реализуется.

Нужно подчеркнуть, что эти принципы оговаривают только доступность исходных текстов программ для всеобщего использования, критики и улучшения, и права пользователя, получившего исполнимый или исходный код программы, но никак не оговаривают связанные с распространением программ денежные отношения, в том числе не предполагают и бесплатности. В англоязычных текстах здесь часто возникает путаница, поскольку слово «free» по-английски означает не только «свободное», но и «бесплатное», и нередко употребляется по отношению к бесплатному программному обеспечению, которое распространяется без взимания платы за использование, но недоступно для изменения сообществом, потому что его исходные тексты не опубликованы (например, популярный интернет-браузер Opera). Такое бесплатное ПО вовсе не является свободным. Наоборот, свободное ПО вполне можно распространять (и распространяют), взимая при этом плату, од-

¹ *Копилефт* [Электронный ресурс]: – Электрон. текст. данные – URL: <http://ru.wikipedia.org/wiki/Копилефт/> (дата обращения: 06.05.2011).

² *Свободное* программное обеспечение (free software) <http://www.russianlaw.net/files/law/doc/a236.pdf> [Электронный ресурс] / (дата обращения: 06.05.2011).

нако соблюдая при этом критерии свободы: каждому пользователю предоставляется право получить исходные тексты программ без дополнительной платы (за исключением цены носителя), изменять их и распространять далее. Всякое программное обеспечение, пользователям которого не предоставляется такого права, является несвободным – независимо от любых других условий¹.

Открытый доступ к исходным текстам программ является ключевым признаком свободного ПО, поэтому предложенный несколько позднее Эриком Реймондом термин «open source software» (ПО с открытым исходным текстом) некоторым представляется даже более удачным для обозначения данного феномена, чем изначально предложенный Столлманом «free software». Столлман настаивает на различии этих двух понятий, так как слова «open source» указывают лишь на наличие одного, не самого важного (хотя и необходимого для реализации двух из четырёх свобод), по его мнению, из свойств, присущих свободному ПО, – возможности увидеть исходный код².

Но наметилась тенденция к созданию обобщающего термина, который бы объединял в себе оба движения свободного ПО. В английском языке широко распространились аббревиатуры FOSS (Free and Open Source Software) и FLOSS (Free/Libre and Open Source Software). Они практически идентичны по смыслу и означают «свободное ПО и ПО с открытыми кодами»³.

Как бы ни называлось непроприетарное ПО, само по себе существование концепции свободных компьютерных продуктов, подкрепленной первоклассными программными продуктами, является, несомненно, положительным явлением. Свободные компьютерные программы составляют конкуренцию коммерческим программным продуктам, что способствует повышению уровня программных продуктов в интересах общества в целом и каждого пользователя в частности⁴.

¹ *Свободное программное обеспечение* [Электронный ресурс]: Википедия. – Электрон. свободная энциклопедия – URL: http://ru.wikipedia.org/wiki/Свободное_программное_обеспечение / (дата обращения: 06.05.2011).

² *Интервью с Р. Столлманом.* – URL: http://old.russ.ru/netcult/interactiview/20000925_stallman.htm [Электронный ресурс] / (дата обращения 06.05.2011).

³ «Свободное ПО» и «ПО с открытым кодом» [Электронный ресурс]: – Электрон. текст. данные – URL: / http://www.info-foss.ru/quickstart/freesoft/free_opensource_soft/ / (дата обращения: 06.05.2011).

⁴ *Судариков С.А.* Авторское право. [Электронный ресурс] // М.: 2010. – Электронная версия печатных публикаций. – Доступ из справочной правовой системы «Консультант Плюс».

Интернет особенно подходит для совершения лицензионных сделок между владельцами авторского права, производителями, посредниками и конечными пользователями. Некоторые компании, занимающиеся программным обеспечением, или создатели баз данных уже в течение нескольких лет разрабатывают экономические модели на базе лицензионных сделок с пользователями – электронных лицензий. Доступность культурного или информационного содержания будет обеспечиваться простым нажатием клавиши, которое одновременно будет означать согласие на заключение лицензионного договора, идет ли речь о газетах, информации, содержащейся в базе данных, программном обеспечении или в книгах. Эти договоры бывают разовыми (mouse-click – «щелчок мыши»), транзитными (click-through – «щелчок-проход») или возвратными (click-wrap – «щелчок-возврат»)¹. Вполне вероятно, что в скором времени в цифровых сетях электронные лицензии станут нормой.

ВОЗНИКНОВЕНИЕ ПРАВОСПОСОБНОСТИ ГРАЖДАНИНА

Ю.В. Дубровская

Вопрос о возникновении правоспособности граждан как субъектов гражданского права неразрывно связан с определением момента рождения гражданина. Его разрешение представляет особую важность как с теоретической, так и с практической точек зрения. В теоретическом плане это важно, во-первых, для решения вопроса о таком феномене, как «зачатый ребенок». В отечественном гражданском и семейном законодательстве он упоминается неоднократно, причем в различных словосочетаниях (**будущий ребенок; зачатый и родившийся живым; зачатый, но еще не родившийся наследник и др.**) Общепринятая оценка соответствующих норм сводится к простому тезису – закон охраняет права будущего субъекта. Глубоких теоретических исследований почти нет. В качестве исключения особого внимания заслуживает статья Н.И. Беседкиной², где рассматриваются вопросы, касающиеся определения начала жизни и, соответственно, определения начала правовой защиты. Думается,

¹ *Северин Дюсолье, Из Пулье, Мирей Бюйден.* Авторское право и доступ к информации в цифровой среде // Бюллетень ЮНЕСКО. Авторское право. 2001. Том XXXV. № 2. С. 52–53.

² *Беседкина Н.И.* Права неродившегося ребенка // Государство и право. 2006. № 4. С. 54–60.

будет целесообразным согласиться с мнением Н.И. Беседкиной, что человеческая жизнь достойна охраны еще до рождения. Таким мнением руководствуются и другие страны, как, например, согласно ст. 15 Конституции Словацкой Республики «каждый имеет право на жизнь. Человеческая жизнь достойна охраны еще до рождения».

В практическом плане немаловажность данного аспекта исследования правосубъектности состоит, в частности, в необходимости выявления субъекта конкретного гражданского правоотношения. В доктрине остается нерешенным многовековой спор о принадлежности наследственной массы (*hereditas jacens*) и другие. Момент возникновения правоспособности гражданина определяется моментом рождения (ст. 17 ГК РФ). При этом в соответствии со ст. 53 ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан» моментом рождения является момент отделения плода от организма матери **посредством рождения**. Если обратиться к энциклопедии, найдем определение исходного понятия – роды. «Роды – естественный физиологический процесс, завершающий беременность и заключающийся в изгнании плода и последа из матки через канал шейки матки и влагалище, называемыми в этом случае родовыми путями»¹. Соответственно, при наличии зачатого наследника возникает вопрос, есть ли у него хоть какие-то элементы такого правового явления, как правоспособность, отражающая свою сущность во многих отраслях права, например в уголовном.

Норма ст. 106 Уголовного кодекса РФ позволяет сделать вывод о том, что объективной стороной преступления является в том числе убийство матерью новорожденного ребенка во время родов. В связи с этим возникает вопрос о правоспособности рождающегося ребенка. От зачатия до рождения плод требует всевозможной охраны, в том числе и правовой. Отчасти соответствующие нормы в разных отраслях, адресованные беременной женщине, обеспечивают и интересы потенциального субъекта – ребенка. По смыслу законодательства интересы матери и будущего ребенка находятся в неразрывной связи, и четко разделить их на определенном этапе довольно трудно, но в принципе это выделение норм, специально предназначенных для ребенка, возможно. Теоретическим обоснованием норм такого рода могло бы быть положение об элементах или стадиях развития правоспособности гражданина. Думается, его разрешение зависит от соотношения понятий «правоспособность», «субъективное право» и «вторичное право». Ближайшим аналогом мог-

¹ Энциклопедический словарь – Википедия

ли бы стать выводы специалистов в области вторичных прав (А.Г. Певзнер, В.А. Белов, А.Б. Бабаев). Под субъективным правом в науке понимается юридически определенная и обеспеченная мера дозволенного (возможного) поведения управомоченного лица, включающая в себя возможность требовать определенного поведения от обязанных лиц. При этом отметим, что субъективное право предполагает не только меру дозволенного поведения, но и правомочие требовать определенного поведения от других лиц. В теории принято различать субъективные права разного уровня, в том числе и конституционные.

Момент начала жизни ребенка определен исключительно моментом рождения, в результате чего можно сделать вывод о том, что жизнь ребенка, развитого физиологически, жизнеспособного, но не родившегося, конституционно не защищена. Целесообразным, по нашему мнению, было бы включить в Конституцию РФ положение, по которому жизнь ребенка охраняется еще до рождения. Таким образом, субъективному конституционному праву неродившегося ребенка соответствовала бы юридическая обязанность государства обеспечить системой соответствующих мер осуществление этого права.

Такая правовая характеристика не исключает и других, для чего нужны обстоятельные дискуссии.

ИНСТИТУТ БРАЧНОГО ДОГОВОРА В РИМСКОМ И СОВРЕМЕННОМ ГРАЖДАНСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

Д.Н. Курило

На каждом историческом этапе большую роль играли имущественные отношения между супругами. К ним относились вопросы, касающиеся общей семейной собственности супругов либо её раздельности, совершения различных сделок между супругами, материальной поддержки друг друга и т.д. Особое внимание как в древности, так и современном мире уделено такому институту, как брачный договор. Еще в Древнем Риме мужчина и женщина, прежде чем создать семью, оформляли соглашение, где урегулировали свои имущественные отношения, обсуждая также и вопросы наследования в будущем совместно нажитого имущества. Так, при установлении брака заключалось соглашение о передаче приданого, которое должно было содержать ус-

ловия и оговорки относительно судьбы приданого при прекращении брака. Например, таким брачным соглашением определялось отойдёт ли оно после смерти жены мужу, после смерти мужа – жене, а также пределы возможных вычетов из стоимости приданого и т.п.¹ В настоящее время институт брачного договора представляется более совершенным в связи с тем, что в нём, кроме имущественных вопросов, могут регламентироваться и прочие права и обязанности. Например, вопросы, как и с кем останутся дети после расторжения брака.

Как в законодательстве Республики Беларусь, так и в российском законодательстве закреплены основные положения данного соглашения. Так, согласно ст. 13 Кодекса о браке и семье Республики Беларусь (далее – КоБС РБ) под брачным договором понимается договор между супругами в целях укрепления брака и семьи, повышения культуры семейных отношений, осознания прав и обязанностей супругов, ответственности за детей и друг за друга².

Несколько иное определение даётся в ст. 40 Семейного кодекса Российской Федерации (далее – СК РФ). Так, брачным договором признаётся соглашение лиц, вступающих в брак, или соглашение супругов, определяющее имущественные права и обязанности супругов в браке и (или) в случае его расторжения³. Тем не менее сущность данного понятия как в белорусском, так и в российском законодательстве имеет ряд схожих моментов. К ним относятся вопросы, касающиеся заключения брачного договора. Так, лица, вступающие в брак, и супруги могут заключить брачный договор в любое время в период брака (ст. 13 КоБС), (ст. 41 СК РФ). Схожими являются брачно-договорное изменение и расторжение. Так, и брачный договор может быть изменен или расторгнут в любое время по соглашению супругов (ст. 13 КоБС), (ст. 43 СК РФ). К тому же схожими являются и определения совокупности соглашений двух кодексов, которые может урегулировать брачный договор.

¹ Яковлев В.Н. Древнеримское частное право и современное российское гражданское право: Учебник. М.: Волтерс Клуверс, 2010. С. 644–646.

² Кодекс Республики Беларусь о браке и семье, 9 июля 1999 г., № 278-3: в ред. Закона Респ. Беларусь от 15.07.2010 г. // Эталон-Беларусь [Электронный ресурс]. / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2011

³ Семейный кодекс Российской Федерации, 8 декабря 1995 г., № 233-ФЗ: в ред. Федерального закона от 24.04.2008 г. // Эталон-Россия [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/popular/family/>. – Дата доступа: 21.12.2011.

Представляется очевидной актуальность института брачного договора как в римском, так и в современном гражданском праве. Однако в современных семейных кодексах существуют свои сходства и отличия данного института от древнеримского законодательства, что обусловливается развитием общественных отношений.

НАСЛЕДОВАНИЕ УЧРЕЖДЕНИЕМ ИМУЩЕСТВА ГРАЖДАН

А. А. Новиков

Главный вопрос – вправе ли учреждения, в частности государственная художественная галерея, государственный институт культуры, различные социальные учреждения, наследовать завещанное им имущество.

Учреждение, как юридическое лицо, обладает специальной или целевой правоспособностью. Собственник создает учреждение для осуществления различных функций некоммерческого характера (п. 1 ст. 120 ГК РФ). Собственник определяет цели учреждения, способы и средства их достижения. Правомочия учреждения определяются уставом учреждения.

Учреждение обладает имуществом, переданным ему учредителем, на праве оперативного управления (п. 1 ст. 296 ГК РФ). Учреждение вправе самостоятельно приобретать имущество как возмездно, так и безвозмездно. Какое право возникает у учреждения в случае приобретения имущества за счет деятельности, приносящей доходы, и на то имущество, которое поступило в виде дара, по завещанию и иным основаниям?

В доктрине существует несколько точек зрения на правовую природу права на это имущество:

1) это право хозяйственного ведения (Г.Е. Авилов) или право, которое «приближается к праву хозяйственного ведения» (В.В. Чубаров);

2) это особое вещное право, «которое не укладывается ни в рамки права оперативного управления, ни в рамки права хозяйственного ведения». При этом Ю.К. Толстой выделяет как особое «безымянное» право, отличное от права на имущество, приобретенное учреждением за счет деятельности, приносящей доходы, право на то имущество, которое поступило в виде дара, по завещанию и иным основаниям;

3) это право представляет собой субинститут права оперативного управления (А.А. Иванов).

При наследовании имущества, принадлежавшего наследодателю на праве собственности, происходит переход этого права к собственнику имущества учреждения, а к учреждению переходит право оперативного управления завещанным имуществом. Учредитель становится собственником наследственного имущества опосредованно, через учрежденное им юридическое лицо. Универсальным правопреемником является наследник – учреждение. Универсальное правопреемство для учреждения возможно и в случае его реорганизации, поэтому сама по себе возможность универсального правопреемства при наследовании не вызывает возражений (ст. 58 ГК РФ). По действующему законодательству учреждение не может обладать имуществом на праве собственности (ст. 120, 296, 298 ГК РФ). В отдельных случаях при наследственном правопреемстве у учреждения возникает право, меньшее по объему (право оперативного управления или «безымянное» вещное право) по сравнению с тем правом, которым обладал завещатель (право собственности). Наследник становится обладателем иного вещного права, чем то, которое было у наследодателя. После ликвидации учреждения-наследника его имущество, в том числе полученное в дар или по наследству, передается учредителю (п. 3 ст. 299 ГК РФ). И собственник может свободно осуществлять свое право собственности.

ИНСТИТУТ ОПЕКИ И ПОПЕЧИТЕЛЬСТВА В ДРЕВНЕРИМСКОМ И СОВРЕМЕННОМ ГРАЖДАНСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

В.И. Овчинникова

В римском праве, как и в современном белорусском и российском гражданском законодательстве, опека и попечительство являются институтом гражданского права, функцией которого выступает восполнение полной или частичной недееспособности подопечного субъекта посредством подчинения его опекуну. Основное содержание опекунских полномочий сводится к управлению имуществом подопечного. Поэтому формы «охраняющего управления» различаются по тому, в отношении кого устанавливается опека.

В римском праве несовершеннолетние делились на детей в возрасте до 7 лет, они не имели абсолютно никакого участия в гражданском обороте; подростков от 7 до 12 лет – для девочек и 14 лет – для мальчиков, они имели право совершать сделки чистого приобретения без согласия и участия опекуна, однако других прав в распоряжении имуществом у них не было; и юношество считалось до наступления 25-летнего возраста. Они сами должны были испросить у властей попечителя, без участия которого имущественные распоряжения их и любые сделки были недействительны¹.

Законодатели обоих государств не выделяют детей как отдельную категорию несовершеннолетних. Первыми в классификации ГК РБ и ГК РФ стоят малолетние в возрасте до 14 лет. Они вправе самостоятельно совершать мелкие бытовые сделки, сделки, направленные на безвозмездное получение выгоды, не требующие нотариального удостоверения или оформления либо государственной регистрации. Все остальные сделки от их имени могут совершать только их законные представители – родители, усыновители или опекуны². Далее следуют несовершеннолетние в возрасте от 14 до 18 лет. Они совершают сделки с письменного согласия своих законных представителей – родителей, усыновителей или попечителей, однако распоряжаться своими заработком, стипендией и иными собственными доходами, осуществлять права автора произведения науки, литературы или искусства, в соответствии с законом вносить вклады в кредитные учреждения и распоряжаться ими, они вправе самостоятельно³. Согласно ст. 37 ГК РБ и ст. 41 ГК РФ по просьбе совершеннолетнего дееспособного гражданина, который по состоянию здоровья не может самостоятельно осуществлять и защищать свои права и исполнять обязанности, над ним может быть установлен патронаж. Установление патронажа не влечёт ограничения прав подопечного. Распоряжение имуществом, принадлежащим подопечному, осуществляется попечителем-помощником на основании договора поруче-

¹ Покровский И.А. История римского права: учебник. М.: Харвест, 2002. С. 223.

² Гражданский кодекс Республики Беларусь 1998 г.: с измен. и доп. по сост. на 20 апреля 2011 г. Минск: Нац. Центр правовой информ. Респ. Беларусь, 2011. С. 18; Гражданский кодекс Российской Федерации / [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.consultant.ru/popular/gkrf1/5_4.html#p182. – Дата доступа: 21.12.2011.

³ Гражданский кодекс Республики Беларусь... С. 16; Гражданский кодекс Российской Федерации...

ния или доверительного управления, заключённого с подопечным¹. Только в ГК РФ в ст. 41 закреплено право органа опеки и попечительства осуществлять контроль за исполнением помощником подопечного своих обязанностей и извещать находящегося под патронажем гражданина о нарушениях, допущенных его помощником².

Аксиоматична схожесть римского права с белорусским и российским законодательством, что в очередной раз подтверждает рецепцию римского права. Очевидно существование незначительных отличий, которые связаны с развитием общественных отношений. Однако необходимо отметить прогрессивность ряда норм гражданского законодательства Республики Беларусь и Российской Федерации по сравнению с древнеримским.

¹ *Гражданский кодекс Республики Беларусь... С. 22; Гражданский кодекс Российской Федерации...*

² *Гражданский кодекс Российской Федерации...*

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

К ВОПРОСУ О ФОРМИРОВАНИИ ИНСТИТУТА СДЕЛОК В ТРУДОВОМ ПРАВЕ

Д.В. Агашев

1. Проблема регламентации сделок в трудовом праве относится к группе не только малоизученных, но и практически не исследованных соответствующей отраслевой теорией. При этом редкие попытки активизировать разработку названной темы часто сталкиваются с определенным непониманием в научной среде, которое варьируется от осторожной критики до резкого неприятия данной идеи¹. Вместе с тем каких-либо весомых аргументов или объективных причин отрицания указанного правового явления в трудовом праве, как правило, не называется, а развитие общественных отношений в современных условиях рыночной экономики, тем более ее глобализации, требует от науки и практики адекватных этим условиям подходов к правовому регулированию трудовых и непосредственно связанных с ними отношений².

2. Современному законодателю пора признать, что реальное расширение договорной свободы и инициативы сторон является единственно верным и оправданным путем выхода из существующего кризиса данной нормативной системы. Разумеется, увеличение правомочий субъектов данной отрасли не должно быть беспредельным (этого, известно, не допускает даже гражданское законодательство), но при этом следует исходить из необходимости определенного перераспределения в механизме правового регулирования в пользу расширения диспозитивных начал и предоставления возможностей сторонам регламентировать взаимоотношения в соотношении с индивидуальным, а не публичным интересом.

¹ По данному вопросу см., например: *Лушикова М.В., Лушиков А.М.* Очерки теории трудового права. СПб.: Издательство Р.Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. С. 655–664.

² *Орловский Ю.П.* Трудовое право не ответило на вызов экономического кризиса // Трудовое право. 2009. № 3. С. 5–9.

3. Одним из главных препятствий на пути эффективной реализации принципа диспозитивности в трудовом праве является недостаточность соответствующего юридического инструментария. Главным образом это относится фактически к игнорированию законодателем такого юридического факта, как трудовая сделка, со всеми присущими этой категории свойствами и, соответственно, правового института, который бы закреплял виды, структуру, условия действительности и последствия недействительности сделок в трудовом праве. Вместе с тем фактически трудовые сделки осуществляются субъектами трудовых и непосредственно связанных с ними отношений. Не признавать этого факта – значит не видеть очевидного, что достаточно убедительно доказал В.М. Лебедев в цикле работ, посвященных названной проблематике¹. Заключение трудового и коллективного договора, соглашения, изменение их условий, совмещение должностей, расширение зон обслуживания, сверхурочные работы, соглашения в рамках коллективного трудового спора – можно привести большое число других примеров, где непризнание трудовой сделки в качестве элемента механизма правового регулирования порождает массу отнюдь не теоретических проблем и в итоге ведет к нарушению прав и интересов субъектов трудовых и непосредственно связанных с ними отношений.

4. Формирование и правовое закрепление института сделок в трудовом праве невозможно обеспечить без обстоятельного анализа и теоретического осмысления этого явления. В этом серьезным подспорьем может служить использование цивилистического учения о сделках, учитывая историческую органическую связь трудового и гражданского права. Разумеется, необходимо использовать и сохранить наиболее адекватные для трудового права приемы регулирования, исходя из целей, задач, принципов данной отрасли². Трудовому праву необходим собственный институт сделок, где бы нашли нормативное закрепление понятия, конструкции и механизмы, свойственные трудовому праву, а, значит, и соответствующие изменения в отраслевой доктрине.

¹ *Лебедев В.М.* Трудовое право: проблемы общей части. Томск, Томский гос. пед. ун-т, 1998. С. 105; *Лебедев В.М.* Изменение трудового договора // Трудовое право. 2004. № 8 (54). С. 26; *Лебедев В.М.* Субсидиарное применение норм гражданского права // Вестник ТГУ. 2011. Вып. 45. С. 117–121.

² В этом смысле считаю необоснованным возвращение к модели, заложенной законодателем в п. 3 ст. 1 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 года о субсидиарном применении норм гражданского права к трудовым отношениям в случае, когда они не урегулированы трудовым законодательством (Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик (утв. ВС СССР 31 мая 1991 г. № 2211-1) // Ведомости ВС СССР. № 26. 26 июня 1991 г. Ст. 733).

РЕАЛИЗАЦИЯ ПРИНЦИПА АДРЕСНОСТИ В СОВРЕМЕННОМ СОЦИАЛЬНО-ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

Е.И. Бутенко

Принцип адресности заключается в том, что государство готово обеспечивать только подлинно нуждающихся лиц, стремясь исключить из этой категории тех, кто в состоянии обеспечивать себя сам¹. Наглядной иллюстрацией воплощения этого принципа на практике является изменение законодателем круга лиц, имеющих право на получение ежемесячного пособия на ребенка (ст. 16 Федерального закона «О государственных пособиях гражданам, имеющим детей» № 81-ФЗ от 19.05.1995 г.²). Однако при рассмотрении страховых видов социального обеспечения принцип адресности реализуется достаточно своеобразно. Например, лицо, достигшее пенсионного возраста, при наличии страхового стажа установленной продолжительности вправе обратиться за назначением трудовой пенсии, и государство обязано ему эту пенсию назначить и выплачивать. В данном случае совершенно не учитывается, продолжает ли гражданин работать, имеется ли у него доход от иных источников и т.д. Объясняется это тем, что все трудовые пенсии являются страховыми, поскольку их страховая и (или) накопительная части формируются за счет страховых взносов, которые являются индивидуально возмездными платежами, персональным целевым назначением которых является обеспечение права гражданина на получение страхового обеспечения по обязательному пенсионному страхованию. Поэтому гражданин, за которого уплачиваются страховые взносы или который делает это самостоятельно, в рамках действующей правовой системы выступает своего рода «кредитором» по отношению к государству, которое из этих средств выплачивает пенсии сегодняшним пенсионерам. Возмездность означает, что государство обязано полученные средства вернуть, и оно делает это как раз при назначении и выплате трудовой (страховой) пенсии.

Однако достигнув пенсионного возраста или став инвалидом, человек может остаться вполне обеспеченным и не нуждаться в помощи со стороны государства. Но такие случаи являются исключением и потому не влияют на общее правило, а общим правилом яв-

¹ См.: Аракчеев В.С., Агашев Д.В., Гречук Л.А. Право социального обеспечения России: Учеб. пособие. Томск, 2006. Ч. 1. С. 129–130.

² СЗ РФ. 22.05.1995. № 21. Ст. 1929.

ляется то, что при наступлении указанных обстоятельств лицо становится нуждающимся. В данном случае речь идет о презюмируемой (предполагаемой) нуждаемости, то есть законодательно закрепленной идее о том, что в этих и подобных им случаях человек лишь формально признается нуждающимся и вправе рассчитывать на помощь государства. Причем специфика данной презумпции заключается в том, что, даже если она не соответствует действительности, она все равно не перестает быть основанием для получения социального обеспечения, то есть ее опровержение не допускается. Примечательно, что границы между действительной и предполагаемой нуждаемостью не являются раз и навсегда данными. Они могут изменяться под влиянием государственной политики, стоящих перед обществом задач на том или ином этапе его развития, а также избранных способов решения этих задач. Например, Положением о порядке назначения и выплаты государственных пенсий (утв. постановлением Совета Министров СССР № 590 от 03.08.1972 г.¹) предусматривался ряд ограничений, связанных с выплатой пенсии работающим гражданам². В настоящее время выплата пенсий работающим пенсионерам производится в полном объеме, без каких-либо ограничений (п. 4 ст. 18 ФЗ «О трудовых пенсиях в РФ»³).

РЕАЛИЗАЦИЯ ОБЩЕПРАВОВОГО ПРИНЦИПА ЕДИНСТВА И ДИФФЕРЕНЦИАЦИИ В ПРАВЕ СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

К.В. Гранкин

В каждом институте есть нормы, устанавливающие как общие, так и особые правила обеспечения для отдельных категорий лиц. Эти правила оказываются в основаниях возникновения права на социальное обеспечение, в способах определения его размера, в порядке и продолжительности оказания тех же видов обеспечения. Безусловно, отрасль права социального обеспечения представлена как единая система взаимосвязанных правовых институтов, где соответствующие нормы располагаются согласно их предметным и

¹ СП СССР. 1972. № 17. Ст. 86.

² См. также: Астрахан Е.И. Развитие законодательства о пенсиях рабочим и служащим. Исторический очерк (1917–1970 гг.). М., 1971. С. 151.

³ СЗ РФ. 24.12.2001. № 52 (1 ч.). Ст. 4920.

функциональным характеристикам, содержанию регулируемых отношений, что и обеспечивает единство этого нормативного образования.

Единство правового регулирования главным образом выражается в реализации принципа всеобщности социального обеспечения, а также в некоторых иных принципах данной отрасли.

Суть принципа всеобщности социального обеспечения проявляется в том, что каждый гражданин России, иностранец, лицо без гражданства, беженцы, вынужденные переселенцы, то есть любой человек, проживающий на территории нашего государства, если он утрачивает самостоятельный источник средств к существованию по указанным в законодательстве причинам либо объективно лишен возможности такой источник иметь, вправе претендовать на государственное содействие в виде получения пенсии, пособия, на предоставление предметов первой необходимости (одежды, обуви, жилища, продуктов питания, медицинской помощи и лечения и т.д.)¹.

Вместе с тем единство в системе права социального обеспечения не исключает дифференциации, т.е. различий или разнообразия в средствах правового регулирования социально-обеспечительных отношений различных категорий нуждающихся.

Единство заключается в общности оснований предоставления права на социальное обеспечение. Реализация же дифференциации в праве социального обеспечения закрепляется в условиях использования субъективного права на социальное обеспечение в получении адресных мер по получению государственного обеспечения каждого проживающего на территории России человека и гражданина.

Цель предоставления адресных мер по получению помощи и государственного обеспечения, а именно реализация принципа адресности, заключается в закреплении в законодательстве возможности каждого при наступлении определенных фактов (социальных рисков, таких как старость, безработица, болезнь и т.д.) получить тот или иной установленный законом вид социального обеспечения. Данные адресные меры позволяют установить основания действительной нуждаемости в социальном обеспечении людей и не допустить злоупотребление пользованием недобросовестными членами общества социально-обеспечительными мерами.

Дифференциация социально-обеспечительного законодательства, вытекающая из принципа равенства и единства основных прав и

¹ Аракчеев В.С., Агашев Д.В., Гречук Л.А. Право социального обеспечения России: Учеб. пособие. Томск: Изд-во НТЛ, 2006. Ч. 1. 228 с.

обязанностей граждан, в какой-то мере схожа с подобным механизмом в трудовом праве¹.

Однако в основе дифференциации в отрасли права социального обеспечения лежат не условия и содержание труда, а фактические жизненные обстоятельства, приводящие в состояние нуждаемости, а так же иные факторы, признаваемые необходимыми для правового регулирования со стороны государства.

Дифференциация здесь предполагает максимальный учет особенностей соответствующих оснований, порождающих нуждаемость, а также характер предыдущей трудовой деятельности² или общественно полезного поведения, что достигается путем закрепления соответствующих оснований и условий, объема и длительности обеспечения.

Система норм социального обеспечения характеризуется единством и дифференциацией. Единство заключается в том, что в каждом отдельном институте есть нормы, устанавливающие общие правила обеспечения. Дифференциация находит выражение в наличии во многих институтах норм, предусматривающих для отдельных категорий лиц специальную регламентацию вопросов возникновения права на социальное обеспечение, определение его размера, порядка и продолжительности предоставления одних и тех же видов обеспечения³.

Дифференциация правового регулирования социального обеспечения имеет различные формы и по объективным причинам охватывает различные основания: основания предоставления права, конкретные условия использования права на социальное обеспечение и многое другое.

ДИСКРИМИНАЦИЯ, ДИФФЕРЕНЦИАЦИЯ И СПРАВЕДЛИВОСТЬ В ПРАВЕ СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

Л.А. Евстигнеева

1. Конституцией РФ гарантировано равенство прав независимо от имущественного, должностного положения, других обстоятельств⁴. В праве социального обеспечения есть целый ряд норм,

¹ Скачкова Г.С. Единство и дифференциация в регулировании труда иностранцев в РФ // Трудовое право в России и за рубежом. 2011. № 2. С. 13–16.

² Сирота И.М. Право пенсионного обеспечения в Украине: Курс лекций. Киев, 1998.

³ <http://eyu.sci-lib.com/article0001687.html>

⁴ См. п.2 ст.19 Конституции РФ // СЗ РФ. 26.01.2009. № 4. Ст. 445.

«идуших» вразрез с указанной гарантией. Легально установлены ограничения, имеющие фактически дискриминационный характер. Пособие по безработице лицу, прекратившему индивидуальную предпринимательскую деятельность, будет выплачено в размере 850 рублей, а не в процентном отношении к заработку как это установлено для уволенных работников¹. Причем предприниматель до своего фиаско отчислял в ПФР РФ и ФФОМС РФ за каждый месяц такую же сумму как работодатель за лиц, имеющих заработную плату в размере МРОТ. Бывший предприниматель, по сути, уравнен с впервые ищущими работу, за которых никто ничего не отчислял. Данное положение не может быть признано справедливым.

Нормативно установлены предпочтения, обусловленные исключительно должностным положением. В частности, время работы в должности судьи в районах Крайнего Севера засчитывается в стаж в полуторном размере², в то время как для лиц, не являющихся судьями, в таком порядке исчисляются только периоды работы до 01.01.2002³. Можно считать указанные нормы дифференциацией в обеспечении, но ее основание противоречит принципу справедливости. Правовую справедливость можно определить как подчинение менее приоритетного права более приоритетному праву, отвлекаясь от того, кто именно является субъектом правовых притязаний⁴. КС РФ считает обоснованными различия в обеспечении, если «в основе...дифференциации лежат объективные критерии оценки характера труда и специфики функционирования учреждений здравоохранения»⁵. Данная позиция схожа с нормой ст.3 Трудового кодекса РФ⁶.

¹ См. п. 1 ст. 33, п.1 ст. 34 Закона РФ от 19.04.1991 № 1032-1 «О занятости населения в РФ» // СЗ РФ.22.04.1996.№ 17.Ст. 1915.

² См. п. 2 ст. 15 Закона РФ от 26.06.1992 № 3132-1 «О статусе судей в РФ» // Российская газета. 29.07.1992. № 170.

³ См. п. 4 ст. 30 ФЗ «О трудовых пенсиях в РФ» // СЗ РФ. 24.12.2001, № 52 (1 ч.). Ст. 4920.

⁴ Рычагова О.Е. Системообразующие факторы права. Томск, 2003. С. 62.

⁵ Определение Конституционного Суда РФ от 22.04.2010 3 520-О-О // Пенсия. 2010. № 7.

⁶ В соответствии с ч. 3 ст. 3 ТК РФ не являются дискриминацией установление различий, исключений, предпочтений, а также ограничение прав работников, которые определяются свойственными данному виду труда требованиями, установленными федеральным законом, либо обусловлены особой заботой государства о лицах, нуждающихся в повышенной социальной и правовой защите.

2. Нередки случаи, когда, помимо предпринимательской или, например, адвокатской деятельности, гражданин работает и по найму. Так вот в этом случае его работодатель платит за него как за работника в полном объеме во все внебюджетные фонды, и он сам также платит страховые взносы как минимум в ПФР РФ и ФФОМС РФ¹. При наступлении страхового случая работник не получит «двойного» страхового обеспечения. Несправедливо, не ясно, чем руководствовался законодатель, принимая такое решение.

3. Остановимся еще на одном нарушении принципа справедливости. Согласно Конституции РФ устанавливаются государственные пособия². Работодатели обязаны для выплаты этих пособий отчислять страховые взносы. Однако государство дополнительно к этому обязывает работодателей платить пособия из собственных средств³. Пособие по временной нетрудоспособности за первые три дня выплачивается за счет средств работодателя. Какое приоритетное право лежит в основе этих норм? Может быть, им является охрана здоровья граждан? Очевидно, что данная норма не стимулирует работодателя заботиться о здоровье трудящихся. Вероятнее, что «антипатия» работодателя к оплате больничных листов только возрастет. Законодатель не только не устраняет эти пережитки прошлого, но и «развивает» их: ранее работодатель был обязан оплатить только два первых дня нетрудоспособности. Считаю необходимым признать утратившими силу нормы, не соответствующие принципу правовой справедливости. В нормах Основ социального обеспечения или Социального кодекса необходимо закрепить принцип справедливости и установить, что дифференциация возможна в силу специфики труда или должна быть обусловлена особой заботой государства о лицах, нуждающихся в повышенной социальной и правовой защите.

¹ ФЗ от 24.07.2009 № 212-ФЗ «О страховых взносах в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Федеральный фонд обязательного медицинского страхования и территориальные фонды обязательного медицинского страхования» // СЗ РФ. 27.07.2009. № 30. Ст. 3738.

² См. п. 2 ст. 7 Конституции РФ // СЗ РФ. 26.01.2009. № 4. Ст. 445.

³ См.: Указ Президента РФ от 30.05.1994 № 1110 «О размере компенсационных выплат отдельным категориям граждан» // СЗ РФ. 06.06.1994. № 6. Ст. 589.

К ВОПРОСУ О ДЕФИНИТИВНЫХ НОРМАХ ПРАВА СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ РОССИИ

А.Ю. Зеленина

Каждый крупноблочный социально-обеспечительный закон имеет отдельную статью, в которой закрепляются определения и термины, используемые в нем. Однако далеко не все базовые категории права социального обеспечения нашли отражение в федеральном законодательстве: существуют легальные определения следующих видов социального обеспечения: пенсии¹; социально-го обслуживания и социальной услуги²; медицинской услуги³, при этом отсутствуют законодательные дефиниции пособия, льготы, компенсации.

Данный пробел в федеральном законодательстве «пытаются» устранить региональные власти. Так, одной из тенденций развития законодательства субъектов Российской Федерации о социальном обеспечении стало принятие региональных социальных кодексов, в которых в разделе «Общие положения» закрепляется перечень видов социального обеспечения, предоставляемых в соответствии с данными нормативными правовыми актами, и дается определение каждого из них⁴. Такая нормотворческая деятельность регионов привела

¹ Причем существует несколько определений данного понятия: в ст. 2 Федерального закона Российской Федерации от 17.12.2001 № 173-ФЗ «О трудовых пенсиях в Российской Федерации» содержится определение трудовой пенсии, в ст. 2 Федерального закона Российской Федерации от 15.12.2001 № 166-ФЗ «О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации» дается определение пенсии по государственному пенсионному обеспечению, в ст. 3 Федерального закона Российской Федерации от 07.05.1998 № 75-ФЗ «О негосударственных пенсионных фондах» формулируется определение негосударственной пенсии.

² См.: ст. 1, 3 Федерального закона Российской Федерации от 10.12.1995 № 195-ФЗ «Об основах социального обслуживания населения в Российской Федерации».

³ См.: ст. 2 Федерального закона Российской Федерации от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации».

⁴ Например, в ст. 3 Кодекса Омской области о социальной защите отдельных категорий граждан от 04.07.2008 № 1061-ОЗ пособие определяется как мера социальной поддержки, при которой гражданину периодически или единовременно выплачивается денежная сумма в размере, определенном областным законодательством, в качестве основного или дополнительного источника средств к существованию; компенсация рассматривается как мера социальной поддержки, при которой гражданину выплачивается денежная сумма в размере, определенном областным законодательством, в качестве полного или частичного возмещения стоимости оплаченных или подлежащих оплате им товаров, работ, услуг; а льгота определяется как мера социальной поддержки, при которой гражданину предоставляется право на получение товаров, работ, услуг в виде полного или частич-

к тому, что практически в каждом субъекте Российской Федерации существует своя система мер социального обеспечения, так как в соответствующих региональных актах используется разная терминология, а даже если при определении видов социального обеспечения употребляются одни и те же термины, то толкуются они по-разному. Такое положение представляется недопустимым, в этой связи федеральной власти необходимо в кратчайшие сроки разрешить данную проблему.

В литературе предложено несколько способов урегулирования сложившейся ситуации: одни авторы предлагают в будущем в кодифицированном акте предусмотреть отдельный раздел или статью, посвященную понятиям и терминам, используемым в нем¹, другие исследователи предлагают более глобальное решение – издать специальный Федеральный закон «Об основных правовых понятиях и терминах системы российского законодательства»². В связи с тем, что мы считаем принятие Социального кодекса Российской Федерации преждевременным, решение данной проблемы мы видим в принятии Федерального закона «Об основах законодательства Российской Федерации о социальном обеспечении». В данном нормативном правовом акте необходимо закрепить определения всех видов социального обеспечения независимо от того, в чьей компетенции находится право устанавливать порядок предоставления того или иного вида социального обеспечения: законодатель должен сформулировать модельные термины³ всех видов социального обеспечения.

ного освобождения от их оплаты либо предоставляется право на получение в особом порядке товаров, работ, услуг в организациях либо у индивидуальных предпринимателей, реализующих соответствующие товары, работы и услуги.

¹ См.: Курс права социального обеспечения / М.В. Лушникова, А.М. Лушников. М., 2009. С. 487.

² См.: Морозов Г.Б. Как слово в деле отзовется? (О дефинитивных пробелах российского материального права) // Юрист. 2004. № 11. С. 63.

³ С.Ю. Головина определяет модельные термины как исходные абстракции, которые могут в дальнейшем служить основой для формирования более конкретных понятий (см.: Головина С.Ю. Понятийный аппарат трудового права. Екатеринбург, 1997. С. 96). Так, термин «трудовая пенсия» не является модельным, модельным является термин «пенсия», и именно его определение необходимо закрепить в федеральном законе. Присоединяя к модельному термину уточняющие определения, можно будет образовать новые понятия, которые включают в себя совокупность свойств модельного термина (см.: Там же). Например, присоединяя к модельному термину «пенсия» уточнения, касающиеся оснований предоставления данного вида социального обеспечения, можно будет образовать новые понятия: пенсию по возрасту, по инвалидности, по случаю потери кормильца и за выслугу лет.

ЛЬГОТЫ И МЕРЫ СОЦИАЛЬНОЙ ПОДДЕРЖКИ

Г.Г. Пашкова

Одним из существенных недостатков Федерального закона от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ является то, что в нем размывается смысл и нарушается соотношение некоторых понятий, используемых в социальном обеспечении, в частности, понятий «льготы», «социальная защита», «социальная поддержка», «компенсация», «социальная гарантия».

В соответствии с указанным законом понятие «льготы» заменяется термином «меры социальной поддержки». *Социальная поддержка* определяется как *система мер, обеспечивающая социальные гарантии тем или иным категориям граждан*. Определение расплывчатое и не позволяет выявить истинный смысл понятия на его основе. Получается, что законодательно не определенное понятие пытаются определить с помощью такого же законодательно неопределенного понятия.

В законе «О статусе военнослужащих», «О прокуратуре» меры социальной поддержки носят название социальных гарантий и компенсаций

В учебной литературе определение социальной поддержки также является маловразумительным. Например, в учебнике для вузов (авторы Д.А. Никонов и А.В. Стремоухов, 2005 г.) понятие льготы отсутствует, везде речь идет о социальной поддержке. Говорится, что социальная поддержка – это новейший вид социального обеспечения в РФ, сформировавшийся в процессе проводимого органами государственной власти РФ перевода льгот, предоставляемых отдельным категориям граждан России в натуральной форме, в денежную форму. Как род социального обеспечения социальная поддержка представляет собой «совокупность мер, указанных в федеральных законах и законах субъектов РФ, с целью повышения социально-экономического статуса граждан без учета фактов застрахованности и социальной недостаточности этих лиц» (С. 420). Под социальной недостаточностью авторы понимают уровень среднедушевого дохода ниже прожиточного минимума. Следовательно, социальная поддержка оказывается как лицам со среднедушевым доходом ниже прожиточного минимума, так и лицам, кто имеет доход выше прожиточного минимума.

Несомненно, реформирование льгот – мера необходимая, давно назревшая, поскольку существовавшая система льгот имела множество недостатков. Однако при принятии нормативных правовых актов нельзя просто заменять один термин другим, только потому, что понятие «льготы» стало непопулярным. В семантическом понимании льгота – это облегчение кому-нибудь, предоставляемое как исключение из общих правил. Как правовую категорию льготы можно определить как *правомерное исключение из общих правил, способ дифференциации, создающий более благоприятный режим для удовлетворения потребностей и интересов субъектов*. Таким образом, льгота – это особая правовая категория, самостоятельное, отличное от иных средство правового регулирования общественных отношений, традиционно используемое государством для целей дифференцированного подхода к упорядочению взаимоотношений субъектов в различных сферах их жизнедеятельности. Ее применение в законодательстве должно производиться не только в точном соответствии со смысловым значением этого слова, но и следовать содержанию правомочий субъектов, которым она предоставляется в силу их специального статуса.

Нельзя монетизировать льготы быстро и оптом, необходимо сначала внимательно инвентаризировать их, ликвидировать необоснованные, а потом перевести оставшиеся в денежную форму. И, кроме того, необходимо было привести в соответствие понятийный аппарат, разграничить существующие понятия, наполнить их смыслом, а не устраивать терминологическую неразбериху.

Итак, из всего вышесказанного можно сделать вывод, что в законодательстве зачастую происходит смешение льгот и схожих с ними правовых категорий, что затрудняет практику их применения. Разграничение льгот и иных правовых категорий (привилегии, иммунитеты, гарантии и др.) можно и необходимо проводить по следующим основаниям: целям и сфере применения этих категорий; кругу субъектов, на которых они распространяются; уровню дифференциации правового регулирования. Четкое разграничение всех этих категорий позволит избежать путаницы в их употреблении, поможет законодателю принимать адекватные, соответствующие принципу социальной справедливости нормативные акты, избегать популистских решений в угоду сиюминутным политическим интересам.

Можно согласиться с В.С. Аракчеевым, который высказал предложение о необходимости разработать и принять на федеральном уровне базовый закон «Об основах социального обеспечения в РФ», в котором были бы даны легальные определения всех вышеперечисленных понятий.

ОПРЕДЕЛЕНИЕ И ПРЕДЕЛЫ ТРУДОВОЙ ПРАВОСУБЪЕКТНОСТИ УЧАСТНИКОВ ОТНОШЕНИЙ ПРИ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ (БАНКРОТСТВЕ)

В.Н. Салата

Определение трудовой правосубъектности участников отношений при несостоятельности (банкротстве) организации во многом связано с понятием субъекта права. Объективное право под именем субъекта права понимает круг лиц, на которых распространяется действие правовых норм. Если рассматривать субъектов права с позиций права в субъективном смысле (как правовой формы общественных отношений), то ими являются лица, обладающее способностью к участию в фактических отношениях, регулируемых правом (отношениях, облекаемых в правовые формы).

Если субъектами трудового права называть лиц, к которым обращено действие трудовозаконных норм, то возникает вопрос, по каким критериям законодатель определяет тех участников трудовых отношений, которым он адресует нормы ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»¹. Очевидно, что совокупность таких свойств (качеств), которые позволяют признать за участниками конкурсных отношений свойства субъектов трудового права, должна быть естественно им присуща. Например, участником гражданско-правовых отношений признается лицо, достигшее возраста восемнадцати лет (ст. 21 ГК РФ), также работодателем может быть физическое лицо, достигшие возраста восемнадцати лет (ст. 20 ТК РФ). Совокупность таких свойств и качеств, которые позволяют признать за лицом свойство субъекта

¹ *Федеральный закон от 26 октября 2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // Российская газета. 2002. 2 нояб. (в ред. Федерального закона от 28.11.2011 № 337-ФЗ).*

права, называют правосубъектностью¹. В вопросе о том, какие свойства должны составлять содержание трудовой правосубъектности (благодаря чему объективное право признает за одними лицами качества субъектов трудового права, а за другими нет), согласия ученых не достигнуто².

Рассматривая различные теории правосубъектности следует отметить следующее: во-первых, критерии признания (непризнания) лица (организации, гражданина) субъектом трудового права непостоянны (изменчивы): в одних конкретно-исторических условиях они одни, в других – другие. Во-вторых, ответ на вопрос о том, признать или не признать то или иное лицо субъектом той или иной отрасли права, зависит не только и не столько от тех свойств, носителем которых объективно оно является, но и от того, насколько целесообразно такое признание (непризнание) со стороны государства.

Таким образом, границы трудовой правосубъектности участников отношений при банкротстве обуславливаются насущными интересами общества, экономики и правопорядка, установленного государством. За этими границами не может быть субъекта трудового права просто за необходимостью. С другой стороны, законодатель не может признать участника конкурсных отношений субъектом трудового права, если необходимые качества у него объективно отсутствуют. Для признания такого лица субъектом трудового права законодатель вначале наделяет его нужными качествами нормами объективного права. Например, п. 1 ст. 94 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» наделяет правом внешнего управляющего издать приказ об увольнении руководителя должника.

Следовательно, трудовая правосубъектность участников конкурсных отношений в условиях банкротства предопределяется естественной способностью лица быть субъектом трудового права. Существующий в теории трудового права формально-юридический подход к пониманию трудовой правосубъектности

¹ Белов В.А. Гражданское право. Общая часть. Т. II: Лица, блага, факты: Учебник. М.: Юрайт, 2011. С. 22.

² Б.К. Бегичев определил трудовую правосубъектность как правовое понятие, выражающее способность граждан иметь трудовые права и обязанности, а также обладание конкретными трудовыми правами и обязанностями, непосредственно вытекающими из закона. Ю.Л. Орловский отмечал, что трудовая правосубъектность представляет собой правовую категорию, выражающую наличие прав и обязанностей, непосредственно вытекающих из закона, способность граждан быть субъектами трудовых правоотношений и приобретать своими действиями права и создавать для себя обязанности, связанные с вступлением в эти правоотношения.

как общественно-юридического свойства, predeterminedного не столько естественными и социальными качествами своего носителя, сколько предписанного нормами объективного права, не разрешает «вечной» проблемы о соотношении понятий трудовой правоспособности, дееспособности и правосубъектности.

Этот вопрос находит разрешение, если разделять способность лица быть субъектом права и последствия признания его таковым нормами объективного права. Если лицо признается субъектом права, его правосубъектность облекается в специфические формы – трудовую правоспособность либо в единство право- и дееспособности.

ЗАЁМНЫЙ ТРУД НЕ ОТВЕЧАЕТ ИНТЕРЕСАМ ЛИЦ, РАБОТАЮЩИХ ВО ВРЕДНЫХ, ТЯЖЁЛЫХ И ОПАСНЫХ УСЛОВИЯХ ТРУДА

А. А. Белинин

В последние годы и в России появились организации (по сути, частные агентства занятости), деятельность которых выражается в том, что они заключают трудовые договоры с работниками, которых затем предоставляют другим предприятиям-пользователям для выполнения работ в их пользу. Выглядит это следующим образом. Заключается два вида договоров: трудовой договор между работником и частным агентством занятости, и гражданско-правовой договор возмездного оказания услуг между частным агентством занятости и предприятием-пользователем. Само агентство не ведёт никакой производственной деятельности, а работников, состоящих в его штате, предоставляет другим организациям в пользование за плату.

Для работников такое построение отношений значительно ухудшает их положение. Возникают сложности при подтверждении стажа, дающего право на досрочную пенсию, при установлении причинно-следственной связи его профессионального заболевания с выполняемой им работой во вредных и тяжёлых условиях труда. Агентство, в отличие от организации, ведущей производственную деятельность, почти не имеет собственности. Оно в любое время может прекратить свою деятельность.

Российской Федерацией не ратифицирована Конвенция МОТ № 181 «О частных агентствах занятости», предусматривающая пра-

вила регулирования отношений по заёмному труду, в частности, получение лицензии на данный вид деятельности, повышенную ответственность, наличие гарантии. Заёмный труд в России не легализован. Но на практике он применяется. Так, ОАО «Евразруда» с целью улучшения показателей производительности труда и уменьшения налогового бремени исключило из своего штата работников, занятых в Таштагольском филиале отгрузкой железорудного концентрата, переведя их во вновь созданное ООО «Тепловозная Тяга-ЮГ». Затем между названными юридическими лицами был заключен договор об оказании услуг по отгрузке железорудного концентрата. ООО «Тепловозная Тяга-ЮГ», в свою очередь, с той же целью уволила данных работников по переводу во вновь образованное ООО «Тепловозная Тяга-ЮГ-2». После этой комбинации между обществом с ограниченной ответственностью был заключен договор аутстаффинга, согласно которому ООО «Тепловозная Тяга-ЮГ-2» предоставляет своих работников, с которыми заключило трудовые договоры, в пользование ООО «Тепловозная Тяга-ЮГ» для реализации её производственной деятельности по отгрузке железорудного концентрата, вырабатываемого ОАО «Евразруда». Таким образом, бывшие работники ОАО «Евразруда» продолжали выполнять ту же работу, на тех же рабочих местах, но будучи в составе другого, а по счету уже третьего юридического лица, по сути, являющегося кадровым агентством.

В Государственную Думу РФ внесён и принят 20.05.2011 г. в первом чтении законопроект «О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ». Основная цель этого закона – защитить наёмных работников от заёмного труда. Первая статья закона предусматривает: «Организации по содействию в трудоустройстве населения, в том числе негосударственные, не вправе заключать с лицами, ищущими работу, трудовые договоры с целью передачи (предоставления) их для использования их личного труда другим организациям или индивидуальным предпринимателям».

Трудовое правоотношение правильно функционирует только тогда, когда трудовой договор с работником заключает работодатель, непосредственно ведущий технологический процесс. Представляется, что в этом плане вместо механизма заёмного труда следует более широко использовать способ регулирования трудовых отношений, предусмотренный в гл. 54.1 ТК РФ для спортсменов и тренеров, распространив его и на работников других категорий.

ВИДЫ ЗОНИРОВАНИЯ ЗЕМЕЛЬ

Е.С. Болганова

Зонирование земель может проводиться в различных целях. Например, выделяются зоны по условиям весеннего стока талых вод для расчета размера вреда, причиненного водным объектам; территориальные инвентаризационные зоны для проведения в Краснодарском крае инвентаризации объектов недвижимого имущества и некоторые иные. Особое значение имеет зонирование земель, правовые основы которого закреплены в действующем российском законодательстве и общее предназначение которого заключается во введении особых условий деятельности, в том числе природопользования, на соответствующей территории.

К такого рода зонированию Земельный кодекс, в частности, относит земельно-правовое зонирование земель населенных пунктов (см. ст. 85 ЗК РФ), земель промышленности, энергетики, транспорта и иного специального назначения (см. п. 2 ст. 87 ЗК РФ). Деление этих категорий земель на зоны производится путем градостроительного зонирования. Причем градостроительное зонирование затрагивает земли разных категорий, расположенных в границах поселений, городских округов, частей территорий поселений, городских округов, а также межселенных территорий – в случае планирования застройки таких территорий (ч. 1, 2 ст. 31 ГрК РФ, ст. 1, ч. 1 ст. 11 ФЗ от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в РФ»). Хотя в законодательстве не упоминается зонирование земель лесного фонда, земельно-правовое зонирование фактически имеет место при утверждении компетентными органами видов разрешенного использования лесов на территории лесничеств (лесопарков) (см. ст. 10, 25, 69, 102 Лесного кодекса РФ).

Кроме градостроительного зонирования, действующее российское законодательство упоминает функциональное, экологическое, оценочное зонирование, зонирование территорий для размещения садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений и др. Все виды зонирования реализуются для решения определенных задач, стоящих перед публичными образованиями. В целях обеспечения сохранения природных ресурсов и их охраны, установления специальных требований к осуществлению хозяйственной или иной деятельности, дополнительных запретов и особых условий

использования земельных ресурсов и иных объектов на некоторых территориях определяются *специальные зоны*.

Действующее законодательство позволяет выделять *два типа зонирования земель* в зависимости от содержания соответствующей деятельности. 1. *Зонирование* – юридически значимая деятельность компетентных субъектов по *выделению* отдельных территорий с замкнутыми границами – зон в установленном законом порядке для распространения на отношения, возникающие в пределах этих зон, специальных правовых норм. Такая деятельность часто имеет весьма локальный, в определенной степени – индивидуальный характер (например, выделение охранной зоны объекта электросетевого хозяйства для обеспечения его безопасного и безаварийного функционирования). В исследовательских целях этот вид зонирования можно предложить именовать *спорадическим* (от греч. σποραδικός – отдельный, единичный).

В зависимости от приоритетных целей такой деятельности¹ *спорадическое зонирование* можно классифицировать на 2 вида: 1) «ограничительное» зонирование (выделение зон с особыми условиями использования земельных участков, зон экологического бедствия, зон защитных мероприятий и т.п.) имеет целью защиту жизни и здоровья человека, населения, окружающей среды от вредного влияния объектов, обеспечение экологической безопасности и безаварийного функционирования, безопасной эксплуатации некоторых видов объектов; 2) «экономическое» зонирование (установление особых экономических зон, зон территориального развития и др.) производится для обеспечения экономически важных для государства на современном этапе целей, поддержки соответствующих видов деятельности, часто путем установления преференциальных, льготных правил для отдельных экономических субъектов.

2. *Зонирование территорий* – юридически значимая деятельность компетентных субъектов по делению (разбивке) территории в установленном законом порядке на зоны для распространения на отношения, возникающие в пределах этой территории, специальных правовых норм. В противопоставлении *спорадическому зонирова-*

¹ Необходимо подчеркнуть, что зонирование, конечно, само по себе не может решать поставленные задачи. Скорее зонирование создает необходимые предпосылки для их решения. Для достижения поставленных целей, задач требуется не только установить границы зон, но и принять специальные правила, обеспечивающие специфический правовой режим этой зоны.

нию этот вид зонирования можно именовать сплошным зонированием, как предполагающим охват определенной территории и подразделение ее на отдельные части, как правило, без пространственных перерывов.

В зависимости от приоритетных его целей *сплошное зонирование* можно подразделить на 3 вида: 1) «разрешительно-ограничительное» зонирование (градостроительное зонирование, зонирование земель лесного фонда путем выделения земель, занятых защитными, эксплуатационными, резервными лесами и др.) основной целью которого является определение видов возможного использования земельных участков и иных объектов, расположенных в границах зоны; 2) исключительно ограничительная направленность экологического зонирования Байкальской природной территории, которое введено в целях сохранения уникальной экологической системы озера Байкал и предотвращения негативного воздействия хозяйственной и иной деятельности на ее состояние, позволяет этому виду занимать особое место в системе зонирования территорий; 3) «организационно-управленческое» зонирование призвано решать задачи в области организации, управления в сфере природопользования. К такому виду зонирования можно отнести выделение функциональных зон при территориальном планировании, зонирование территории для размещения садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений, оценочное (ценовое) зонирование и т.п.

ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО КРАСНОЯРСКОГО КРАЯ: СОСТОЯНИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ

М.В. Григорьева

В соответствии с Конституцией РФ субъекты Российской Федерации наделены правом нормотворчества по предметам совместного ведения. Правовое регулирование по предметам совместного ведения представлено двумя уровнями – федеральным и региональным (уровнем субъекта РФ).

Проблемы соотношения федерального и регионального законодательства, принятого по вопросам совместного ведения, неоднократно исследовались в научной литературе. Однако вопросы в дан-

ной области по-прежнему существуют, что сказывается на состоянии и качестве регионального законодательства.

С содержательной стороны нормы регионального законодательства должны учитывать региональные особенности, которые в каждом субъекте РФ различны. Однако, учитывая эти региональные особенности, субъект РФ должен действовать в пределах полномочий, которые определяются основными отраслевыми федеральными законами.

Красноярский край как полноправный субъект Российской Федерации активно пользуется своим правом на осуществление регионального правотворчества в сфере природопользования и охраны окружающей среды. Экологическое законодательство Красноярского края развивается по тем же направлениям, что и федеральное. Это – природоресурсное законодательство, законодательство об охране здоровья и обеспечении экологической безопасности населения, а также собственно природоохранное законодательство.

Долгое время в крае отсутствовал основной закон в области охраны окружающей среды. Однако 06.12.2007 г. такой закон был принят.

В целом оценивая принятие закона края «Об охране окружающей среды в Красноярском крае» как явление положительное и прогрессивное, следует обратить внимание на недостатки закона, касающиеся юридической техники данного документа. Практически все положения закона для их реализации требуют принятия подзаконных нормативно-правовых актов, и поэтому большее их количество не может быть реализовано непосредственно с момента его принятия. Таким образом, закон не содержит необходимого минимума норм прямого действия, а также процедурных норм. Поскольку принятие пакета подзаконных нормативных актов может затянуться, настоящий закон лишен механизма реализации практически всех его положений.

Хотелось бы также обратить внимание и на некоторые проблемы кодификации экологического законодательства. Развитие системы законодательства, увеличение количества нормативно-правовых актов порождают необходимость кодификации и создания Экологического кодекса РФ. Эта проблема уже решается на федеральном уровне. Существуют и обсуждаются различные концепции и проекты такого акта. На региональном уровне некоторые субъекты также имеют собственные экологические кодексы, например, республики Башкортостан, Татарстан. В других субъектах РФ такая возможность

также обсуждается. Так, в соответствии с резолюцией публичных слушаний по вопросу «Основные направления экологической политики в Красноярском крае на 2009–2011 годы» было принято решение о создании Экологического кодекса Красноярского края. Однако работа над проектом такого нормативного акта показала, что создание полноценного, полного и системного акта, каким и должен быть кодекс, на данном этапе невозможно. Для этого Красноярскому краю как субъекту РФ не хватает полномочий. В данном случае необходимо идти по пути создания нового закона Красноярского края «Об охране окружающей среды» на базе уже имеющегося закона путем аккумулярования в нем норм других законов природоохранительного содержания.

ФОРМИРОВАНИЕ ПРАВОВОЙ ИДЕОЛОГИИ

В.М. Лебедев

Право юридически закрепляет на уровне государства интересы правящего режима. Этот его аспект скрывается, нивелируется и обычно оправдывается представителями правовой науки, политологами.

Политизированность права – это результат внедрения в сознание общества идеологии правящего режима. Она становится фактом при слиянии, сращивании ведущей политической партии с административным аппаратом государства, что характерно для современной России.

В Конституции Российской Федерации Россия объявлена демократическим федеративным правовым государством (ст. 1). Однако правовое государство предполагает, во-первых, разграничение властей: законодательной, исполнительной и судебной, которое не соблюдается в РФ. Во-вторых, в правовом государстве недопустимо сращивание любой партийной структуры с государством (п. 2 ст. 13 Конституции РФ). В России эти фундаментальные положения нарушаются с завидным постоянством и плохо скрываемым цинизмом.

Если в СССР идеологией трудового права являлась всемерная и всесторонняя защита трудовых прав рабочего класса, то в современной России во главу угла законодательства о труде положена всемерная и всесторонняя поддержка работодателя, повсеместное устранение правовых гарантий, предоставленных в период советской власти рабочим и служащим, их трудовым коллективам, которые

якобы сковывают инициативу предпринимателя, ограничивают его хозяйскую власть в процессе труда.

В настоящее время работники и их представители (профсоюзы) требуют и не получают удивительно малого: 1) честных выборов, в том числе и в профкомы; 2) своевременной выплаты заработной платы; 3) увеличения минимального размера заработной платы до прожиточного минимума; 4) поддержания средств производства (машин, оборудования) на уровне, обеспечивающем безопасные условия труда.

Такие выводы основаны на очевидных тенденциях формирования властных структур в России и анализе результатов их деятельности.

Обращает на себя внимание уровень общей и профессиональной культуры работодателя и работника, который не позволяет сколь-нибудь серьезно говорить об отношениях эффективного партнерства работодателя и работников.

Изложенное позволяет сделать следующие выводы. В обществе интересы отдельной личности, группы лиц, класса, элиты не однородны. Государство в нормотворческой, правоприменительной деятельности закрепляет и защищает, прежде всего, интересы элиты, правящего режима. Государственная идеология обуславливается их интересами. Правовая идеология формулируется в постулатах политики и навязывается большинству населения, объявляется основной, единственно верной в данных конкретных условиях жизнедеятельности государства, его отдельных структур. Именно она находит отражение в праве, законах, подзаконных актах, исполнение которых во многом обеспечивается принудительной силой государства.

КОНТРОЛЬ КАЧЕСТВА ТРУДА В ОРГАНИЗАЦИИ

Н.Н. Ломовских

Контроль является одним из правовых методов (способов) обеспечения качества труда в организации, наряду с убеждением, стимулированием, принуждением. Технологический процесс состоит из определенной последовательности действий, операций, совершаемых работником, первичным производственным коллективом. Каждая стадия техпроцесса изготовления готовой продукции имеет промежуточный результат. Контроль как «...установленная в юри-

дическом порядке система приемов наблюдения»¹ за соблюдением наемным работником закрепленных нормативными правовыми актами требований необходим на всех стадиях. Анализируя выявленные в процессе контрольных мероприятий отклонения от нормативных предписаний, работодатель (его представители) может своевременно скорректировать техпроцесс, принять решение о совершенствовании технологических норм.

В локальных нормативных правовых актах закрепляются виды, правовые средства и механизм контроля качества работы в организации. Каждой стадии технологического процесса соответствует определенный вид контроля.

На этапе подготовки производства осуществляется контроль качества документов технологического процесса, входной контроль качества сырья, материалов, заготовок, комплектующих изделий. Утверждению и введению в действие технологических норм предшествует процедура их согласования с должностными лицам организации, наделенными контрольными полномочиями (главным конструктором, главным инженером, главным технологом). Таким образом, осуществляется оценка качества технологической документации. Порядок проведения входного контроля в организациях закрепляется, обычно, в соответствующих разделах технологических инструкций, технических условий. Но в некоторых организациях входной контроль регламентирован отдельными нормативными правовыми актами. Так, в ООО «Яхогрупп» (г. Новосибирск) – это Требования к качеству сырья, в ЗАО «Новосибирскпродмаш» – Положение о входном контроле. Правовыми нормами закрепляется: последовательность и содержание контрольных операций, порядок ведения записей результатов контроля, порядок оценки соответствия качества сырья, материалов установленным требованиям.

Контроль качества работы во время исполнения и после завершения отдельной технологической операции позволяет выявить отклонения от уставленных технологическими нормами требований и своевременно скорректировать процесс труда. Операционный контроль осуществляется на основе карт, схем операционного контроля, технологических регламентов операционного контроля, положений об операционном контроле. В этих локальных нормативных право-

¹ Лебедев В.М., Воронкова Е.Р., Мельникова В.Г. Современное трудовое право (Опыт трудового компаративизма). Книга первая. М.: Статут, 2007. С. 284, 288.

вых актах устанавливаются: контролируемые параметры и допустимые отклонения; перечень операций, подлежащих контролю, с указанием осуществляющих контроль и привлекаемых к контролю лиц; способ и время контроля.

На стадии завершения техпроцесса и выпуска готовой продукции осуществляется приемочный контроль. Положения о приемочном контроле содержатся в соответствующих разделах технических условий, стандартов. Локальными нормами закрепляется перечень необходимого оборудования и средств контроля, а также предъявляемые к ним требования; место проведения контроля; порядок предъявления продукции на контроль; требования безопасности проведения контроля; правила принятия решений по результатам контроля; порядок изоляции дефектной продукции.

Документами технологического процесса устанавливается порядок осуществления и иных видов контроля. По полноте охвата контролируемой продукции выделяют контроль: сплошной, выборочный, непрерывный, летучий, периодический. По уровню технической оснащенности – органолептический, измерительный, с использованием автоматизированных систем.

РАБОЧЕЕ ВРЕМЯ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РОССИИ И ГЕРМАНИИ (СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ)

В.Г. Мельникова

Рабочее время является одним из центральных институтов трудового права любого современного государства. По составляющим его нормам и их фактической реализации можно судить о реальном уровне защиты прав трудящихся, в первую очередь о мерах по охране их здоровья. Поскольку законодательное ограничение рабочего времени обусловлено именно психофизиологическими потребностями человека в отдыхе для сохранения и восстановления его здоровья, обеспечение соблюдения норм о рабочем времени является задачей государства. Вместе с тем разнообразие технологических процессов не позволяет на законодательном уровне детально урегулировать данные вопросы. Российский законодатель устанавливает нормальную продолжительность рабочего времени, которая не может превышать 40 часов в неделю (ст. 91 ТК РФ). При этом допускается установление ненормированного рабочего дня, сверхурочные

работы и работа по совместительству, что на практике приводит к фактическому превышению допустимой занятости работников и, как следствие, ухудшению их здоровья.

В связи с этим необходимо изучить опыт других государств в решении вопросов обеспечения охраны здоровья работников. Представляет интерес немецкий опыт в данной сфере. В § 1 Закона о рабочем времени (*Arbeitszeitgesetz*) нашли легальное закрепление цели правового регулирования рабочего времени: 1) гарантировать безопасность и охрану здоровья работников при организации рабочего времени и улучшить рамочные условия применения гибкого рабочего времени, а также 2) защитить воскресенье и государственные праздничные дни как дни отдыха и духовного развития (*seelische Erhebung*) работника.

В немецком законодательстве рабочее время определяется как время от начала до окончания работы, исключая время перерывов¹. В науке рабочее время определяется как время, в течение которого работник должен предоставлять работодателю свою рабочую силу, независимо от того, осуществляется фактически работа или нет.

В Законе ФРГ о рабочем времени закреплено, что максимальная продолжительность рабочего времени 8 часов в течение рабочего дня. Рабочие дни – все дни, кроме воскресенья и установленных законом праздников. Таким образом, предельная продолжительность рабочего времени ограничена 48 часами в неделю. В немецкой юридической литературе отмечается, что это нормы публично-правового характера, которые обеспечены соответствующими санкциями². Основным уровнем регулирования рабочего времени является уровень тарифных договоров. Обычно в них предусмотрена продолжительность рабочего времени от 37,5 до 40 часов в неделю. Установление же режима рабочего времени, как правило, отдается на согласование работодателю и производственному совету. Закон не содержит правил об оплате сверхурочных – они согласовываются в тарифном или трудовом договоре. Соглашения, предусматривающие увеличение рабочего времени сверх 48 часов в неделю без соответствующего предоставления дополнительного времени отдыха, ничтожны.

Особенностью немецкого трудового права является то, что установленная законом предельная продолжительность рабочего вре-

¹ В горно-металлургической промышленности перерывы в течение дня включаются в рабочее время. (§ 2 Закона о рабочем времени (*Arbeitszeitgesetz*)).

² *Brox, Ruthers, Henssler, Arbeitsrecht. Stuttgart. 2010. S.72.*

мени должна соблюдаться для работника и в том случае, если он занят у нескольких работодателей. Причем ответственность за это несет тот работодатель, у которого рабочее время данного работника превысило установленную норму. Однако работодатель может в этом случае предъявить в порядке регресса требование к работнику, сообщившему ему ложные сведения о своей занятости¹.

ОТРАСЛЕВОЕ СОГЛАШЕНИЕ ПО УЧРЕЖДЕНИЯМ, ОРГАНАМ И ПРЕДПРИЯТИЯМ УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ СИСТЕМЫ НА 2011–2013 ГОДЫ

К.А. Мухаметкалиев

Одной из форм решения социально-экономических проблем работников любой отрасли, защиты их законных прав и интересов являются отраслевые соглашения в сфере труда. К такого рода соглашениям относится отраслевое соглашение по учреждениям, органам и предприятиям уголовно-исполнительной системы на 2011–2013 годы.

Представителем государственных гражданских служащих, рабочих и служащих организаций системы ФСИН России выступил профсоюз работников государственных учреждений и общественного обслуживания Российской Федерации. Тот факт, что Соглашение распространяется на гражданских служащих и работников организаций системы ФСИН России, указывает на системность при его разработке. Учитывается специфика деятельности исправительных учреждений.

Содержанием Соглашения по учреждениям, органам и предприятиям уголовно-исполнительной системы на 2011–2013 годы являются преимущественно дополнительные по сравнению с трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами положения об условиях труда, социальные гарантии и льготы, предоставляемые работникам.

Структурно данное Соглашение состоит из одиннадцати разделов. Большое внимание уделяется вопросам оплаты труда. При фор-

¹ *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*. Muenchen: Verlag C.H. Beck, 2005. S. 514.

мировании фонда оплаты труда предусматриваются средства на выплату премий, оказание материальной помощи, установление выплат компенсационного и стимулирующего характера. Отмечено, что для оценки затрат на мероприятия, связанные с оплатой труда, стороны Соглашения проводят взаимные консультации.

Соглашением предусмотрены дополнительные гарантии при сокращении должностей гражданской службы, численности или штата работников. Так, гражданским служащим и работникам, высвобождаемым из организаций системы ФСИН России, обеспечивается приоритетное предоставление рабочих мест в других организациях системы ФСИН России. Преимущественное право на оставление на службе (работе) при равной производительности труда и квалификации предусматривается для лиц предпенсионного возраста (за 2 года до пенсии), одиноких родителей, имеющих на иждивении детей до 16-летнего возраста, двух гражданских служащих и работников из одной семьи. Но при этом стоит отметить, что критерии массового увольнения не отличаются от тех, что были закреплены еще в Положении об организации работы по содействию занятости в условиях массового высвобождения¹.

Отдельный раздел Соглашения посвящен развитию кадрового потенциала. Закреплено предоставление дополнительных социальных гарантий молодым специалистам, квотирование рабочих мест для выпускников профильных учреждений профессионального образования.

В целях повышения социальной защищенности предусмотрены социальные гарантии, льготы и компенсации для отдельных категорий работников.

Созданы условия для дальнейшего развития системы коллективно-договорного регулирования социально-трудовых отношений, реализации принципа сочетания государственного и договорного регулирования трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений. Дальнейшее совершенствование содержания Соглашений должно быть связано с более конкретным определением принципов регулирования социально-трудовых отношений применительно к специфике отрасли.

¹ Об организации работы по содействию занятости в условиях массового высвобождения. Постановление Правительства РФ от 05.02.1993 N 99 // Собрание актов Президента и Правительства РФ. 15.02.1993. № 7. Ст. 564.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ РАБОЧЕГО ВРЕМЕНИ И ВРЕМЕНИ ОТДЫХА В СОЕДИНЕННЫХ ШТАТАХ

Р.Р. Назметдинов

Основным законом в сфере правового регулирования рабочего времени в США является Закон о справедливых условиях труда 1938 г. (Fair Labor Standards Act, FLSA). Однако он не урегулировал продолжительность перерывов для отдыха и питания, выходных дней и отпусков, а также ряд других важных вопросов¹.

Закон о справедливых условиях труда закрепляет 40-часовую рабочую неделю². Работы, выполняемые за ее пределами, признаются сверхурочными, и каждый последующий час работы должен быть оплачен не ниже, чем в полуторном размере. Работодатели, занятые в частном секторе экономики, имеют право вместо оплаты сверхурочных работ предоставить работнику дополнительное время отдыха³.

В Соединенных Штатах суммированный учет рабочего времени, при котором переработка в течение одной недели компенсируется недоработкой в другой, применяется с некоторыми ограничениями⁴. Учетный период, фактически, не может превышать одной недели. В тех штатах, где действуют законы о поденном учете и оплате сверхурочных работ, использование суммированного учета рабочего времени запрещено⁵.

В настоящее время не более половины штатов приняло законы, закрепляющие право работников на перерывы для отдыха и питания. Указанные перерывы не включаются в рабочее время и не подлежат оплате, за исключением случаев, когда работник вынужден в течение перерыва выполнять функции, обусловленные трудовым

¹ Mark A. Rothstein. Lance Liebman. Employment law : cases and materials. – 7th ed. New York, 2011. P. 395.

² § 207(a)1 chapter 8 Title 29 US Code [Electron resource] : Cornell University Law School. – URL: http://www.law.cornell.edu/uscode/search/display.html?terms=holidays&url=/uscode/html/uscode29/uscode29_usc_sec_29_00000207----000-.html (access date: 30.05.2011).

³ Каждый час работы за пределами нормальной 40-часовой рабочей недели компенсируется предоставлением часа отдыха.

⁴ 29 CFR778.104 [Electron resource] : National Archives and Records Administration. – URL: <http://ecfr.gpoaccess.gov/cgi/t/text/text-idx?c=ecfr&sid=44c39f654034eaa9d7e4a74c39eed8e&rgn=div5&view=text&node=29:3.1.1.2.38&idno=29#29:3.1.1.2.38.2.163.1> (access date: 20.08.2011).

⁵ В штате Орегон действует закон, обязывающий работодателя оплачивать каждый последующий час работы в течение рабочего дня, продолжительностью более 10 часов, в полуторном размере.

договором. Минимальная продолжительность обеденного перерыва – 30 минут, максимальный предел не установлен¹. Порядок его предоставления зависит от штата и вида производства².

По данным Федерального бюро статистики на 2010 г., ¾ работодателей, занятых в частном секторе экономики, предоставляли своим работникам оплачиваемые отпуска (31% временных работников и работников, занятых на условиях неполной рабочей недели, а также 91% работников, занятых на условиях полной рабочей недели (штатные сотрудники))³. Такая ситуация объясняется отсутствием на федеральном уровне норм, регулирующих продолжительность и порядок предоставления отпусков. В связи с этим работодатель может установить, по своему усмотрению отпуск, продолжительностью от нескольких дней до нескольких месяцев. Кроме того, законодатель не обязывает работодателя оплачивать отпуск. Также работодатель самостоятельно решает вопрос об освобождении работников от выполнения им трудовой функции в период нерабочих праздничных дней. Общее количество праздничных дней зависит от конкретного штата⁴.

Разночтения в правовом регулировании рабочего времени и времени отдыха на федеральном и региональном уровне, а также широкие полномочия работодателя в этой сфере не всегда отвечают интересам работников. В этой ситуации они являются наиболее уязвимым звеном, поскольку работодатели злоупотребляют своими правами. Нередко работники лишаются права на ежегодный оплачиваемый отпуск.

¹ 29 CFR785.19 [Electron resource] : National Archives and Records Administration. – URL: http://edocket.access.gpo.gov/cfr_2009/julqtr/29cfr785.19.htm (access date: 11.12.2011).

² В штате Калифорния закон обязывает работодателя предоставить работнику 30-минутный перерыв для питания, после 5 часов непрерывной работы. Если продолжительность рабочего дня составляет менее 6 часов, то обеденный перерыв, с согласия работника, может не предоставляться. Когда продолжительность рабочего дня составляет более 10 часов, то работодатель должен предоставить работнику второй 30-минутный перерыв для приема пищи. После 4 часов непрерывной работы работник в штате Калифорния имеет право на 10-минутный оплачиваемый перерыв

³ Lisa Guerin. Amy DelPo. The Essential Guide to Federal Employment Laws. – 3rd ed. Berkeley, 2011. P. 333,334.

⁴ Анализ коллективных договоров показывает, что в США среднее количество нерабочих праздничных дней составляет 11. К ним относятся: 1 января – Новый год, третий понедельник января – День рождения Мартина Лютера Кинга, третий понедельник февраля – День президента, последний понедельник мая – День памяти, 4 июля – День независимости, первый понедельник сентября – День труда, второй понедельник октября – День Колумба, 11 ноября – День ветеранов, четвертый четверг ноября – День благодарения, День после дня благодарения – четвертая пятница ноября, 25 декабря – Рождество.

ЭВОЛЮЦИЯ ВЗГЛЯДОВ НА ЗАЕМНЫЙ ТРУД: ОПЫТ ИТАЛИИ

Е.Р. Радевич

В истории правового регулирования заемного труда в Италии можно выделить четыре основных этапа: 1) косвенный запрет (с 1949 по 1960 г.); 2) прямой запрет (с 1960 по 1997 г.); 3) легализация (с 1997 г.); 4) либерализация (снятие ряда ограничений) (с 2003 г. по настоящее время).

Первый этап начался в 1949 г. с принятием закона, которым все исключительные полномочия по трудоустройству были переданы в ведение государственной службы занятости. Исключения составляли случаи, когда работодатель осуществлял поиск подходящих претендентов на занятие вакантных должностей самостоятельно.

Второй этап – с 1960 по 1997 г. – характеризовался прямым законодательным запретом заемного труда, который воспринимался в качестве «обманного (мошеннического) вмешательства» (*fraudulent interposition*) в сферу трудовых отношений посредством найма работника лицом, отличным от фактического работодателя.

Начало третьему этапу было положено в 1997 г., когда многолетние дискуссии привели к принятию закона, легализовавшего заемный труд в Италии. Он известен в литературе как закон Треу – по имени его автора, известного итальянского ученого, бывшего в то время министром труда, Тициано Треу (*Tiziano Treu*). Одной из характерных особенностей данного закона являлось наличие жестких требований к деятельности заемных агентств занятости (далее – агентств) как следствие традиционного для Италии настроенного отношения к нестандартным видам найма. Многие из них актуальны и сейчас. В частности, к функционированию на рынке труда допускаются лишь те агентства, уставный капитал которых не менее минимально установленного Министерством труда Италии (в настоящее время – 600 000 евро). Кроме того, в соответствии с законом договор как между агентством и фактическим работодателем, так и между агентством и работником должен заключаться в письменной форме и содержать ряд обязательных условий.

Законом Треу использование механизма заемного труда было ограничено исчерпывающим перечнем случаев его возможного применения. Так, работодатель мог воспользоваться услугами заемного работника: 1) для выполнения работ, являющихся нетипичными с

точки зрения обычной для него хозяйственной деятельности; 2) для замены временно отсутствующего работника; 3) при наличии определенных обстоятельств, предусмотренных отраслевыми коллективными соглашениями. При этом применение заемного труда запрещалось: 1) для замещения лиц, участвующих в забастовке; 2) в организациях, в которых были проведены массовые увольнения в течение последних 12 месяцев; 3) для выполнения вредных и (или) опасных работ¹.

Начало четвертому этапу, продолжающемуся до настоящего времени, было положено в 2003 г. с принятием закона, также известного в литературе по имени его автора – Марко Бяджи (Marco Biagi). Этот закон в соответствии с общей либеральной направленностью итальянского законодательства, предусматривающей смягчение различного рода ограничений, существенно расширил сферу применения заемного труда. Так, в соответствии с его положениями использование заемного труда допускается в тех случаях, когда оно может быть оправдано «...технической, организационной или иной существенной причиной». Исключения составляют случаи прямого запрета на применение заемного труда, установленные законом Треу.

Несмотря на столь широкую формулировку, фактически использование механизма заемного труда существенно ограничивается положениями коллективных соглашений. Так, в зависимости от отрасли экономики, в которой функционирует та или иная организация, максимально возможное количество привлеченных ею заемных работников варьируется от 8 до 15% среднесписочной численности.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОТПУСКОВ

И.В. Тимофеев

В литературе по трудовому праву признано, что отпуска являются одним из видов времени отдыха. Минимальная продолжительность отпуска, в соответствии со ст. 115 ТК РФ, составляет 28 календарных дней. Продление ежегодного оплачиваемого отпуска может производиться двумя способами: а) предоставлением работнику

¹ До 2003 г. использование механизма заемного труда также было запрещено в отношении работ, требующих низкой квалификации, а также ограничено в сельском хозяйстве и строительстве.

ежегодного основного удлиненного отпуска и б) предоставлением ему дополнительных отпусков.

Исторический анализ отечественного законодательства показывает, что первой формой увеличения продолжительности основного отпуска были дополнительные отпуска. Нормы о дополнительных отпусках были закреплены в отечественном законодательстве еще в 1918 г.

Следует отметить, что в советском трудовом законодательстве было реализовано требование об одновременном предоставлении основного и дополнительного отпусков. Впервые оно было предусмотрено в Правилах об очередных и дополнительных отпусках от 30 апреля 1930 г. Впоследствии данное требование вошло в нормативные акты более поздних периодов.

В 60-х гг. XX в. был утвержден Список производств, цехов, профессий и должностей с вредными условиями труда, работа в которых дает право на дополнительный отпуск и сокращенный рабочий день, а также Инструкция о порядке применения данного Списка. В соответствии со ст. 15 указанной Инструкции, если общая продолжительность основного и дополнительного отпусков была меньше основного удлиненного отпуска, то работник получал только удлиненный отпуск. Эта норма согласовывалась со ст. 16 Инструкции, в соответствии с которой работник, имеющий право на получение дополнительного отпуска по нескольким основаниям, получал отпуск лишь по одному из них.

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что в трудовом законодательстве СССР создавалась единая система увеличения продолжительности отпуска. Увеличение продолжительности основного отпуска и предоставление права на дополнительный отпуск были схожими мерами.

Вывод о сходстве удлиненных и дополнительных отпусков подтверждается и при анализе трудового законодательства РФ. Так, в соответствии с ТК РФ работник может использовать дополнительный отпуск одновременно с основным отпуском (т.е. присоединить дополнительный отпуск к основному) либо отдельно от основного отпуска. Однако такая возможность предоставляется ему и при использовании дополнительных дней в составе удлиненного отпуска. То же самое можно сказать и в отношении замены части отпуска денежной компенсацией. Так, работник может заменить денежной компенсацией как дополнительный отпуск (полностью или частич-

но), так и дополнительные дни отдыха в составе основного отпуска (кроме случаев, когда замена основного или дополнительного отпуска запрещена законом).

Очевидно, что на сегодняшний день можно говорить о существовании единой системы увеличения продолжительности отпуска, закрепленной в трудовом законодательстве. Данная система включает в себя как удлиненные, так и дополнительные отпуска. Следует отметить, что обе формы увеличения продолжительности отпуска имеют значительное сходство между собой как по целевому назначению, так и по порядку их использования. Формирование данной системы в отечественном законодательстве происходило в советский период. Исторически первой формой увеличения продолжительности отпуска были дополнительные отпуска. Удлиненные отпуска появились позднее, однако они не заменили дополнительных отпусков. Впоследствии законодатель использовал обе формы увеличения продолжительности ежегодного отпуска. Современное отечественное трудовое законодательство также сохранило нормы о предоставлении работникам как удлиненных, так и дополнительных отпусков.

ВОПРОСЫ СТРАХОВАНИЯ ГРАЖДАНСКОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ НОТАРИУСА

А.С. Бакин

Основы законодательства Российской Федерации о нотариате (далее – Основы), принятые в 1993 г., закрепили принцип полной имущественной ответственности нотариуса, занимающегося частной практикой (ст. 17). Дополнительной гарантией интересов лиц, обращающихся к нотариусам, является институт обязательного страхования гражданской ответственности частнопрактикующего нотариуса (ст. 17, 18 Основ). Часть последних изменений, внесенных в Основы Федеральным законом от 06.12.2011 г. № 405, касается вопросов страхования профессиональной деятельности нотариуса. Анализ указанных норм, вступающих в силу 07.03.2012 г., вызывает сомнения в эффективности и продуманности нововведений.

Первые изменения касаются увеличения размера страховой суммы по договору страхования с 1,5 млн рублей до 2 млн рублей для нотариуса, имеющего нотариальную контору в городском поселении, и с 1 млн рублей до 1,5 млн рублей для нотариуса, имеющего нотариальную контору в сельском поселении. В целом это можно оценить положительно, так как увеличивается размер гарантированного возмещения ущерба, причиненного нотариусом. Однако простое увеличение ставок, без учета местных особенностей, которые могли быть приняты во внимание при введении права нотариальных палат субъектов РФ устанавливать собственные ставки и коэффициенты, не отражает реальных потребностей «клиентов» нотариусов, а также самого нотариального сообщества.

Для нотариусов, занимающихся удостоверением договоров ипотеки, устанавливается повышенный размер страховой суммы – 5 млн рублей. Это можно объяснить высокой стоимостью объектов недвижимости и возможностью причинения большего ущерба нотариусом, удостоверившим такой договор. Однако это правило противоречит основам нотариальной деятельности, а именно ее публично-правовому характеру, одним из проявлений которого является обя-

занность любого нотариуса совершить любое нотариальное действие по заявлению любого обратившегося лица, за исключением случаев исключительной предметной и территориальной компетенции нотариуса (ст. 35, 36, 40 Основ). Поэтому реализация указанной нормы приведет к необходимости каждого нотариуса заключать договор на сумму как минимум 5 млн рублей, так как отказ в удостоверении договора ипотеки будет нарушать права субъектов гражданского оборота. В связи с этим возникает сомнение в необходимости устанавливать другие минимальные размеры страховых сумм и дифференцировать их в зависимости от расположения нотариальной конторы.

Последнее изменение касается права нотариальной палаты страховать своих членов на сумму из расчета 500 тыс. рублей на каждого нотариуса – члена палаты. В новой редакции указанное право трансформировано в обязанность нотариальной палаты заключать такие договоры. При этом признан утратившим силу абз. 11 ст. 18 Основ, устанавливающий соотношение договора, заключаемого нотариусом и нотариальной палатой, который позволял нотариусу заключать договор на страховую сумму 1 млн рублей, а нотариальная палата покрывала разницу в 500 тыс. рублей. Исключение данной нормы из текста Основ законодательства о нотариате может привести к коллизиям при определении размера страховой суммы при заключении договора. Замена четкого правила на «правовую неопределенность» следует расценивать как грубый просчет законодателя.

В заключение хочется отметить, что недостаточная проработка законопроекта и концептуальные ошибки в нём не позволяют реализовать заложенный в рассмотренных изменениях положительный потенциал.

БЕСПЛАТНАЯ ЮРИДИЧЕСКАЯ ПОМОЩЬ ПРИ РАССМОТРЕНИИ ДЕЛ В СУДЕ

А.В. Виллисов

Системы предоставления бесплатной юридической помощи в зарубежных странах разнятся. Принято выделять три модели предоставления бесплатной юридической помощи: *judicare*, модель государственных защитников и смешанная модель¹. В первой модели к

¹ *Бугаренко А.И.* Бесплатная юридическая помощь в некоторых зарубежных странах // Адвокатская практика. 2010. № 5. С. 43.

оказанию бесплатной юридической помощи привлекаются частнопрактикующие юристы с компенсацией им за счет государства расходов на оказание бесплатной юридической помощи. Модель государственных защитников реализуется путем создания финансируемых государством учреждений, занимающихся оказанием юридической помощи на безвозмездной основе. При смешанной модели государственными учреждениями, как правило, оказывается внесудебная (консультативная, медиативная) юридическая помощь, а частнопрактикующие юристы (адвокаты) осуществляют представительство в суде.

До недавнего времени бесплатная юридическая помощь оказывалась в России определенным категориям лиц адвокатами, а также в порядке эксперимента государственными юридическими бюро. Очевидно, признав эксперимент удавшимся, законодатель принял ФЗ «О бесплатной юридической помощи в РФ». В данном законе принята смешанная модель оказания бесплатной юридической помощи: ее оказывают как адвокаты, зарегистрировавшиеся в установленном порядке как субъекты, оказывающие бесплатную юридическую помощь, так и государственные юридические бюро. Декларируется также возможность существования негосударственной системы бесплатной юридической помощи.

При очевидной необходимости регламентации вопросов оказания бесплатной юридической помощи по гражданским делам нельзя не отметить, что государством была избрана не лучшая из моделей ее оказания. Это проявляется в нескольких аспектах.

С точки зрения эффективности расходования бюджетных средств данная система применительно к российским условиям представляется более затратной, чем *judicare*. Так, на содержание Госюрбюро Томской области расходуется порядка 9 000 000 рублей в год. За 2011 г. в Госюрбюро обратилось 4257 граждан. Таким образом, на оказание юридической помощи было затрачено в среднем на человека более 2000 рублей. При этом следует отметить, что по большей части гражданам оказывалась лишь консультативная помощь. Представление интересов в суде осуществлялось лишь в 73 случаях. Данный объем юридической помощи мог быть оказан адвокатами (даже по рыночным расценкам) в 3 раза дешевле.

С точки зрения доступности бесплатной юридической помощи гражданам в законе также имеются существенные недостатки: как

по определению круга получателей бесплатной юридической помощи, так и по категориям дел, по которым она предоставляется. Из ст. 20 Закона можно сделать вывод о том, что гражданин не может рассчитывать на получение бесплатной юридической помощи по делам, возникающим из публичных правоотношений. Между тем данная категория дел является одной из наиболее значимых и распространенных, в том числе среди малообеспеченных категорий граждан. Ее исключение, несомненно, приводит к неполному оказанию юридической помощи. При этом было бы неправильно возлагать на государственные юридические бюро функцию по судебной защите граждан от действий и решений государственных органов.

Представляется, что для Российской Федерации наиболее подходящей является система, аналогичная существующей в ФРГ, где помощь в несении судебных расходов предоставляется в каждом конкретном случае индивидуально судом по ходатайству стороны. При этом судья может оценить необходимость оказания юридической помощи как с учетом финансового положения заявителя, так и сути спора.

К ВОПРОСУ О ПОДВЕДОМСТВЕННОСТИ И ПОДСУДНОСТИ ДЕЛ ПО СПОРАМ ОБ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫХ ПРАВАХ

И.А. Данилова

В соответствии с п. 1 и 2 ст. 1248 ГК РФ споры, связанные с защитой нарушенных или оспоренных интеллектуальных прав, по общему правилу, рассматриваются и разрешаются судом. Административный порядок урегулирования таких споров применяется только в случаях, прямо предусмотренных законом.

Федеральным конституционным законом от 06.12.2011 г. № 4-ФКЗ был создан суд по интеллектуальным правам. Это специализированный арбитражный суд, рассматривающий в пределах своей компетенции дела по спорам, связанным с защитой интеллектуальных прав, в качестве суда первой и кассационной инстанции (ст. 26.1 ФКЗ «О судебной системе РФ»). Появление нового органа в судебной системе повлекло изменения в подведомственности и подсудности юридических дел.

Изменение подведомственности дел по спорам об интеллектуальных правах пошло по пути расширения предметных полномочий

арбитражных судов. Полномочия суда по интеллектуальным правам закреплены в п. 1 ст. 43.4 ФКЗ «Об арбитражных судах в РФ» и в ч. 4 ст. 34 АПК РФ. К ним относятся:

1) дела об оспаривании нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти, затрагивающих прав и законные интересы заявителя в области правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации;

2) дела по спорам о предоставлении или прекращении правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации товаров, работ, услуг и предприятий (за исключением объектов авторских и смежных прав, топологий интегральных микросхем).

То есть к ведению суда по интеллектуальным правам отнесены только дела по спорам о защите патентных прав, возникающие из публичных правоотношений. Эти дела рассматриваются судом по интеллектуальным правам независимо от того, являются ли участниками правоотношений, из которых возник спор, организации, индивидуальные предприниматели или граждане (п. 2 ст. 43.4 ФКЗ).

В соответствии с новеллой п. 4.2 ст. 33 АПК РФ арбитражные суды рассматривают не только дела по спорам, отнесенным к подсудности суда по интеллектуальным правам (ч. 4 ст. 34 АПК РФ), но и дела по спорам с участием организаций, осуществляющих коллективное управление авторскими и смежными правами, деятельность которых регулируется п. 1 ст. 1242 ГК РФ. То есть дела с участием таких организаций будут рассматриваться по первой инстанции арбитражными судами субъектов РФ. Поскольку такие организации являются некоммерческими, налицо очередное расширение арбитражной подведомственности.

Можно сделать следующий вывод. Полномочия арбитражных судов и судов общей юрисдикции по рассмотрению и разрешению дел о защите интеллектуальных прав, возникающих из гражданских правоотношений, разграничиваются по общему правилу подведомственности (ст. 22 ГПК РФ, ст. 27, 28 АПК РФ). К специальной подведомственности арбитражных судов относятся дела по спорам с участием организаций, осуществляющих коллективное управление авторскими и смежными правами, которые рассматриваются арбитражными судами субъектов РФ, и дела по спорам об интеллектуальных правах, возникающие из публичных правоотношений, которые рассматриваются и разрешаются судом по интеллектуальным правам.

К ВОПРОСУ О ПРАВОВОЙ ПРИРОДЕ СРОКА РАССМОТРЕНИЯ ДЕЛА В АРБИТРАЖНОМ СУДЕ АПЕЛЛЯЦИОННОЙ ИНСТАНЦИИ

А.П. Иващенко

Сроки рассмотрения дела арбитражным судом апелляционной инстанции установлены нормами ст. 267 АПК РФ. Срок, установленный частью 1 настоящей статьи, может быть продлен на основании мотивированного заявления судьи, рассматривающего дело, председателем арбитражного суда до шести месяцев в связи с особой сложностью дела, со значительным числом участников арбитражного процесса.

Обращаясь к вопросу о правовой природе указанного шестимесячного срока с точки зрения его отнесения к срокам, установленным законом, или к срокам, установленным судом, необходимо отметить следующее.

Анализ норм ст. 267 АПК РФ позволяет сделать вывод о наличии ситуации, когда, с одной стороны, срок рассмотрения дела в арбитражном суде апелляционной инстанции прямо установлен законом и, следовательно, не подлежит продлению судьей (любого звена), а, с другой стороны, закон предусматривает такую возможность (входящую в компетенцию председателя апелляционного суда). Соответственно, процессуальный закон противоречит сам себе, а законодатель достаточно непоследовательно изменяет его. Получается, что срок, установленный законом, в данном случае подлежит продлению судьей!

Вместе с тем в соответствии со ст. 118 АПК РФ только назначенные арбитражным судом процессуальные сроки могут быть им продлены по заявлению лица, участвующего в деле, по правилам, предусмотренным ст. 117 настоящего Кодекса.

Следовательно, во избежание противоречия норм одного и того же акта следует изменить ч. 1 ст. 118 АПК РФ и изложить ее в следующей редакции: *назначенные арбитражным судом процессуальные сроки, а в случаях, установленных настоящим Кодексом, сроки, установленные законом, могут быть продлены судом по заявлению лица, участвующего в деле, или по мотивированному заявлению судьи, рассматривающего дело по правилам, предусмотренным ст. 117 настоящего Кодекса, с особенностями, предусмотренными настоящим Кодексом.*

Следуя нормам АПК РФ, а именно, положениям ч. 2 ст. 267 АПК РФ, необходимо прийти к выводу о том, что определение председателя суда о продлении или об отказе в продлении процессуального срока рассмотрения дела обжалованию не подлежит, поскольку это правомочие прямо не предусмотрено данной нормой, и, кроме того, указанное определение не препятствует дальнейшему движению дела. Однако в случае, если мы изменяем редакцию ч. 1 ст. 118 АПК РФ, то ч. 2 ст. 267 АПК РФ входит в противоречие с данной нормой, поскольку мы указали на то, что назначенные арбитражным судом процессуальные сроки, а в случаях, установленных настоящим Кодексом сроки, установленные законом, могут быть продлены судом по заявлению лица, участвующего в деле, или по мотивированному заявлению судьи, рассматривающего дело *по правилам, предусмотренным ст. 117 настоящего Кодекса*, с особенностями, предусмотренными настоящим Кодексом.

В свою очередь, правила ст. 117 АПК РФ (а именно, ч. 6 ст. 117 АПК РФ) предусматривают возможность обжалования определения.

Учитывая изложенное, можно сделать вывод о том, что шестимесячный срок, установленный ч. 2 ст. 267 АПК РФ, имеет двойственную природу, поскольку этот срок, во-первых, установлен законом, а во-вторых, в пределах указанного срока продлевается установленный ч. 1 ст. 267 АПК РФ срок рассмотрения апелляционной жалобы, то есть законный срок, при этом продолжительность продления последнего зависит от усмотрения председателя суда.

ХАРАКТЕР ПОЛНОМОЧИЙ АРБИТРАЖНОГО СУДА В ДЕЛЕ О БАНКРОТСТВЕ

С.М. Лысенко

Правосудие в России осуществляется несколькими самостоятельными судебными системами, одной из которых является система арбитражных судов, к исключительной подведомственности которой отнесено разбирательство дел о банкротстве.

Институт несостоятельности (банкротства) является неотъемлемой частью рыночной экономики. С одной стороны, он служит одним из мощных стимулов эффективной предпринимательской работы. С другой стороны, это предоставленная законом возмож-

ность разрешения конфликта имущественных интересов кредиторов и должника. Так, должнику предоставляется временная защита от кредиторов, требования которых он в данный момент не способен удовлетворить в полном объеме, кредиторам гарантируется защита от неправомерных действий должника и других кредиторов, сохранение активов должника и справедливое их распределение между кредиторами.

В соответствии с действующим Федеральным законом «О несостоятельности (банкротстве)» от 26.10.2002 № 127-ФЗ (далее – Закон о банкротстве) существует пять процедур банкротства: наблюдение, финансовое оздоровление, внешнее управление, конкурсное производство и мировое соглашение.

Все производство по делу о банкротстве осуществляется под контролем арбитражного суда, его рассматривающего, при этом арбитражный суд при рассмотрении дел о несостоятельности не ограничивается только функциями арбитра, осуществляющего контролирующую функцию, он также наделен процессуальными полномочиями, которые свойственны исключительно названной категории дел. Таким образом, интерес вызывает именно определение характера и существа полномочий арбитражного суда в деле о банкротстве.

Как было указано выше, одна группа полномочий носит контролирующий характер (в литературе полномочия такого рода называют также надзорными или наблюдательными), о чем свидетельствует повышенная процессуальная активность суда, установленная нормами Закона о банкротстве.

В качестве примера можно привести п. 3 ст. 143 Закона о банкротстве, в соответствии с которым конкурсный управляющий обязан по требованию арбитражного суда предоставлять арбитражному суду все сведения, касающиеся конкурсного производства, в том числе отчет о своей деятельности.

Другой группе полномочий свойственны управленческие функции (административные либо функции управления процессом банкротства), к которым, в частности, относится полномочие арбитражного суда по отстранению руководителя должника от должности (ст. 69 Закона о банкротстве), по выбору процедуры банкротства (ст. 75 Закона о банкротстве), по утверждению и отстранению арбитражного управляющего (ст. 45, 65, 83, 98, 145 Закона о банкротстве), по установлению начальной продажной цены имущества

должника (ст. 138 Закона о банкротстве), по утверждению предложения о продаже имущества должника (ст. 139 Закона о банкротстве), по продлению срока конкурсного производства (ст. 124 Закона о банкротстве), по завершению конкурсного производства (ст. 149 Закона о банкротстве).

Арбитражный суд в рамках осуществления правосудия по делам о банкротстве обладает широким спектром дискреционных полномочий и повышенной процессуальной активностью как в процессе доказывания, так и в процессе управления всем ходом ведения процедур банкротства, являясь одним из основных элементов (субъектов) системы управления банкротством, целью которой является обеспечение недопущения нарушения функций самой системы.

О ПРИРОДЕ ПРОИЗВОДСТВА О КОМПЕНСАЦИИ ЗА НАРУШЕНИЕ ПРАВА НА СУДОПРОИЗВОДСТВО В РАЗУМНЫЙ СРОК ИЛИ ПРАВА НА ИСПОЛНЕНИЕ СУДЕБНОГО АКТА В РАЗУМНЫЙ СРОК

М.Я. Любченко

Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры являются составной частью правовой системы РФ (п. 4 ст. 15 Конституции РФ). Этим обстоятельством объясняется необходимость выполнения требований Европейского Суда по правам человека, в том числе о создании эффективного средства правовой защиты в связи с выявленными системными нарушениями, выражающимися в несоблюдении разумных сроков судопроизводства и исполнения судебных актов (постановление ЕСПЧ от 15 января 2009 г. по делу «Бурдов против РФ» № 2). Одним из таких правовых средств является Федеральный закон от 30 апреля 2010 г. № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» (далее – Закон о компенсации) и внесение соответствующих изменений в АПК РФ и ГПК РФ.

С момента принятия указанных законов прошло более года, и институт компенсации неоднократно становился предметом научных исследований разных авторов (например, И.В. Решетникова,

А.М. Эрделевский). Однако нам не удалось найти ни одного исследования, посвященного определению природы производства о компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок, в то время как интерес к вопросу о видах производств не угасает на протяжении долгого времени (например, М.Г. Авдюков, А.Ф. Козлов, А.А. Добровольский, Т.Е. Абова).

Мы не разделяем идею ряда авторов (Н.А. Громошина, Е.В. Слепченко), признающих несостоятельным деление гражданского процесса на виды производств, а потому решение поставленного вопроса представляется нам значимым как с научной, так и с практической точки зрения.

Несмотря на то, что присуждение компенсации поставлено законодателем в зависимость от установления *факта* нарушения прав заявителя на судебную защиту (п. 2 ст. 244.8 ГПК РФ, ч. 2 ст. 222.8 АПК РФ), указанное производство не может быть отнесено к особому в силу наличия спора о праве.

Указание в пояснительной записке к проекту Закона о компенсации на публично-правовую природу прав на судопроизводство в разумный срок и исполнение судебного акта в разумный срок сближает их с категорией субъективных публичных прав (В.А. Рязановский, И.В. Михайловский), а вид производства – с производством по делам, возникающим из публичных правоотношений. Вместе с тем полагаем, что российскому законодательству данная конструкция не известна.

Представляется, что избранный законодателем способ защиты нарушенных прав – взыскание компенсации – по своей правовой природе является гражданско-правовым (*de facto* моральным вредом) и призван заменить взыскание морального вреда в исковом порядке по правилам ст. 151, 1070 ГК РФ (с учетом постановления Конституционного Суда РФ от 15 января 2001 г. № 1-П). В свою очередь, возмещение на основании ст. 1069, 1070 ГК РФ материального вреда не лишает заявителя права на присуждение компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок. Таким образом, полагаем, что данный вид производства ближе всего к исковому, где в качестве истца выступает лицо, обратившееся с заявлением о компенсации, а в качестве ответчика – государство в лице финансовых органов.

ДОКАЗАТЕЛЬСТВЕННАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ В АРБИТРАЖНОМ АПЕЛЛЯЦИОННОМ СУДЕ

А.С. Морозова

Доказательственная деятельность существует на всех стадиях арбитражного процесса, в том числе и на стадии рассмотрения дела арбитражным апелляционным судом.

Апелляционная инстанция является проверочной инстанцией и для неё имеет большое значение доказательственная деятельность, осуществлённая в суде первой инстанции. Суд апелляционный инстанции заново исследует и дает оценку доказательствам, которым уже давал оценку суд первой инстанции, а также осуществляет проверку деятельности суда первой инстанции в процессе доказывания.

Арбитражный апелляционный суд рассматривает дело по имеющимся в деле и дополнительно представленным доказательствам. Однако воля законодателя нацелена скорее на то, чтобы апелляционный суд рассматривал дело только по имеющимся в деле доказательствам. Таким образом, деятельности по выявлению и собиранию доказательств, представления и истребования доказательств может и не быть на стадии апелляционного производства.

В суде апелляционной инстанции к дополнительным доказательствам, помимо требований относимости и допустимости, также предъявляется требование, чтобы лицо, участвующее в деле, обосновало невозможность представления дополнительных доказательств в суд первой инстанции по причинам, не зависящим от него, и указанные причины суд сочтет уважительными.

В литературе можно встретить разные точки зрения на это законодательное ограничение. Однако представляется верным не переусердствовать как с расширением полномочий апелляционного суда, так и с ограничением его права на принятие новых доказательств, поскольку первое чревато затягиванием процесса, злоупотреблением правом, второе может стать препятствием для реализации таких задач судопроизводства, как защита нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов, обеспечение доступности правосудия.

Дополнительные доказательства принимаются не только в обоснование доводов апелляционной жалобы, но и в обоснование возражений относительно неё, причём они принимаются и рассматриваются судом по существу. Это правило соответствует принципу состязательности сторон.

Выше уже отмечалось значение доказательственной деятельности в суде первой инстанции для апелляционного суда. В качестве иллюстрации может служить положение ч. 4 ст. 268 АПК РФ об исключении из предмета проверки в апелляционной инстанции обстоятельств дела, которые признаны, удостоверены лицами, участвующими в деле, в порядке ст. 70 АПК РФ и приняты арбитражным судом первой инстанции.

В суде апелляционной инстанции действуют и общие правила, касающиеся доказательств и доказывания. Например, правило ст. 65 АПК РФ о заблаговременном раскрытии доказательств. Наиболее рациональная реализация данного положения на стадии апелляционного производства видится в раскрытии доказательств в апелляционной жалобе и в отзыве на неё, что подтверждается положениями закона (например, п. 4 ч. 2 ст. 260, ч. 1 ст. 262 АПК РФ). Эти положения кажутся неполными, поскольку в ст. 260 АПК РФ говорится лишь о доказательствах, имеющих в деле, а в ст. 262 АПК РФ подразумеваются новые документы.

Исследование доказательств арбитражным апелляционным судом, как следует из ст. 266 АПК РФ, осуществляется по правилам суда первой инстанции.

Доказательственная деятельность в арбитражном суде апелляционной инстанции заканчивается оценкой доказательств, как имеющих в деле, так дополнительно представленных, и отражается в итоговом судебном акте суда апелляционной инстанции.

К ВОПРОСУ О РЕГУЛИРОВАНИИ ПРОЦЕДУРЫ МЕДИАЦИИ

В.В. Останина

Федеральный закон Российской Федерации «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» вступил в силу с 01 января 2011 г.

Цели разработки Закона соответствуют как основным началам гражданского законодательства (ст. 1 ГК РФ), так и задачам гражданского судопроизводства и судопроизводства в арбитражных судах (ст. 2 ГПК РФ, ст. 2 АПК РФ). В частности, Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации предусматривает такие задачи судопроизводства, как формирование уважительного отношения к

закону и суду; содействие становлению и развитию партнерских деловых отношений, формированию обычаев и этики делового оборота.

Правовые основания для введения процедуры медиации уже давно сложились в нашем государстве – законодательные акты, регулирующие гражданские, семейные, трудовые и иные правоотношения, предусматривают возможность заключения сторонами соглашений в рамках соответствующих отношений. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации и Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации предусматривали на протяжении многих десятилетий возможность урегулирования споров, являющихся предметом рассмотрения, мировым путем.

В принятом законе содержатся нормы, регулирующие, с одной стороны, процедурные вопросы примирительных процедур, с другой, – нормы, регулирующие деятельность посредников (медиаторов).

В качестве принципов проведения процедуры медиации в ст. 3 Закона названы такие, как добровольность, конфиденциальность, сотрудничество и равноправие сторон; беспристрастность и независимость медиатора.

Мы полагаем, что такое положение закона, как проведение процедуры медиации при взаимном волеизъявлении сторон, также следует считать принципом проведения процедуры медиации

Определяя понятие «процедуры медиации», законодатель, подчеркнул, что это способ урегулирования споров при содействии медиатора на основе добровольности, согласия сторон в целях достижения ими взаимоприемлемого решения (п. 2 ст. 2 Закона).

Спорящие стороны, исходя из взаимного уважения, сотрудничества и партнерских отношений, в процессе урегулирования спора, могут обойтись без помощи третьей стороны – посредника, но так происходит далеко не всегда.

Посредник, осуществляющий помощь в урегулировании спора, должен обладать достаточным уровнем образования, знаний и опытом. Но самые главные качества, которыми он обязан обладать, – беспристрастность и независимость. Законодатель придает очень серьезное значение указанным требованиям. В ч. 3 ст. 9 Закона установлено, что медиатор, в случае наличия или возникновения в процессе проведения процедуры медиации обстоятельств, которые могут повлиять на его независимость и беспристрастность, незамедлительно обязан сообщить об этом сторонам или в случае проведения процедуры ме-

диации организацией, осуществляющей деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации, также в указанную организацию.

Полностью исключить недобросовестное поведение медиатора невозможно, поэтому в литературе нередко можно увидеть предложения о введении ответственности посредника, в том числе административной и даже уголовной. Возможно, такие предложения найдут свое отражение в законе в будущем. Пока же законодательно (в ст. 17 Закона) установлена ответственность медиатора перед сторонами за вред, причиненный сторонам вследствие осуществления указанной деятельности, в порядке, установленном гражданским законодательством.

КОСВЕННЫЕ ИСКИ О ПРИСУЖДЕНИИ В СФЕРЕ РЫНКА ЦЕННЫХ БУМАГ

М.А. Рогалева

Элементы иска – основание, предмет, стороны (истец и ответчик) – образуют четыре группы признаков, которые необходимы и достаточны для того, чтобы служить основанием квалификации гражданских дел, рассматриваемых в порядке искового производства¹. Квалифицирующими (разграничительными) элементами в отношении косвенных исков являются истец и ответчик.

Предполагаемая многочисленность лиц на стороне истца позволяет отнести косвенный (производный) иск к искам групповым. Поскольку ФЗ «Об АО» устанавливает минимальное количество акций определенной категории и типа, которыми необходимо обладать для принятия того или иного управленческого решения или для осуществления контроля над бизнесом, истцы, предъявляя иск, должны представить суду информацию об общем количестве и видах принадлежащих им акций. Для этого следует представить информацию и об общем количестве размещенных акций общества². АПК РФ не предусматривает отказ в принятии иска. Если истец не сможет на момент возбуждения дела представить выписку из реестра акционеров, суд вправе запросить по его

¹ Рогалева М.А. Элементы иска как основание квалификации гражданских дел о защите прав инвесторов в сфере рынка ценных бумаг // Арбитражный и гражданский процесс. 2011. № 7. С. 14–15.

² Фрадкин К.Б. Требование акционера о возмещении убытков // Корпоративные споры. 2008. № 1. С. 71.

просьбе документы у реестродержателя. Если окажется, что истцы в совокупности не владеют необходимым количеством акций, то суд отказывает в удовлетворении иска. Положение ответчика (это единоличный либо коллегиальный орган акционерного общества) является главным квалифицирующим элементом косвенного иска. Поскольку законом предусмотрена солидарная ответственность членов коллегиального органа перед обществом (п. 4 ст. 71, п. 2 ст. 84 ФЗ «Об АО»), в процессе может возникать факультативное пассивное соучастие¹.

Решения, вынесенные по искам о присуждении, подлежат принудительному исполнению в порядке исполнительного производства. Взыскателем является само акционерное общество в лице своих участников-акционеров или в лице исполнительного органа, в случае если не он отвечал по иску. В исполнительном производстве допускается участие в качестве сторон объединений граждан, не являющихся юридическим лицом, а также соучастие (п. 1, 5 ст. 49 ФЗ «Об исполнительном производстве»). Так что должниками могут выступать члены совета директоров (наблюдательного совета), единоличный исполнительный орган (директор, генеральный директор), временный единоличный исполнительный орган, члены коллегиального исполнительного органа (правление, дирекция), управляющая организация или управляющий.

По предмету косвенные иски о присуждении в сфере рынка ценных бумаг делятся на «понудительные» иски (о присуждении ответчика к совершению определенных действий) и на иски о возмещении убытков, причиненных обществу. В исполнительном производстве требования к должнику (должникам) совершить определенные действия квалифицируются как требования неимущественного характера (гл. 13 ФЗ «Об исполнительном производстве»). Должники понуждаются к совершению определенных в решении суда действий в пользу общества посредством привлечения их к административной ответственности. Акционеры, предъявившие косвенный иск о возмещении убытков, вправе требовать принудительного исполнения решения арбитражного суда в пользу общества. Судебные расходы, связанные с рассмотрением дела, несут истцы-акционеры в равных долях (ч. 1, 3 ст. 225⁸ АПК РФ).

¹ Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Общая часть. М.: Норма, 2008. С. 192–193.

УСЛОВИЯ ПРОВЕДЕНИЯ СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА ГРАЖДАНСКИХ ДЕЛ В СУДЕ ПЕРВОЙ ИНСТАНЦИИ

Ю.А. Романова

Поскольку в нормах гражданского и арбитражного процессуального права, а также в юридической литературе отсутствует термин «условия проведения судебного разбирательства», необходимо дать ему определение. Под условиями следует понимать процессуальные правила, регламентирующие порядок рассмотрения и разрешения судами гражданских дел, соблюдение которых обязательно для суда и участников процесса. Следование этим правилам необходимо для того, чтобы судебное разбирательство состоялось и было легитимным. Условиями проведения судебного разбирательства являются: 1) соблюдение судами сроков рассмотрения и разрешения гражданских дел, в том числе осуществление судопроизводства в разумные сроки (ст. 6.1, 154 ГПК РФ, ст. 6.1, 152 АПК РФ); 2) надлежащее извещение лиц, участвующих в деле, о его времени и месте (ст. 113–118, 155 ГПК РФ; ст. 123, ч. 1 ст. 153 АПК РФ);

3) Соблюдение участниками процесса порядка в судебном заседании (ст. 158–159 ГПК РФ; ст. 154 АПК РФ)). Последствия нарушения во внимание того или иного условия будут варьироваться в зависимости от того, какое из них не соблюдено.

Одним из условий является соблюдение судом сроков рассмотрения и разрешения гражданских дел, а также осуществление судопроизводства в разумные сроки. Если обратиться к вышеуказанным статьям двух процессуальных кодексов, то можно увидеть, что законодатель по-разному подошел не только к вопросу о продолжительности сроков в гражданском и арбитражном судопроизводстве, но и предусмотрел возможность продления этого срока в арбитражных судах по особо сложным делам, а также при значительном числе участников. Причина этих различий, вероятнее всего, заключается в характере дел, рассматриваемых судами общей юрисдикции, включая мировых судей, и арбитражными судами. Вместе с тем развитие гражданско-правовых отношений приводит к появлению сложных дел и в судах общей юрисдикции, поэтому не лишним был бы порядок, при котором у судов по аналогии с арбитражными судами была бы возможность продлить срок рассмотрения дела на основании мотивированного заявления судьи. Учитывая специфику дел, рассматриваемых общими суда-

ми, продолжительность этого срока могла бы быть меньшей по сравнению с арбитражными судами, например три месяца.

Следующим условием проведения судебного разбирательства является надлежащее извещение лиц, участвующих в деле, о его времени и месте. Несоблюдение судом этого условия является безусловным основанием для отмены судебного акта в силу п. 2 ч. 4 ст. 330 ГПК РФ.

Вместе с тем процессуальные кодексы не раскрывают понятие «ненадлежащее извещение». Предполагается, что оно будет признаваться таковым в случаях, когда лицу фактически не направлялось извещение о времени и месте судебного заседания, например, по вине работника аппарата суда, либо когда оно направлено с нарушением норм гл. 10 ГПК РФ и гл. 12 АПК РФ соответственно.

Еще одним необходимым условием проведения судебного разбирательства является соблюдение участниками процесса порядка в судебном заседании. В ст. 159 ГПК РФ предусмотрены меры, применяемые к нарушителям порядка, не указанные в ст. 154 АПК РФ. К ним относятся направление материалов в органы дознания или предварительного следствия для возбуждения уголовного дела в отношении нарушителя, если в его действиях содержатся признаки преступления; удаление из зала судебного заседания граждан, не являющихся участниками процесса, и рассмотрение дела в закрытом судебном заседании или отложение разбирательства дела в случае массового нарушения ими порядка. Меры воздействия, указанные в ч. 4–5 ст. 159 ГПК РФ, кроме отложения разбирательства дела в случае массового нарушения порядка гражданами, не являющимися участниками процесса, следовало бы также включить и в АПК РФ.

ПОДСУДНОСТЬ ДЕЛ О БАНКРОТСТВЕ ДОЛЖНИКА

А.Ф. Скутин

После возбуждения дела о банкротстве происходит своего рода «искажение», «деформация» правового поля должника. Многие положения АПК РФ и ГПК РФ о подведомственности и подсудности юридических дел судам после возбуждения дела о несостоятельности (банкротстве) должника становятся неприемлемыми. Согласно ст. 33 и 224 АПК РФ п. ст. 33 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» от 26.10.2002 №127-ФЗ (Закон), дела о банкротстве относятся к

специальной подведомственности арбитражных судов и подсудны арбитражному суду по месту нахождения должника – юридического лица или по месту жительства гражданина. Однако если дело о банкротстве будет возбуждено несколькими арбитражными судами в отношении одного должника в результате смены им места нахождения, правила о подсудности дел претерпевают некоторые изменения. Согласно рекомендации Президиума ВАС РФ, если арбитражному суду по новому месту нахождения должника станет известно, что вынесено определение о принятии заявления о признании должника банкротом по предыдущему месту нахождения, суд **отказывает** в принятии заявления применительно к абз. 3 ст. 43 Закона.

Если о возбуждении производства по делу о признании должника банкротом по его предыдущему месту нахождения станет известно после принятия им заявления о признании должника банкротом, производство по делу подлежит **прекращению** на основании п. 1 ч. 1 ст. 150 АПК РФ¹.

Представляется, что данная позиция Президиума ВАС РФ не совсем безупречна. Спецификой дел о банкротстве является то, что с момента возбуждения арбитражным судом производства по делу до введения процедуры наблюдения, проходит определенный промежуток времени. Процедура наблюдения вводится по результатам рассмотрения арбитражным судом обоснованности заявления о признании должника банкротом в сроки, predeterminedенные законом. Именно с введением этой процедуры банкротства Закон связывает отказ в принятии заявления о банкротстве должника (абз. 3 ст. 43 Закона). Следовательно, если ни одна из процедур в возбужденном деле о банкротстве еще не введена, то отказать в принятии заявления от других заявителей по новому месту нахождения должника о признании его банкротом по смыслу закона нельзя. В этом случае заявление о признании должника банкротом, поданное в арбитражный суд по его новому месту нахождения, должно быть **возвращено** заявителю, по правилам п. 1 ч. 1 ст. 129 АПК РФ, по мотиву неподсудности его данному арбитражному суду.

Вызывает возражения и вторая рекомендация Президиума ВАС РФ относительно прекращения производства по делу. Прекращение производства по делу в любом случае возможно только по основа-

¹ См.: Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13.10.2005 № 95 «О процессуальных последствиях смены места нахождения должника – юридического лица при рассмотрении дел о несостоятельности (банкротстве)» // Вестник ВАС РФ. 2006. № 1.

ниям, предусмотренным в законе. В отношении дел о банкротстве вопрос о прекращении производства по делу урегулирован ст. 57 Закона и ст. 150 АПК РФ. Статья 52 Закона предусматривает исчерпывающий перечень оснований прекращения производства по делу, ни одно из которых не применимо к комментируемой ситуации. Невозможно применить и п. 1 ч. 1 ст. 150 АПК РФ, поскольку данная норма права предусматривает прекращение производства по делу, если дело не подлежит рассмотрению в арбитражном суде. Речь в ст. 150 АПК РФ идет не о подсудности дела конкретному арбитражному суду, а о его подведомственности. В этой ситуации должны применяться общие положения п. 1 ч. 1 ст. 148 АПК РФ. Если после принятия заявления к производству суд обнаружит, что в производстве арбитражного суда, суда общей юрисдикции, третейского суда имеется дело по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям, то арбитражный суд **оставляет заявление без рассмотрения.**

К ВОПРОСУ О ПОРЯДКЕ АПЕЛЛЯЦИОННОГО ОБЖАЛОВАНИЯ РЕШЕНИЙ СУДА ПЕРВОЙ ИНСТАНЦИИ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

Т.И. Суздальцева

Федеральным законом «О внесении изменений в ГПК РФ» от 09.12.2010 № 353-ФЗ с 01.01.2012 изменен порядок обжалования решений суда первой инстанции, не вступивших в законную силу. Так, в гл. 39 ГПК РФ «Производство в суде апелляционной инстанции» расширен круг объектов права апелляционного обжалования. Частью 2 ст. 321 ГПК РФ значительно изменен срок на обжалование решений суда первой инстанции, не вступивших в законную силу, до 1 месяца. Необходимо заметить, что аналогичное правило содержится в ч. 1 ст. 259 АПК РФ. В связи с этим возникает предположение о заимствовании законодателем положения об установлении месячного срока для обжалований решений судов первой инстанции общей юрисдикции из арбитражного судопроизводства. Такое решение законодателя представляется недостаточно обдуманным по причинам, изложенным ниже. Например, сторона гражданского процесса, заинтересованная в длительном неисполнении решения суда первой инстанции, может подать

апелляционную жалобу в последний день установленного срока. Это повлечет за собой увеличение сроков судопроизводства, нарушение баланса интересов сторон гражданского процесса, а также затягивание исполнения судебного акта. Кроме того, в случае отказа от обжалования, решение суда первой инстанции вступает в законную силу только по истечении месяца. Необходимо обратить внимание на рассматриваемую судами категорию дел особого производства об установлении фактов, имеющих юридическое значение, по которым вынесенные судебные акты обжалуются в редких случаях (согласно данным статистики по г. Томску, в 2011 г. в суды г. Томска поступило 894 дела вышеуказанной категории, принято к производству – 724, обжаловано – 25). В случае обращения гражданина 10.01.2012 в суд с заявлением об установлении факта принадлежности трудовой книжки для получения пенсии вопрос о ее назначении в соответствии с установленными ГПК РФ сроками рассмотрения дела, изготовления мотивированного решения, апелляционного обжалования будет разрешен только после 16.04.2012. Таким образом, реализация гражданином права на получение пенсии затягивается. Предметом рассмотрения судом первой инстанции также могут быть дела, возникающие из публичных правоотношений, а именно об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих, для которых установлен 10-дневный срок, в течение которого дело должно быть рассмотрено по существу (ч. 1 ст. 257 ГПК РФ), но при этом не предусмотрен специальный (сокращенный) срок апелляционного обжалования. Вместе с тем при установлении месячного срока для апелляционного обжалования теряет всякий смысл норма о сокращенном сроке рассмотрения вышеуказанных дел. Необходимо отметить, что в действительности 10-дневный срок для обжалования решений суда по делам искового производства является недостаточным для подготовки апелляционной жалобы в случае неучастия стороны в процессе или отдаленности проживания. С учетом изложенного при установлении срока апелляционного обжалования необходимо исходить из вида гражданского судопроизводства и категории дела. В связи с чем предлагается ч. 2 ст. 321 ГПК РФ изложить в следующей редакции: «Апелляционные жалоба, представление могут быть поданы в течение 15 дней со

дня принятия решения суда в окончательной форме, если иные сроки не установлены настоящим Кодексом». Главы 25 и 28 ГПК РФ дополнить статьями, согласно которым апелляция жалоба по делам об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих, а также по делам об установлении фактов, имеющих юридическое значение, может быть подана в течение 10 дней со дня принятия решения суда в окончательной форме.

ОБЯЗАТЕЛЬНОСТЬ И ЗАКОННАЯ СИЛА РЕШЕНИЯ СУДА

В.В.Терехов

Обязательность судебного решения в процессуальной литературе либо отождествляется с его законной силой и раскрывается при этом через совокупность всех возможных её свойств, либо рассматривается как одно из свойств законной силы. Действие обязательности как свойства законной силы судебного решения связывается с его последующей реализацией.

Обязательность вступившего в законную силу судебного постановления закреплена в ч. 2 ст. 13 ГПК. Однако следует обратить внимание на то, что упомянутая норма посвящена не только вступившим в законную силу судебным постановлениям, но и распоряжениям, вызовам, обращениям и т.п. судов, к которым понятие законной силы неприменимо. Обязательность и сила отмеченных актов обуславливаются только природой суда как органа государственной власти, но не действием законной силы.

Более того, не ко всем судебным актам, скрывающимся под родовым понятием «судебные постановления», применимо понятие законной силы. Например, сила определений, выносимых в ходе процессуальной деятельности, также определяется природой суда как органа государственной власти, они обладают обязательностью, но не законной силой.

На наш взгляд, обязательность и законная сила судебного решения – это различные правовые явления, имеющие различные истоки, различное содержательное наполнение и различную адресную направленность.

Истоком обязательности судебных постановлений является при-

каз суда как органа власти, истоком законной силы – применённая судом норма права, снимающая спорность правоотношения. С точки зрения содержательного наполнения обязательность – это предписанная судом необходимость совершить (или воздержаться от совершения) определённые действия под страхом предусмотренных законом санкций. Законная сила с содержательных позиций – это достигнутая окончательность, бесповоротность, определённая в правоотношениях, открывающая возможность исполнения решения. Адресная направленность обязательности судебного акта может касаться и участников процесса и всех иных посторонних процессу лиц. Адресная направленность законной силы судебного решения – это лица, участвующие в деле.

Важным представляется следующий вопрос: является ли проявлением законной силы судебного решения обязанность государственных органов и должностных лиц содействовать осуществлению прав, подтверждённых судебным решением, в том числе обязанность совершать действия по оформлению и регистрации прав, им установленных; а также запрет на отмену или изменение судебного решения, вынесение по делу другого решения.

Представляется, что ответ на этот вопрос должен быть отрицательным. Такое поведение государственных органов предопределяется нормативным распределением их компетенции, иногда прямым указанием закона (например, ч. 3 ст. 27 Семейного кодекса РФ). Утверждение в науке гражданского процессуального права положения о самостоятельности таких правовых явлений, как обязательность и законная сила судебного решения, снимает упрёк в несовместимости обязательности и субъективных пределов законной силы судебного решения. В зависимости от закреплённой за государственными органами и должностными лицами компетенции и конкретных указаний закона у них действительно могут быть различные варианты реагирования на вынесенное судебное решение. И, естественно, иной по смыслу будет обязательность решения для лиц, не участвовавших в деле, которые просто должны соотносить с ним своё поведение.

Отделяя понятие обязательности от понятия законной силы судебного решения, отметим все же общую нацеленность этих явлений на защиту нарушенных или оспоренных прав и интересов.

ВИДЕОКОНФЕРЕНЦСВЯЗЬ В АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССЕ: ПОНЯТИЕ И ЗНАЧЕНИЕ

А.В. Шилов

Опыт применения института видеоконференцсвязи (далее ВКС) позволяет сделать ряд выводов о его значении в современном арбитражном процессе. При проведении ВКС проявляется принцип процессуальной экономии в части затрат сторон, а также иных лиц, участвующих в деле, в случае их явки в судебное заседание. ВКС, как правило, проводится между различными регионами. Вместе с тем отсутствует запрет на проведение ВКС в арбитражных судах, расположенных в одном субъекте РФ. Например, между судом первой инстанции и судами апелляционной или кассационной инстанций. Также закон допускает возможность проведения ВКС, если стороны по делу находятся в одном субъекте РФ, а представитель одной или обеих сторон находится в ином регионе, чем там, где находится арбитражный суд, рассматривающий дело. Сторона, заявляющая ходатайство о проведении ВКС, обязана мотивировать необходимость ее организации, представить доказательства, объективно препятствующие личному участию либо участию своего представителя в арбитражном процессе (Определение ВАС по делу № А12-14207/2010 от 23.06.2011). Таким образом, ВКС может проводиться как на межрегиональном уровне, так и в одном субъекте РФ, но при участии различных арбитражных судов, при условии обоснования необходимости ее проведения. Кроме того, ВКС может проводиться в границах одного субъекта РФ при наличии судебных присутствий.

Особое значение ВКС имеет в случаях, когда участники арбитражного процесса находятся в разных субъектах РФ, территориально удаленных друг от друга. Ходатайство об участии в предварительном или (и) судебном заседании посредством ВКС подается в арбитражный суд, рассматривающий дело, в письменной форме, до даты назначения судебного заседания, с указанием наименования арбитражного суда, содействующего проведению ВКС. При этом закон не ограничивает категории лиц, участвующих в деле, имеющих право на обращение. Представляется, что такое ходатайство может подаваться прокурором, третьими лицами, государственными и муниципальными органами. Арбитражный суд рассматривает ходатайство в пятидневный срок, без извещения участников процесса, о чем выносит определение, не подлежащее обжалованию. При проведении

ВКС существует возможность представления письменных доказательств, при наличии технической возможности ознакомления с ними (документ-камеры). При проведении ВКС стороны не лишены права заявлять ходатайство о допросе свидетелей, даче заключений экспертом. Единственное исключение при проведении ВКС сделано для осмотра вещественных доказательств. Они должны представляться только в арбитражный суд, рассматривающий дело. Поэтому принцип непосредственности при проведении ВКС реализуется посредством аудио-визуального восприятия арбитражным судом доказательств, которые территориально удалены от места нахождения арбитражного суда. Организация проведения ВКС всегда происходит в помещении арбитражного суда посредством технических устройств и каналов связи, принадлежащих арбитражному суду. Не допускается использование сторонами, иными участниками процесса собственных каналов связи, электронной техники, находящиеся за пределами помещения арбитражного суда.

При отсутствии технической возможности проведения ВКС в арбитражном суде, рассматривающем дело, суд выносит определение об отказе в удовлетворении ходатайства о проведении ВКС. Такое же определение выносится в случае отсутствия в арбитражном суде, содействующем в проведении ВКС, технической возможности ее проведения. Отсутствие технической возможности содействия проведению ВКС предполагает неработоспособность электронного оборудования в арбитражных судах; занятость оборудования при проведении других ВКС в назначенное время; несовпадение графика работы арбитражных судов (с учетом часовых поясов). В любом случае арбитражный суд обязан принять все меры для обеспечения проведения ВКС. Отказ может следовать только в исключительных случаях, с учетом перечисленных выше оснований.

ВКС – это институт процессуального права, регулирующий отношения, связанные с организацией дистанционного проведения предварительного и (или) судебного заседаний по делу, при содействии другого арбитражного суда, посредством использования технических устройств получения изображения и звука в режиме реального времени, в целях участия субъектов арбитражного процесса.

СОДЕРЖАНИЕ

ГРАЖДАНСКОЕ И СЕМЕЙНОЕ ПРАВО	3
<i>Мананкова Р.П.</i> Жилищный кодекс РФ не нужен	3
<i>Рахвалова М.Н.</i> Правовая природа Фонда содействия развитию жилищного строительства	6
<i>Соломин С.К.</i> Пределы реализации принципы свобода договора	8
<i>Соломина Н.Г.</i> Прощение долга в системе оснований прекращения обязательств	10
<i>Абросимова Е.А.</i> Правовой статус организаторов торгового оборота в России	11
<i>Сысоев К.С.</i> Направления совершенствования законодательства, регулирующего потребительскую кооперацию в капитальном строительстве	13
<i>Берилло М.С.</i> Освобождение от гражданско-правовой ответственности и исключаящие ее основания	15
<i>Берилло М.С.</i> Вина как условие гражданско-правовой ответственности медицинских организаций	17
<i>Могилевский Г.А.</i> Правовые проблемы компенсации морального вреда при нарушении имущественных прав военнослужащего	18
<i>Курьянова Ю.Ю.</i> Тенденции развития гражданского законодательства стран СНГ (на примере России, Украины и Республики Беларусь)	20
<i>Зубенко Ю.С.</i> Археологический клад как гражданско-правовая категория	21
<i>Титов Н.Д.</i> О преемстве прав и обязанностей по договору об отчуждении недвижимости в случае смерти одной из сторон договора	23
<i>Кайгородова М.Ю.</i> К вопросу о незаключенности предварительного договора	26
<i>Коваленко А.А.</i> Правовые последствия постановления Конституционного суда РФ №1-П от 25.01.2001 г.	28
<i>Аюпов О.Ш.</i> Вопрос существования штрафной функции в гражданском праве	30
<i>Литвина А.И.</i> Проблемные вопросы определения юридической природы карикатуры и пародии в авторском праве	32
<i>Попова Д.Г.</i> О необходимости выделения категории публичного учреждения	34
<i>Мосина Е.Ю.</i> О понятии «право ожидания» в отечественной цивилистике	35
<i>Язова М.А.</i> Новеллы ФЗ РФ «Об основах охраны здоровья граждан в РФ»: права пациента	38
<i>Имекова М.П.</i> Соотношение норм гражданского и земельного законодательства в контексте обсуждения концепции развития законодательства о вещном праве	41
<i>Ткаченко Е.В.</i> Запрос перевозчика как односторонняя сделка	42

Токарев Е.А. Особенности солидарной ответственности субъектов вексельного обязательства	44
Токарев Е.А. Предъявление векселя к оплате: проблемы правовой квалификации	46
Фролов А.И. Понятие чрезвычайной ситуации в гражданском праве	48
Копылов А.Ю. Свободные лицензии на программы для ЭВМ и базы данных.....	49
Дубровская Ю.В. Возникновение правоспособности гражданина	54
Курило Д.Н. Институт брачного договора в римском и современном гражданском законодательстве	56
Новиков А.А. Наследование учреждением имущества граждан	58
Овчинникова В.И. Институт опеки и попечительства в древнеримском и современном гражданском законодательстве.....	59
ТРУДОВОЕ, ПРИРОДОРЕСУРСНОЕ, ЗЕМЕЛЬНОЕ, ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО, ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ	62
Агашев Д.В. К вопросу о формировании института сделок в трудовом праве.....	62
Бутенко Е.И. Реализация принципа адресности в современном социально-обеспечительном законодательстве.....	64
Гранкин К.В. Реализация общеправового принципа единства и дифференциации в праве социального обеспечения	65
Евстигнеева Л.А. Дискриминация, дифференциация и справедливость в праве социального обеспечения	67
Зеленина А.Ю. К вопросу о дефинитивных нормах права социального обеспечения России	70
Пацкова Г.Г. Льготы и меры социальной поддержки	72
Салата В.Н. Определение и пределы трудовой правосубъектности участников отношений при несостоятельности (банкротстве).....	74
Белинин А.А. Заёмный труд не отвечает интересам лиц, работающих во вредных, тяжелых и опасных условиях труда.....	76
Болтанова Е.С. Виды зонирования земель	78
Григорьева М.В. Экологическое законодательство Красноярского края: состояние и перспективы развития	80
Лебедев В.М. Формирование правовой идеологии	82
Ломовских Н.Н. Контроль качества труда в организации.....	83
Мельникова В.Г. Рабочее время по законодательству России и Германии (сравнительно-правовой анализ).....	85
Мухаметкалиев К.А. Отраслевое соглашение по учреждениям, органам и предприятиям уголовно-исполнительной системы на 2011–2013 годы.....	87
Назметдинов Р.Р. Правовое регулирование рабочего времени и времени отдыха в Соединенных Штатах	89
Радевич Е.Р. Эволюция взглядов на заемный труд: опыт Италии	91
Тимофеев И.В. Правовое регулирование отпусков	92
ГРАЖДАНСКИЙ И АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕСС	95
Бакин А.С. Вопросы страхования гражданской ответственности нотариуса	95
Виллисов А.В. Бесплатная юридическая помощь при рассмотрении дел в суде	96
Данилова И.А. К вопросу о подведомственности и подсудности дел по спорам об интеллектуальных правах.....	98
Иващенко А.П. К вопросу о правовой природе срока рассмотрения дела в арбитражном суде апелляционной инстанции.....	100

<i>Лысенко С.М.</i> Характер полномочий суда в деле о банкротстве	101
<i>Любченко М.Я.</i> О природе производства о компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок	103
<i>Морозова А.С.</i> Доказательства деятельности в арбитражном апелляционном суде	105
<i>Останина В.В.</i> К вопросу о регулировании процедуры медиации	106
<i>Рогалева М.А.</i> Косвенные иски о присуждении в сфере рынка ценных бумаг	108
<i>Романова Ю.А.</i> Условия проведения судебного разбирательства гражданских дел в суде первой инстанции	110
<i>Скутин А.Ф.</i> Подсудность дел о банкротстве должника	111
<i>Суздальцева Т.И.</i> К вопросу о порядке апелляционного обжалования решений суда первой инстанции в гражданском процессе	113
<i>Терехов В.В.</i> Обязательность и законная сила решения суда	115
<i>Шилов А.В.</i> Видеоконференцсвязь в арбитражном процессе: понятие и значение	117

Научное издание

ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ УКРЕПЛЕНИЯ
РОССИЙСКОЙ ГОСУДАРСТВЕННОСТИ

Часть 52

Редактор *В.С. Сумарокова*
Компьютерная верстка *Т.В. Дьяковой*

Подписано в печать 05.10.2012.
Формат 60x84^{1/16}. Бумага офсетная № 1. Печать офсетная.
Печ. л. 7,6; усл. печ. л. 7,0; уч.-изд. л. 7,3.
Тираж 300 экз. Заказ

ООО «Издательство ТГУ», 634029, г. Томск, ул. Никитина, 4
Типография «Интегральный переплет», 634040, г. Томск, ул. Высоцкого, 28, стр.1