

Министерство образования и науки Российской Федерации
Федеральное агентство по образованию
ГОУ ВПО Московский педагогический государственный университет
Филиал Московского педагогического
государственного университета в г. Челябинске
Южно-Уральский профессиональный институт

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА, ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ И ПРАВОВЫХ
ТЕОРИЙ В РОССИИ И ЗА РУБЕЖОМ

Материалы Международной научно-практической конференции
(20 ноября 2008 г.)

ТОМ ВТОРОЙ
Государственно-правовая секция
Гражданско-правовая секция

Челябинск 2008

ББК 67.0
А 43

Актуальные проблемы совершенствования законодательства, правоприменения и правовых теорий в России и за рубежом: Материалы Международной научно-практической конференции (20 ноября 2008 г.): В 2 т. ТОМ 2: Государственно-правовая секция; Гражданско-правовая секция / Под общ. ред. канд. юрид. наук, доц. В.Л. Кудрявцева. Челябинск: филиал МПГУ г. Челябинске, ЮУПИ, 2008. 492с.

Редакционная коллегия: Базаев А.Г., Горлова С.В., Девятова И.Е., Крюков Д.Н., Кудрявцев В.Л.

В материалы Международной научно-практической конференции (20 ноября 2008 г.) представленной в двух томах, вошли выступления свыше 120 участников из таких стран как Беларусь, Германия, Казахстан, Молдова, Россия, Узбекистан и Украина.

В данный сборник – том второй вошли материалы двух секций – «Государственно-правовой секции» и «Гражданско-правовой секции».

Сборник предназначен для студентов, преподавателей, аспирантов и всех тех, кто интересуется проблемами законодательства, правоприменения и правовых теорий.

ISBN 978-5-89879-148-3

© Филиал Московского педагогического государственного университета в г. Челябинске, 2008

© Южно-Уральский профессиональный институт, 2008

ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВАЯ СЕКЦИЯ

М.Ю. Абдакимова

Особенности международных соглашений Республики Казахстан с международными организациями

С момента обретения в 1991г. независимости Республика Казахстан проводит целенаправленную политику по расширению сотрудничества с международными межправительственными и неправительственными организациями, осуществляющими свою деятельность в различных сферах общественной жизни. В 1993 году, учредив офисы своих агентств, к своей деятельности в Казахстане приступила ООН, членом которой Республика стала 2 марта 1992 года. В частности, в Республики Казахстан функционируют офисы ПРООН – Программы развития ООН, ВОЗ, ЮНЕСКО, УВКБ – Управления Верховного Комиссара ООН по делам беженцев, ЮНИДО – ООН по промышленному развитию, МОТ и многих других. Республика Казахстан является членом специализированных учреждений ООН, таких как МАГАТЭ, ИКАО, МБРР, МВФ¹.

Ст. 2 Закона «О международных договорах Республики Казахстан» указывает на то, что Республика заключает международные договоры с международными организациями. В то же время, регламентация порядка заключения, исполнения, ратификации и денонсации договоров РК с международными организациями отсутствует. Казахстан также не является участником Венской Конвенции 1986 г. «О праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями». Это обстоятельство можно отнести к числу пробелов в международно-правовом регулировании многообразных международных отношений Республики Казахстан, поскольку в процессе создания норм, регулирующих от-

¹Арыстанбекова А. Объединенные Нации и Казахстан. Алматы: Дайк-Пресс, 2002. С. 35.

ношения между государствами, международная организация может выступать в различных ролях.

Целью некоторых норм, создаваемых международными организациями, является регулирование отношений между государствами. Такие нормы в завершающей фазе правотворческого процесса приобретают характер норм международного права. На основании общих принципов они имеют силу только по отношению к тем государствам, которые выразили на это своё согласие. Конечным выражением такого согласия государств может быть договор или обычай. Международная организация принимает только некоторое участие в начальных фазах процесса создания таких межгосударственных норм.

Государства могут, однако, с самого начала зафиксировать в уставе международной организации своё согласие на то, чтобы именно её органы в том или ином порядке устанавливали обязательные для них правовые нормы.

Некоторые нормы, создаваемые международной организацией, имеют целью регулирование отношений между организацией и государствами. Поскольку в такого рода отношениях международная организация выступает как субъект международного права, в конечной фазе правотворческого процесса нормы, регулирующие такие отношения, также представляют собой нормы международного права.

В процессе создания норм, регулирующих отношения между государствами, международная организация может выступать в различных ролях, соответственно начальным фазам процесса заключения международного договора. Завершающая же фаза правотворческого процесса или придание согласованным нормам обязательной силы межгосударственного договора может явиться только результатом особо выраженной воли отдельных заинтересованных государств¹.

Выработка международных конвенций международной организацией гораздо удобнее, чем традиционный способ созыва с этой целью заинтересо-

¹ Моравецкий В. Функции международной организации. М.: Прогресс, 1976. С.109.

ванными государствами международной конференции. Прежде всего, международная организация лучше ориентирована относительно необходимости заключения соответствующей конвенции. Такая ориентированность является результатом постоянного изучения ситуации в сфере, относящейся к компетенции организации. Консультации между государствами-членами в рамках организации позволяют также хорошо изучить сферу будущего соглашения в политическом плане, выявить общие потребности и соответствие интересов, правильно оценить, насколько проблемы созрели для их решения, а в связи с этим осуществить в подходящее время правильный выбор содержания и пределов действия конвенции, для заключения которой должна быть начата подготовительная работа.

Международная организация располагает также соответствующим механизмом для выработки конвенции. Кроме постоянных межправительственных органов и органов вспомогательных, которые могут быть привлечены организацией для согласования проекта конвенции, существенную роль в выработке проекта ее текста играет секретариат организации. Именно он может обеспечить всестороннее изучение проблематики, выработку необходимой документации, а также профессиональное и систематическое редактирование первоначального текста проекта. Все эти виды деятельности международная организация осуществляет также тогда, когда заключительная фаза процесса требует созыва специальной конференции уполномоченных правительств. Организация, по чьей инициативе созывается такая конференция, обычно также оказывает ей ценные услуги при помощи своих вспомогательных органов и своего секретариата.

Весьма широка сфера договоров, заключаемых организациями в связи с осуществлением ими оперативных функций в области экономической и социальной помощи. Эти договоры заключаются международными организациями с государствами, которым предоставляется такая помощь.

Такого рода договоры обычно имеют юридическую основу в положениях устава организации.

Особый вид договоров — договоры, касающиеся предоставления технической помощи в рамках Программы развития Организации Объединенных Наций — ПРООН. Прежде всего, это договоры общего характера, определяющие условия, на которых предоставляется техническая помощь. Такие договоры заключаются между ПРООН и отдельными государствами. Конкретные договоры относительно условий осуществления определенных планов помощи, предоставляемой отдельным странам, заключаются тремя сторонами: ПРООН, международной организацией, которая берет на себя осуществление плана, и правительством государства, которому помощь предназначена. Такие трехсторонние договоры носят название *оперативных планов*¹.

Договоры о предоставлении технической помощи, заключаемые в системе Организации Объединенных Наций, не «покрываются» Уставом ООН и уставами специализированных учреждений². Способность к их заключению вытекает из потребности юридического регулирования отношений, возникающих при выполнении соответствующих функций. Стало быть, здесь наличествует подразумеваемое правомочие. С точки зрения своего содержания эти договоры, регламентирующие отношения между государствами и международными организациями, выполняющими самостоятельные оперативные функции, не отличаются от договоров, которые в подобных случаях заключают между собой государства и которые регулируются международным правом.

Международные организации заключают договоры, поручающие государственным и частным контрагентам осуществление соответствующих научно-исследовательских проектов. Речь здесь чаще всего идет об оказании помощи в виде субсидирования исследований и о координации таких исследований (МАГАТЭ). Иногда поручения касаются выполнения оперативных

¹Дружков М.П. Заключение многосторонних договоров в рамках и под эгидой международных организаций. Киев, 1986. С. 166.

²Жусупов Э.Б. Правовой статус и деятельность специализированных учреждений ООН. Алматы: Данекер, 2001. С.14.

функций от имени организации. Такой характер носило поручение работ, связанных с очисткой Суэцкого канала после агрессии Израиля, Англии и Франции против Египта в 1956 г. ПРООН также иногда подряжает частные фирмы для осуществления технической помощи. Такого рода договоры, однако, не носят международно-правового характера, потому что один из контрагентов, очевидным образом, не является субъектом международного права, а соответствующие отношения регулируются внутренним правом. Они полностью аналогичны контрактам, заключаемым международной организацией в целях предоставления ей таких услуг, как снабжение резиденции водой, газом, электричеством и т. д.

Казахстаном на данный момент подписан ряд международных договоров об оказании помощи со следующими структурами:

- Международный Научно-Технический Центр;
- ЮНИСЕФ (о вакцинной обеспеченности Республики Казахстан);
- Международный Красный Крест;
- Международный Банк Реконструкции и Развития (займы технической помощи, на поддержку структурных преобразований экономики в республике, развития финансового сектора и сектора предприятия, проект усовершенствования ирригационной и дренажной систем, проект реабилитации Узеньского нефтяного месторождения, проект модернизации казначейской системы Казахстана, пилотный проект по водоснабжению, проект регулирования русла реки Сырдарья и сохранение северной части Аральского моря);
- Исламский Банк Развития (грант относительно ТЭО по автомобильной дороге Караганда – Астана, заем на финансирование Научного Центра хирургии им. Сызганова и Детского реабилитационного центра, проект по улучшению научной и экспериментальной базы Физико-технического института Министерства образования и науки Республики Казахстан, грант по подготовке детального исследования проекта модернизации почтовой отрасли и формирования почтово-сберегательной системы);

- Европейский Банк Реконструкции и Развития (соглашения о кредитах для проекта развития мелких и средних предприятий, проект реконструкции порта «Актау», проект развития автодорожной отрасли);

- Азиатский Банк Развития (соглашения о займах, программа по сельскохозяйственному сектору, проекты восстановления дорог, управления водными ресурсами и восстановления земель).¹

Каждая международная организация заключает договоры относительно своей резиденции с государством, на территории которого находятся ее органы. Чаще всего это касается резиденции постоянного административного органа и места, где обычно происходят сессии постоянных межправительственных органов. Регулирование отношений между организацией и государством, на территории которого должны действовать ее органы, является абсолютно обязательным и вытекает из необходимости обеспечить независимость международной организации и свободу выполнения ею своих функций. Считая это положение очевидным, уставы международных организаций не дают себе даже труда доказывать свое правомочие на заключение подобных договоров.² Это также явно подразумеваемое правомочие. Международные организации заключают также договоры с государствами, на территории которых они размещают резиденции своих региональных бюро и постоянных представительств. Содержание договоров относительно главной резиденции и резиденций региональных или локальных бюро весьма однотипно. Ими регулируются условия свободного доступа, правомочия государства-владельца территории, привилегии и иммунитеты организации и ее персонала. Такого содержания договоры, имеющие целью обеспечить соответствующие условия для выполнения оперативных функций и урегулировать отношения с властями государства-владельца территории, иногда заключаются временно в случае посылки организацией ее специальных миссий (например, миссии

¹ Дипломатическая служба Республики Казахстан / Под общей редакцией К.К.Токаева. Алматы: Дом печати «Эдельвейс», 2004. С.82.

² Ганюшкин Б.В. Дипломатическое право международных организаций. М., 1972. С. 89.

наблюдателей, комиссии по расследованию, примирительной комиссии, инспекционно-контрольных органов и т. д.) на территорию определенного государства. Вопросы, подлежащие урегулированию при помощи договоров, касающихся постоянного или временного пребывания органов международной организации на территории государства, как правило, составляют объект международного права. Они касаются ситуаций, в значительной мере аналогичных, например, случаям пребывания и выполнения функций органов одного государства на территории другого государства.

В октябре 1992 года в целях интеграции мировой процесс борьбы с организованной преступностью на 61-сессии Генеральной Ассамблеи Интерпола в Дакаре (Сенегал, Северная Африка) Республика Казахстан вступила в Международную Организацию Уголовной Полиции (Интерпол)¹.

В связи с вступлением Казахстана в международную организацию уголовной полиции Кабинет Министров РК постановил Министерству Финансов РК выделить Министерству Внутренних Дел РК из Республиканского валютного фонда валютные средства в размере 69200 швейцарских франков для уплаты вступительного взноса и 51900 швейцарских франков для уплаты членского взноса за 1992 год.

Национальное Центральное Бюро Интерпола в Республике Казахстан (НЦБ РК) является структурным подразделением Министерства Внутренних Дел РК. НЦБ является самостоятельным структурным подразделением центрального аппарата МВД РК (на правах управления). Личный состав НЦБ проходит службу в соответствии с положением о прохождении службы лицами рядового и начальствующего состава органов внутренних дел РК.

Бюро возглавляет начальник, имеющий заместителя, которые назначаются на должность и освобождаются от должности Министром внутренних дел. НЦБ руководствуется в своей деятельности Конституцией Республики Казахстан, Законом «Об органах внутренних дел Республики Казахстан», другими законами и иными нормативно-правовыми актами, международны-

¹ Карикболов Б.С. Интерпол в Казахстане.// Мысль. 1994. № 12. С. 36.

ми договорами, участником которых является Республика Казахстан, Уставом Международной Организации Уголовной Полиции, а также Положением «О Национальном Центральном Бюро Интерпола в РК». Здесь необходимо отметить, что в законодательстве РК не решен вопрос правового статуса международных должностных лиц и представителей РК в международных организациях. Венская Конвенция 1975 г. «О представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера» не ратифицирована. Такая ратификация между тем могла бы значительно упростить решение целого ряда вопросов, связанных, в частности, с участием в подготовке и подписании международных договоров, подготавливаемых и разрабатываемых международными организациями.

В целом, можно констатировать, что процесс формирования договорно-правовой базы Республики Казахстан с международными организациями находится в постоянном развитии, и это является одним из залогов нормальной жизнедеятельности суверенного государства, опирающегося на прочный фундамент международного права.

С.Б. Аникин

Совместное ведение Российской Федерации и её субъектов в системе государственного управления*

Институционализация федеративной формы государственно-территориального устройства современной России, предполагает необходимость формирования и нормативного закрепления соответствующей системы государственного управления делами общества. Особенностью этой системы является наличие в ней двух субъектов государственного управления – Российской Федерации в лице органов государственной власти федерального уровня и субъектов федерации в лице региональных органов государственной власти. Субъекты федерации через сформированные ими на основе действующего законодательства органы государственной власти осуществляют

* Исследование проведено при финансовой поддержке РГНФ (проект №08-03-00418а).

государственное управление на своей территории, а также внешнеэкономическую деятельность.

Федеративное государственно-территориальное устройство ставит перед государственным управлением в целом и перед каждой ветвью власти в отдельности в качестве обязательного условия двуединую задачу. Во-первых, необходимость обеспечения организации государственного управления, соответствующего конституционным целям и задачам в объеме всей федерации. Во-вторых, эта задача подразумевает создание объективных условий для формирования таких основ государственного управления в субъектах федерации, которые бы выражали и интересы федерации и учитывали экономические, географические, социальные, демографические и т.п. особенности каждого субъекта федерации. Представляется, что, прежде всего, исходя из этого и надо исходить, анализируя место и роль совместного ведения в системе государственного управления в Российской Федерации.

Принцип разделения властей, лежащий в основе организации государственной власти в Российской Федерации, предусматривает организационное оформление и функционирование представительной, исполнительной и законодательной ветвей власти, как на уровне федерации, так и в субъектах федерации (ст.ст. 10, 77 Конституции РФ). В целом можно согласиться с выводом о том, что исполнительная власть как подсистема единой государственной власти осуществляет функции, присущие всем ветвям государственной власти, используя при этом специфические для данной ветви власти формы и методы реализации¹.

Однако необходимо уточнение следующего характера. Очевидно, что все ветви государственной власти в системе государственного управления осуществляют единую глобальную функцию – управление делами общества. Государство при этом выступает как единый субъект управления, воздейст-

¹ См.: Асланян Р.Р. Конституционная система исполнительной власти в Российской Федерации. Дисс. ... к.ю.н. Саратов. 2005. С.52.

вующий на объекты управления через органы власти, наделяя их соответствующими полномочиями и компетенцией¹.

При этом каждая из ветвей власти в системе государственного управления выполняет определенную совокупность управленческих функций, присущих и характерных именно для этой ветви власти. Именно функциональные характеристики каждой из ветвей власти, позволяют идентифицировать ветви власти в качестве относительно самостоятельных. Так, для законодательной и судебной ветвей власти в качестве таких идентифицирующих их функций выступают соответственно законотворчество и правосудие.

В административно-правовой научной литературе, посвященной исследованию проблем функционирования исполнительной власти в новейших условиях, обоснованно подчеркивается, что единого понимания системы исполнительной власти в практике и законодательстве Российской Федерации на сегодняшний день не сложилось².

Закрепление в Основном Законе Российской Федерации 1993 года новых, современных государственно-правовых реалий, особенно введение понятия единой системы исполнительной власти³, наряду с разграничением полномочий между федерацией и субъектами федерации с одной стороны и закрепления предмета совместного ведения с другой ставят перед учеными-юристами задачу догматического обоснования места и роли каждого из элементов исполнительной власти в единой системе государственного управления.

В федеративных государствах организация функций исполнительной власти имеет не меньшее значение, чем распределение полномочий законодательного характера. Данная организация включает два аспекта: распределение исполнительных функций и способы сотрудничества между федераль-

¹ См.: Пикулькин А.В. Система государственного управления: Учебн. М., 2007. С.37.

² См.: Исполнительная власть в России. История и современность, проблемы и перспективы развития. М.: Новая правовая культура. 2004. С.36.

³ См.: Милушева Т.В. Исполнительная власть как форма реализации права: Автореф. дисс. ... к.ю.н. Саратов, 2001. С.4.

ными и региональными органами исполнительной власти при осуществлении ими своих функций¹. Таким образом, эффективность, результативность, плодотворность государственного управления в федеративном государстве находится в прямой зависимости с одной стороны, от деятельности каждого из субъектов управления, в границах их собственных полномочий. А с другой стороны качество управления такого рода находится в непосредственной зависимости от согласованности приложения и сложения совместных управленческих усилий указанными субъектами.

В настоящее время при исследовании механизма реализации совместного ведения РФ и ее субъектов учеными-юристами основной акцент делается на разграничение полномочий Российской Федерации и субъектов РФ. В частности, учеными - государствоведами обосновывается вывод о том, что «совместное ведение» предусматривает разделение государственной власти между федерацией и субъектами в определенных отраслях и сферах государственного управления и в качестве юридического инструментария такого рода разделения выступает принцип «конкуренции», разделение сфер творчества, разграничение компетенции, согласование законодательства и др. И ключевым вопросом юридического анализа предметов совместного ведения является их детализация через разграничение конкретных властных рычагов между Федерацией и ее субъектами².

В значительной степени такое юридическое содержание разграничительного характера, совместное ведение несет в себе изначально. Институт совместного ведения, как ни один другой государственно-правовой институт, зеркально отражает в себе те противоречия, которые сопровождали подготовку проекта Конституции РФ 1993 года. Об этом упоминается и указывается в юридической литературе³.

¹ См.: Ж. Марку Распределение властных полномочий в Российской Федерации в свете существующей практики федеративных государств - членов Совета Европы. // Журнал российского права. 2002. № 9. № 10.

² См., например: Умнова И.А. Конституционные основы современного российского федерализма: Учеб. практ. пособие. М., 1998. С.187.

³ Шахрай С. Актуальные проблемы российского федерализма // Власть. №8. 1995. С.8.

Известно, что «Федеративный договор», заложивший юридическую основу совместного ведения РФ и субъектов РФ фактически объединил в себе три акта:

1) Договор о разграничении предметов ведения и полномочий между федеральными органами государственной власти Российской Федерации и органами власти суверенных республик в составе Российской Федерации;

2) Договор о разграничении предметов ведения и полномочий между федеральными органами государственной власти Российской Федерации и органами власти краев, областей, городов Москвы и Санкт-Петербурга Российской Федерации;

3) Договор о разграничении предметов ведения и полномочий между федеральными органами государственной власти Российской Федерации и органами власти автономной области, автономных округов в составе Российской Федерации¹.

Непоследовательность в принятии и подписании Федеративного Договора проявилась и в том, что первоначально Федеральный Договор о разграничении полномочий был подписан с республиками в составе Российской Федерации, а за тем и с органами власти краев, областей, городов Москвы и Санкт-Петербурга, автономной области, автономных округов в составе Российской Федерации. Что, в общем, оправдано вызвало определенное недоумение в среде научной общественности².

Противоречивость в понимании совместного ведения изначально вытекала из положений, заложенных в Федеративном Договоре, который определяя предметы совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов, фактически разграничивал эти полномочия.

¹ См.: Ильинский И.П., Крылов Б.С., Михалева Н.А. Новое федеративное устройство России // Государство и право. 1992. № 11. С.29; Становление новой государственности России: Федеративный договор. // Государство и право. 1992. №7. С.3-19.

² См., например: Козлов Ю.М. Исполнительная власть: региональный уровень. // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 1993. №1. С.17.

Представляется, что теоретическо-правовая конструкция такого рода, базирующаяся исключительно на сегментированности полномочий субъектов правового регулирования при реализации единого предмета совместного ведения не позволяет учитывать целую совокупность позитивных аспектов данного юридического феномена. Таковыми являются, например, объединение материальных, нормотворческих, организационных и других усилий для решения тех или иных вопросов, отнесенных к совместному ведению.

По нашему мнению, «совместное ведение» как государственно-правовая категория, в первую очередь, несет в себе нагрузку позитивно-правового, объединительного содержания. Генеральная цель совместного ведения как государственно-правового института единой системы государственного управления делами общества – объединение кадровых, интеллектуальных, духовных, экономических и других государственно-управленческих ресурсов на основе права в целях регулирования общественных отношений во всех сферах и отраслях социальной жизни, объединенных этой категорией, как на всей территории России, так и на территории каждого отдельно взятого субъекта РФ с учетом его особенностей.

Такой вывод можно сделать, проанализировав международно-правовую практику федеративного строительства (например Швейцария, ФРГ)¹, которая в отличие от российского опыта подходит к решению проблемы реализации вопросов отнесенных к совместному ведению федерации и союзных государств диаметрально противоположным способом. Во-первых, конституции федеративных государств не закрепляют в своем содержании в качестве основополагающего принципа построения внутри федеративных взаимоотношений – разграничение полномочий между федерацией и ее субъектами. Во-вторых, конституции зарубежных государств переносят центр тяжести в реализации предмета совместного ведения на позитивное взаимодействие, на объединение управленческих усилий федерации и ее

¹ См.: Конституция Швейцарии (Швейцарской Конфедерации) от 18 апреля 1999 г., Основной закон Федеративной Республики Германия от 23 мая 1949 г., // http://www.constitution.garant.ru/DOC_3864861.htm (2008. 10.сентября).

субъектов по этим вопросам. При этом каждое федеративное государство выстраивает свои собственные, уникальные взаимоотношения такого рода.

В связи с изложенным, представляется, что анализируя содержательную сторону предметов совместного ведения путем детализации элементов механизма разграничения полномочий федерации РФ и ее субъектов мы исследуем только одну из сторон этого явления. При этом за пределами научного анализа остается не менее важная, а возможно и главная (основная) грань совместного ведения – принципы и формы объединения и концентрации совместных усилий федерации и субъектов для реализации в полном объеме всего предмета совместного ведения. Нельзя не учитывать одну важную особенность совместного ведения в современном виде, которая заключается в том, что на одном правовом поле, по одному и тому же предмету осуществляют правовое регулирование одновременно два субъекта – Российская Федерация и субъект РФ. Это говорит о том, что совместный предмет ведения для его практического осуществления требует единых, общих организационных усилий обеих сторон¹.

Конституция РФ и федеральное законодательство содержит значительный объем нормативного материала, позволяющего говорить об основных направлениях объединения сил обоих субъектов правового регулирования – федерации и субъектов в этой сфере государственного управления. В первую очередь речь идет о конституционных нормах-принципах:

Во-первых, в соответствии с ч.ч. 2, 3, 5 ст.76 Конституции РФ совместное ведение выступает основой единого правового пространства в Российской Федерации.

Во-вторых, часть 2 ст.77 Конституции РФ закрепляет совместное ведение в качестве фундамента целостности системы исполнительной власти в Российской Федерации.

¹ См.: Манохин В.М. Организация правотворческой деятельности в субъектах Российской Федерации. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО СГАП, 2002. С.27.

В-третьих, федеральные органы исполнительной власти и органы исполнительной власти субъектов РФ по взаимному соглашению вправе делегировать частично друг другу осуществление полномочий, если это не противоречит Конституции РФ и федеральным законам (ч.ч.2, 3 ст. 78 Конституции РФ).

В-четвертых, в соответствии с ч.1 ст.85 Конституции РФ Президент РФ наделяется правом использования согласительных процедур для разрешения разногласий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации, а также между органами государственной власти субъектов Российской Федерации. Часть 2 данной конституционной нормы наделяют Президента РФ правом приостанавливать действие актов органов исполнительной власти субъектов РФ в случае их противоречия их Основному Закону, федеральным законам, международным обязательствам России или нарушения прав и свобод человека и гражданина до решения этого вопроса соответствующим судом.

В-пятых, Правительство РФ обеспечивает проведение в Российской Федерации единой государственной политики в области культуры, науки, образования, здравоохранения, социального обеспечения, экологии (п. “в” ст.114 Конституции РФ), осуществляет меры по обеспечению законности, прав и свобод граждан, охране собственности и общественного порядка, борьбе с преступностью (п. “е” ст.114 Конституции РФ). Перечень полномочий Правительства РФ указанный в ст.114 Конституции РФ является открытым, в том числе и по вопросам реализации предмета совместного ведения РФ и ее субъектов.

Полномочия Правительства РФ по вопросам реализации предмета совместного ведения в отраслях и сферах правового регулирования детализируются в нормах Федерального Конституционного Закона «О Правительстве Российской Федерации»¹(ст.ст. 16, 17, 18, 19).

¹См.: О Правительстве Российской Федерации: Федер. конст. закон от 17 дек. 1997 г. № 2-ФКЗ, в ред. Федер. законов от 31 дек. 1997 г. № 3-ФКЗ, от 19 июня 2004 г. № 4-ФКЗ, от 3

Федеральный Конституционный Закон «О Правительстве Российской Федерации» делая акцент, вслед за Конституцией РФ, на том, что по предмету совместного ведения РФ и субъектов РФ составляет основу единства системы исполнительной власти в Российской Федерации, закрепляет административные правовые методы объединения усилий субъектов управления для достижения целей совместного ведения.

Правительство РФ в соответствии со ст. ст.43, 44 ФКЗ «О Правительстве РФ»:

- координирует деятельность органов исполнительной власти субъектов РФ по реализации предмета совместного ведения для обеспечения сочетания федеративных и региональных интересов;

- рассматривает предложения органов государственной власти субъектов Российской Федерации по предметам совместного ведения и сообщает указанным органам о результатах рассмотрения внесенных предложений;

- согласовывает нормотворческую деятельность по вопросам совместного ведения РФ и ее субъектов;

- контролирует деятельность органов исполнительной власти субъектов РФ по предметам совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов;

- разрешает споры и устраняет разногласия между федеральными органами исполнительной власти и органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации. Для разрешения споров и устранения разногласий создаются согласительные комиссии из представителей заинтересованных сторон;

- вносит предложения Президенту Российской Федерации о приостановлении действия актов органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации в случае их противоречия Конституции Российской Федерации, федеральным конституционным законам, федеральным законам, меж-

ноябр. 2004 г. № 6-ФКЗ, от 1 июня 2005 г. № 4-ФКЗ, от 30 янв. 2007 г. № 1-ФКЗ, от 2 марта 2007 г. № 3-ФКЗ // СЗ РФ. 1998. № 1. Ст. 1; 2004. № 25. Ст. 2478; 2004. № 45. Ст. 4376; 2005. № 23. Ст. 2197; 2007. № 6. Ст. 680; 2007. № 10. Ст.1147.

дународным обязательствам Российской Федерации или нарушения прав и свобод человека и гражданина.

Таким образом, совместное ведение федерации и субъектов РФ, закрепленное ст.72 Конституции РФ занимает особое место в системе государственного управления в Российской Федерации. Это опосредуется тем, что совместное ведение в системе государственного управления выступает в качестве многофункциональной, системообразующей категории. Совместное ведение не только аккумулирует интересы федерации и ее субъектов в единое целое на основе позитивного сотрудничества, но и содержит набор инструментария, необходимого для обеспечения осуществления и реализации всего комплекса государственных функций федерального и регионального уровней.

Анализ Конституции РФ и федерального законодательства, показывает, что именно совместное ведение РФ и ее субъектов выступает центральным государственно-правовым институтом в системе государственного управления, обеспечивающим единство федеративно-территориального устройства России в сочетании с особенностями политического, экономического и социально-культурного развития каждого субъектов РФ.

А.В. Бадин

Соотношение понятий «административная юстиция» и «административный процесс»

Одной из актуальных проблем отечественной юридической науки является проблема существования административного процесса, определение его границ и объема, а также становления и развития в рамках административного процесса административной юстиции. Соотношение этих понятий давно вызывает многочисленные споры среди ученых-юристов.

Следует отметить, что разброс мнений по поводу понятия «административная юстиция» настолько велик, что говорить о едином подходе сегодня не приходится.

Например, Н. Г. Салищева определяет понятие административная юстиция с точки зрения ее контролируемых возможностей, как внешний контроль за действиями административных органов и их должностных лиц по отношению к гражданам¹.

Д. М. Чечот еще в 1970-е годы считал административную юстицию порядком рассмотрения и разрешения в судебной процессуальной форме споров в сфере административного управления, возникающих между гражданами или юридическими лицами, с одной стороны, и административными органами – с другой².

Н. Ю. Хаманева полагает, что создание полноценного института административной юстиции невозможно без процессуального обеспечения деятельности ее органов, также обосновывается необходимость установления законодательного порядка процедуры³.

Д. Н. Бахрах считает, что административная юстиция – это прямой судебный контроль за действиями (бездействием) субъектов публичной власти (правотворчеством и правоприменением)⁴.

А. В. Минашкин также пишет, что форма судопроизводства представляет собой процедуру осуществления судебной деятельности в конкретном деле⁵.

Большинство исследователей включает в содержание административной юстиции деятельность судов общей юрисдикции по рассмотрению административных споров. Например, В. В. Сажина пишет о слиянии двух близких, но не идентичных понятий: административная юстиция и правосудие по

¹Смирнова Е. В. приводит точку зрения Н. Г. Салищевой в работе: Смирнова Е. В. Становление и развитие административной юстиции в Российской Федерации: Дисс. ...канд. юрид. наук. М., 2007. С. 16.

² Чечот Д. М. Административная юстиция (теоретические проблемы). Л.: Изд-во ЛГУ, 1973. С. 26-65.

³Хаманева, Н. Ю. Административный процесс и административная юстиция // Юрист. 2003. № 6. С. 59 – 60.

⁴ Бахрах, Д. Н. Административное судопроизводство, административная юстиция и административный процесс // Государство и право. 2005. № 2. С. 19 – 25.

⁵ Минашкин, А. В. Формирование принципов административного судопроизводства // Арбитражный и гражданский процесс. 2005. № 2. С. 37 – 42.

административным делам, различным по способам реализации гражданином права на рассмотрение административной жалобы¹.

Как отмечает Е. В. Смирнова, «другой теоретической проблемой, не нашедшей единодушного решения среди административистов, но важной для выявления сущности самой административной юстиции, является соотношение понятий «административной юстиции» с такими понятиями как «административная юрисдикция» и «административно-юрисдикционный процесс».

«Административная юрисдикция» и «административно-юрисдикционный процесс» включаются многими исследователями в структуру административного процесса². По нашему мнению, для исследования понятия и сущности института административной юстиции возникает необходимость обратиться к пониманию такого понятия как «административный процесс», его соотношение с понятием «административной юстиции».

Интересным представляется тот факт, что во многих зарубежных странах административная юстиция является частью административного процесса. Например, административно-процессуальное право Германии включает в себя Закон об административном производстве, Закон об административно-судебном процессе, также Закон об административных сборах и некоторые другие³.

Необходимо отметить, что научные разработки концепции административного процесса начались еще в 1960-е годы, но единого подхода так и не выработано.

¹ Сажина В. В. Административная юстиция Великобритании: Дисс. ...канд. юрид. наук. М. 1984. С. 39.

² См.: Сорокин В. Д. Избранные труды. Предисл. докт. юрид. наук, проф., заслуженный деятель науки РФ Д. Н. Бахрах; докт. юрид. наук, проф. В. В. Денисенко. СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. 1086 с.; Панова И. В. Административно-процессуальное право России. 2-е изд., пересмотр. и доп. М.: Норма, 2007.

³ Административно-процессуальное право Германии = *Verwaltungsrechtsschutz in Deutschland*: Закон об административном производстве; Закон об административно-судебном процессе; Законодательство об исполнении административных решений: пер. с нем. / [В. Бергман, введ., сост.]. М.: Волтерс Клувер, 2007. 288 с. (Серия «Германские и европейские законы»; Кн. 4). Парал. тит. л. нем. ISBN 5-466-00226-7 (в пер.).

Как отмечает Ю. М. Козлов: «Под административным процессом в широком смысле слова понимается процесс самой исполнительно-распорядительной деятельности органов государственного управления, то есть процессуальные формы ее осуществления. Под административным процессом в узком смысле слова понимается деятельность органов государственного управления по рассмотрению индивидуальных дел, отнесенных к их компетенции, деятельность по применению материальных административно-правовых норм к конкретным (индивидуальным) делам»¹.

Ю. Н. Стариков в своей статье пишет: «Административная реформа: способствует ли она совершенствованию административно-правового регулирования?» он утверждает, что юридический процесс – это процессуальная форма функционирования судебной власти².

Исходя, из выше сказанного, можно сделать вывод о том, что существуют два концептуальных подхода к определению понятия административного процесса: «юрисдикционный» и «управленческий».

Первая концепция заключается в том, что под административным процессом следует понимать деятельность по применению мер административного принуждения, то есть урегулированный правом порядок юрисдикционной деятельности при рассмотрении индивидуальных дел. Это так называемое узкое толкование сущности административного процесса.

Вторая концепция заключается в том, что административный процесс, помимо отношений по осуществлению принуждения, включают также отношения положительного управленческого характера, которые возникают при применении регулятивных норм материального права, то есть административный процесс не ограничивается рамками только принудительных юрисдикционных действий и мероприятий, а включает в себя также неюрисдикционные мероприятия. Подобную позицию занимают многие ученые-

¹ Козлов, Ю. М. Предмет советского административного права. М., 1967. С. 86.

² Административное и административно-процессуальное право. Актуальные проблемы. М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2004. С. 57 – 58.

административисты, такие как В. Д. Сорокин¹, И. Ш. Килясханов², И. В. Панова³. На наш взгляд, в таком широком понимании административный процесс отождествляется с управленческой деятельностью.

Например, П. И. Кононов обобщил имеющиеся в литературе подходы к пониманию административного процесса как юрисдикционной деятельности органов государственного управления и, отмечает наиболее существенные постулаты этой концепции:

1. В рамках административного процесса осуществляется применение не регулятивных, а охранительных норм, определяющих меры государственной защиты нарушенных прав и свобод граждан, законных интересов организаций, а также соответствующие меры государственного принуждения.

2. Содержание административного процесса по аналогии с гражданским и уголовным образуют следующие виды деятельности в сфере государственного управления:

а) рассмотрение споров, возникающих между участниками административных правоотношений;

б) рассмотрение жалоб граждан и организаций в административном порядке;

в) рассмотрение дел о применении мер административного принуждения, в том числе административных взысканий.

Указанные виды деятельности, составляющие содержание административного процесса, осуществляются, как правило, органами государственного управления (исполнительной власти), а в случаях, предусмотренных законодательством, – судами (судьями).

¹ Сорокин, В. Д. Избранные труды. Предисл. докт. юрид. наук, проф., заслуженный деятель науки РФ Д. Н. Бахрах; докт. юрид. наук, проф. В. В. Денисенко. СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. С. 558-559.

² Административно-процессуальное право: курс лекций / Под ред. проф. И. Ш. Килясханова. М.: ЮНИТИ – ДАНА, Закон и право, 2004. С. 16.

³ Панова И.В. Административно-процессуальное право России. 2-е изд., пересмотр. и доп. М.: Норма, 2007.

3. Иные виды деятельности, осуществляемые органами государственного управления, в частности внутриаппаратная, а также внешневластная деятельность по разрешению индивидуальных дел, не связанных с применением мер административного принуждения (о предоставлении жилой площади, об отводе земли, о приеме в учебные заведения и т. п.), не являются административным процессом. Каждый из этих видов деятельности по разрешению органами государственного управления индивидуальных юридических дел как внутреннего, так и внешнего характера обозначается понятием «административное производство».

4. Административные производства в отличие от административного процесса регулируются не административно-процессуальными нормами, а так называемыми организационными нормами, которые являются разновидностью материальных норм административного права ¹.

По нашему мнению, именно позиция П. И. Кононова наиболее верно отражает понятие и сущность административного процесса, в рамках которого, как раз и осуществляется применение охранительных норм, определяющих меры государственной защиты нарушенных прав и свобод граждан, законных интересов организаций. Характер деятельности органов публичной власти порождает необходимость контроля не только со стороны представительных органов, но и со стороны судебных органов. Это определяет сущность административной юстиции и ее соотношение с административным процессом, так как обеспечение законности в деятельности органов исполнительной власти является той основой, на которой строится любое правовое государство.

Таким образом, существование административного процесса в России напрямую связано с развитием института административной юстиции, призванного обеспечить законность в деятельности органов публичной власти.

¹ Кононов П.И. Административно-процессуальное законодательство и проблемы кодификации: Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2001. С. 16 – 17.

Поэтому только с появлением в России органов административной юстиции завершится формирование административного процесса.

С.Р. Бекишева

**Обеспечение прав и свобод личности как показатель
эффективности правовой системы
(на материалах Республики Дагестан)**

С принятием Конституции РФ 1993 г., предоставившей субъектам РФ право осуществлять в пределах своего ведения собственное правовое регулирование, возможность иметь свою Конституцию (устав) и иное законодательство, самостоятельно устанавливать систему органов государственной власти, в нашей стране активно осуществляется политико-правовая деятельность, основанная на двухуровневом построении правовой системы России и предусматривающая существование наряду с федеральной также и правовых систем субъектов Федерации.

Республика Дагестан как один из субъектов РФ также осуществляет деятельность по формированию своей правовой системы с учетом требований общероссийского правового пространства и региональных особенностей. Это выразилось, прежде всего, в разработке и принятии в 1994 и 2003 годах конституций республики, определяющих правовые основы современной дагестанской государственности и ее правовой системы. При этом основными задачами правовой системы общества выступают обеспечение безопасности, стабильности и порядка в обществе, реализация и защита закрепленных в федеральном и республиканском законодательстве прав и свобод личности. Процессы, направленные на решение этих задач, характеризуют правовую систему с новой стороны, показывают ее социальную ценность, полезность и необходимость.

Одной из приоритетных задач правовой системы является закрепление и обеспечение реализации прав и свобод индивида, их надлежащая охрана и защита. Права и свободы личности выступают также элементами правовой системы, выражают ее подлинную сущность, демонстрируют ее преимуще-

ства или недостатки. От того, насколько основные права и свободы выражают фактическое и юридическое положение личности в обществе, каковы социальные возможности данного социального строя, зависит показатель зрелости данного общества, эффективность его правовой системы.

Права и свободы личности могут стать реальными только при наличии эффективного юридического механизма реализации прав человека. Эффективность этого механизма обеспечивается прежде всего наличием материальных и организационных предпосылок: использованием методов прокурорского надзора, деятельностью органов исполнительной власти и т.д.

В последние годы в Республике Дагестан наблюдается усиление роли прокуратуры в обеспечении реализации и охраны прав и свобод личности. Одним из важнейших направлений деятельности прокуратуры является надзор за соблюдением прав и свобод человека и гражданина. В деятельности органов прокуратуры республики в настоящее время должное внимание придается работе по рассмотрению обращений и приему граждан. Проведенный в последние годы прокуратурой РД комплекс мероприятий на устранение недостатков способствовал более качественному разрешению обращений граждан в органах прокуратуры республики, активизации прокурорского надзора, устранению фактов волокиты и формального подхода к разрешению обращений. Анализ работы органов прокуратуры показывает, что произошли изменения в сторону улучшения работы с обращениями граждан Российской Федерации, должностных и иных лиц. Данные статистических отчетов свидетельствуют о том, что в 2007 г. в целом, как и в прошлые годы, намечается тенденция роста количества поступивших и разрешенных органами прокуратуры республики обращений.

Так, в 2007г. в органы прокуратуры республики поступило 12284 обращений. Из них непосредственно органами прокуратуры республики разрешено 7418 обращений или 60,4%. Из общего количества поступивших и рассмотренных органами прокуратуры республики обращений 4091 обращение или 33,3 % направлено в другие ведомства на разрешение, 682 или 5,5 %

приобщены к уголовным делам и 93 обращения или 0,75 % оставлены без разрешения и уведомления. Всего по удовлетворенным жалобам органами прокуратуры республики принесен 151 протест, внесено 296 представлений, объявлено 77 предостережений и направлено 184 исков (заявлений) в суд, т. е. внесено всего 708 актов прокурорского реагирования. Изложенное свидетельствует об активной деятельности прокурорских работников республики по защите прав и интересов граждан и по восстановлению законности и справедливости.

По своему характеру подавляющая часть обращений граждан в прокуратуру касается вопросов надзора за исполнением законов и законностью правовых актов, а также надзора за предварительным следствием и дознанием. По вопросам надзора за исполнением законов и законностью правовых актов разрешено 3333 обращений, что составляет 45% от общего числа разрешенных. Из них удовлетворено 944 или 28,3%. Чаще всего граждане обращались по вопросам о нарушениях земельного законодательства – 662, из них удовлетворено 167; трудового законодательства – 517 обращений, удовлетворено 242; жилищного законодательства – 285, удовлетворено 61; об исполнительном производстве – 192, удовлетворено 56; пенсионного законодательства – 178, удовлетворено 54 и т. д.

Увеличение количества обращений данной категории, в том числе удовлетворенных, объясняется, с одной стороны, имеющимися проблемами социально-экономического развития, недостатками правоприменительной деятельности компетентных государственных органов, нарушениями конституционных прав граждан, а с другой стороны, этот показатель отражает правозащитную роль органов прокуратуры и свидетельствует об активной деятельности прокуроров по защите прав и свобод граждан.

Если раньше представители правоохранительных органов предпочитали не предавать гласности факты применения физического и психологического насилия при расследовании уголовных дел (например, в 2004 году органами прокуратуры республики было рассмотрено 66 жалоб на применение

незаконных методов расследования, из них удовлетворено только 4 жалобы), то в последние годы ситуация меняется. В 2007 г. по сравнению с данными за 2006 г. выросло число обращений по вопросам следствия и дознания на 855 или на 35% и составляет 44,4 % от общего числа разрешенных обращений (38,7% в 2006 г.). В 2007 г. жалоб этой категории разрешено 3294 против 2439 в 2006 г. Из них в 2007 г. удовлетворено 853 или 25,9%, против 557 или 22,8 % удовлетворенных в 2006 г.

Чаще всего граждане обращаются по делам и материалам следователей МВД – 1162 обращений, из них удовлетворено 341 или 29,3% (27% удовлетворенных в 2006г.); органов дознания МВД – 1055 обращений, из них удовлетворено 262 или 24,8% (23% удовлетворенных в 2006г.); следователей прокуратуры – 761 обращения, из которых удовлетворено 211 или 27,7% (22% в 2006г.); прокуроров и их заместителей – 214 обращения, удовлетворено 29 или 13,5% (11% в 2006г.).

Увеличение числа обоснованных обращений этой категории свидетельствует о росте нарушений закона при расследовании уголовных дел и при рассмотрении материалов доследственной проверки, а также об отсутствии должного ведомственного контроля и прокурорского надзора в этом направлении деятельности. В целях улучшения ситуации необходимо принятие организационно-практических мер по усилению контроля и надзора за процессуальной деятельностью органов следствия и дознания.

В 2007 г. органами прокуратуры республики разрешено также 301 обращение по вопросам законности и обоснованности судебных постановлений по уголовным делам (из них удовлетворено 17 или 5,6%), разрешено 218 обращений по вопросам законности и обоснованности судебных постановлений по гражданским делам (удовлетворено 12 или 5,5%), по вопросам реабилитации разрешено 124 обращений (удовлетворено 66 или 53,2%), 77 обращений разрешено по вопросам надзора за соблюдением законности при исполнении уголовных наказаний (удовлетворено 16 или 20,7%).

Таковыми параметрами, как поддержание конституционных общественных отношений, законность и правопорядок, защищенность личности и общества в целом во взаимоотношениях с государством, можно охарактеризовать стабильно развивающуюся, устойчивую и четко функционирующую правовую систему. Она может оказывать мощное организующее и стабилизирующее воздействие на общественную жизнь, протекающие в ней социальные процессы. Поэтому от решения задач правовой системы прямо зависит успех проводимой в стране политики, утверждение идеи приоритета прав и свобод человека.

И.Н. Богатырева

Понятие и правовое значение современного российского нотариата

С развитием в нашей стране социально-экономических отношений, появлением различных форм собственности деятельность нотариата стала особенно актуальна. В советское время нотариат являлся частью государственного *механизма*. Сегодня нотариус – это человек свободной профессии с определенным годовым доходом. Это в свою очередь вызвало волну интереса к нотариату. В связи с этим появилось огромное количество научных работ, различных учебных пособий по нотариату, высказаны различные мнения по проблемам нотариата, но единого подхода так и не выработано. Попытаемся внести некоторую ясность в изучение данного вопроса, проанализировать различные мнения и взгляды на институт российского нотариата.

Следует отметить, что данная область, несмотря на количество вышедших работ, мало исследована. К сожалению, большинство авторов лишь переписывают точки зрения других ученых, не делая при этом никаких ссылок¹.

¹ См.: Денисова Н. Э. Нотариат в Российской Федерации: Учебник. М.: Проспект. 2003. С. 5.; Полтавская Н. А. Нотариат: курс лекций (Б-ка Высшей школы). М.: Омега-Л. 2004. С. 3-4.

Приведем позицию, наиболее часто встречающуюся в научной литературе. Так, термин «нотариат»¹ многозначен и обозначает одновременно, во-первых, систему органов и должностных лиц (нотариусов и иных лиц, имеющих право выполнения нотариальных функций), наделенных в соответствии с законом правом совершения нотариальных действий; во-вторых, отрасль законодательства, нормами которой регулируется нотариальная деятельность; в-третьих, учебный курс, предметом которого является изучение вопросов нотариального производства и деятельности его участников в нотариальной сфере².

Н. А. Полтавская полагает, что «нотариат в России представляет собой систему органов юстиции, а также должностных лиц, которым в соответствии с Основами законодательства РФ о нотариате предоставлено право совершать нотариальные действия»³.

По мнению Е. Г. Комиссаровой, нотариат является частью правоохранительной системы, которой в структуре правоприменительного механизма отведено место звена, призванного к публичному удостоверению юридических фактов и обеспечению содействия адресатам частноправовых норм в осуществлении (использовании, исполнении и соблюдении) их предписаний⁴.

Среди правоохранительных органов нашей страны действительно немаловажное значение принадлежит государственному нотариату. Но совершать нотариальные действия имеют право не только государственные нотариальные конторы и нотариусы, занимающиеся частной практикой, но и, в случае отсутствия в поселении нотариуса право совершать нотариальные действия имеют глава местной администрации поселения и специально упол-

¹ Нотариат – от лат. «Notarius» («писец», «секретарь»).

² Настольная книга нотариуса: Справ.-метод. пособие: В 2-х т. Т. 1. М.: БЕК. 2000. Гл. 1, §1, п. 1.

³ Полтавская Н. А. Нотариат: курс лекций (Б-ка Высшей школы). М.: Омега-Л, 2004. С. 11.

⁴ Комиссарова Е. Г. Правовое значение и роль нотариальной практики // Нотариальный вестник. 2007. № 9. С. 17-21.

номоченное должностное лицо местного самоуправления поселения, также нотариальные действия от имени Российской Федерации на территории других государств совершают должностные лица консульских учреждений Российской Федерации, уполномоченные на совершение этих действий¹.

Например, О. В. Ахрамеева и С. О. Звонок пишут, что «...современный нотариат, пройдя длительное эволюционное развитие, имеет все основания для того, чтобы выступать в российском обществе как система органов, с помощью которых граждане принимают участие в жизни общества; в органах нотариата каждому дееспособному члену общества предоставляется возможность избрать нравственный императив и облечь его в правовую форму, что определяет, в свою очередь, нотариальное законодательство как один из основных и значимых институтов в современном российском гражданском законодательстве»².

Как пишет И. В. Москаленко: «Предмет деятельности нотариата во всем мире – оборот частных прав в широком смысле. Но в этой необъятной и неоднородной среде нотариату отводится роль по выполнению юридической поддержки, помощи, юридических услуг, результатом которых выступают определенность, достоверность, бесспорность и бесповоротность, добросовестность и законность совершаемых частноправовых актов и приобретаемых (изменяемых и прекращаемых) частных прав»³.

Необходимость нотариата выразил в свое время Гегель, написавший, что «Собственность покоится на договоре и на формальностях, делающих ее доказательной и правомерной»⁴.

¹ Основы законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 года № 4462-1 // Российская газета. № 49. 13.03.1993.

² Ахрамеева О. В., Звонок С. О. Гражданско-правовые и нравственно-религиозные аспекты исторического становления и развития нотариата как института государства и права // Нотариальный вестник. 2007. № 2. С. 51-60.

³ Москаленко И.В. Нотариат: модель юрисдикции. Превентивный правоохранный механизм реализации гражданского (частного) права. Научное издание (монография). – М.: ФРПК. 2007. С. 15.

⁴ Гегель. Философия права. М., 1990. С. 255.

Нотариат в Российской Федерации получил второе рождение с развитием рыночных отношений, так как нотариат советского времени имел свои специфические особенности. Как отмечает Д. В. Сидоренко, нотариат советской эпохи характеризовался следующим:

- во-первых, нотариусы являлись должностными лицами государства, в силу чего они обязаны были исполнять и проводить на своем участке работы, которые предусматривало действующее в тот период законодательство;

- во-вторых, гражданский оборот той эпохи был неразвит, экономика регулировалась преимущественно административными актами, не было частной собственности, в силу чего компетенция нотариусов была узкой; основной объем работы включал в себя удостоверение копий, доверенностей, оформление наследственных прав; сделки между гражданами заключались крайне редко, практически только по купле-продаже и иным формам отчуждения жилых домов;

- в-третьих, в силу существовавшего тогда законодательства нотариус был не заинтересован в конечных результатах своей работы, что приводило, порой, к очередям, нарушению прав граждан и другим недостаткам¹.

Подобная ситуация стала меняться уже в конце 1980-х годов. Как отмечают некоторые исследователи, к началу 1990-х гг. в России насчитывалось 4, 5 тыс. государственных нотариусов. В 1992 г. число их увеличилось еще на 600².

С развитием гражданских правоотношений российский нотариат стал испытывать новый интерес к себе как со стороны государственной власти, так и со стороны обывателей, и органы нотариата стали приобретать решающее значение.

Новые законы Российской Федерации, принятые в 1990-х годах, такие как о собственности, об аренде, о земле, об акционерных обществах, о цен-

¹ Сидоренко Д. В. Эволюция нотариального акта в России // Нотариальный вестник. 2007. № 1. С. 51-61.

² Р. И. Вергасова приводит точку зрения В. С. Репина в работе: Вергасова Р. И. Нотариат в России: Учебное пособие. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2006. С. 43.

ных бумагах, о предпринимательстве, о приватизации и другие, связанные с переходом страны к рыночным отношениям, позволили значительно усилить влияние нотариата на укрепление гражданско-правовых отношений, расширить круг совершаемых нотариальных действий, увеличить количество удостоверяемых договоров, соглашений, доверенностей и иных сделок, ввести в гражданский оборот неизвестные ранее виды юридических документов¹.

Некоторые исследователи полагают, что негосударственный нотариат сформировался в России за короткий период, и без особого участия со стороны государства. Отмечая при этом, что органы исполнительной власти рекомендовали предоставлять нотариусам, занимающимся частной практикой, право пользования на льготных условиях помещениями, в которых размещались государственные нотариальные конторы, а также содействовать выделению помещений для нотариусов, с предоставлением льгот по арендной плате².

Сейчас в России существует так называемый «свободный нотариат»³. Это связано с тем, что долгое время нотариат в России был государственным, а сегодня он стал «частным», то есть свободным. Но и частный и государственный нотариусы совершают нотариальные действия от имени государства и при этом руководствуются Основами о нотариате. Поэтому по нашему мнению, говорить о «частном нотариате» в России сегодня пока не приходится, тем более что и налоговое законодательство до сих пор не знает к какой категории налогоплательщиков их отнести (действующее налоговое законодательство относит их к предпринимателям).

И. В. Москаленко в связи с этим полагает, что «...декларации о непредпринимательском характере нотариальной деятельности еще не препят-

¹ Гражданский процесс. Учебник. М., 1996. С. 490.

² Вергасова Р. И. Нотариат в России: Учебное пособие. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юрист, 2006. С. 45-46.

³ Пантелеев И.А. Проблемы российского нотариата // Экономика и жизнь. 1996. №3. С.13.

ствуют сами по себе превращению ее в предпринимательскую»¹. Поэтому важно определить границы, в которых нотариальная деятельность сохраняет свой непредпринимательский характер.

Необходимо также отметить, что правила предоставления правовой помощи нотариусами отличаются от той, которую оказывают адвокаты, юридические фирмы, частные юристы. Последние не связаны жесткими рамками процедурно-процессуального характера, как у нотариусов. Соблюдение правил нотариального производства носит обязательный характер, также как и соблюдение процессуального регламента судами в рамках гражданского, арбитражного, уголовного и конституционного судопроизводства.

Таким образом, необходимо, точное и полное раскрытие содержания института нотариата, его целей и функций, определение на законодательном уровне роли государства в осуществлении контроля за его функционированием, определение статуса нотариальной палаты как некоммерческой организации, основанной на обязательном членстве, а также раскрытие структуры и содержания нотариального производства. Решение этих задач на законодательном уровне позволит говорить о нотариате как об одном из эффективных правовых механизмов, обеспечивающих охрану имущественных и связанных с ними неимущественных прав.

В.А. Богдановская

Правоприменение в России: обзор проблем и пути преодоления

В российской правоприменительной практике в последнее время можно столкнуться с самыми невероятными парадоксами. О проблемах создания, толкования и применения законов в России ученые говорят и пишут часто, но считаем, что необходимо эту тему поднять снова. Как отметил

¹ Москаленко И. В. Нотариат: модель юрисдикции. Превентивный правоохранительный механизм реализации гражданского (частного) права. Научное издание (монография). – М.: ФРПК. 2007. С. 61.

А.П.Рожнов¹, непреходящая актуальность данной темы объясняется тем, что именно в правоприменительной практике происходит апробирование правовых норм. Практика правоприменения – это своеобразный полигон, на котором происходит проверка жизнеспособности и надежности действующего законодательства и в случае обнаружения его недостатков правоприменительный опыт либо сигнализирует о необходимости правотворческого вмешательства, либо сам формирует собственные механизмы корректировки правового регулирования. Интенсивный законодательный процесс превратил российское законодательство в запутанный правовой клубок. При этом нестабильность законодательства наносит практически невосполнимый ущерб обществу. В условиях постоянно изменяющегося законодательства ни граждане России, ни деловое сообщество не в состоянии спланировать свою жизнь даже на среднесрочную перспективу. Это подрывает доверие общества к власти, порождает чувство неуверенности в завтрашнем дне, заставляет каждого решать только сиюминутные задачи, не задумываясь о грядущих поколениях². В необходимости решения данной проблемы заинтересованы все – и законодательные, и исполнительные, и судебные органы власти. Стратегически эта проблема является базовой для осуществления и наполнения трех основных конституционных признаков Российского государства – демократическое федеративное правовое.

Международным сообществом разработаны правовые документы по основным ключевым вопросам, составившие свод международных стандартов в области соблюдения основных прав и свобод личности. В русле общего процесса правовой интеграции России в международную правовую систему сближение российского законодательства с этими стандартами является сегодня естественным и необходимым. Все большее признание в мире верхо-

¹ Рожнов А.П. Правоприменительная практика как нетрадиционный источник российского права: Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Саратов, 2003. 31с.

² Мониторинг правового пространства и правоприменительной практики: методология и мировоззрение// Аналитический вестник совета Федерации ФС РФ. 2003. № 17-1 (210).

венства международного права предполагает дальнейшее развитие национальных конституционных правовых систем на основе международных стандартов. Формально система российского законодательства включает все необходимые нормы, призванные защищать права и свободы человека и обеспечивать их реализацию. Между тем, имеет место принятие нормативных актов, идущих вразрез с принципами Основного закона РФ. В данном случае усматривается декларативность конституционность положений. Возможности, заложенные в Основном законе России на практике используются недостаточно. Нормативно-правовое закрепление прав, даже в рамках Конституции, само по себе еще не обеспечивает их осуществление и, не будучи подкреплено эффективным механизмом защиты, является декларативным намерением и декоративным украшением принимаемых актов. Это обуславливает необходимость приведения нормативных актов в соответствие с Конституцией РФ, решениями Конституционного Суда РФ и международными стандартами, но в первую очередь – совершенствование правоприменительной практики. Кроме того, многие юридически безупречные нормы (например, в сфере интеллектуальной собственности) не работают, поскольку о них просто не знают рядовые правоприменители.

Возможность реализации или *реализуемость* прав, в свою очередь, зависит от целого ряда гарантий и факторов: экономических, политических, социальных, законодательных, организационных, информационных, психологических. Их сочетание, степень и выраженность действия с течением времени изменяются. Соответственно этим изменениям своевременно должно меняться и законодательство при сохранении общей демократической основы и приоритета интересов личности. В этом вопросе большое значение имеет парламентская законодательная деятельность. Главным ценностным ориентиром при принятии законов должны становиться не интересы государства, его органов, должностных лиц, а естественные неотчуждаемые права человека. Такой ценностный ориентир, вытекающий из Конституции РФ, должен трактоваться применительно к деятельности законодательного органа – Фе-

дерального Собрания – как его связанность основными правами и свободами человека. Любой законодательный акт, отступающий от этих требований, является антиправовым и подлежит отмене либо изменению. В качестве проблемы необходимо отметить, что по-прежнему незначительное число составляют законы, которые непосредственно касаются регулирования отношений, требующих первичного внимания законодателя, две трети из одобренных Государственной Думой законов составляют работу «над ошибками». Наблюдались случаи внесения поправок в законы, еще не вступившие в силу. Статистика по принятым в 2006¹ и 2007² годах федеральным конституционным и федеральным законам пока не демонстрирует сосредоточения внимания на решении насущных проблем общества. Политические установки не успевают претвориться в нормативные решения, а те решения, которые приняты, не всегда материально обеспечены и реально исполнены.

Логично от федерального закона ожидать отклика на общегосударственные проблемы, интересы общества в целом. Это не исключает и таких законов, которые регулируют ведомственные и отраслевые отношения с позиций задач общегосударственного, федерального уровня. В этой связи большое значение имеет проблема, так называемых, «точечных» законов, которая требует уяснения их специфики. «Точечный» закон появляется не тогда, когда он своим предметом имеет отраслевую проблему – образование, здравоохранение, науку или вопрос о виде и мерах ответственности за конкретные правонарушения и т.п. «Точечным» он становится тогда, когда в основе цели, предмета и способов регулирования закладывается не государственная политика в целом по определенному направлению, а только уровень ведомственного интереса, ограниченного, кстати, компетенцией федерального органа исполнительной власти или группы лиц, заинтересованных в решении

¹ Доклад Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации 2006 года «О состоянии законодательства в Российской Федерации». М.: Совет Федерации, 2007.

² Доклад Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации 2007 года «О состоянии законодательства в Российской Федерации» / Под общ. ред. С.М. Миронова, Г.Э. Бурбулиса. М.: Совет Федерации, 2008.

проблем, которые не выходят за пределы их собственной компетенции, за пределы ведомственного (и часто не согласованного со смежными отраслями) интереса. Часто проекты законов не превышают уровня идеологии ведомства, инициирующего его подготовку. Любое предложение подняться до общегосударственного взгляда на проблему сопровождается оглядкой на кресло руководителя ведомства, а разработчика – на то, что скажет инвестор. Однако в документах административной реформы именно министерства уполномочены вырабатывать государственную политику по своим сферам ведения. Но часто дело сводится к политике отрасли, а не государства. Не случайно возникло и набирает темп экспертное направление при оценке законов – проверка проекта и закона на подверженность коррупции. Именно узость и ведомственный подход к решению общезначимой проблемы приводят к лоббированию на стадиях принятия закона, а принятый закон – на уровень заложенной коррупции. При обосновании «точечных» законов не исключаются и мотивы личные или групповые, мотивы, неизбежно уводящие от общегосударственного интереса в сторону ведомственного видения проблемы и ее правового решения.

Интересам четкого единообразного применения закона соответствовали бы однозначность понятий, унификация терминологии. В качестве примера можно привести известный случай с Федеральной службой по контролю за оборотом наркотиков в Российской Федерации. Руководители этого ведомства обратились в правительство с законопроектом о внесении изменений в статью 234 Уголовного кодекса, которая предусматривает ответственность за незаконный оборот сильнодействующих веществ. Основной проблемой явилось отсутствие четкого определения «сильнодействующие вещества», - и в законе, и в науке подобное определение отсутствует. Далее, Федеральная служба по контролю за оборотом наркотиков обратилось к Правительству с предложением представить в Думу законопроект о внесении изменений, которые статью 234 УК РФ приведут в соответствие с Конституцией, потому что в действующей редакции она Конституции не соответствует, и применять

ее невозможно. В то же время эта служба и руководители ведомства на федеральном уровне прекрасно знают о сложившейся проблемной ситуации. Более того, это федеральное ведомство занимается, в том числе, организацией расследований, организацией оперативно-розыскных мероприятий, а значит, привлечением к ответственности граждан по этой статье, которая, по мнению правоохранительных органов, не соответствует Основному закону страны.

Подобные проблемы в свою очередь порождают и проблемы в судопроизводстве – судьи не знают, как пользоваться такими законами. И ведь такое происходит не только в области уголовного права. В данной отрасли, все намного серьезнее, так как речь идет о свободе человека. В области гражданского права и правоприменения ситуация не лучше, когда принимаются законы целыми пакетами, после чего возникают коллизии и законодательные коррупционные «вилки», когда в текстах законов допускаются такие слова: «и прочие», «и так далее»... Все это порождает простор для коррупции. Нельзя не согласиться с мнением А.С. Пиголкина, что «закон должен состоять из правил, четко, конкретно и достаточно детализирование определяющих сферу его действия, устанавливающих права и обязанности субъектов, предусматривающих весь комплекс обеспечительных предписаний: санкции, поощрения, организационные и иные меры»¹.

В деятельности по реализации законодательных норм часто приходится сталкиваться с проблемой пробелов в законодательстве, что по общей теории права обуславливает необходимость издания подзаконных нормативных правовых актов. Однако конкретизация законов таким путем возможна в гражданском, административном, трудовом праве, но недопустима в сфере обеспечения прав и свобод вовлеченного в сферу уголовного судопроизводства гражданина, ибо единственным источником уголовно-процессуального, права согласно части первой статьи 1 УПК РФ, является данный закон. Также хотелось бы отметить, что российское кодифицированное, континентальное

¹ [Пиголкин А. С. Проблемы развития российского законодательства](#). Оценка законов и эффективности их принятия. Материалы Международного О-931 семинара, 16-17 декабря 2002 года, г. Рязань. М.: Издание Государственной Думы, 2003.

законодательство, примененное в судебной системе, в реальности постепенно превращается в англо-саксонское, прецедентное право. Вместе с тем, правосознание и у правонарушителей, и у правоприменителей пока остается прежнее. Значительный опыт и весьма богатые традиции в этой сфере имеют органы судебной ветви власти, применяющие нормативные правовые акты различных отраслей права. Деятельность именно судебных институтов по обобщению практики применения нормативных правовых актов в большой степени является аналитической. Она направлена и на совершенствование правоприменительной практики и на выявление пробелов в законодательстве, требующих соответствующего восполнения. Вместе с тем подобная работа судебных органов не относится к основному виду их деятельности и не может считаться единственным способом решения данной проблемы, что также оказывает влияние на эффективность осуществляемого правоприменения.

Исследователи выделяют следующие причины возникающих проблем в правоприменительном секторе.

1. Первая группа таких факторов представлена внутренними потребностями социальной системы по урегулированию юридическими нормами вновь возникающих или изменившихся, модифицированных общественных отношений. Неадекватность проводимой политики (правовой базы и правоприменительной практики) существующим в России политическим и экономическим реалиям, рост сферы неправовых отношений, в том числе теневого сектора экономики, коррупции, и, как следствие, - рост социальной напряженности.

2. Вторая группа факторов связана с процессами интеграции России в международную экономическую и правовую систему. Усиление взаимодействия международного и внутригосударственного права порождает много проблем, которые пока еще не разрешены. Это, в частности, соотношение Конституции Российской Федерации и международного договора, четкое и исчерпывающее определение перечня «общеизвестных принципов и норм

международного права», которые в соответствии со статьей 15 Конституции Российской Федерации являются частью российской правовой системы. Не определены также порядок определения коллизий между нормами международного договора и внутригосударственного законодательства, юридические процедуры их преодоления.

3. Третья группа факторов обусловлена несовершенством и дефектностью норм позитивного права, содержащихся в традиционных юридических источниках. Нормативные акты нередко противоречат не только друг другу, но и самим себе. При создании новых актов не отменяются или не изменяются акты, ранее принятые по тому же вопросу, либо отменяются ранее принятые акты без точного и исчерпывающего их перечня. Вновь принимаемые акты не полностью регулируют вопросы, содержащиеся в ранее принятых актах, поэтому прежние акты утрачивают силу лишь в части. Существует практика принятия «временных» нормативно-правовых актов. В результате законодательство изобилует лоскутными нормативными актами с нарушенной логической структурой.

Во многих федеральных законах предлагается Президенту и Правительству привести свои акты в соответствие с принятым федеральным законом даже тогда, когда таких актов просто не существует.

4. Недостаточная координация взаимодействия между ветвями власти и неправительственными организациями. Не учитываются все сложные связи и взаимодействия в этой области, не согласованы интересы людей и учреждений, вовлекаемых в этот процесс.

В целях наиболее результативного устранения проблем в реализации права можно предложить следующие приоритетные направления деятельности.

1. **Предусмотреть ответственность законодателя.** Потому что если «незнание закона не освобождает от ответственности», то, необходимо чтобы законодатель был ответственен перед рядовыми правоприменителями. Закон должен быть таким, чтобы его можно было знать. Для адекватного право-

применения закон должен быть стабильным. Должна быть стабильность определенная – тогда будет стабильность в целом в государстве, тогда мы сможем говорить о прогрессе. При наличии неразрешаемых противоречий в законе, прогресса быть не может.

2. Другой необходимой составляющей является **выработка четких критериев качества** нормативных правовых актов, которые должны быть обязательными для реализации. Также свою роль может сыграть практика включения в законы механизма определения его эффективности. В частности, положения закона могут предусматривать, что правительство обязано представлять ежегодные доклады о ходе применения закона.

3. **Повышение грамотности правоприменителя.** В настоящее время, уровень качества, к примеру, предварительного следствия ужасно низкий. А законодатель на этом фоне практически упраздняет прокурорский надзор. Существует необходимость в юридически грамотных кадрах (грамотные чиновники и следователи, грамотные судьи), особенно в тех областях правоприменения, которые напрямую затрагивают основные права человека, гарантируемые Конституцией.

4. **Устранение пробелов законодательства и юридических коллизий.** Сегодня на всех уровнях власти и в обществе сложилось восприятие принимаемого законодательства как чрезвычайно сложного, неполного, противоречивого, бессистемного массива правовых норм, не отвечающего в полной мере замыслам законодателей, правоприменителей и, главное, ожиданиям граждан. В связи с этим объективно возникает необходимость создания в стране комплексного механизма оценки системы действующего законодательства, ее соответствия задачам общества и государства. В настоящее время в стране нет целостной системы, которая осуществляла бы полноценный мониторинг правового пространства и всей правоприменительной практики. Равно как нет и единой государственной структуры, которая бы могла планомерно осуществлять эту жизненно необходимую для страны функцию. Особому мониторингу должны подвергнуться международные договоры

Российской Федерации, а также общепризнанные принципы и нормы международного права, являющиеся согласно статье 15 Конституции РФ, составной частью Российской правовой системы. Отдельная проблема, с которой придется столкнуться при осуществлении мониторинга - это нормативные правовые акты, принятые, как на федеральном уровне, так и на уровне субъектов Федерации, затрагивающие предметы совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов, закрепленные статьей 72 Конституции РФ. Сюда же примыкают и проблемы, связанные с подписанием, на основании статьи 11 Конституции РФ, договоров и иных соглашений о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации.

5. Гармонизация законодательства в соответствии международными требованиями. Выступая на научной конференции «Проблемы права международной торговли в свете предстоящего вступления России в ВТО», вице-президент ТПП РФ Владимир Исаков заявил, что хотя правовых препятствий для вступления России в ВТО не существует, однако подводные камни могут возникнуть в области правоприменительной практики. Вице-президент ТПП РФ акцентировал внимание на том, что большую проблему представляет собой правоприменительная практика, а также низкий авторитет российских судов у зарубежных торговых контрагентов. Выходом из сложившейся ситуации была предложена популяризация и широкое использование третейских судов.

Джейкоб Корнайдис, представляющий Главный департамент по Торговле (Представительство Европейской комиссии в Брюсселе) сообщил, что правоприменительная практика в России «хромает», это касается всей судебной системы в целом. И если Россия планирует построить «сильное государство с инновационной экономикой», то без решения этой проблемы обойтись нельзя. По его оценке, пока Россия определяется, «какой вид экономики построить», текущее положение дел, приводит к тому, что темпы экономиче-

ского роста замедляются. Как выход из положения видится дальнейшая реализация проводимой в России судебной реформы.

6. Снижение влияния ведомственности и лоббирования корпоративных структур, как в законотворчестве, так и в правоприменении. Учет и исследования теневой экономики и теневой политики. Возможно, какие-то «лазейки» всегда будут присутствовать в законодательстве, но было бы ошибкой не стремиться к их максимальному уменьшению.

7. Успех правоприменения существенно зависит от системно осуществляемой **координации правотворческой работы**, гармонизации законов и иных актов нормотворчества на всех уровнях власти. Закрепленный статьей 10 Конституции РФ принцип разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную ветви не в полной степени учитывает реальную систему государственных органов власти. Под принцип разделения властей не подпадает целый ряд органов государственной власти, обладающих, тем не менее, властными полномочиями. Среди них: Президент РФ, Прокуратура. Счетная палата, Центробанк, Уполномоченный по правам человека, Центризбирком. Согласованность в правотворчестве в последующем найдет свое подтверждение и в правоприменении.

Конечная цель – это обеспечение суверенитета России, ее реальной, национальной безопасности, которые невозможны без правовой культуры и без эффективно действующего законодательства и эффективной правоприменительной практики. Основным условием достижения необходимого позитивного результата правоприменения является отслеживание состояния системы законодательства Российской Федерации, его полноты, актуальности, своевременности, оценка степени восприятия законов и иных нормативно-правовых актов исполнителями.

Е.В. Бурдина

**Задачи совершенствования судебной системы
на современном этапе**

Судебная реформа в Российской Федерации, основные направления которой были закреплены в Концепции судебной реформы 1991 года, в основном была завершена в 2002-2004 годах. На начало реформ в России отсутствовало правовое регулирование многих вопросов судебной сферы, как и отсутствовали выработанные отечественной доктриной подходы к их решению. При таких обстоятельствах Россия вынужденно заимствовала многие правовые модели судебного механизма, создавая в максимально короткие сроки национальную судебную систему и судопроизводство, соответствующие международно-правовым стандартам. Задача по созданию таких моделей и первичной их адаптации на национальной почве была решена с принятием ключевых законов в области судостроительства и судопроизводства, в числе которых Федеральные конституционные законы «О судебной системе Российской Федерации», «О Конституционном Суде Российской Федерации», «Об арбитражных судах в Российской Федерации», «О военных судах»; Федеральные законы «О статусе судей в Российской Федерации», «О мировых судьях в Российской Федерации», «Об органах судейского сообщества в Российской Федерации», процессуальные законы: Уголовно-процессуальный кодекс, Гражданский процессуальный кодекс, Арбитражный процессуальный кодекс, а также Кодекс об административных правонарушениях Российской Федерации.

В результате проведенной судебной реформы этого периода была создана на новых основополагающих началах единая система судов, характеризующаяся специализацией судов и их многоуровневостью, а также создано новое процессуальное законодательство, устанавливающее надлежащие средства судебной защиты прав и законных интересов граждан и организаций. Однако достигнутые на настоящий период результаты не позволяют делать вывод об окончательности судебных преобразований.

VI Всероссийский съезд судей констатировал необходимость продолжения в Российской Федерации судебной реформы на основе конституционных принципов правосудия, с учетом экономических возможностей государ-

ства, а также во взаимосвязи с социальными и административными реформами¹.

Новые модели судебной организации и деятельности, апробированные на практике, требуют их доработки и совершенствования. По мнению профессора В.Ф. Яковлева, пришло время «полировки процессуальных институтов и механизмов». И в этом процессе, считает В.Ф. Яковлев, участие законодателя не должно быть принудительным или поспешным, первичными являются анализ и прогноз².

Полагаем, что последующее совершенствование судебной сферы должно опираться на выработанную научную теорию и основываться на собственном российском опыте. В этой связи последующие реформы организации и деятельности судебной системы должны быть направлены, по нашему мнению, на реализацию еще более сложных задач по обеспечению эффективности правосудия.

На совещании по вопросам совершенствования работы российской судебной системы, состоявшемся 20 мая 2008 года, Президент РФ, Д.А. Медведев, проанонсировал новый этап развития судебной системы, целью данного этапа им названо усиление независимости судей. В числе приоритетных направлений определены вопросы формирования квалификационных коллегий судей, усиление требований, предъявляемых к кандидатам в судьи, а также необходимость внесения изменений в ряд судеустройственных законов.

Не ставя под сомнение важность обозначенных направлений, полагаем, следует более четко определить приоритеты дальнейших преобразований судебной системы и судебной инфраструктуры. В этой связи актуальным является вопрос о задачах предстоящих преобразований. Данный вопрос не может быть рассмотрен в отрыве от анализа развития экономической, полити-

¹ Постановление VI Всероссийского съезда судей от 2 декабря 2004 г. «О состоянии правосудия в Российской Федерации и перспективах его совершенствования» // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2005. № 2.

² Оптимизация гражданского правосудия России / Под ред. В.В. Яркова. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. IV.

ческой систем общества, в отрыве от законов общественного развития и потребностей сегодняшнего гражданского общества.

Исходя из понимания правосудия как одной из важнейших социальных функций правового государства, следует расширить методологию научного анализа указанного явления, применяя не только частно-юридические приемы и методы исследования, но и методы, выработанные в других областях гуманитарного научного знания.

Правосудие традиционно рассматривается в юридической науке как осуществляемая судами деятельность по рассмотрению и разрешению гражданских, уголовных и подведомственных судам административных дел при соблюдении обозначенной законом процедуры с вынесением общеобязательных судебных решений¹. Однако при таком узкопрофессиональном видении правосудия потребности в его совершенствовании видятся, как правило, лишь в устранении пробельности самих процедур. Консерватизм процессуальной формы во многом определяет консерватизм, а не редко, и нежелание, самого судейского корпуса в проведении реформы не «для себя» (не в целях совершенствования судейского инструментария), а в целях усиления доступности суда и правосудия для населения.

Между тем универсальная концепция прав человека лежит в основе общности проблем судебной системы не только в России, но и в других государствах.

Провозглашенные в качестве основополагающих принципов построения судебной системы такие начала как доступность правосудия предопределяют развитие национальных судебных систем, практику национальных судебных органов и Европейского суда по правам человека.

Расширяя масштаб анализа, под правосудием следует понимать некое социальное благо, призванное удовлетворить потребности граждан в справедливом разрешении в разумные сроки спорных правовых конфликтов. Та-

¹ Гуценко К.Ф., Ковалев М.А. Правоохранительные органы. М.: Изд-во «Зерцало-М», 2001. С. 60.

кое понимание правосудия в широком смысле побуждает говорить о социальных потребностях граждан как об объективных основаниях, определяющих дальнейшее развитие и совершенствование судебной системы, как о движущей силе прогрессивных преобразований судебной сферы.

Современные типы гражданских обществ предъявляют к государству определенные требования, вытекающие из объективных потребностей этих обществ, складывающихся в современном мире. Пользуясь сформулированной Тойнби философской концепции «вызова-ответа»¹, судебная система должна реагировать на воздействия, оказываемые со стороны гражданского общества, «отвечать» на испытания, реагировать на современные вызовы, суть которых предопределяет задачи преобразований судебной системы.

Современное гражданское общество, преимущественно общество городских жителей², в зависимости от характера именуется в специальной литературе по-разному: как общество потребления³, информационное общество⁴ и др.

В рамках новых представлений о сути формирующегося общества вырабатывается понимание ожидания потребителей особых, созвучных своим потребностям, результатов деятельности организаций. При этом речь идет не только о товарах, услугах и работах, но и об общественных благах, к которым с полной уверенностью можно отнести и деятельность судов.

Потребители общественных благ предъявляют к последним требования качества, где качество понимается как степень удовлетворения запросов по-

¹ Иванов Е.А. Социальная философия для юристов. Очерк истории. – М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 371.

² Так, по данным Департамента сельского развития и социальной политики Министерства сельского хозяйства РФ число сельских жителей составляет 27 % от общего числа жителей России // http://www.mcx.ru/dep_doc.html?he_id=800&doc_id=5677&print=1

³ Главной фигурой такого общества является потребитель. Его требования, если они социально безопасны, защищаются государством и самим обществом см.: Салимова Т.А. Управление качеством. М.: Изд-во «Омега-Л», 2007. С. 21.

⁴ Существует несколько теорий информационного (постиндустриального) общества, связанных с новой ролью информации и ее воздействием на поведение. См., наприм.: Уэбстер Франк. Теории информационного общества / пер. с англ. М.В. Арапова, н.В. Малыхиной; Под ред. Е.Л. Вартановой. М.: Аспект Пресс, 2004. 400 с.

требителей. Определение категории «качество» с помощью таких понятий, как ожидания и запросы потребителей, является закономерным подходом в современных условиях¹.

Предстоит определиться, что считать критериями качества применительно к судебной деятельности и правосудию как основному правомочию судов?

Очевидно, что современные, преимущественно городские общества, в новой фазе исторического развития нуждаются в новых формах и способах урегулирования споров. Общественная ценность судебных процедур велика во всем мире. Но это же и привело к обратному воздействию – перегруженности судов как мировой тенденции, их неспособности справляться с рассмотрением огромного количества исковых требований и, следовательно, ослаблению эффективности деятельности. Этим предопределены поиски новых, более эффективных и оптимальных судебных процедур, видов правосудия².

Сложный формализованный процесс, длительность процедур классического правосудия приводят к неэффективности судебной защиты, особенно по мелким спорам и несложным категориям дел, что особенно чувствительно для граждан.

В то время как господство права над общественной жизнью становится все сильнее, зарубежные, как и национальные, исследования общественного мнения показывают, что традиционное правосудие не отвечает всем ожиданиям граждан³.

Качество правосудия, понимаемое как максимальная степень удовлетворения запросов лиц, обращающихся за судебной защитой, побудило мно-

¹ Салимова Т.А. Управление качеством. М.: Изд-во «Омега-Л», 2007. С. 21.

² Этими же причинами предопределены и поиски новых, несудебных, способов урегулирования правовых конфликтов, получивших название альтернативное разрешение споров. См.: Носырева Е.И. Альтернативное разрешение споров в США. М.: ОАО «Издательский Дом «Городец», 2005. С.6

³ Une justice de proximité: la justice de paix (1790 – 1958) / Recherche. Centre d'Histoire des Régulations Sociales. Université d'Angers / Sous la direction de Jacques-Guy Petit. Décembre 2002. // <http://www.gip-recherche-justice.fr>

гие страны искать наиболее важные, по их мнению, критерии качества правосудия.

Так, за последние десятилетие в северных европейских странах (Финляндия, Дания, Швеция, Норвегия) была проделана большая работа по управлению качеством судебных процессов. Результаты таких исследований могут быть полезными и для других стран, в том числе и России, в качестве неких идей, моделей и стимулов.

В частности, в Швеции была создана специальная группа по качеству, которая состояла из представителей общих судов, административных судов, региональных трибуналов по аренде и недвижимости. Эта рабочая группа определила понятие «качество в суде». Главными компонентами качества в судах были названы следующие: правильные и хорошо мотивированные решения судов; решения и вызовы, написанные понятным языком; уважительное обращение к лицам, обратившимся в суд; рабочая, деловая атмосфера суда.

Одним из критериев качества судебной деятельности в европейских странах принято считать рассмотрение дел в оптимальные, возможно быстрые, сроки.

Полагаем, что качественная работа суда может быть не только при условии, если вынесено верное, правильное решение по делу, но и при условии, что рассмотрение дела не затягивалось, что время ожидания такого решения было обусловлено применением соответствующих процедур, адекватных сложности дела и его специфики.

Уверенность граждан в судебной системе, ее положительная оценка зависит от того, насколько быстро и четко рассматривается дело в суде. Задержки в рассмотрении дел имеют определенные отрицательные последствия для граждан, поскольку достаточно часто дела, находящиеся в производстве судьи, касаются вопросов, которые тесным образом связаны с повседневной жизнью людей, например, с детьми, семьей, доходами, жилищными условиями, работой, собственностью, безопасностью. Судебный процесс, как

правило, является уникальным явлением в жизни человека, огромным стрессовым фактором, который занимает мысли и забирает энергию индивидуума, ограничивает его деятельность в других сферах жизни. Уже по этим причинам важно, чтобы судебные разбирательства проводились без неоправданных задержек.

В упомянутых северных странах для решения проблем сроков в судах принимались соответствующие программы по управлению временем, которые включали целый ряд мер по эффективному распределению времени рассмотрения дел.

Считаем необходимым в качестве основной задачи совершенствования российских судов на современном этапе сформулировать задачу по повышению качества их работы.

Планируя повышение качества судебной деятельности, следует обратить внимание на процедуры судебной деятельности, ресурсы суда, управление аппаратом суда и распределение обязанностей с тем, чтобы они отвечали потребностям потребителей судебной деятельности.

Финансирование дальнейших преобразований потребует и серьезных финансовых вложений. Вместе с тем в обзоре Европейской комиссии по эффективности правосудия, посвященном опыту управления временем в рамках судебного процесса в северных европейских странах¹, отмечалось, что многие из мер, направленных на ускорение производства, недороги, многие – просто другой способ мышления. Очевидно, что речь идет не о внедрении дорогостоящих технических средств, ускоряющих процедуры, или увеличении контингента сотрудников суда. Неплохой эффект имеют иные способы организации работы внутри суда, иное распределение имеющихся ресурсов.

Следует отметить, что на практике недостаточно внимания уделяется перспективным схемам управления движением судебных дел, управлением ресурсами, аппаратом суда, распределением нагрузки и обязанностей. Рос-

¹ Использована информация с сайта Европейской комиссии по эффективности правосудия. Официальный сайт: <www.coe.int/cepej>.

сийская судеустройственная наука также безучастна к указанным вопросам. Между тем от правильно организованной работы аппарата суда, часто зависящей от талантов и умений председателя суда, зависит доступность граждан к суду и правосудию. Этот фактор на сегодняшний день недооценивается в судебной практике. Следовало бы активизировать изучение этого вопроса, а также инициировать обмен опытом работы между судами. Судебного работника, обладающего необходимыми знаниями и навыками, сегодня никто не готовит.

Е.В. Воронцова

Актуальные проблемы национальной безопасности в России

Право на охрану здоровья является конституционным правом каждого гражданина Российской Федерации. Реализация данного права требует реформирования всей системы охраны и укрепления здоровья населения, реорганизации принципов функционирования других социальных служб, задачей которых является создание и обеспечение необходимых условий для реализации гражданами этого конституционного права. Однако реформирование этой системы осложняется постоянно меняющейся экономической и социальной ситуацией, неоднозначными политическими решениями. Проблему охраны и укрепления здоровья населения в нашей стране пытаются решить не одно десятилетие, однако и сейчас она далека от своего разрешения, более того, вопросы охраны здоровья нашего населения в настоящее время вышли на уровень национальной безопасности.

Понятие национальной безопасности Российской Федерации многогранно и подразумевает под собой различные стороны государственной деятельности. Однако если придерживаться нормативного содержания, то согласно Концепции национальной безопасности от 17.12.1997г. №1300 под национальной безопасностью понимает безопасность ее многонационального народа от внешних и внутренних угроз во всех сферах жизнедеятельности. По своей структуре национальная безопасность состоит из многих составных

частей, которые определяются различными сферами национальных интересов личности, общества и государства. Такими составляющими являются экономическая безопасность, военно-стратегическая, внешне- и внутривнутриполитическая безопасность, продовольственная безопасность, экологическая и другие.

В нашей статье мы не сможем коснуться всех составляющих национальной безопасности – эта тема слишком объемна, однако хотелось бы проанализировать проблемы, связанные с производством и оборотом пищевой продукции, ибо с этими проблемами ежедневно сталкиваются практически каждый житель нашей страны.

В последнее время, наше государство, осознав проблему безопасности продовольственного сырья и пищевых продуктов, в лице контролирующих органов осуществило ряд организационных и практических мероприятий по предотвращению вредного воздействия пищевой продукции на здоровье населения. По всей стране во исполнение Постановления Главного государственного санитарного врача РФ от 29 августа 2006 года №28 «Об усилении надзора за производством и оборотом пищевых продуктов» был усилен санитарно-эпидемиологический надзор за различными видами продуктов. Так, только по данным Управления Роспотребнадзора по Курской области в 2006 году при проведении мероприятий по контролю качества и безопасности пищевых продуктов при проверке товарных групп установлены факты продажи некачественной продукции в 72,4% случаев и было снято с реализации продукции ненадлежащего качества и без необходимой информации о товаре: 45,6% от проинспектированного количества колбасных изделий, 48,5% - мяса птицы, 62,2% - сыров, 79,9% - маргариновой продукции, 15,3%- рыбной продукции, 30,3 %– консервов плодоовощных, 63,6%- вина виноградного и плодового¹.

В связи со сложившейся неблагоприятной ситуацией в соседней Белгородской области и в других областях в 2006 году (случаи смертельного исхо-

¹ Отчет Роспотребнадзора по Курской области за 2006 год // www.rpn-kursk.ru

да при употреблении некачественных алкогольных напитков) особое опасение вызывает качество алкогольной продукции, в связи с чем и возрос контроль за ее производством и оборотом. К примеру, в Курской области в целях снижения вредного воздействия алкогольной продукции на здоровье населения в 2006 году проведено более 2 тыс. рейдовых проверок, во время которых обследованы все предприятия, занятые производством и оборотом алкогольной продукции. Исследовано 1955 проб алкогольной продукции, из которых 15,6% не отвечали гигиеническим нормативам. В связи с этим забраковано 785 партий объемом около 4849,95 литров, из которых 592 партии импортной продукции объемом 3189,25 литров.¹

В последние годы большое распространение получает использование в продуктах питания генно-модифицированных организмов. Однако эта ситуация вызывает определенные опасения, так как по оценкам ученых, использование ГМО в пищевых продуктах может привести к ряду серьезных заболеваний и даже к снижению продолжительности жизни и увеличению смертности. Генно-инженерно-модифицированный организм согласно ФЗ «О государственном регулировании в области генно-инженерной деятельности» от 5 июля 1996г. №86-ФЗ – организм или несколько организмов, любое неклеточное, одноклеточное или многоклеточное образование, способные к воспроизводству или передаче наследственного генетического материала, отличные от природных организмов, полученные с применением методов генной инженерии и содержащие генно-инженерный материал, в том числе гены, их фрагменты или комбинации генов. Если посмотреть ситуацию на региональном уровне, то, к примеру, по Курской области в 2007 году было исследовано на наличие ГМО 702 пробы пищевых продуктов, из них 132 пробы импортной продукции, в 16 пробах обнаружена трансгенная ДНК, что составляет 2,3% от общего количества исследованных проб. В общей структуре количества проб пищевой продукции, исследованных на содержание ГМО, основная

¹ Постановление Главного санитарного врача по Курской области «Об усилении надзора за производством и оборотом пищевых продуктов» №1 от 09.01.07г. // www.rpn-kursk.ru

часть приходится на мясные продукты (24,6%) и на группу «Прочие», к которой относятся растительные белки (23%), а также возросло число исследований консервированной продукции до 24,6%. В результате проведенных лабораторных исследований основной удельный вес неудовлетворительных проб приходится на мясные продукты и растительные белки, где содержание ГМО составляет от 1 до 5 % при норме от 0,1 до 0,9 %. Причем все неудовлетворительные пробы были выявлены в продукции, в декларации которой производителем вообще не было заявлено содержание ГМО.¹ А в 1-м квартале 2008 года пищевые продукты с содержанием ГМО более 0,9% обнаружены в 0,5 % проб - в 1-й из 201-й исследованных².

Определенные опасения для здоровья граждан вызывает производство и оборот биологически активных добавок к пище. Биологически активные добавки согласно ФЗ от 2 января 2000г. №29-ФЗ «О качестве и безопасности пищевых продуктов» - природные (идентичные природным) биологически активные вещества, предназначенные для употребления одновременно с пищей или введения в состав пищевых продуктов. Данные Роспотребнадзора в целом по России, и по Курской области в частности, свидетельствуют о нарушении действующего законодательства в данной сфере.

Так, в 2007 году на базе исследовательского лабораторного центра ФГУЗ «Центр гигиены и эпидемиологии в Курской области» были исследованы более 270 проб БАД, из них 234 на микробиологические показатели, все они соответствовали нормативным значениям. Санитарно-химические показатели определяли в 40 пробах на содержание следующих токсических элементов: свинец 8 проб, мышьяк 6 проб, кадмий 10 проб, ртуть 10 проб. Не соответствовала нормативам только одна проба по содержанию мышьяка «очищающий чай «Лай-де» (производитель Китай). Содержание аскорбино-

¹ Пивень М.Ю., Шеховцова О.В. О мониторинге за пищевыми продуктами, содержащими компоненты ГМО. / Материалы региональной научно-практической конференции «Окружающая среда и здоровье населения» 19 марта 2008 года. Курск.: ГОУ ВПО КГМУ Росздрава, 2008. С.273.

² О результатах исследований пищевой продукции на содержание ГМО в 1-м квартале 2008 года.// www.rpn-kursk.ru

вой кислоты и радиологические показатели соответствовали СанПин «Гигиенические требования безопасности и пищевой ценности пищевых продуктов. Исследования БАД на наличие генетически модифицированных компонентов не выявило их присутствие.¹

Использование нанотехнологий и наноматериалов при производстве пищевых продуктов также можно рассматривать как возможную угрозу здоровья населения. Согласно Приказу Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека от 12 октября 2007г. №280 «Об утверждении и внедрении методических рекомендаций «Оценка безопасности наноматериалов» под нанотехнологиями понимается совокупность метод направленного получения и использования наночастиц, а наноматериалы – материалы и продукция, существенным компонентом, определяющим их свойства и назначение, являются входящие в их состав наночастицы, под которыми понимаются высокодисперсные частицы размером менее 100 нм хотя бы в одном измерении с заданной структурой и свойствами.

Согласно Постановления Главного государственного санитарного врача по Курской области «О надзоре за продукцией, полученной с использованием нанотехнологий и содержащей наноматериалы» №13 от 23.08.07г. важнейшим объектом внимания при оценке риска для здоровья, связанного с наноматериалами, является использование нанотехнологий при производстве пищевых продуктов, парфюмерно-косметической продукции, как при непосредственном их использовании или употреблении, так и при воздействии поступления наночастиц и наноматериалов в окружающую среду в процессе их производства. В мире к настоящему времени уже накоплен определенный экспериментальный материал по характеристике наноматериалов, методам оценки ингаляционной и пероральной нагрузки, методам токсикологического

¹ Чекрыгина А.В., Еремин А.С. Биологически активные добавки к пище, контроль их качества и безопасности. / Материалы региональной научно-практической конференции «Окружающая среда и здоровье населения» 19 марта 2008 года. Курск.: ГОУ ВПО КГМУ Росздрава, 2008. С. 289.

тестирования и по оценке риска. Наиболее изученными, при этом, являются неблагоприятные эффекты ингаляционного поступления наноматериалов в организм человека (воспалительное поражение легочной ткани, вероятно обусловленное прооксидантным и генотоксическим действием наноматериалов). Широко обсуждаются вероятные системные эффекты при данном пути поступления наноматериалов (поражение сердечно-сосудистой системы, печени, почек). Вместе с тем, возможные биологические эффекты поступления наноматериалов в организм через желудочно-кишечный тракт изучены пока недостаточно, однако имеются данные, свидетельствующие о том, что различные вещества и материалы при переводе их в форму наночастиц могут значительно изменять свои физико-химические свойства, что может отразиться на их физиологических эффектах в процессе всасывания в пищеварительном тракте и усвоении в организме¹.

Нам думается, законодательно следовало бы закрепить обязанность производителей указывать в информации для потребителей сведения об использовании при изготовлении продукции нанотехнологий или наноматериалов.

Внедрение в процесс сельскохозяйственного производства агрохимикатов является следующей возможной угрозой для здоровья населения. Согласно ФЗ «О безопасном обращении с пестицидами и агрохимикатами» от 19.07.1997г. №109-ФЗ пестициды - химические или биологические препараты, используемые для борьбы с вредителями и болезнями растений, сорными растениями, вредителями хранящейся сельскохозяйственной продукции, бытовыми вредителями и внешними паразитами животных, а также для регулирования роста растений, предуборочного удаления листьев (дефолианты), предуборочного подсушивания растений (десиканты); а под агрохимикатами понимаются удобрения, химические мелиоранты, кормовые добавки, предна-

¹ Постановление Главного государственного санитарного врача по Курской области «О надзоре за продукцией, полученной с использованием нанотехнологий и содержащей наноматериалы» №13 от 23.08.07г.// www.rpn-kursk.ru

значенные для питания растений, регулирования плодородия почв и подкормки животных. Данное понятие не применяется в отношении торфа, используемого для других целей.

В настоящее время каждый третий житель планеты питается продуктами, полученными за счет использования средств химизации, а современные данные медико-биологических исследований со всей очевидностью доказали пагубное воздействия средств химизации на здоровье населения.

В районах интенсивного использования средств химизации в сельском хозяйстве уже сейчас наблюдаются факты ухудшения здоровья граждан. Так, в результате проводимого в Курской области в рамках федеральной научной программы «Система мониторинга за состоянием окружающей среды в регионах интенсивного применения агрохимикатов» исследования влияния объемов применения фунгицидов (группа агрохимикатов, используемая для борьбы с различными возбудителями грибковых заболеваний сельскохозяйственных культур.) в процессе сельскохозяйственного производства на распространенность заболеваемости среди населения, показало прямую взаимосвязь между используемыми в районах Курской области объемами этих агрохимикатов и распространенностью тяжелых заболеваний среди населения, особенно подросткового возраста. У лиц, не достигших 15-летнего возраста были отмечены такие заболевания как железодефицитная анемия и пневмония, гастрит, язвенная болезнь желудка и 12-перстной кишки, атопический дерматит, гиперплазия щитовидной железы¹.

Все вышеперечисленные проблемы обеспечения безопасности пищевых продуктов со всей очевидностью показывают необходимость принятия государственных мер, в т.ч. правовых, которые могут и обязаны изменить сложившуюся ситуацию, связанную со здоровьем населения нашей страны,

¹ Иванов В.П., Королев В.А., Пахомов С.П., Богомазов А.Д. Территориальные объемы фунгицидов и их вклад в формирование детской патологии региона. / Материалы международной научно-практической конференции «Экология, окружающая среда и здоровье населения Центрального Черноземья» 15-17 июня 2005 года. Часть 2. Курск.: КГМУ, 2005. С.199-201.

тем более, что здоровье нации – это необходимое условие успешного развития любого государства.

Таки образом, подобная ситуация с полной уверенностью может быть охарактеризована как существенная угроза здоровью нации. В определенной мере это стало следствием того, что существующая система государственного контроля и надзора за качеством пищевых продуктов неадекватна произошедшим в ходе реформирования экономики изменениям условий производства и оборота сельскохозяйственного сырья, продукции и продовольствия.

В настоящее время, функции государственного контроля и надзора за качеством пищевых продуктов осуществляют Федеральная служба по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия населения, Федеральная служба по надзору в сфере здравоохранения и социального развития, Федеральная служба по ветеринарному и фитосанитарному надзору.

Следует также отметить, что контроль за качеством пищевой продукции на стадии технологического производства в России практически не осуществляется. Деятельность контролирующих органов сконцентрирована в основном на качестве готовой продукции. Контроль качества исходного сырья используемого для изготовления товаров возложен только на органы по сертификации и испытательные лаборатории (центры), аккредитованные Федеральной службой по ветеринарному и фитосанитарному надзору, которые осуществляют деятельность в области подтверждения соответствия качества и безопасности зерна, комбикормов и компонентов для их производства установленным требованиям. Следовательно, по настоящему действенная система обеспечения безопасности пищевых продуктов в России отсутствует.

В завершении хотелось бы отметить, что обозначенные выше проблемы необходимо решать в кратчайшие сроки, ибо потеря здоровья нации, в отличие от всех других проблем, обладает таким качеством как необратимость.

Нормативное регулирование учётной политики

В период становления и развития рыночных отношений государство для управления нуждается в информации о процессах, происходящих в отраслях экономики. Также есть потребность формирования информационного поля, принятого большинством странами, для интеграции в мировое сообщество. Для этого осуществляется нормативное регулирование учета, который выступает информационной базой управления. Подход к регулированию экономики не административными, а экономическими методами порождает необходимость в качественной учетной информации о целесообразности и результативности законодательства в этой сфере. Для этого требуется объективный процесс трансформации не только содержания основных категорий бухгалтерского учета, но и основных его систем, в частности, учетной политики. Кроме того, по мнению исследователей¹, в настоящее время информация должна быть общедоступной, потребности в доступе к ней постоянно возрастают, и распространение информационных технологий требует создания соответствующих правовых условий, основу которых составляет обеспечение прав граждан и организаций на свободный поиск, получение, передачу, производство и распространение учетной информации.

Исследование данных вопросов осуществлено в трудах Ф.Ф. Бутинца, Т.В. Барановской, Л.М. Киндрацкой, Г.Г. Кирейцева, Н.Н. Малюги, Н.Л. Правдюк, М.С. Пушкаря и др. украинских учёных, а так же – Р.А. Алборова, А.С. Бакаева, П.С. Безруких, С.О. Николаевой, В.Ф. Паляя и др.

Проблемы, связанные с необходимостью создания системы правового обеспечения стандартного формирования учетной информации и предоставление ее в отчетности, возникли в рамках общей тенденции построения демократического государства. Ведь наряду с возрастанием роли информации в жизни общества происходит изменение и переосмысление связанных с ней

¹ Мохова О.Ю. Нормативно-правовое регулирование доступа к открытой информации в Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2005. 212 с.

отношений и понятий, что получает отражение в правовом регулировании и, соответственно, нормотворческой деятельности.

Учетная политика является обязательной составляющей новой концепции бухгалтерского учета. Вызвано это тем, что в учетной политике определены формы и методы сбора данных бухгалтерского учета, их обобщения и формирования финансовой отчетности. Потому развитие и совершенствование системы учета невозможно без анализа сферы нормативного регулирования и применения учетной политики. Исследования конкретизируют и уточняют подход к понятию учетная политика, которое зафиксировано в международных и национальных стандартах и можно считать, что вопросы «глубоко проработаны в теоретическом плане»¹.

Сущность учетной политики раскрыта в Законе о бухгалтерском учете и финансовой отчетности в Украине², где отмечено, что это «совокупность принципов, методов и процедур, которые используются предприятием для составления и представления финансовой отчетности». Следовательно, это лишь составляющая системы учета, именно в той части, которая направлена на подготовку информации для внешних относительно предприятия пользователей. Но достаточно часто под учетной политикой авторы понимают всю технологию и организацию хозяйственного учета на предприятии, отмечая, что учетная политика конкретного предприятия предусматривает разработку рабочего плана счетов, выбор форм первичных документов, определения порядка проведения инвентаризации, материальной ответственности, методов оценки активов и обязательств, установления правил документооборота и технологии обработки учетной информации, определения порядка контроля за хозяйственными операциями.

Кроме того, данная категория рассматривается в контексте «национальной учетной политики», к сфере полномочий которой относят уровень

¹ Стефанюк І., Ловінська Л. Про національну облікову політику в Україні. [Електронний ресурс]. Режим доступу http://me.kmu.gov.ua/file/link/78901/file/Stefaniuk_4_06_U.pdf.

² Закон України «Про бухгалтерський облік і фінансову звітність в Україні» від 16.07.99 р. № 996-XIV.

государственных органов из развития системы учета (М.С. Пушкар), политику государственных органов относительно развития системы учета (Ф.Ф. Бутинец, Н.М. Малюга), учетная политика государства относительно предприятия (Л.Г. Ловинская).

Но в подходах к данному понятию наблюдается диапазон определений и трактовок. В частности, есть мнение, что учетная политика имеет два уровня – государственный и предприятия, а Т.В. Барановская дополняет их межгосударственным (региональным) уровнем, «существование которого обуславливается объективными процессами интеграции и глобализации»¹. Для этого автором соответственно для каждого уровня выделены субъекты учетной политики, в компетенцию которых входит формирование учетной политики и контроль за реализацией избранного варианта.

Но если разработку учетных правил, принципов и процедур на уровне государства считать учетной политикой, как же тогда будет соотноситься с таким категориальным аппаратом общая концепция бухгалтерского учета, законодательная нормативная база. Выходит, что учетная политика будет поглощать их, как структурные составные. Считаем, что такое толкование учетной политики выходит за пределы данного понятия и не является системным. При определении термина учетная политика речь идет только о стратегии выбора из общих концептуальных правил учета, что сами стоят значительно выше учетной политики.

Подтверждением есть то, что опыт применения учетной политики в Германии² свидетельствует об отсутствии отдельного положения об учетной политике, есть только несколько параграфов в HGB (книга торговых законов) и EStG (МСФО), которые описывают допустимые методы учета.

¹ Барановська Т. В. Облікова політика підприємств в Україні: теорія і практика: Автореф. дис... канд. екон. наук: 08.06.04 /Національний аграрний ун-т. - К., 2005.- 21с.

² EStG § 6, 7. [Электронный ресурс]. Старая версия – Режим доступа: http://www.sadaba.de/GSBT_EStG_06_07.html; Современная версия – Режим доступа: [http://bundesrecht.juris.de/estg/_6\(7\).html](http://bundesrecht.juris.de/estg/_6(7).html).

Учетная политика формируется главным бухгалтером на основе законодательных требований и утверждается руководителем предприятия. При этом утверждается рабочий план счетов бухгалтерского учета, который содержит синтетические и аналитические счета, необходимые для ведения бухгалтерского учета в соответствии с требованиями своевременности и полноты учета и отчетности.

Согласно п. 2 ПБУ 1/98 под учетной политикой организации понимается принятая совокупность способов ведения бухгалтерского учета - первичного наблюдения, стоимостного измерения, текущей группировки и итогового обобщения фактов хозяйственной деятельности. К способам ведения бухгалтерского учета относятся способы группирования и оценки фактов хозяйственной деятельности, погашения стоимости активов, организации документооборота, инвентаризации, применения счетов...¹.

Поскольку выбор методов учета в России предусмотрен как нормативными актами по бухгалтерскому учету, так и налоговым законодательством, предприятия формируют учетную политику для бухгалтерского и налогового учета. При этом каждый из настоящих документов может варьировать по полноте содержания от набора нужных положений по методам и порядку учета к детальной методике ведения учетного процесса на предприятии. В связи с этим, украинские исследователи² предлагают «разработать отдельный нормативный документ П(С)БУ «Учетная политика», примером которого может служить положение, принятое в России «Учетная политика организации».

На выбор конкретных правил и условий, отражаемых в учетной политике организации, влияют следующие факторы: отраслевая принадлежность и вид деятельности; объем производства и реализации продукции, числен-

1 Об утверждении положения по бухгалтерскому учету "Учетная политика организации" ПБУ 1/98. Приказ Минфина РФ от 09.12.1998 N 60н (ред. от 30.12.1999) (Зарегистрировано в Минюсте РФ 31.12.1998 N 1673).

² Стефаниук І., Ловінська Л. Про національну облікову політику в Україні. [Електронний ресурс]. Режим доступу http://me.kmu.gov.ua/file/link/78901/file/Stefaniuk_4_06_U.pdf.

ность работающих, стоимость имущества предприятия; управленческая структура; степень развития информационной системы; материальная база (наличие технических средств, компьютерной техники); уровень квалификации бухгалтерских кадров.

Таким образом, проанализировав опыт применения учетной политики как в отечественных, так и в зарубежных законодательных документах, видим, что назначение ее однозначно – для регламентации применяемых на предприятии учетных правил.

Следовательно, учетная политика предприятия является составной общей системы бухгалтерского учета, его подсистемой (возможно, и отдельной системой), которая для посторонних пользователей раскрывает методы учета, избранные предприятием из множественного числа предлагаемых вариантов. В этой связи, измерения, которые приписывают учетной политике исследователи¹, в частности: социальный, экономический, бихевиористичный, психологический, информационный, юридический имеют более узкую интерпретацию, и сводиться к информационно юридическому – обеспечить внешних пользователей информацией об избранных методах учета на предприятии и служить законным основанием правомерности их использования.

С.В. Горлова

Суды специальной юрисдикции в России и Зарубежом

В общем смысле, под юрисдикцией понимается круг полномочий судебного или административного органа по правовой оценке конкретных фактов, в т.ч. по разрешению споров и применению предусмотренных законом санкций.

При этом в ведущих нормативных актах РФ регулярно упоминается понятие «общая юрисдикция» применительно к судебной системе и судопро-

¹ Барановська Т. В. Облікова політика підприємств в Україні: теорія і практика: Автореф. дис... канд. екон. наук: 08.06.04 /Національний аграрний ун-т. К., 2005. 21с.

изводству.¹ Однако легальной дефиниции данного термина до сих пор выработано не было.

По мнению С.В. Черниченко «...практически установление юрисдикции над неодушевленными предметами означает адресование определенных правовых велений тем или иным людям (или их коллективам) и обеспечение осуществления таких велений посредством возможности применения принудительных мер»²

Черниченко О.С. развивает данную мысль, полагая, что «юрисдикция государств в отношении объектов означает право пользования, владения или распоряжения (в той или иной степени) соответствующими объектами, т.е. в конечном счете относится к людям».³

Таким образом, под юрисдикцией в судебной системе следует понимать совокупность полномочий судебного органа по рассмотрению, разрешению по существу определённой категории споров, применению в результате их разрешения принудительных мер различного характера для обеспечения режима законности в государстве.

Согласно ФКЗ «О судебной системе», суды общей юрисдикции вправе рассматривать большинство гражданских и административных дел (за исключением компетенции арбитражных судов), а также весь массив уголовных дел. Все остальные категории споров отнесены к специальной компетенции единой системы арбитражных судов либо Конституционного Суда РФ и конституционных (уставных) судов субъектов.

Следует отметить, что зарубежные судебные системы не обладают единством в плане определения общей и специальной юрисдикции судов.

¹ См., например, ФКЗ «О судебной системе».

² Черниченко С.В. Теория международного права. Том II. М.: НИМП, 1999. С. 117.

³ Черниченко О.С. Конкуренция юрисдикций государств и порождаемые ею проблемы в межгосударственных отношениях // Международное публичное и частное право. № 4. 2002.

Таблица 1. Сравнительная характеристика судов общей и специальной компетенции в странах Европы.¹

Страна	Суды общей юрисдикции	Специализированные суды
Австрия	Гражданские и уголовные суды	Арбитражные суды полномочны рассматривать споры для достижения мирового соглашения; не обладают властными полномочиями. Арбитражные биржевые суды. Конституционный суд вкупе с административным судом являются судами публичного права В качестве особого судебно-юрисдикционного ведомства выступает прокуратура.
Албания	Суды по гражданским и уголовным делам. Административные, семейные и коммерческие споры рассматриваются коллегией по гражданским делам	Специализированные суды отсутствуют
Англия и Уэльс	Имеется развитая система судов общей юрисдикции, которые имеют широкие функции, в т.ч. и административно-разрешительные.	Коронерские суды, военные суды, церковные суды, трибуналы.
Андорра	Магистратский суд и уголовный суд.	Конституционный суд: проверка конституционности законов и международных договоров и разрешение жалоб граждан на нарушения конституционных прав
Бельгия	Развитая система судов общей юрисдикции включает в себя: мировой суд, полицейский трибунал, трибунал первой инстанции (первая секция – трибунал по гражданским делам; вторая секция – исправительный трибунал; третья секция – трибунал по делам несовершеннолетних); трибунал по трудовым делам, коммерческий трибунал, суд ассизов, военные суды.	Арбитражные суды разрешают некоторые вопросы о соответствии законов Конституции
Венгрия	Двухступенчатая система судов общей юрисдикции: на областном уровне – палаты по гражданским, административным, уголовным, торговым делам; на окружном уровне – палаты по	Конституционный суд (не является судебным органом в привычном понимании) Особняком в системе окружных судов стоят суды по трудовым спорам.

¹ См.: Судебные системы Европейских стран. Справочник. М.: Международные отношения, 2002. 336 с.

	гражданским и уголовным делам, по делам не содержащим спора.	
Германия	Развёрнутая система судов общей юрисдикции: суды, осуществляющие гражданское и уголовное судопроизводство, суды по несовершеннолетним, суды по малозначительным (административным) правонарушениям, патентный суд.	Конституционный суд; Административный суд; Финансовый суд; Суд по трудовым делам; Суд по социальным вопросам.
Греция	Гражданские суды и суды по уголовным делам (полицейские суды, исправительные суды, суды по делам несовершеннолетних).	Административные суды (разрешают споры гражданин – государство); Военный трибунал; Морской трибунал; Суд военной авиации; Высший специальный суд (конституционный контроль)
Дания	Система судов общей юрисдикции (в первой инстанции) представлена окружными судами, деятельность которых выходит за гражданское и уголовное судопроизводство. Окружные суды выполняют функции судебных приставов, нотариусов, регистрационных органов по сделкам с недвижимостью.	Морские и торговые суды (морское право и коммерческие споры); Особый ревизионный суд (дисциплинарная инстанция по отношению к судьям и адвокатам).
Исландия	Суды общей юрисдикции представлены окружными судами. Судьи являются одновременно судьями права и судьями факта.	Суд по обвинению в преступлении (суд по уголовным делам). Постановления данного суда обжалованию не подлежат; Суд по трудовым спорам. Решения суда по трудовым спорам также не может быть обжаловано.
Италия	В систему судов общей юрисдикции входят: а) общие суды по гражданским, торговым и трудовым делам; б) трибуналы и иные суды по уголовным делам.	Конституционный суд; Административная юстиция; Юрисдикция по вопросам публичной отчётности (Счётная палата); Юрисдикция по военным вопросам; Юрисдикция по налоговым вопросам.
Литва	Суды общей юрисдикции рассматривают гражданские и уголовные дела; дела, связанные с нарушением административного права; дела, касающиеся исполнения приговора; решений, касающихся применения мер принуждения; дела, связанные с	Конституционный суд (не входит в судебную систему Литвы); Административные суды (проверяет законность актов исполнительной власти и муниципалитетов и их должностных лиц, налоговые споры и пр.).

	обжалованием действия следователя или прокурора.	
Люксембург	Общие суды	Административные суды
Молдова	Суды общей юрисдикции рассматривают все споры, не отнесённые к компетенции специализированных судов	Военные суды; Экономические суды; Конституционный суд.
Норвегия	Суды по гражданским и уголовным делам.	В качестве специализированного юрисдикционного органа рассматривается согласительный совет, т.е. медиационный орган, осуществляющий досудебное урегулирование. Ни одно дело не может быть передано в суд, без попытки досудебного урегулирования.
Польша	Суды общей юрисдикции рассматривают все дела, кроме дел, отнесённых к судам специальной юрисдикции. При системе судов общей юрисдикции функционируют: суды по семейным делам; суды по трудовым и социальным вопросам, торговые суды, суды по исполнению наказаний; регистрационные палаты (учёт юридических лиц).	Конституционный трибунал (конституционный надзор); Государственный трибунал (выносит решения об ответственности высших должностных лиц); Высший административный суд (проверка законности решений органов местного самоуправления и местных органов государственной власти); Военные суды.
Турция	Суды общей юрисдикции: а) общие суды по гражданским делам (мировые и основные гражданские суды; торговые суды). К специализированным гражданским судам относятся суды по трудовым спорам, суды по кадастровым спорам, учреждение по надзору в отношении долговых исков. б) общие суды по уголовным делам (мировые уголовные суды, исправительные уголовные суды, суды по особо тяжким преступлениям или суды ассизов). К специализированным уголовным судам относятся суд по делам прессы и суды государственной безопасности	Конституционный суд (конституционный контроль); Суд по урегулированию конфликтов в юрисдикции (споры о компетенции между судебными органами); Государственный совет (административная юстиция); Военные, военно-дисциплинарные и чрезвычайные суды (военная юстиция); Налоговые суды (налоговые и таможенные споры) и Счётная палата составляют систему финансовой юстиции.
Финляндия	Суды общей юрисдикции рассматривают уголовные и гражданские дела в пределах своей компетенции.	Высший суд по импичменту (дела по обвинению высших должностных лиц государства); Суды по земельным спорам; Суды по водопользованию; Торговый суд;

		Суд по трудовым спорам; Страховой суд; Пенитенциарный суд. Административные суды
Франция	Суды общего права	Административные суды; Трибунал малой инстанции и полицейский суд (аналоги мирового суда); Торговые суды; Суды по социальным вопросам; Морские торговые суды.

Изучив данную таблицу, напрашивается вывод, что сложность судебной системы, её развёрнутость прямо пропорциональна размеру страны, количеству населения, экономическому развитию страны, например, Германия, Греция, Франция, Турция имеют очень разветвлённую систему судов как общей, так и специальной юрисдикции. Напротив, Албания, Венгрия и Люксембург имеют простую систему судов. Но общая тенденция такова, что в большинстве стран действуют органы конституционного контроля (хотя и не всегда в рамках судебной системы), а также экономические (торговые, арбитражные) суды.

Российская судебная система, по сравнению, с судебными системами других стран достаточно проста и лаконична. В России судебная система имеет структуру, состоящую из трёх ветвей – Конституционного суда РФ, судов общей юрисдикции и системы арбитражных судов. Однако данная структура судебной системы немного не соответствует системе, заявленной Конституцией РФ. Так, в ч. 2 ст. 118 Конституции РФ в качестве основных форм осуществления судебной власти указано конституционное, административное, гражданское и уголовное судопроизводство. Однако заявленное ещё в 1993 году административное судопроизводство до сих пор находится в зачаточном уровне. Имеющиеся на сегодня правила осуществления административного судопроизводства одинаковы как для судов, так и для органов

исполнительной власти¹, что нивелирует исключительность судебной власти и правосудия в нарушение ч. 1 ст. 118 Конституции.

При этом, Конституция РФ игнорирует успешно действующую и развитую систему арбитражных судов и не указывает в ст. 118 такой способ осуществления судебной власти как арбитражное судопроизводство. Не вдаваясь в дискуссию о том, является ли арбитражное судопроизводство разновидностью гражданского судопроизводства или носит самостоятельный характер, отмечу, что арбитражное судопроизводство, равно как и другие должно быть заявлено в Конституции и законодательстве РФ.

Также учёными неоднократно заявлялась необходимость введения административного правосудия, создание административных судов для разрешения дел об административных правонарушениях. Однако «воз и ныне там». Административная юстиция остаётся придатком судов общей юрисдикции, что подтверждается, например, Постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2005 г. № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях». Данное явление вносит неразбериху в судебную систему. Поэтому в качестве основного предложения выступает следующее: завершить создание системы административных судов, либо окончательно передать административную юстицию судам общей юрисдикции, дополнив ГПК главами и разделами, посвящёнными производству по делам об административном правонарушении. Помимо внедрения особых правил судопроизводства, необходимо наладить и систему отбывания административного наказания, а особенно – административного ареста.

Ещё одним спорным моментом формирования судов специальной компетенции является вопрос о ювенальной юстиции (судам по делам несовершеннолетних). 3-летний эксперимент с указанными судами в Ростовской области, видимо, не убедил законодателя в необходимости внедрения данного

¹ Главы 29 и 30 Кодекса РФ об административных правонарушениях. // СПС Консультант плюс (электронный ресурс)

института судебной власти в действительность. Однако и к внедрению ювенальных судов необходимо подходить с осторожностью, т.к. изменения порядка судопроизводства по делам несовершеннолетних без изменения норм материального и процессуального права невозможно, а если и возможно, то такая система будет обречена на провал. Именно поэтому внедрение любых специализированных судов (будь то ювенальные или административные суды) должно сопровождаться реформой законодательства, да и таковое внедрение должно происходить поэтапно, а не революционным путём.

При этом необходимо учесть один немаловажный фактор: не станет ли создание новых судов специализированной компетенции фактором бюрократизации и необоснованного «раздувание» штата судей и работников суда? В условиях существующей армии чиновников различных ветвей власти такие действия могут повлечь негативную оценку обществом новых институтов судебной системы. Именно поэтому внедрение судов специальной компетенции должно быть экономически и общественно обусловлено.

Говоря о специализированных судах и специальной компетенции нельзя не сказать о системе в военных судов. Военные суды являются подсистемой судов общей юрисдикции, однако их построение, функции и особенности деятельности позволяют сделать вывод о том, что военные суды специфичны, хотя и действуют по общим правилам судопроизводства. Во многих странах в системе судов общей юрисдикции выделяются различные специальные суды (чаще всего по делам несовершеннолетних и по особо тяжким преступлениям). Думается, что создавать такие подсистемы в РФ не целесообразно, гораздо удобнее было бы проводить профессиональную подготовку и переподготовку судебных кадров по наиболее часто встречающимся категориям дел (семейные, трудовые). Это позволит в рамках имеющихся кадровых ресурсов сделать правосудие более эффективным, а решения судов – более справедливыми и обоснованными.

Следовательно, говоря о судах специальной компетенции, напрашивается следующий вывод: судами специальной компетенции являются Консти-

туционный Суд и система арбитражных судов. В состоянии проектов и обсуждений находятся административные и ювенальные суды. В системе судов общей юрисдикции выделяется специфическая подсистема специализированной компетенции – военных судов.

В.Е. Каргаполов

Пути совершенствования законодательного процесса в РФ

В условиях формирования молодого российского правового государства, совершенствования российского законодательства, продолжения реформ во всех ветвях государственной власти проблема урегулированности законодательного процесса, повышения результативности деятельности Федерального собрания РФ, законодательных органов власти субъектов федерации и местного самоуправления играет все более важную роль.

В связи, с чем в докладе о состоянии законодательства в Российской Федерации на 2007 год говорится о необходимости принятия следующих мер: обеспечить согласованность отраслей и комплексов законодательства между собой, выраженной в «пакетном» принципе подготовки законов; создать обоснованную кодификацию законодательства и осуществлять работы по систематизации законодательства; перейти на современную методологическую и организационную основу всей системы законодательного регулирования общественных отношений, которые должны соответствовать потребностям общественного и государственного развития; совершенствовать законодательный процесс путем принятия трех базовых федеральных законов – «О нормативных правовых актах», «О порядке принятия федеральных конституционных законов и федеральных законов», «О Федеральном Собрании – парламенте Российской Федерации». Собственное положительное мнение по последнему вопросу высказал председатель совета Федерации Сергей Миронов, выступая 27.05.2008 перед депутатами Ивановской областной Думы, где он поддержал предложение о подготовке «трех базовых зако-

нов». Вместе с тем, в научной литературе по поводу необходимости принятия специального закона, регулирующего правовой статус парламента единства нет. Например, в работе Е.А. Коровниковой обосновывается важность принятия федерального конституционного закона «О Федеральном Собрании Российской Федерации», в котором должна быть прописана компетенция Государственной Думы, Совета Федерации, полномочия и ответственность органов парламентского контроля¹. Напротив, И.И. Королевой отрицается сама идея принятия законопроектов «О Федеральном Собрании – парламенте Российской Федерации» и «О порядке принятия федеральных конституционных и федеральных законов», так как автор небезосновательно считает, что регламентация механизма функционирования парламента посредством закона будет означать прямое нарушение части 4 ст. 101 Конституции РФ, в соответствии с которой каждая из палат самостоятельно принимает свой регламент и сама решает вопросы внутреннего распорядка своей деятельности². Также автор предлагает изменить статью 220 Регламента Государственной Думы, установив принцип дисконтинуитета, согласно которому с окончанием срока полномочий конкретного созыва Государственной Думы прерывается преемственность законодательных работ³.

На наш взгляд, в данной дискуссии победит здравый смысл, причем формальные противоречия не должны мешать процессу совершенствования институтов и инструментов организации законодательного процесса. В конечном счете, регламентация деятельности двух Палат Федерального Собрания направлена на закрепление устоявшихся форм взаимодействия и в целом принесет пользу в процессе повышения эффективности законодательного процесса.

¹ Коровникова Е.А. Контрольная функция Федерального Собрания Российской Федерации: Автореф. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С.6

² Королева И.И. Парламентский регламент как правовая форма регулирования порядка деятельности представительного органа государственной власти: российская и зарубежные модели: Автореф. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С.5

³ То же. С.6.

Для повышения качества законодательного процесса конечно необходимо изучать и применять в российской правовой практике международный опыт, накопленный парламентами, прежде всего европейских стран. Имплементация норм Совета Европы в национальное законодательство, по мнению Н.В.Ильина, важный этап в процессе присоединения к праву Совета Европы, однако необходим тщательный анализ возможностей и последствий реализации норм «европейского права» в российской правовой среде, поэтому нельзя форсировать процесс трансформации национального законодательства¹.

В процессе совершенствования законодательного процесса в РФ приходится постоянно решать новые проблемы, препятствующие позитивному сценарию развития событий. Ученые, юристы-практики (Н.В.Ильин, 2003; К.Г.Лачуев, 2006; Д.Н.Ринчино, 2007; В.Н.Лексин, 2007; Н.В.Малышев, 2007; В.В.Мозолев, 2008 и др.) предлагают самые разнообразные «рецепты» - комплексы мер для оптимизации законодательного процесса, разрешения отдельных проблемных вопросов, снижения уровня рисков, повышения законоэффективности принимаемых норм. Например, в работах Д.Н. Ринчино², В.Н. Лексина³, Е.В. Ионовой⁴ предлагается пересмотреть отношение федеральных органов законодательной власти к учету интересов субъектов Федерации в федеральном законодательном путем следующих нововведений: 1) конкретизировать соотношение предметов исключительного ведения Российской Федерации и ее субъектов и предмета совместного ведения, установление права субъектов РФ участвовать в разработке и экспертизе федеральных законов; 2) оптимизировать взаимодействие органов законодательной и исполнительной власти субъекта (субъектов) Российской Федерации и

¹ Оценка законов и эффективности их принятия /Под ред. Н.В.Ильина. Москва: Издание Государственной Думы, 2003. С. 122.

² Ринчино В.Д. Участие законодательных (представительных) органов государственной власти субъектов Российской Федерации в законодательной деятельности Федерального Собрания Российской Федерации (на примере Республики Бурятия): Автореф. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С.9

³ Лексин В.Н. Федеральное законодательство и интересы субъектов Федерации // Брифинг. 2007. №1. С.15.

⁴ ИONOBA E.B. Конституционно-правовой статус органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2007. С.7.

органов судебной власти на стадии подготовки законопроекта и внесения его в Государственную Думу, закрепить обязанности (а не только права) у палат Федерального Собрания, Правительства РФ и федеральных органов исполнительной власти: (а) заблаговременно информировать субъекты РФ о планах законотворческой и нормотворческой работы, (б) направлять субъектам РФ проекты этих документов для ознакомления и своевременной подготовки отзывов (с возможностью высказываний соображений не только о качестве всего проекта, но и любого его положения), (в) официально подтверждать и аргументировать содержательные ответы каждому субъекту РФ по поводу его отзыва на направленный проект, (г) периодически оповещать каждый субъект РФ о содержании отзывов из других субъектов РФ и о своей реакции на эти отзывы, (д) в установленный предлагаемым законом срок составлять сводную записку о мнениях субъектов РФ о содержании проекта, которая также должна быть направлена всем субъектам РФ за установленное предлагаемым законом время до принятия (чтения) закона или нормативного акта;

3) повысить качество сотрудничества разных уровней партийной сферы, как в учете интересов субъектов Российской Федерации, так и в использовании широкой сети некоммерческих образовательных и иных организаций; 4) создать новые дополнительные процедурные гарантии: а) на полную и своевременную информацию, б) на участие в обсуждении и внесении предложений законодательных органов субъектов Российской Федерации на стадии работы над законопроектом в соответствующем комитете Государственной Думы; 5) развить новые формы взаимодействия между Государственной Думой и законодательными органами государственной власти субъектов Российской Федерации при работе над конкретными законопроектами, гарантировать обязательность подготовки отзыва субъектом Федерации, содержащего согласие или несогласие с соответствующим федеральным законопроектом; б) делегировать полномочия по исполнению части обязанностей профильного ответственного комитета Государственной Думы законодательным органам субъектов Российской Федерации в сочетании с надлежащим контролем

и субсидиарным исполнением по общему правилу; 7) определить допустимость и полезность рассмотрения каждым субъектом РФ и изъясления им согласия или несогласия по любому отдельному положению (статье, норме) направленного на отзыв законопроекта; 5) зафиксировать все процедуры согласования и представительского участия субъекта РФ на всех стадиях прохождения законопроекта; 6) ввести обязательность публичного оповещения каждым субъектом РФ населения региона о конкретных результатах его участия в федеральном законотворчестве, о направленных в федеральный центр отзывах и т.п.; 7) установить порядок обязательного и конструктивного учета мнений субъектов РФ при вынесении решений о прохождении законопроектов через палаты Федерального Собрания; 8) выработать концепцию разработки федеральных законов и иных правовых актов по предметам совместного ведения, предусматривающую различные формы привлечения органов государственной власти субъектов РФ для работы над проектом соответствующего акта до внесения его в Государственную Думу РФ; 9) в содержании разрабатываемых актов отграничить правотворческие полномочия от правоприменительных; 10) предоставить органам государственной власти субъектов Федерации права самостоятельно нормативно регулировать и осуществлять полномочия, за исключением тех, которые должны быть унифицированы в рамках страны для недопущения излишней дифференциации и диспаритета в пользовании правами и свободами в силу разницы в экономическом потенциале регионов; 11) законодательно закрепить за ответственными разработчиками обязанность проводить научную экспертизу законопроектов на базе создания института регионального законодательства; 12) вести статистику учета времени прохождения проектов законов; 13) разработать и принять законы о региональных нормативных правовых актах в тех субъектах РФ, где он не принят (примерная структура такого закона должна включать в себя следующие главы: общие положения; виды нормативных правовых актов субъекта РФ); 14) планировать и реализовывать подготовку нормативных

правовых актов, согласно правилам юридической техники, применяемым при разработке региональных нормативных правовых актов и т.д.

В настоящих условиях, существуют примеры инициатив органов законодательной власти субъектов Федерации по регулированию пробелов в федеральном законодательстве. Например, в работе К.Г.Лачуева приводятся факты, свидетельствующие о том, что субъекты Федерации не только включают отдельные нормы гражданского права в свои законы, но и принимают законы, в основном содержащие гражданско-правовые нормы, направленные на регулирование имущественных отношений, составляющих предмет гражданского права, при этом, многие из таких законов, не нарушая единства экономического пространства и не противореча федеральному законодательству, восполняют пробелы федерального законодателя в регулировании общественных отношений, либо регулируют отношения, которые в силу высокого уровня конкретизации и необходимости учета местных особенностей нецелесообразно регулировать на федеральном уровне¹.

Одним из вариантов решения проблемы создания единообразия законопроектов на региональном уровне является выработка федеральными органами законодательной власти модельных законов. Например, в работе В.Н. Данилова предлагает принимать таковые в качестве типовых образцов правового решения однотипных региональных проблем, рекомендуемых для законодательной ориентации субъектов Федерации и возможного использования в деятельности их законодательных (представительных) органов, для обеспечения согласованности федеральных нормативных правовых актов и нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации².

Для решения проблемы минимизации риска в законотворчестве Н.В.Малышевой был разработан и представлен следующий комплекс мер: обязательное проведение рискологической экспертизы с включением ее ре-

¹ Лачуев К.Г. Законодательство субъектов Российской Федерации как источник гражданского права России: Автореф. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С.10.

² Данилов В.Н. Законотворчество субъектов Российской Федерации: конституционно-правовое исследование: Автореф. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С.7.

зультатов в обоснование законопроектов; адаптация существующих и успешно применяемых в зарубежных странах риск-технологий; ускорение принятия законов о лоббировании и нормативных правовых актах («закон о законе»); усиление контроля за отбором законопроектов с целью проверки целесообразности законодательного урегулирования конкретных проблемных ситуаций на стадии законодательной инициативы; законодательное закрепление механизма проведения социально-правовых экспериментов.¹

В работе В.В. Мозолева подвергается резкой критике недостаточная эффективность правительственной законотворческой деятельности, которая, по мнению автора, требует разработки и внедрения следующей системы мер, направленной на повышение законотворческой активности Правительства РФ и включающей нижеперечисленные мероприятия: усовершенствование механизма экспертной проработки Правительством действующего и проектируемого законодательства (законодательное установление обязанности федеральных органов исполнительной власти один раз в два года готовить и публиковать доклад о состоянии и перспективах законодательного регулирования отношений отнесенных к сферам их компетенций); определение в правительственном регламенте механизма взаимодействия федеральных органов исполнительной власти с различными экспертными и научно-консультативными советами; обеспечение обращения за научной экспертной оценкой на всех этапах подготовки законопроекта, включая подготовку его концепции; формирование критериев оценки эффективности законодательства и законопроектов; регламентация процедуры определения правительственных приоритетных законопроектов; законодательное закрепление права Правительства участвовать в формировании проектов порядка работы палат Федерального Собрания².

¹ Малышева Н.В. Законотворческий риск: понятие, виды, детерминация: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2007. С.8.

² Мозолев В.В. Участие Правительства Российской Федерации в законотворческом процессе: конституционно-правовые и организационные аспекты: Автореф. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С.9.

Таким образом, меры совершенствования законодательного процесса в России включают не только разработку новых целостных законопроектов, внесения изменений в существующие для снижения количества правовых противоречий, но и дальнейшее научное обоснование рассматриваемой проблематики исходя из приоритетов российского государства в профильной сфере. Основными путями разрешения существующих проблем, с одновременным совершенствованием законодательного процесса в РФ являются следующие: модернизация общей законодательной политики в стране, с учетом международного опыта в этом вопросе; выработка новых приоритетов развития федеральной и региональной законодательной работы, с учетом деятельности всех возможных субъектов; максимально широкое и глубокое информирование отечественной общественности о ходе, содержании и результатах законодательной деятельности органов государственной власти, имеющих соответствующие компетенции; принятие новых базисных законов, и внесение изменений в существующие для снятия коллизия между нормами, регулируемыми законодательный процесс на разных уровнях государственной власти; расширение спектра различного рода контролируемых правовых экспериментов, исследований, результаты которых позволят снизить риски от вводимых в действие законопроектов.

**А.А. Козявин
К.О. Алексеева
В.М. Мельничук**

Место и функции прокуратуры в современном российском государстве

Конституционная неопределенность роли и места прокуратуры в системе государственной власти не только породила множество предположений о её дальнейшей судьбе, но привела к тому, что мы сегодня вынуждены рассуждать о целесообразности её дальнейшего существования как единой и централизованной системы органов, осуществляющих надзор за реализацией законов и обеспечивающих режим законности в стране. Как указывает Т.К.

Рябинина, высоко оценивая роль и назначение органов прокуратуры, каждый второй опрошенный вместе с тем считает, что реальное влияние прокуратуры на жизнь общества явно недостаточно. Около 67% респондентов выразили озабоченность якобы имеющим место снижением престижа прокуратуры. Подобные взгляды объясняются тем, что значительная часть населения плохо представляет себе работу прокуратуры, не знает её содержания, функций, направлений прокурорского надзора. Поэтому первым шагом на пути формирования адекватного общественного мнения о прокуратуре должно стать надлежащее информирование общественности о том, что есть прокуратура по содержанию и направленности деятельности, какое место она занимает в структуре власти¹.

Прокуратуру не случайно именовали «оком государевым», поскольку её основное предназначение – надзор за соблюдением государственных интересов. В то же время прокуратура всегда оставалась тем учреждением, куда обращались граждане за защитой своих прав и законных интересов, разрешением конфликтов в самых разных сферах.

История становления и развития прокуратуры насчитывает без малого три сотни лет. При Петре I Россия окончательно превратилась в монархию с неограниченной властью императора. Менялся устоявшийся веками образ жизни, претерпевал изменения весь государственный аппарат. Император учреждал новые государственные органы, которые с каждым днем укреплялись и набирали силу. Реформы государственного строя XVIII в. привели к созданию системы управления, за которой необходим был надзор. После того, как Петр I опробовал в борьбе с должностными преступлениями различные средства, он учредил прокуратуру тремя императорскими указами: «Быть при Сенате Генерал – прокурору, также во всякой коллегии по прокурору, которые должны будут рапортовать Генерал – прокурору» от 12 января 1722 г., «Об установлении должности прокуроров в надворных судах и в пределах компетенции надворных судов в делах по доносам фискальных и

¹ Прокурорский надзор: Учебное пособие. М.: Издательство «Элит», 2007. С. 6.

прочих людей» от 18 января 1722 г., «О должности Генерал – прокурора» от 27 апреля 1722 г.. Прокуроры по мере назначения приступали к своим обязанностям. Продолжалась правотворческая работа по изданию актов, определяющих статус прокуратуры. Так, 5 апреля 1722 г. Регламент адмиралтейств – коллегии был дополнен указом о должности прокурора коллегии. Также вскоре, 27 апреля 1722 г., были приняты указы «О должности Сената» и «О должности генерал – прокурора». Указ «О должности Генерал – прокурора» оставался основным законодательным актом о прокуратуре на протяжении всего XVIII столетия.

Цель, поставленная перед прокуратурой, – претворение в жизнь реформ царя вопреки скрытому, а нередко и открытому сопротивлению местных органов власти. Действия прокуроров уже тогда носили чисто надзорный характер.

Александр I продолжил развитие прокуратуры и назначил Генерал – прокурора на должность министра юстиции. Позже судебная реформа Александра II лишила прокуратуру полномочий по надзору за исполнением законов. Причиной этого стало усиление административной власти. На прокурора тогда же была возложена функция поддержания государственного обвинения в суде, одновременно был усилен надзор за дознанием и следствием. Этот процесс занял долгий период времени, так как судебная реформа проходила медленно и завершилась к началу XX в.

Победа Октябрьской революции привела к управлению страной новую власть. Советская власть, осознав верность и преданность прокуроров старому режиму, ликвидировала прокуратуру декретом о суде № 1 от 24 ноября 1917 г. Роли обвинителей теперь могли исполнять все «неопороченные граждане обоего пола, пользующиеся гражданскими правами», руководствуясь революционным сознанием, а в свою очередь надзор и контроль за законностью входили в полномочия многих органов и учреждений, начиная с ВЦИК, его Президиума и заканчивая отделами юстиции. Активно работали револю-

ционные трибуналы, чрезвычайные комиссии, которые осуществляли внеправовую репрессию.

После окончания Гражданской войны, когда Советская власть занялась восстановлением разрушенного хозяйства, вновь возникла крайняя необходимость утверждения единой законности на всей территории страны. 26 мая 1922 г. сессия ВЦИК приняла Положение о прокурорском надзоре, а 28 мая постановление сессии было подписано председателем ВЦИК М.И. Калининым. В соответствии с этим нормативным актом за прокуратурой закреплялись категории полномочий, которые сохранились за ней до сегодняшнего дня с некоторыми поправками. «Положение о прокурорском надзоре» закрепило независимость прокуратуры от местных органов власти.

Советская прокуратура была элементом социалистического государства, той идеологии и выполняла определенные данной системой функции. Анализ прокурорской практики тех лет свидетельствует, что прокуратура не стала, да и не могла стать гарантией соблюдения законности в таких учреждениях, как НКВД, ГУЛАГ и т.д. Прокуратура, как и все остальные органы правоохраны и суд, функционировала в тех формах и пределах, которые были необходимы для поддержания правопорядка тоталитарного государства.

После образования СССР возникла необходимость создания общесоюзной системы правоохранительных органов. В соответствии со ст. 43 Конституции СССР 1924 г. при Центральном комитете учреждался Верховный Суд СССР. Статья 46 Конституции учредила пост Прокурора Верховного Суда СССР. Позднее на прокуратуру были возложены функции участия прокурора в гражданском процессе и координации органов по борьбе с преступностью.

Конституция СССР 1936 г. закрепила принцип осуществления правосудия только судами и принцип независимости и подчиненности судов только закону. Однако эти принципы имели лишь декларативный характер. Были также закреплены основы прокурорского надзора на высшем уровне: определены задачи высшего надзора за точным исполнением законов, система про-

куратуры, порядок назначения прокуроров и принцип независимости органов прокуратуры от местных органов власти.

В послевоенные годы законодательство о прокурорском надзоре получило активное развитие, особенно после событий, которые привели к развенчанию культа личности. Деятельность прокуратуры была ориентирована на укрепление законности в сфере экономики. Усилению единства прокурорского надзора способствовала Конституция 1977 г. Прокуратуре была отведена самостоятельная глава, в которой раскрывались основополагающие принципы организации и деятельности ее органов.

Расширение предмета и пределов прокурорского надзора нашло отражение в Законе «О прокуратуре СССР», принятом 30 ноября 1979 г. Верховным Советом СССР. Закон предусмотрел конкретные формы реагирования на установленные нарушения закона, определил их структуру и содержание. Правозащитная роль прокуратуры получила значительное расширение в восьмидесятые годы с началом провозглашенных реформ.

В постсоветский период страна переживала сложный этап. В новых условиях необходимым был пересмотр некоторых принципов деятельности прокуратуры, однако мало кто ожидал, что прокуратуру в течение уже более чем 15 лет будут сотрясать реформы, а сама она будет отчаянно искать свое место в системе органов государственной власти, постоянно доказывая свою незаменимость при обеспечении законности в стране, пораженной высочайшей степенью правового нигилизма. «Справедливости ради следует заметить, что почву для такого положения предоставляет действующее законодательство, которое четко не определяет места прокуратуры в России»¹.

В Конституции России 1993 г. не стало главы о прокуратуре, и статус прокуратуры определен лишь федеральным законом. В соответствии со ст.10 Конституции в России государственная власть осуществляется на основе ее разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Приведенный

¹ Рябнина Т.К. Нравственные начала уголовного процесса: Учеб. пособие. Курск, 2007. С. 201.

перечень ветвей государственной власти является исчерпывающим. Систематическое толкование главы 7 «Судебная власть» Конституции РФ, включающей и ст. 129, в которой приведены понятие прокуратуры, порядок назначения соответствующих должностных лиц, формально указывает на принадлежность прокуратуры к органам судебной власти. Такой позиции придерживается А.И. Турчинов¹. Однако в ст. 118, устанавливающей перечень органов судебной власти, слово прокуратура не употребляется. Это стало «основанием для суждения о допущенном в Конституции РФ нарушении законодательной техники»². Вместе с тем то, что Конституция в ст. 129 установила лишь порядок назначения прокуроров, отнеся определение функций и полномочий прокуратуры к компетенции федерального законодателя, есть следствие обычного субъективизма. Дело в том, что в проекте Конституции, подготовленном Конституционным совещанием летом 1993 г., основной функцией прокуратуры была названа борьба с преступностью и иными правонарушениями. Исчезновение этой нормы и замена её сугубо организационными предписаниями объясняется тем, что за два дня до вынесения проекта Конституции на всенародное обсуждение бывший в то время Генеральным прокурором А. Казанник выступил против этой нормы проекта, что и привело к ее изменению без обсуждения на Конституционном совещании и одобрению вместе со всем текстом Конституции на референдуме³.

В научной юридической литературе обосновывается тезис о принадлежности прокуратуры к органам исполнительной власти. Этой позиции придерживается активный сторонник рецептирования законодательства зарубежных правовых государств С.Е. Вицин⁴. Данное утверждение, на наш

¹ Настольная книга государственного служащего / Отв. ред. В.И. Шкатула. М.: ОАО Издательство «экономика», 1999. С. 44.

² Чувилов А.А., Чувилова Ан.А. Прокурорский надзор. Вопросы и ответы. М.: Новый Юрист, 1999. С. 6; Прокурорский надзор в РФ. Учебник / Под. ред. А.А. Чувилова. - М.: Юрист, 2001. С. 10.

³ Савицкий В. Стержневая функция прокуратуры – осуществление уголовного преследования // Российская юстиция. 1994. № 10. - С. 25.

⁴ Черемных Г.Г. Судебная власть в РФ: современное состояние и перспективы развития: Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. М., 1999. С. 11.

взгляд, следует признать ошибочным, хотя бы потому, что порядок назначения Генерального прокурора и иных прокуроров, в котором существенную роль играет власть законодательная в лице Совета Федерации, явно указывает на иную правовую природу прокурорской власти.

По мнению А.Ф. Козлова, прокурорский надзор организационно тяготеет не к судебной, а к законодательной власти, поскольку его основная функция – обеспечения исполнения принимаемых законов¹.

Сами сотрудники прокуратуры давно отстаивают мысль о невозможности размещения их службы в рамках классической триады ветвей власти, претендуя как минимум на «место в системе конституционных сдержек и противовесов», как максимум - на отдельную ветвь государственной власти². Данные суждения, на наш взгляд, далеко не безупречны, ибо тактическая сторона деятельности прокуроров, основанная, кстати, на широком применении норм процессуального права, а также общность задач и методов деятельности с множеством административно-контрольных органов исполнительной власти не позволяют отнести прокуратуру к особому правовому образованию, осуществляющему государственную власть.

Тем не менее с учетом одобренной 24 октября 1991 г. Верховным Советом РСФСР Концепции судебной реформы 18 февраля 1992 г. был принят ныне действующий Закон РФ «О прокуратуре Российской Федерации», в ноябре 1995 г. изложенный законодателем в новой редакции, в которую позже были внесены многочисленные изменения, что было продиктовано как прокурорской практикой, так и наметившимися тенденциями сокращения у прокуратуры надзорных полномочий. Тем не менее особое внимание в законе отводилось и отводится правозащитной функции прокуратуры.

¹ Козлов А.Ф. Прокурорский надзор в Российской Федерации. Общая часть. Учебное пособие. Екатеринбург: Издательство Государственной академии, 1994. С. 8.

² См., например: Становление правового государства в Российской Федерации и функции прокуратуры. «Круглый стол» журнала «Государство и право» // Государство и право. 1994. № 5. С. 7. Такая же идея пронизывает практически всю учебную литературу по прокурорскому надзору.

На сегодняшний день важными функциями прокуратуры являются обеспечение верховенства закона, единства и укрепления законности, и в основе деятельности прокуратуры лежит защита прав и свобод человека и гражданина. В соответствии со ст. 1 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» прокуратура Российской Федерации – единая федеральная централизованная система органов, осуществляющих от имени Российской Федерации надзор за соблюдением Конституции Российской Федерации и исполнением законов, действующих на территории Российской Федерации. В ст. 1 этого Закона впервые указано на осуществление прокуратурой надзора за соблюдением прав и свобод человека и гражданина не только органами государственной и муниципальной власти, управления, контроля, их должностными лицами, но и органами управления и руководителями коммерческих и некоммерческих организаций; в то же время значительно сужен перечень объектов прокурорского надзора за исполнением законов и законностью правовых актов. Координация деятельности правоохранительных органов по борьбе с преступностью теперь уже на федеральном законодательном уровне закреплена в качестве одной из функций органов прокуратуры. Таким образом, сформировалась система функций прокуратуры, включающая главную (основную) и производные от главной (дополнительные) функции, в числе которых — уголовное преследование.

Существование на протяжении последних лет попыток реформирования прокуратуры посредством ограничения её полномочий вплоть до предложений по приданию ей статуса подразделения Министерства юстиции обусловлено, наш взгляд, неверным пониманием места прокуратуры в государственно-правовом механизме России.

Главный вопрос – должна ли прокуратура сохранить надзорные полномочия в сфере государственного и административного управления или её задача – только борьба с преступностью, включая поддержание государственного обвинения в суде. В настоящее время оба эти направления деятельности прокуратуры, как известно, все более и более корректируются: УПК РФ,

вступивший в законную силу 1 июля 2002 года, ввел стопроцентное поддержание государственного обвинения по делам публичного и частного публичного обвинения, в то же время сокращено участие прокурора в гражданском и арбитражном процессе.

У многих ученых и практиков вызывает опасения обремененность прокуратуры необъятными функциями, относимых законом к сфере общего надзора. Реализуя их, они производят бесчисленные проверки, заседают на всевозможных совещаниях, собраниях, коллегиях, президиумах, пишут, не переставая, протесты, представления, справки, предупреждения и т.д. Однако с развитием и усложнением общественных отношений в сфере хозяйства, новых технологий вся эта работа будет все более неэффективной. Объективно, прокуратуре сложно охватить все сферы человеческой деятельности при узкой юридической специализации ее работников и как следствие отсутствием необходимых для объективной оценки нарушений в той или иной сфере знаний. Надзор в какой-либо сфере хозяйства должны осуществлять специалисты. Отказ от этих изживших себя функций сэкономит прокуратуре силы и средства, столь необходимые для выполнения того, что способна делать только она – направлять и координировать действие следственных и оперативно-розыскных органов, надзирать за исполнением ими законов, поддерживать государственное обвинение, добиваться вынесения законных, обоснованных и справедливых приговоров. Кроме того, в условиях разрастания системы административно-контрольных органов исполнительной власти актуальным становится надзор за законностью в их деятельности, который и должен стать основной функцией прокурора на современном этапе, учитывая наличие у него развитых профессиональным навыков именно в применении процессуального законодательства и в надзоре за его применением другими органами исполнительной власти.

В связи с этим, на наш взгляд, заслуживает внимания точка зрения, определяющая прокуратуру РФ как единую федеральную централизованную систему органов, призванных оптимизировать исполнение Президентом РФ

его правозащитных конституционных полномочий¹. Согласно Конституции РФ 1993 г., высшим должностным лицом Российского государства является Президент России. Он гарант Конституции РФ и соблюдения прав и свобод человека и гражданина. Он формирует кадровый потенциал органов судебной власти РФ, руководит целой системой «силовых» министерств и ведомств, обеспечивает взаимодействие этих органов, контролирует законность их действий при помощи закрепленных в Конституции правовых механизмов. Простое сопоставление перечисленных полномочий Президента РФ с задачами и функциями органов прокуратуры приводит к выводу о значительном их совпадении. При таких условиях было бы естественно, если бы прокуратура России осуществляла надзор за соблюдением Конституции РФ, федеральных законов органами исполнительной власти, органами местного самоуправления, правоохранительными органами, осуществляющими дознание, предварительное следствие и оперативно-розыскную деятельность. Прокуратура станет действенным проводником в осуществлении возложенных Конституцией РФ на Президента РФ задач, его надежным партнером. Предмет прокурорского надзора должен включать обеспечение исполнения части президентских функций гаранта Конституции РФ, а также гарантом соблюдения прав и свобод человека и гражданина в узкой сфере государственной деятельности.

В настоящее время прокурорский надзор определенно имеет ряд преимуществ: оперативность разрешения обращений граждан, доступность, безвозмездность. И далее прокуратура должна развиваться как надзорный правозащитный орган, и роль правозащитной функции прокуратуры должна возрастать по мере построения правового государства.

В связи с этим трудно согласиться с последней реформой, проведенной в июне-июле 2007 года. Безусловно, следуя идеям Концепции судебной реформы 1991 г., прокуратуру надлежало освободить от собственного следст-

¹ Алексеев А. Прокуратура как институт государственной власти // Уголовное право. 2002. № 2. С. 98, 101; Чуглазов Г. Прокуратура в системе органов государственной власти // Законность. 2003. № 2. С. 31-32.

венного аппарата (предлагалось создать единую федеральную службу, объединив всех следователей разных ведомств, обеспечив им административную независимость и от органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и от прокурора), ибо трудно рассчитывать на объективный надзор за собственными же сотрудниками, однако как объяснить сокращение не сколько предмета надзора за предварительным следствием, сколько его эффективность за счет устранения полномочия отменять незаконные постановления следователя? Сегодня же мы имеем разобщенную сторону обвинения в уголовном процессе (по делу Сторчака, например, Председатель Следственного комитета при прокуратуре заявлял в прессе о возможности судебного обжалования решений Генеральной прокуратуры), а ранее действенные надзорные полномочия прокурора сегодня осуществляют руководители соответствующих следственных органов – над собственными следователями, что не способствует объективности следствия.

Таким образом, прокуратура, появившись как надзорный орган главы государства, может вернуться к этому, заданному еще Петром I статусу: потерявший ориентиры и уверенность в перспективах развития прокурорского надзора законодатель в условиях максимального разделения и специализации «надзорного труда» должен поручить прокурорам, как профессиональным правоприменителям процессуального права, в рамках реализации конституционных обязанностей Президентом РФ надзор именно за деятельностью многочисленных контрольных органов исполнительной власти, сохранив за ними функцию уголовного преследования и надзор за следствием и дознанием.

В.Л. Кудрявцев

**Некоторые проблемы становления концепции
конституционно-правового института квалифицированной**

юридической помощи в Российской Федерации¹

Одним из первых шагов на пути становления российского государства как демократического и правового была принятая 22 ноября 1991 года Декларация прав и свобод человека и гражданина. Эта Декларация восприняла общую концепцию прав человека, получившую закрепление и развитие, в том числе в таких международных актах, как Всеобщая декларация прав человека 1948 года, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах 1966 года, Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 года.

Кроме этого, 10 июля 1992 года в г. Хельсинки Россия подписала Декларацию «Надежды и проблемы времени перемен», подтверждая, тем самым, свои обязательства соблюдать Заключительный акт СБСЕ 1975 года в области прав человека.

Во исполнение этих обязательств, прежде всего, в Главу 5 Конституции РСФСР 1978 года «Права и свободы человека и гражданина» были внесены изменения и дополнения Законом РФ от 21.04.1992 N 2708-1, в основе которых были положения Декларации прав и свобод человека и гражданина. Однако подобные изменения и дополнения не были достаточно органично связаны с остальным текстом Конституции².

Это объясняется тем, что с самого начала «отсутствовала научная концепция конституционной реформы, поэтапной разработки её проведения»³. Что в последующем «привело к столкновению двух взглядов на её развитие: путём принятия новой Конституции или путём изменения и поправок к действовавшей Конституции 1978 года. Конституционные вопросы стали целью политической борьбы. Всё это привело к конституционному кризису. В этих

¹ Несколько по-иному эта проблема изложена: Кудрявцев В.Л. Конституционно-правовой институт квалифицированной юридической помощи в Российской Федерации // Государство и право. 2008. № 2.

² См.: Комментарий к Конституции Российской Федерации. М.: Изд-во БЕК, 1994. С. 53.

³ Конституция, закон, подзаконный акт. М.: Юрид. лит., 1994. С.5.

условиях при параличе конституционных институтов»¹ на референдуме 12 декабря 1993 года была принята новая Конституция Российской Федерации.

Конституция Российской Федерации провозгласила Россию демократическим, правовым государством /ч.1 ст.1/, где человек, его права и свободы являются высшей ценностью, а признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства /ст.2/, где права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими, определяющими смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием /ст. 18/, где гарантируется государственная защита прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации /ч.1 ст. 45/, где каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом /ч.2 ст. 45/, где каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод /ч.1 ст. 46/, где каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи /ч.1 ст. 48/ и т.д.

Тем не менее, несмотря на высокую значимость и правильность вышеуказанных конституционных положений следует, однако, заметить, что «ещё рано говорить о полной трансформации России в государство, основанное на верховенстве закона и обеспечивающее гражданам всеобъемлющие гарантии соблюдения прав и свобод человека»², поскольку «в целом ситуация в сфере соблюдения прав и свобод человека и гражданина в России пока что не может быть призвана удовлетворительной»³ и это связано, прежде всего, с тем, что права и свободы человека и гражданина, закреплённые в Конституции и федеральном законодательстве, не обеспечены соответствующим механиз-

¹ Конституция, закон, подзаконный акт. С.5.

² Доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации за 2004 год // Российская газета. 2005. 31 марта. С.13.

³ Доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации за 2004 год С.14.

мом защиты¹. А, если и обеспечены, то налицо «одна из наиболее острых проблем, в которой, возможно, кроется корень остальных, - неотлаженность механизмов защиты и контроля за этим процессом»².

И это не случайно, поскольку в России «отсутствует всесторонне разработанная единая концепция защиты прав и свобод человека, которая разделялась бы и поддерживалась всеми ветвями власти, органами местного самоуправления, средствами массовой информации, обществом в целом»³.

Несколько лет тому назад был разработан и опубликован для ознакомления проект Федеральной концепции обеспечения и защиты прав и свобод человека, который, к сожалению, не получил должной реализации. В этом проекте одно из центральных, узловых мест в системе обеспечения и защиты прав и свобод человека было отведено необходимости совершенствования оказания юридической помощи населению. Основная доля такой помощи приходится на адвокатуру⁴.

Ещё в ч.1 ст. 161 Конституции СССР 1977 года было предусмотрено, что: «Для оказания юридической помощи гражданам и организациям действуют коллегии адвокатов. В случаях, предусмотренных законодательством, юридическая помощь гражданам оказывается бесплатно». Подобная формулировка нашла отражение и в ч.1 ст. 173 Конституции РСФСР 1978 года.

Тем не менее, впервые право на получение именно квалифицированной юридической помощи нашло своё конституционно-правовое закрепление в связи с изменениями и дополнениями, внесенными Законом РФ от 21.04.1992 N 2708-1, когда появилась статья 67.1. в Конституции РСФСР 1978 года. Эта статья предусматривала, что: «Каждому гарантируется право на пользование квалифицированной юридической помощью. В случаях, пре-

¹ См.: О соблюдении прав человека и гражданина в Российской Федерации в 1998 году. Доклад Комиссии по правам человека при Президенте Российской Федерации. М.: Юрид. лит., 1999. С.39.

² См.: Зорькин В.Д. Верховенство права и правосознание // Адвокат. 2007. № 11. С.7.

³ Доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации за 2004 год С.14.

⁴ См.: Федеральная концепция обеспечения и защиты прав и свобод человека (проект). М.: Изд-во НОРМА, 2000. С. 77.

дусмотренных законом, эта помощь оказывается бесплатно/ч.1/. Каждый задержанный, заключенный под стражу или обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) соответственно с момента задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения /ч.2/». В её основе была ст. 37 Декларации прав и свобод человека и гражданина 1991 года.

Именно с 21 апреля 1992 года, когда появилась ст. 67.1. в Конституции РСФСР 1978 года и следует связывать начало формирования конституционно-правового института квалифицированной юридической помощи, ибо появление институтов в конституционном праве связано с «включением в Конституцию соответствующих статей, глав, разделов»¹.

В дальнейшем право на получение квалифицированной юридической помощи нашло отражение в ст. 48 Конституции РФ 1993 года, практически точно повторившей положения ст. 67.1. Конституции РСФСР 1978 года.

Так, согласно ст. 48 Конституции РФ: «Каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи. В случаях, предусмотренных законом, юридическая помощь оказывается бесплатно/ч.1/; Каждый задержанный, заключенный под стражу, обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента соответственно задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения/ч.2/».

Сформулированные подобным образом конституционные положения в ч.1 и ч. 2 ст. 48 Конституции РФ дифференцированно отразились в Основных законах субъектов РФ (Конституциях, Уставах).

Так, в одних из них эти конституционные положения нашли отражение в полном объёме (например, ст. 45 Конституции Карачаево-Черкесской Республики, ст. 47 Конституция Республики Ингушетии, ст. 52 Конституция Республики Коми); в других – употреблялась категория «квалифицирован-

¹ См.: Авакьян С.А. Конституция России: природа, эволюция, современность: 2-е изд. М.: РЮИД, «Сашко», 2000. С.18.

ная юридическая помощь» в качестве гарантии (например, ч.1 ст. 53 Конституции Республика Алтай, ч. 1 ст. 24 Устава Хабаровского края) или в качестве обеспечения (например, ст. 13 Устава Новосибирской области) прав и свобод человека и гражданина; в третьих – не было вообще упоминания не только о квалифицированной юридической помощи, но даже и просто о юридической помощи (например, Устав Челябинской области).

Тем не менее то, что не везде в полном объёме находят отражение положения ст. 48 Конституции РФ или их нет вообще в Конституциях или Уставах субъектов РФ не ставит под сомнение существование и реализацию положений о квалифицированной юридической помощи потому, что они закреплены в федеральной Конституции - Конституции РФ. Последнее означает, что, во-первых, эти конституционные положения имеют высшую юридическую силу, прямое действие и применяются на всей территории Российской Федерации. Законы и иные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции Российской Федерации /ч.1 ст. 15 Конституции РФ/, и соответственно, её положениям; во-вторых, органы государственной власти, органы местного самоуправления, должностные лица, граждане и их объединения обязаны соблюдать Конституцию Российской Федерации /ч. 2 ст. 15 Конституции РФ/, и соответственно, её положения.

Главным критерием объединения норм в конституционно-правовой институт служит однородность регулируемых ими отношений, что влечёт за собой правовое единство соответствующих норм, объединённых в институт, общую для них правовую специфику; вообще необходимость установления принадлежности нормы к тому или иному конституционно-правовому институту объясняется тем, что не каждая отдельно взятая норма проявляет все свои свойства, присущие институту в целом, а их следует учитывать, чтобы правильно уяснить механизм её реализации¹.

¹ См.: Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2001. С. 14, 15.

Само по себе выделение конституционных институтов не означает, что они в полной мере регулируются только конституционными нормами. Последние могут регулировать определённые группы общественных отношений данного вида, их наиболее существенные стороны и элементы. Остальное относится к сфере регулирования обычного законодательства¹.

Если обычного законодательства нет, а положения, содержащиеся в Конституции, не достигли того уровня конкретизации, при котором было бы можно говорить о существовании правовых норм, способных однотипно воплощаться в общественные отношения² или, иначе, конституционные положения не осуществимы без принятия нормативных актов, детализирующих эти положения до той степени абстрактности, которая способна воплотиться в конкретных правоотношениях³, то налицо проблема. И эта проблема свидетельствует о «недостаточно полной регламентации правоотношений в законе, когда появляются пробелы, т.е. разрывы системных связей между нормами права, которые влекут за собой возникновение ситуаций, когда субъективное право, предоставленное законом, не может быть реализовано по мотивам отсутствия соответствующего нормативно-правового предписания»⁴.

На федеральном уровне законодательства, принятого в развитие положений ст. 48 Конституции РФ длительный период времени не было. И поэтому в этом вопросе место законодателя занял Конституционный Суд РФ, который, по мнению его председателя В. Д. Зорькина, фактически осуществляет особого рода правотворчество и его акты практически равны юридической силе самой Конституции⁵. Действительно, решения Конституционного Суда представляют собой полноценные источники права в том смысле, что

¹ См.: Конституция, закон, подзаконный акт. С. 28.

² См.: Проблемы теории государства и права: Учебное пособие / Под ред. М.Н. Марченко. М.: Юристъ, 2001. С.622.

³ См.: Халфина Р.О. Общее учение о правоотношениях. М., 1974. С. 56-57; Михалёва Н.А. Социалистическая конституция (проблемы теории). М., 1981. С. 127; Стумбина Э.Я., Кузнецов А.В., Эглитис В.В. Механизм реализации конституции (государственно-правовой аспект). Рига, 1984.

⁴ Законодательная техника: Научно-практическое пособие. М.: Городец, 2000. С.52.

⁵ См. об этом: Зорькин В.Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2004. N 12.

они: акты федерального органа власти; носят нормативный характер; принимаются в строго установленном порядке; по формулированию правовых положений часто приближаются к законодательным текстам, хотя и имеют особенности в плане законодательной техники; содержат целый набор обязательных внешних атрибутов; являются официально публикуемыми текстами; всегда обязательны не только для своих адресатов; действуют непосредственно; они окончательны; влекут утрату юридической силы правовых норм; адресатами их является в большинстве случаев относительно неопределенный круг лиц (физических, должностных, юридических); участники правовых отношений всегда вынуждены руководствоваться решениями Конституционного Суда; государство обеспечивает обязательность решений Конституционного Суда не только соответствующими нормативными актами, но и соответствующими организационно-принудительными мерами¹.

Итак, казалось бы, принятие Конституции должно было дать именно «импульс развитию законодательства и принятию большого массива новых нормативных юридических актов, воплощающих общие идеи и отдельные положения Конституции»², но ни как не решений Конституционного Суда РФ латающего законодательные прорехи.

Тем не менее, этого не случилось и как следствие: во-первых, возник вопрос о субъекте оказания квалифицированной юридической помощи. Так, одним из первых вопрос о субъекте, оказания квалифицированной юридической помощи на досудебном производстве был поставлен и разрешен в постановлении Конституционного Суд РФ от 28 января 1997 г. № 2 – П «По делу о проверки конституционности части четвертой статьи 47 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами граждан Б.В. Антипова, Р.Л. Гитиса и С. В. Абрамова». В этом постановлении Конституционный Суд

¹ См.: Лазарев В.В. Решения Конституционного Суда Российской Федерации как источник права // Актуальные проблемы гражданского права и процесса: Сборник материалов Международной научно-практической конференции, г. Казань, Казанский государственный университет, 12-13 октября 2006 г. Выпуск 1. / Отв. ред. Д.Х. Валеев, М.Ю. Чельшев. Казань, 2006.

² Авакьян С.А. Конституция России: природа, эволюция, современность: 2-е изд. С.15.

РФ сформулировал свою правовую позицию таким образом, что возможность допуска в качестве защитника на предварительном следствии только лица, состоящего в коллегии адвокатов, соответствует Конституции РФ¹. С такой правовой позицией Конституционного Суда РФ не согласилось 4 из 9 судей КС РФ. Они высказали свою точку зрения в особых мнениях судей КС РФ В.И. Олейника, Н.Т. Ведерникова, В.О. Лучина, Э.М. Аметистова. По их мнению, подозреваемые и обвиняемые вправе пользоваться помощью не только адвокатов, но и других защитников по своему выбору, включая и частнопрактикующих юристов, не являющихся членами коллегии адвокатов; во-вторых, правовые отношения в сфере оказания квалифицированной юридической помощи фактически регулировались в течение многих лет «принятым еще в 1980 г. Положением об адвокатуре РСФСР, которое, естественно, давно устарело и не отвечало ни демократическим преобразованиям, происходящим в обществе, ни реальному положению дел в адвокатской деятельности»².

И всё это происходило несмотря на то, что существовал ориентир для развития положений ст. 48 Конституции РФ. Этим ориентиром служила Концепция судебной реформы от 24 октября 1991 года, где был раздел четыре с частью под номером 8 с самим за себя говорящим красноречивым названием «Адвокатура и оказание юридической помощи». Из анализа которого следовало, что, с одной стороны, адвокатура должна быть призвана оказывать квалифицированную юридическую помощь, а для этого нужна реформа, которая позволила бы вывести адвокатуру из-под контроля Министерства юстиции, обеспечить независимость и высокий престиж судебной защиты, а также расширить организационные и правовые возможности адвокатуры, что должно было найти отражение в разрабатываемом законе об адвокатуре, а с другой стороны – поле деятельности по оказанию юридической помощи населению столь обширно, а монополия в любой сфере столь

¹ Российская газета. 1997. 18 февр.

² Научно-практический комментарий федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» / Под ред. Д.Н. Козака. М.: «Статут», 2003. С.3.

губительна, что не следует использовать иные рычаги, помимо конкуренции, для установления преимуществ услуг адвокатуры перед правовыми услугами, которые берутся оказывать юридические фирмы, кооперативы, индивидуально практикующие консультанты - юристы. Соревнование их с традиционными коллегиями адвокатов пойдет на пользу обеим сторонам и обществу в целом. Но непременными условиями выдачи лицензии на оказание юридической помощи должны стать: высшее юридическое образование претендента, способность его преодолеть некие моральные цензы (отсутствие судимости, например), наличие опыта работы по юридической специальности, сдача квалификационного экзамена специальной комиссией с участием судей, адвокатов, преподавателей юридических вузов, научных работников в области права. Результаты таких квалификационных экзаменов будут, в частности, определять право выступать перед судом того или иного уровня. Квалификационная дифференциация возможна также для юристов, входящих в состав коллегий адвокатов¹.

Таким образом, Концепция судебной реформы предусматривала следующие положения в отношении субъектов квалифицированной юридической помощи: во-первых, квалифицированную юридическую помощь могут оказывать только юристы, отвечающие определенным повышенным требованиям, то есть имеющие статус адвоката (к ним, предъявляются самые высокие требования) либо юристы, получившие лицензию на оказание юридической помощи; во-вторых, если для адвокатов квалификационная дифференциация (напр., право выступать перед судом того или иного уровня) была только возможна, то для юристов подобная дифференциация была предусмотрена в зависимости от сдачи квалификационного экзамена и других условий.

Через несколько лет после Концепции судебной реформы вышло постановление Правительства РФ от 15 апреля 1995 г. N 344 утвердившее «По-

¹ См.: Концепция судебной реформы в РСФСР // Сост. С.А. Пашин. М.: Республика, 1992. С. 67-69.

ложение о лицензировании деятельности по оказанию платных юридических услуг на территории Российской Федерации»¹.

Данное положение в п. 3 установило определённые требования к лицам, оказывающим платные юридические услуги. Согласно этому пункту платные юридические услуги вправе оказывать физические лица, имеющие диплом образовательного учреждения Российской Федерации о высшем юридическом образовании, стаж работы по юридической специальности не менее трех лет.

Исходя из изложенного, следует, что требования, заявленные в Концепции судебной реформы, к юристам, имеющим право оказывать квалифицированную юридическую помощь, оказались выше, чем в «Положение о лицензировании деятельности по оказанию платных юридических услуг на территории Российской Федерации».

Но всё же это был определённый прогресс в реализации положений Концепции судебной реформы и наполнении конкретным содержанием положений ст. 48 Конституции РФ о квалифицированной юридической помощи.

Через несколько лет после принятия «Положение о лицензировании деятельности по оказанию платных юридических услуг на территории Российской Федерации» было признано утратившим юридическую силу в связи с принятием Федерального закона «О лицензировании отдельных видов деятельности» постановлением Правительства РФ от 20.05.1999 № 548 «О признании утратившими силу решений Правительства РФ по вопросам лицензирования отдельных видов деятельности»². Причём, в принятом законе не нашлось места лицензированию юридических услуг.

Таким образом, не стало никакого правового акта, регулирующего сферу оказания платных юридических услуг на территории Российской Федера-

¹ Российская газета. 1995. 4 мая

² СПС «Консультант плюс»

ции и, соответственно, не стало никаких повышенных требований к лицам, желающим оказывать такие услуги.

Всё это, несомненно, привело к расширению круга субъектов, оказывающих платные юридические услуги на территории Российской Федерации.

Что же касается принятия нового закона об адвокатуре, то, как верно писал Г. М. Резник, «назвать ситуацию с принятием закона об адвокатуре неприличной, значит выразиться весьма мягко. Она скандальна. За последние несколько лет законодательство о судах, прокуратуре, милиции, органах государственной безопасности успело неоднократно обновиться. Только адвокатура существовала по-прежнему на основании ни в чём неизменного Положения об адвокатуре РСФСР от 20 ноября 1980 г.»¹.

И вот, наконец, в рамках проводимой в стране судебной реформы Президентом Российской Федерации весной 2001 г. был внесен проект Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», который был принят парламентом и вступил в силу 1 июля 2002 г.

Следует отметить, что адвокатура согласно п. «л» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ находится в совместном ведении Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, что позволяет субъектам РФ принимать законы, регулирующие деятельность адвокатуры. Однако до принятия ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», таким правом воспользовались менее половины субъектов РФ. Причём, законы субъектов РФ об адвокатуре, с одной стороны, были основаны на «устаревших» нормах «Положения об адвокатуре РСФСР», а с другой – они закрепляли новеллы, которые диктовались новыми историческими условиями, например: а) расширили перечень организационно-правовых форм осуществления адвокатской деятельности – адвокаты могли заниматься частной практикой, создавать бюро, фирмы /например, ст. 8 Закона Республики Башкортостан «Об ад-

¹ Резник Г.М. Закон об адвокатуре как жертва конфликта интересов // Российская юстиция. 1998. № 3. С.35.

вокатуры»); б) установили, что органы внутренних дел обязаны принять необходимые меры к обеспечению безопасности адвоката, членов его семьи, сохранности принадлежащего им имущества, если от адвоката поступит соответствующее заявление при осуществлении адвокатской деятельности. Кроме того, запрещались любые формы вмешательства со стороны государственных органов и должностных лиц в профессиональную деятельность адвоката /например, ст. 10 Закона Республики Тыва « Об адвокатуре в Республике Тыва»/ и т.д. Соответственно такое соседство в одном законе «устаревших» норм и новелл не могло благоприятно сказываться на качестве оказываемой юридической помощи. Кроме того, адвокатура, в том числе и по законам субъектов РФ об адвокатуре, была разобщена, распылена по традиционным и альтернативным коллегиям адвокатов, что вело не к повышению качества помощи, а к постоянной борьбе в решении вопросов - кто главнее, кого следует, а кого и нет принимать в адвокатуру, кто должен оказывать юридическую помощь по назначению в уголовном процессе и т.д.

В.Л. Кудрявцев

**Некоторые аспекты содержательной характеристики
конституционного права на получение квалифицированной
юридической помощи в Российской Федерации¹**

Право на получение квалифицированной юридической помощи относят к особой группе прав обозначенных в литературе как юридические права-гарантии человека и гражданина² либо конституционно-процессуальные права-

¹ См. более подробно в том числе и об этом: Кудрявцев В.Л. Реализация конституционно-правового института квалифицированной юридической помощи в деятельности адвоката (защитника) в уголовном судопроизводстве / Под науч. ред. докт. юрид. наук, проф. В.Н. Григорьева. М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2008. 440с.

²См.: Зиновьев А.В. Конституционное право России. М.; СПб.: Герда, 2000. С. 98; Гошуляк В.В. Прокуратура, адвокатура, нотариат в конституционном праве России. М.: Альфа-М, 2005. С. 156.

гарантии¹ или конституционные права-гарантии с процессуальным характером² или группа прав по защите других прав и свобод³.

В качестве особенностей обусловивших выделение указанных прав в отдельную группу, Н.С. Бондарь называет: 1. относительно самостоятельное конституционное оформление, наличие собственного нормативного содержания; 2. преимущественно процессуальное наполнение, что не исключает материальных элементов; 3. детальная нормативная конкретизация данного конституционного института в отраслевом законодательстве; 4. как правило, непосредственная реализационная связь соответствующих прав-гарантий с деятельностью судебной власти⁴.

Рассмотрение конституционного права на получение квалифицированной юридической помощи в качестве права-гарантии свидетельствует о её диалектической природе.

С одной стороны государство предоставляет каждому право на получение квалифицированной юридической помощи, а с другой – обеспечивает, создает и делает реально выполнимым реализацию данного права путём его гарантированности.

Таким образом, обеспечение такого права как получение квалифицированной юридической помощи достигается посредством его гарантированности на конституционном уровне.

Гарантии права на получение квалифицированной юридической помощи – это совокупность социальных, экономических, политических и пра-

¹ См.: Лаврик М.А. Гарантии конституционных прав человека: соматический аспект: Дис. ...канд. юрид. наук. Иркутск, 2006. С.29.

² См.: Колюшин Е.И. Конституционное право России: курс лекций. М.: Городец, 2006. С. 123.

³ См.: Авакьян С.А. Конституционное право России: Учебный курс: В 2 т. Т. 1. М.: Юристъ, 2005. С. 575.

⁴ Бондарь Н.С. Власть и свобода на весах конституционного правосудия. Защита прав человека Конституционным Судом Российской Федерации. М., 2005. С. 522.

вовых приёмов и методов, обеспечивающих реализацию права на получение квалифицированной юридической помощи¹.

Не отрицая важность и значимость социальных, экономических, политических и иных гарантий для обеспечения реализации права на получение квалифицированной юридической помощи тем не менее внимание в дальнейшем будет уделено только тому, что служит предметом нашего исследования – правовым или юридическим гарантиям.

Отличие последних от других видов гарантий состоит в следующем. Если общие экономические, политические и социально-нравственные гарантии являются предпосылкой реализации прав, свобод и обязанностей человека и гражданина, то юридические гарантии, устанавливаемые государством в результате правотворческой деятельности, направлены на конкретное осуществление прав, свобод и обязанностей человека и гражданина и их охрану от противоправных посягательств и нарушений².

В литературе достаточно много различных подходов к определению понятия юридической гарантии³, но отличаются они друг от друга не существенно, прежде всего, «в детализации содержательного наполнения»⁴.

Главное же, что остаётся при содержательной характеристике юридических гарантий так это то, что это правовые средства и способы, с помощью которых гражданам обеспечивается реализация их прав и свобод⁵.

¹ Кучерена А.Г. Роль адвокатуры в становлении гражданского общества в России: Дис. ...докт. юрид. наук. М., 2002. С. 147.

² Хазов Е.Н. Юридические гарантии основных прав, свобод и обязанностей человека и гражданина в России: Дис. ...канд. юрид. наук. СПб., 1997. С. 60.

³ См. напр.: Мицкевич А.В. О гарантиях прав и свобод советских граждан в общенародном социалистическом государстве // Советское государство и право. 1963. № 8. С. 29; Строгович М.С. Основные вопросы советской социалистической законности. М., 1966. С. 180-181; Каламкарян Р.А. Юридические гарантии прав личности в Российской Федерации (По материалам «круглого стола») // Государство и право. 2000. № 11; Францифорова С.Ю. Юридические гарантии прав личности // Адвокатская практика. 2008. № 3. С.29-31.

⁴ Лаврик М.А. Гарантии конституционных прав человека: соматический аспект: Дис. ...канд. юрид. наук. С. 24.

⁵ См.: Лукашева Е.А. Социалистическая законность в современный период // Советское государство и право. 1968. № 3. С.12.

Положения ст. 48 Конституции РФ как юридической гарантии можно рассматривать в двух аспектах:

а) как формально-юридическую гарантию, то есть закрепление права на получение квалифицированной юридической помощи в таком нормативно-правовом акте как Конституция РФ;

б) как юрико-организационную гарантию, когда существует и функционирует институт, специально предназначенный для обеспечения права на получение квалифицированной юридической помощи.

Таким институтом является институт адвокатуры на который государство возложило конституционную обязанность по оказанию квалифицированной юридической помощи каждому желающему / ч.1 и 2 ст. 48 Конституции РФ; ч. 1 ст. 1 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»/.

Как совершенно верно подчёркивается в литературе, подобным образом адвокатура была введена в ткань конституционного законодательства¹.

Государство закрепило на законодательном уровне основные правила своего взаимодействия с институтом адвокатуры, соблюдение и исполнение которых позволяет данному институту успешно осуществлять возложенную на него конституционную обязанность.

К таким основным правилам ст. 3 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» относит:

- адвокатура является профессиональным сообществом адвокатов и как институт гражданского общества не входит в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления /ч.1/;

¹ См.: Власов А.А. Понятие, задачи и значение адвокатской деятельности и адвокатуры // Общая характеристика адвокатской деятельности и адвокатуры // Адвокатская деятельность и адвокатура в России. Введение в специальность. Часть1: учебник / под ред. И.Л. Трунова. М.: Эксмо, 2006. С. 31; Карманов А.Ф. Соглашение об оказании юридической помощи как форма реализации конституционного права на получение квалифицированной юридической помощи: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2006; Милашев В.А. Адвокатура и государство // Общая характеристика адвокатской деятельности и адвокатуры // Адвокатская деятельность и адвокатура в России. Введение в специальность. Часть1: учебник / под ред. И.Л. Трунова. М.: Эксмо, 2006. С. 40.

- адвокатура действует на основе принципов законности, независимости, самоуправления, корпоративности, а также принципа равноправия адвокатов /ч. 2/;
- в целях обеспечения доступности для населения юридической помощи и содействия адвокатской деятельности органы государственной власти обеспечивают гарантии независимости адвокатуры, осуществляют финансирование деятельности адвокатов, оказывающих юридическую помощь гражданам Российской Федерации бесплатно в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации, а также при необходимости выделяют адвокатским образованиям служебные помещения и средства связи /ч.3/;
- каждому адвокату гарантируется социальное обеспечение, предусмотренное для граждан Конституцией Российской Федерации /ч.4/.

В центре института адвокатуры находится профессиональный юрист – адвокат, именно он и оказывает непосредственно всем желающим квалифицированную юридическую помощь.

К видам оказываемой адвокатом юридической помощи ч. 2 ст. 2 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» относит то, что адвокат: 1) дает консультации и справки по правовым вопросам как в устной, так и в письменной форме; 2) составляет заявления, жалобы, ходатайства и другие документы правового характера; 3) представляет интересы доверителя в конституционном судопроизводстве; 4) участвует в качестве представителя доверителя в гражданском и административном судопроизводстве; 5) участвует в качестве представителя или защитника доверителя в уголовном судопроизводстве и производстве по делам об административных правонарушениях; 6) участвует в качестве представителя доверителя в разбирательстве дел в третейском суде, международном коммерческом арбитраже (суде) и иных органах разрешения конфликтов; 7) представляет интересы доверителя в органах государственной власти, органах местного самоуправления, общественных объединениях и иных организациях; 8) пред-

ставляет интересы доверителя в органах государственной власти, судах и правоохранительных органах иностранных государств, международных судебных органах, негосударственных органах иностранных государств, если иное не установлено законодательством иностранных государств, уставными документами международных судебных органов и иных международных организаций или международными договорами Российской Федерации; 9) участвует в качестве представителя доверителя в исполнительном производстве, а также при исполнении уголовного наказания; 10) выступает в качестве представителя доверителя в налоговых правоотношениях.

Кроме того, адвокат вправе оказывать иную юридическую помощь, не запрещенную федеральным законом / ч.3 ст. 2 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»/. К такой помощи можно отнести, например, юридические заключения адвоката по результатам правового анализа ситуации или представленных адвокату для изучения документов.

Причём адвокат, оказывая юридическую помощь, обязан согласно п.1 ч.1 ст. 7 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы доверителя всеми не запрещёнными законодательством Российской Федерации средствами.

Ч.1 ст. 48 Конституции РФ возложила на адвоката конституционную обязанность в случаях, предусмотренных законом, юридическую помощь оказывать бесплатно¹.

Так, в 2005 году 32 882 адвоката во всех субъектах Российской Федерации практически безвозмездно оказали юридическую помощь 241 015 гра-

¹ См. более подробно о бесплатной юридической помощи: Кривоносова О. Ю. Конституционное право на бесплатную юридическую помощь в Российской Федерации: Автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. М., 2007. 27с.

жданам. В 2006 году этой работой занимались 32 996 адвокатов и оказали юридическую помощь 225 627 гражданам¹.

Согласно п. 2 ч. 1 ст. 7 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» на адвоката возлагается в том числе и такая обязанность как «оказывать юридическую помощь гражданам Российской Федерации бесплатно в случаях, предусмотренных настоящим Федеральным законом (в ред. Федерального закона от 20.12.2004 N 163-ФЗ, от 24.07.2007 N 214-ФЗ)». Исходя от противного, следует, что в иных случаях, не предусмотренных настоящим Федеральным законом, законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», на адвоката не может быть возложена обязанность оказывать юридическую помощь гражданам Российской Федерации бесплатно. Значит, случаи оказания адвокатами юридической помощи гражданам Российской Федерации бесплатно, предусмотрены только статьёй 26 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

Но, как показывает анализ законодательства РФ, случаи оказания адвокатами юридической помощи бесплатно могут быть так же предусмотрены и иными законами. Так, ч. 4 ст. 16 УПК РФ гласит, что в случаях, предусмотренных УПК РФ и иными федеральными законами, подозреваемый и обвиняемый могут пользоваться помощью защитника бесплатно. Например, если подозреваемый или обвиняемый заявил об отказе от защитника, но отказ не был удовлетворен и защитник участвовал в уголовном деле по назначению, то расходы на оплату труда адвоката возмещаются за счет средств федерального бюджета /ч. 4 ст. 132 УПК РФ/.

Очевидно, что положения п. 2 ч. 1 ст. 7 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» в части возложения на адвоката такой обязанности как «оказывать юридическую помощь гражданам Российской Федерации бесплатно в случаях, предусмотренных настоящим Феде-

¹ См.: Абз. 5 п.2.10. «Отчёт Совета Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации за период с апреля 2005 г. по апрель 2007 г.» // Адвокат. 2007. № 4. С. 11.

ральным законом», то есть в случаях, предусмотренных ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» не соответствуют действующему законодательству. Поэтому формулировку «в случаях, предусмотренных настоящим Федеральным законом» следует заменить на такую как «в случаях, предусмотренных законодательством РФ».

Согласно ч.1 ст. 26 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» /в ред. Федерального закона от 28.10.2003 N 134-ФЗ/, юридическая помощь гражданам Российской Федерации, среднедушевой доход семей которых ниже величины прожиточного минимума, установленного в субъекте Российской Федерации в соответствии с федеральным законодательством, а также одиноко проживающим гражданам Российской Федерации, доходы которых ниже указанной величины, оказывается бесплатно в следующих случаях:

1) истцам - по рассматриваемым судами первой инстанции делам о взыскании алиментов, возмещении вреда, причиненного смертью кормильца, увечьем или иным повреждением здоровья, связанным с трудовой деятельностью;

2) ветеранам Великой Отечественной войны - по вопросам, не связанным с предпринимательской деятельностью;

3) гражданам Российской Федерации - при составлении заявлений о назначении пенсий и пособий;

4) гражданам Российской Федерации, пострадавшим от политических репрессий, - по вопросам, связанным с реабилитацией.

Юридическая помощь оказывается во всех случаях бесплатно несовершеннолетним, содержащимся в учреждениях системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних /ч.3 ст. 26 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»/.

При этом перечень документов, необходимых для получения гражданами Российской Федерации юридической помощи бесплатно, а также порядок предоставления указанных документов определяются законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации/ ч.2 ст. 26 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»/.

Так, например, в Челябинской области существует Постановление Законодательного Собрания Челябинской области от 26 июня 2003 г. N 923 «Об утверждении перечня документов, необходимых для получения гражданами Российской Федерации бесплатной юридической помощи, и порядка их предоставления»¹.

Согласно п.3 приложения к данному постановлению под названием «Перечень документов, необходимых для получения гражданами Российской Федерации бесплатной юридической помощи, и порядка их предоставления», для получения бесплатной юридической помощи на территории Челябинской области гражданами Российской Федерации предоставляются следующие документы:

1. заявление гражданина об оказании бесплатной юридической помощи с указанием характера необходимой юридической помощи;
2. копия документа, удостоверяющего личность гражданина;
3. справка с места жительства гражданина;
4. справка о доходах гражданина и членов его семьи за последние 3 месяца (в том числе заработная плата, пенсии, пособия, доход от предпринимательской деятельности, другие виды доходов);
5. копия удостоверения ветерана Великой Отечественной войны (в случае обращения ветерана Великой Отечественной войны).

И далее в п. 4 указанного приложения отражено, что документы, указанные в пункте 3 настоящего Положения, предоставляются гражданином адво-

¹ Вестник Адвокатской палаты Челябинской области. 2005. № 10. С.8-9.

кату или в адвокатское образование при обращении за оказанием бесплатной юридической помощи.

В целом же в 78 субъектах Российской Федерации, как следует из п. 2 10. «Отчёта Совета Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации за период с апреля 2005 г. по апрель 2007 г.», не созданы правовые и финансовые предпосылки для оказания гражданам бесплатной юридической помощи в порядке статьи 26 Федерального закона об адвокатуре:

а) в 25 субъектах Российской Федерации вообще не приняты законы и иные правовые акты субъектов Российской Федерации по созданию условий оказания юридической помощи гражданам бесплатно;

б) в 27 субъектах Российской Федерации принятые законодательные и иные правовые акты лишь дублируют положения статьи 26 Федерального закона, но не определяют механизм получения гражданами юридической помощи бесплатно;

в) в 38 субъектах Российской Федерации, принявших законы и иные правовые акты по данному вопросу, не выделены денежные средства на компенсацию расходов адвокатам, оказывавшим юридическую помощь бесплатно.

Но даже там, где денежные средства для оказания бесплатной юридической помощи выделены (Республика Татарстан, Красноярский край, Ярославская область и др.), они не осваиваются в полном объёме. Это связано с тем, что для получения бесплатной юридической помощи гражданин должен документально подтвердить свой статус малоимущего, а сбор пакета документов сопряжён с чрезмерными эмоциональными и временными затратами¹.

В сфере оказания бесплатной квалифицированной юридической помощи малоимущим гражданам вскоре возможны перемены.

Так, сегодня эксперимент по оказанию бесплатной квалифицированной юридической помощи малоимущим гражданам проводится через 10 созданных государственных юридических бюро на территории Республики Ка-

¹ См.: Адвокат. 2007. № 4. С.11.

релия, Чеченской Республики, Волгоградской, Иркутской, Магаданской, Московской, Самарской, Свердловской, Томской и Ульяновской областей, при положительном исходе которого, подобный опыт предполагается распространить на всю территорию Российской Федерации.

Правовую основу этого эксперимента составляет постановление Правительства РФ от 22 августа 2005 г. № 534 «О проведении эксперимента по созданию государственной системы оказания бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам»¹, который был первоначально рассчитан на год (с 1 января 2006 г. по 31 декабря 2006 г.), но в дальнейшем планы Правительства изменились и данное постановление было представлено в редакции постановления Правительства РФ от 13.11. 2006 № 676, согласно которому подобный эксперимент был продлён ещё на один – 2007 год.

В решениях Совета Федеральной палаты адвокатов РФ, с одной стороны, чётко выражено положительное отношение адвокатского сообщества к вопросу о финансовой поддержке государством оказания бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам, а с другой стороны, критикуется способ решения этой проблемы путём создания государственных юридических бюро /Абз. 2 п. 3.4. Отчёта Совета Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации за период с апреля 2005 г. по апрель 2007 г./².

В целом в литературе и на практике не выработано единой позиции как о целесообразности функционирования государственных юридических бюро по оказанию бесплатной квалифицированной юридической помощи малоимущим гражданам, так и, безусловно, необходимости их распространения на всю территорию Российской Федерации³.

¹ СПС «Консультант плюс»

² См.: Адвокат. 2007. № 4. С.15.

³ См. дискуссии по этому вопросу более подробно: Куликов В. Адвокатов назначит министр. Юрий Чайка предлагает защитникам госслужбу // Российская газета. 2005. 22 марта. С.12; Кучерена А. Бизнес-план на защиту // Российская газета. 2005. 22 марта. С.12; Ямшанов Б. Игра в защите. Евгений Семеняко: откроем тайны следствия адвокату // Российская газета. 2005. 29 марта. С. 12; Ямшанов Б. Адвокат для Чайки. Яблоком раздора стала идея миноста создать государственные юридические бюро // Российская газета. 2005. 9 апреля. С. 4; Бойков А.Д. Государственные юридические бюро – путь к созданию

В п.10 постановления № 534 в редакции постановления Правительства РФ от 13.11. 2006 № 676, указано, что «Министерству юстиции Российской Федерации обобщить результаты деятельности государственных юридических бюро и до 10 июля 2007 г. представить в Правительство Российской Федерации предложения с проектом доклада Президенту Российской Федерации «О формировании системы оказания бесплатной юридической помощи».

Это означало бы, что окончательное слово будет за действующим на тот период времени Президентом Российской Федерации В.В. Путиным, который, кстати, не будем забывать и одобрил эксперимент по оказанию бесплатной квалифицированной юридической помощи малоимущим гражданам через государственные юридические бюро¹.

Тем не менее данный вопрос ещё сегодня стоит на повестке дня и это несмотря на то, что на одной из своих коллегий Министерство юстиции РФ в одном из своих решений признала итоги эксперимента за 2006 год по оказанию бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам через государственные юридические бюро в целом положительными². Кроме того, в решении было указано, что в течение 2006 года 123 работниками государст-

послушной адвокатуры // Бойков А.Д. Адвокаты и адвокатура. М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2006. С.81-87; Ямшанов Б. Тарифы на моральный вред // Произвол по твёрдым расценкам. Президент Федеральной палаты адвокатов Евгений Семеняко против расширенного толкования конфискации // Российская газета. 2006. 30 мая. С. 13; Мирзоев Г. Адвокату предложено доносить на клиента. В Госдуме готовят поправки к закону об адвокатуре // Российская газета. 2006. 12 декабря. С. 16; Стецовский Ю.И. Адвокатура и государство. М.: Юристъ, 2007. С.88; Шаров А. Бесплатный адвокат за казённый счёт. Юридическую помощь малоимущим будут оказывать во всех регионах России // Российская газета. 2007. 18 мая. С. 5; Стецовский Ю. И. Огосударствление адвокатуры несовместимо с Правом. Юридическая природа адвокатуры // Адвокат. 2007. № 7. С. 14-15.

¹ См.: Иванова Ю.В. «Пока есть реальное самоуправление адвокатуры, остаётся и возможность говорить о существовании правосудия». Интервью с вице-президентом Федеральной палаты адвокатов РФ Ю.С. Пилипенко // Адвокат. 2007. № 4. С. 4.

² См.: Приказ Министерства юстиции РФ от 22 июня 2007 г. N 129 «Об объявлении решения коллегии Министерства юстиции Российской Федерации по вопросу «О ходе эксперимента по созданию государственной системы оказания бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам и предложения по формированию и реализации государственной политики в области оказания бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам» // СПС Консультант плюс

венных юридических бюро оказана бесплатная юридическая помощь почти 22 тысячам малоимущих граждан. В основном это пенсионеры, инвалиды, безработные, работники бюджетной сферы. Благодаря помощи бюро решались, в том числе в судебном порядке, проблемы малоимущих граждан, которые в течение многих лет оставались неразрешенными. Также следует отметить финансово-экономическую обоснованность проведения эксперимента. За год деятельности работниками бюро дано 8644 устных и 1876 письменных консультаций, составлено 4364 документа правового характера (в числе которых - исковые заявления, кассационные жалобы, ходатайства, договоры, заявления в различные органы и организации), принято участие в рассмотрении в судах 1067 гражданских дел, в 121 случае работники бюро представляли интересы граждан в органах местного самоуправления и различных организациях.

Коллегия полагает, что с 2008 года государственные юридические бюро должны действовать во всех субъектах Российской Федерации, за исключением Москвы и Санкт-Петербурга.

Поэтому не случайно, что, по словам первого замминистра юстиции РФ Александра Савенкова, «уже принято решение, и готовятся соответствующие документы о создании таких госюрбюро по всей стране»¹.

На дворе уже 2009 год, а государственные юридические бюро как действовали с начала эксперимента в 10 субъектах РФ, так и действуют в таком количестве и сейчас.

Так, п. 1 постановления Правительства РФ от 3 марта 2008 г. № 135 «О государственных юридических бюро» устанавливает, что федеральные государственные учреждения, созданные в соответствии с постановлением Правительства Российской Федерации от 22 августа 2005 г. N 534 «О проведении эксперимента по созданию государственной системы оказания бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам», осуществляют в 2008 году

¹ Ямшанов Б. Двойная защита Владимира Устинова. Владимир Соловьёв, Евгений Меньшов и другие известные стране люди вошли в Общественный совет при минюсте // Российская газета. 2007. 9 июня. С. 2.

оказание бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам без изменения их штатной численности¹.

Но поскольку всё же намерения распространить по всей стране государственные юридические бюро существуют, то в руководстве Федеральной палаты адвокатуры РФ предлагают свой вариант их распространения и своего участия в них.

Так, по мнению одного из руководителей Федеральной палаты адвокатов, «Конституция гарантирует гражданам право на юридическую помощь, и государство должно как-то решать подобные вопросы. И в этом смысле мы приветствуем эксперимент с оказанием бесплатной юридической помощи. Вопрос лишь в том, кто будет оказывать подобные услуги? Мы считаем, что создание госбюро в труднодоступных районах вполне оправданно, а в промышленных центрах и крупных городах бесплатные услуги могут оказывать и адвокатские бюро. ...По замыслу палаты адвокатов, защитник будет работать на своеобразном подряде у государства: юридические бюро Росрегистрации выделяют деньги адвокатским конторам и строго контролируют работу защитников по бесплатной помощи. Здесь адвокаты не видят никакой угрозы своей независимости: деньги-то государственные, и за них положено отчитываться»².

Альтернативой государственных юридических бюро, по мнению председателя правления Ассоциации юристов России П. Крашенинникова, могут быть общественные юридические приёмы, куда может обратиться любой желающий и получить бесплатную квалифицированную помощь. Отличие общественных юридических приёмных от государственных юридических бюро будет заключаться в следующем: чтобы обратиться в последние нужно

¹ См.: СПС Гарант

² Орлов П. Адвокат ищет бесплатного клиента. Защитники решили поддержать эксперимент с государственными юрбюро для малоимущих // Российская газета. 2007. 21 июля. С. 2.

собрать кучу справок и бюро помогает лишь определённой категории людей, а приёмные же будут доступны для всех¹.

Ю.В. Мазейна

Современное конституционное правосознание как целостная система

Наука определяет правосознание как совокупность представлений и даже чувств, выражающих отношение людей, социальных групп к действующему праву².

Правосознание следует рассматривать как систему по нескольким основаниям. Во-первых, оно имеет определенную структуру, включающую в себя правовую идеологию и правовую психологию. Элементы структуры имеют упорядоченный, системный характер. Во-вторых, между элементами структуры имеется сравнительно устойчивая связь. В-третьих, носители конституционного правосознания – люди составляют такое системное образование, как общество. В-четвертых, наличие у конституционного правосознания системообразующего фактора, функций и принципов³.

Итак, первым атрибутом конституционного правосознания как системы является наличие у него определенных целей и задач. Целью конституционного правосознания ставится достижение соответствующих развитию общества правопорядка и законности. На пути к поставленной цели системе требуется решить множество разнообразных задач. Среди таких задач можно назвать формулирование законодателем нормы права, ее применение правоприменителем, формирование у судей внутреннего убеждения при принятии решения т.д. Эти задачи решаются посредством выработки правовых чувств,

¹ См.: Шаров А. Телевизионное право. Увидит ли массовый российский зритель программы нового правового телеканала // Российская газета. 2007. 15 мая. С. 1.

² См.: Свиринов Ю.А. Особенности правосознания на современном этапе // Юридическое образование и наука. 2007. №3. С. 33

³ См.: Чуйков Д.А. Системообразующие принципы правосознания // Юридическое образование и наука. 2007. №3. С. 35

эмоций, идей, взглядов, оценок, установок и других проявлений, выражающих отношение людей к явлениям правовой действительности.

Следующий атрибут правосознания как системы — наличие окружающей среды. Человек — существо социальное, и поэтому он не может жить в обществе и не иметь с ним никаких отношений и связей. Обладающий сознанием индивид, независимо от того, ведет ли он активный образ жизни, невольно оказывается погруженным в окружающую среду, которая оказывает на него сильное воздействие.

Не менее важный атрибут правосознания — относительная изолированность от окружающей среды. Степень автономности правосознания зависит от сочетания ее составляющих управляемых и неуправляемых компонентов. Однажды возникнув, запускается процесс самоорганизации, который «заставляет сознание субъектов изменять в ходе своего развития критерии оценки правовых явлений, усиливать или ослаблять роль правовых ценностей как регуляторов профессионального поведения и т.д.». Одновременно система начинает стремиться к своему самоограничению, путем установления границ между собой и окружающей средой.

Следующим важным атрибутом является самостоятельный функциональный процесс, осуществляемый правосознанием. Функции конституционного правосознания можно определить как конкретные направления, пути и способы выполнения им социальной роли. Вполне очевидно, что с изменением соотношения между идеологическим и психологическим компонентами изменится исполнение правосознанием своих функций. В юридической литературе не сложилось единого мнения по поводу функций правосознания. Так, Е.А. Лукашева выделяет гносеологическую, прогнозирующую, правового моделирования и регулирующие функции. В.А. Шегорцов относит к функциям правосознания когнитивную, идеологическую, нормативно-прогностическую, регулирования и моделирования. К.Т. Бельский считает, что основными функциями правосознания являются: отражательно-познавательная, информационная, оценочная, регулятивная, воспитательная,

прогностическая. Н.А. Бура разделяет функций на правообразующую, регулятивную, правоспитательную, развития правовой науки. А.Р. Ратинов выделяет познавательную, оценочную и регулятивную функции. Этой же точки зрения придерживается П.П. Баранов. Н.Н. Вопленко относит к функциям правосознания познавательную, оценочную, регулятивную и воспитательную. Интересным представляется подход, предложенный Н.Я. Соколовым, который считает, что каждая функция является частью более общей функции, и так до первичной регулирующей функции¹.

Правосознание - это искусственная система, ввиду того, что существует только в области, охваченной сознательной деятельностью человека. В соответствии с классификацией систем, предложенной Н. Винером, правосознание является системой активной, целенаправленной и открытой, т.е. обладающей специальными активными процессами обмена со средой, именуемыми обратной связью, сохраняя при этом свои основные признаки. Правосознание как система соответствует всем признакам сложной системы, а именно: имеет иерархические уровни и централизованное управление (подчинительные связи элементов и направленность субъекта носителя правосознания), предметные и оптимизационные цели, противоречия между разными целями для системы в целом и противоречия целей элементов системы целям системы².

Для построения и дальнейшего функционирования организационной системы необходимо в имеющейся среде создать три яруса. Первый (нижний) - структурированный нравственными категориями, значимыми для среды, в которой создается система. Здесь воплощаются религиозные и моральные представления о добре и эле. Этот ярус достаточно стабилен и консервативен. Средний ярус - правовой, обусловленный действующим законодательством. Он развивает представления о добре и эле и придает им силу импера-

¹ См.: Нерсесянц В.С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства: Для юридических вузов и факультетов. М.: НОРМА, 1998. С. 175

² См.: Большой юридический словарь. / Под ред. А.Я. Сухарева, В.Д. Зорькина, В.Е. Крутских. М., 1998. С. 285

тивов. Будучи центральным, согласует потребности концептуального порядка с нравственными ценностями. Верхний ярус воплощает некую идею или концепцию. Эта идея интегрирует взгляды людей на организацию своего общества и представления о добре и зле. Этот ярус может создаваться как революционно, так и эволюционно. Средой же для правосознания является общество в целом, поэтому представленная структура является структурой системы «общество»¹.

Анализируя систему «конституционное правосознание», получаем следующую структуру. Нижний (нравственный) ярус образует правовая психология, так как она в основном содержит нравственные оценки, присущие обыденному сознанию, и поэтому является основой конституционного правосознания. Верхний ярус, воплощающий идею или концепцию, составляет правовая идеология, которая интегрирует взгляды, концепции и теории. Проблема возникает со средним ярусом, который бы связал в единую систему нижний и верхний ярусы. Как видится, ответ на этот вопрос кроется в том, что само по себе конституционное правосознание вне конкретного носителя, а именно - общества, не имеет и не может иметь этого центрального элемента. Только общность людей, наделенных сознанием, обладающих своей культурой и традициями, может вдохнуть в жизнь в систему «конституционное правосознание». Таким образом, требуется интеграция в систему «общество». Нравственные категории, например, такие, как «плохо» и «хорошо», «добро» и «зло», изначально не являются правовыми, но становятся таковыми в результате нормативного закрепления, которое, в свою очередь, невозможно без участия конституционного правосознания, более того, их обратное воздействие не может оказываться вне правосознания. Таким образом, нижний (нравственный) и средний (правовой) ярусы системы «общество» связаны правовой психологией, которая является нижним ярусом системы «право-

¹ См.: Чуйков Д.А. Системообразующие принципы правосознания // Юридическое образование и наука. 2007. №3. С. 36

сознание»¹. Анализ данной схемы показывает, что правовая психология напрямую взаимодействует с нравственным сознанием, а правовая идеология - с политическим сознанием. Движение взаимоотношения морали и политики идет по замкнутому однонаправленному процессу в сторону от морали к политике, где нравственные идеи наполняются конкретным содержанием и опредмечиваются, а от политики к морали, где выработанные идеи и принципы закладываются в основу нравственности.

Сказанное позволяет сделать следующие выводы. Во-первых, конституционному правосознанию присущи основные атрибуты системы, что позволяет утверждать, что оно представляет собой систему. Во-вторых, показано, что конституционное правосознание является организационной системой при условии ее интеграции в комплексную систему «общество». В-третьих, правосознание, занимая центральное место в обществе, согласовывает в нем противоречия путем выполнения регулятивной функции. В-четвертых, конституционное правосознание, будучи включенным в систему «общество», сглаживает противоречия между политикой и моралью. Это свойство наряду с задачей самосохранения и обеспечения баланса между структурными элементами следует признать внутрисистемной целью конституционного правосознания. В свою очередь, служить правовой основой, ориентировать и направлять человека в интересах обеспечения правопорядка и законности является для правосознания наряду с задачей адаптации к существующим общественным отношениям внешней целью.

А.С. Матненко

Конституционно-правовые основания участия органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления в финансировании федеральных программ

¹ См.: Свирин Ю.А. Особенности правосознания на современном этапе // Юридическое образование и наука. 2007. №3. С. 34

Статья 71 (пункт «е») Конституции РФ предусматривает федеральные программы как одну из форм регулирования отношений в области государственного, экономического, экологического, социального, культурного и национального развития Российской Федерации. Опыт реализации приоритетных национальных проектов показал насколько данная форма может быть эффективной при условии концентрации финансовых и административных ресурсов всех уровней власти (от федерального до поселенческого) на решении конкретных, наиболее острых социально-экономических проблем.

В то же время, как свидетельствует практика, одна из ключевых правовых проблем применения программно-целевого метода управления в таком сложносоставном государстве, как Российской Федерации, - это проблема юридического обеспечения *согласованного* объединения бюджетных ресурсов всех уровней бюджетной системы для достижения определенных целевых показателей развития страны.

Исходя из наличия в праве двух методов регулирования – диспозитивного и императивного – возможно применение соответствующих им механизмов обеспечения финансирования федеральных программ из территориальных бюджетов, которые также можно условно назвать «диспозитивный» (основанный на добровольности участия органов государственной власти субъектов РФ и органов местного самоуправления в софинансировании федеральных программ) и «императивный» (основанный на обязательности участия в софинансировании).

Рассмотрим оба варианта межбюджетных отношений и примеры их конструирования в законодательстве

В нормативных правовых актах, посвященных реализации федеральных целевых программ, наиболее распространены попытки зафиксировать и развить «*диспозитивный*» механизм.

В общем виде он выражен в Порядке разработки и реализации федеральных целевых программ и межгосударственных целевых программ, в осуществлении которых участвует Российской Федерации, утвержденном

постановлением Правительства Российской Федерации от 26.06.1995 №594¹, пункт 7 которого предусматривает подписание соглашений (договоров) о намерениях между государственным заказчиком и органами государственной власти субъекта РФ в случае, если одним из источников финансирования федеральной целевой программы являются средства бюджета субъекта РФ. Правовой режим этих соглашений (договоров), процедура их заключения, юридические последствия отказа от заключения или несоблюдения соглашений (договоров) в постановлении Правительства РФ не оговариваются, в результате чего они фактически находятся не в правовом поле, а в поле «намерений» и «доброй воли». Закономерно, что до сих пор не имеется ни одного прецедента судебного спора, связанного с заключением и исполнением указанных договоров (соглашений), при хроническом невыполнении прогнозных объемов софинансирования федеральных целевых программ.

Более подробно в федеральном законодательстве развернута идея побуждения, стимулирования субъектов РФ и муниципальных образований к определенному целевому финансированию их собственных полномочий через механизм предоставления субсидий из федерального бюджета на реализацию этих полномочий. Этот механизм не отрицает принципа диспозитивности в межбюджетных отношениях, но предусматривает в качестве обязательного условия предоставления субсидии из федерального бюджета доленое участие региональных и (или) местных бюджетов в финансировании соответствующих расходов.

Например, согласно пункту 31 Правил предоставления молодым семьям социальных выплат на приобретение жилья в рамках реализации подпрограммы «Обеспечение жильем молодых семей» федеральной целевой программы «Жилище» на 2002 - 2010 годы», утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 13 мая 2006 года № 285², «средства федерального бюджета, предусмотренные на софинансирование мероприя-

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 10.07.1995. № 28. Ст. 2669.

² Собрание законодательства Российской Федерации. 22.05.2006. № 21. Ст. 2262.

тий подпрограммы, перечисляются государственным заказчиком подпрограммы в бюджеты субъектов Российской Федерации... на основании соглашений, заключенных с органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации, при условии, что в бюджете субъекта Российской Федерации и (или) местных бюджетах в необходимых объемах предусмотрены средства на софинансирование мероприятий подпрограммы».

Такой подход, при котором основным средством обеспечения софинансирования федеральных программ из территориальных бюджетов является угроза невыделения средств на аналогичные цели из федерального бюджета, имеет право на существование и в некоторых случаях весьма эффективен, но его абсолютизация, тенденция к которой наметилась в последнее время в законодательстве, представляется не вполне обоснованной. В частности, нельзя признать правомерным применение его к тем межбюджетным отношениям, конечной целью которых является финансовое обеспечение прав граждан. В приведенном примере с предоставлением социальных выплат в рамках приоритетного национального проекта «Доступное и комфортное жилье – гражданам России» право молодой семьи на получение социальной выплаты в определенном размере на приобретение жилья не связано и не может быть связано с наличием или отсутствием средств на эти цели в бюджете. И любой суд при возникновении спорной ситуации будет исходить из этого.

Применение меры обеспечения софинансирования программных мероприятий в виде невыделения средств из федерального бюджета может быть уместным в случае, когда федеральное финансирование является своего рода бонусом для отдельных территорий, носящим выборочный, точечный характер и предоставляемым на конкурентной основе. В таком контексте отсутствие дополнительного финансирования для субъекта Российской Федерации, муниципального образования не может рассматриваться как форма дискриминации, поражения в правах населения соответствующих территорий.

В тех же случаях, когда мероприятия федеральной программы (проекта) носят всеобъемлющий характер, направлены на решение в масштабах

всей страны той или иной социально-экономической проблемы, финансовое обеспечение прав граждан, механизм привлечения к их реализации региональных и муниципальных органов власти должен быть принципиально иным и заключаться в установлении на федеральном уровне императивных правил финансирования из бюджетов субъектов Российской Федерации и (или) местных бюджетов тех или иных расходов.

Начала *императивного* подхода также выражены в ряде законодательных актов Российской Федерации.

Принципиальная возможность централизованного регулирования порядка финансирования собственных полномочий субъектов РФ предусмотрена Федеральным законом от 6 октября 1999 года № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» (далее - Федеральный закон № 184-ФЗ), статья 26.3 (пункт 4), которого *в порядке исключения* допускает принятие федеральных законов, определяющих порядок осуществления расходов из бюджетов субъектов Российской Федерации по отдельным вопросам. К этим вопросам отнесены, в частности, поддержка АПК, развития малого и среднего предпринимательства, дошкольное и общее образование, специализированная медицинская помощь.

Подобный подход сложно объяснить какой-то логикой. За рамками указанного перечня остались, например, такие сферы, как жилищно-коммунальный комплекс, дорожное строительство, транспортное обслуживание, экология и другие вопросы, которые в не меньшей степени требуют согласованного взаимодействия федеральных и региональных органов власти, в том числе в части их бюджетного финансирования.

Что же касается возможности централизованного регулирования порядка осуществления расходов местных бюджетов, то Федеральный закон от 06.10.2003 № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» (далее – Федеральный закон № 131-ФЗ) такую возможность не предусматривает даже в порядке исключения.

Несмотря на положения базовых федеральных законов, разграничивающих полномочия органов власти различного уровня, федеральными органами исполнительной власти нередко принимаются правовые акты, прямо или косвенно регулирующие порядок осуществления расходов региональных и местных бюджетов по вопросам их собственной компетенции.

В качестве примера можно привести принятое в рамках приоритетного национального проекта «Здоровье» постановление Правительства Российской Федерации от 30.12.2006 № 868 «Об обеспечении в 2007 году диагностическим оборудованием муниципальных амбулаторно-поликлинических и стационарно-поликлинических учреждений для организации первичной медико-санитарной помощи, а также женских консультаций»¹. Пункт 3 постановления предписывает органам исполнительной власти субъектов РФ и органам местного самоуправления обеспечить в первом полугодии 2007 года (до 1 июля 2007 года) подготовку помещений для размещения диагностического оборудования, закупаемого в соответствии с настоящим Постановлением, и осуществления пусконаладочных работ. Разумеется, выполнение данного предписания влечет бюджетные затраты региональных и (или) местных бюджетов, и затраты немалые: например, сумма дополнительных расходов бюджета города Омска на эти цели в 2007 году составила 18,5 млн. рублей.

Конечно, соответствующее положение не вписывается в рамки федеральных законов №184-ФЗ и №131-ФЗ. Однако на данном примере очень хорошо видна суть проблематики. Встав на формальную позицию, органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации и органы местного самоуправления могут отказаться, например, от финансирования пусконаладочных работ по введению в эксплуатацию поставленного диагностического оборудования, сославшись на недостаток средств в местном бюджете и самостоятельность в вопросах бюджетного планирования. Как следствие - мест-

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 01.01.2007. № 1 (2 ч.). Ст. 316.

ное население не будет иметь возможности получения на территории своего проживания качественных услуг по диагностике заболеваний.

В этой связи необходимо ответить на главный, принципиальный вопрос: будет ли соответствовать Конституции РФ установление в федеральном законодательстве правил об обязательном участии субъектов РФ, муниципальных образований в софинансировании федеральных программ и порядка этого софинансирования?

Отвечая на него, следует исходить, прежде всего, из того обстоятельства, что вопросы бюджета, его формирования и исполнения, не являются изолированной сферой общественных отношений: они очень тесно переплетены с множеством других отношений, непосредственно затрагивают вопросы реализации практически всех основных прав и свобод граждан, и, соответственно, при анализе конституционного соотношения полномочий в сфере регулирования бюджетных правоотношений необходимо принимать в комплексе всю систему норм Конституции РФ, связанных с реализацией указанных полномочий.

На это, в частности, указал Конституционный суд РФ в деле о проверке конституционности положений частей четвертой, пятой и шестой статьи 215.1 Бюджетного кодекса РФ. Правительство Москвы в своем запросе доказывало противоречие норм Бюджетного кодекса РФ, закрепляющих за Федеральным казначейством право кассового обслуживания региональных бюджетов, Конституции РФ, в частности ее статьям 71, 72, 73. В постановлении Конституционного суда РФ по данному делу¹ отмечено, что «в непосредственной взаимосвязи с принципами организации и функционирования государственной власти в Российской Федерации как демократическом федеративном правовом государстве, получившими нормативное выражение в статьях 1 (часть 1), 4, 5, 11, 71, 72, 73, 77 и 78 Конституции РФ, находится принцип единства экономического пространства (статья 8, часть 1), гаран-

¹ Постановление Конституционного суда Российской Федерации от 15 декабря 2006 года №10-п // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2007. № 1.

тиями которого являются, по смыслу статей 71 (пункт "ж") и 74 (часть 1) Конституции РФ, установление - в рамках предметов ведения Российской Федерации - правовых основ единого рынка, осуществление финансового, в том числе бюджетного, регулирования, а также запрет на установление каких-либо препятствий для свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств».

В равной мере указанная взаимосвязь существует между бюджетным регулированием и обеспечением единства социального пространства Российской Федерации, принципа равной гарантированности прав и свобод граждан на всей территории страны.

В приведенном примере с поставкой медицинского оборудования речь идет не просто о бюджетных взаимоотношениях органов власти различного уровня – речь в нем идет о бюджетных взаимоотношениях по поводу создания условий, гарантий реализации конституционного права граждан России на получение бесплатной, качественной медицинской помощи в муниципальных учреждениях здравоохранения, о механизме защиты указанных прав. Эта сторона вопроса выходит далеко за рамки вопроса местного значения. Часть 1 статьи 45 Конституции РФ гарантирует государственную защиту прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации. Статья 71 (пункт «а») Конституции РФ относит регулирование и защиту прав и свобод человека и гражданина к ведению Российской Федерации. Кроме того, пунктом «б» части 1 статьи 72 Конституции РФ вопросы защиты прав и свобод человека отнесены к предмету совместного ведения Российской Федерации и субъектов РФ.

Гарантии бюджетного обеспечения прав граждан являются важнейшим элементом их защиты, и поэтому органы государственной власти РФ должны обладать достаточными полномочиями по установлению и реализации соответствующих гарантий. К числу этих полномочий необходимо отнести и право федеральных органов государственной власти определять порядок установления и исполнения расходных обязательства субъектов РФ, муници-

пальных образований по софинансированию федеральных программ, направленных на создание условий реализации конституционных прав и свобод граждан.

Данная позиция должна быть четко выражена в федеральном законодательстве и, прежде всего, – в федеральных законах №184-ФЗ, № 131-ФЗ и в Бюджетном кодексе РФ.

Т.Р. Мещерякова

Особенности привлечения товариществ собственников жилья к административной ответственности за нарушение правил содержания и ремонта жилых домов*

Административная ответственность за нарушение правил содержания и ремонта жилых домов и (или) жилых помещений предусмотрена ст.7.22 КоАП РФ. Лица, ответственные за содержание жилых домов и (или) жилых помещений, могут быть привлечены к ответственности в случаях нарушения правил содержания и ремонта жилых домов и (или) жилых помещений либо порядка и правил признания их непригодными для постоянного проживания и перевода их в нежилые, а равно переоборудование жилых домов и (или) жилых помещений без согласия нанимателя (собственника), если переоборудование существенно изменяет условия пользования жилым домом и (или) жилым помещением.

Одним из способов совместного управления комплексом недвижимого имущества в многоквартирном доме, обеспечения эксплуатации этого комплекса, владения, пользования и в установленных законодательством пределах распоряжения общим имуществом в многоквартирном доме является создание некоммерческой организации - товарищества собственников жилья (далее товарищество, ТСЖ).

*Исследование выполнено при фин. поддержке РГНФ в рамках научно-исследовательского проекта РГНФ «Товарищество собственников жилья как инструмент реформы жилищно-коммунального хозяйства», проект №08-03-85302а/У

В соответствии со ст.138 ЖК РФ товарищество собственников жилья обязано обеспечивать надлежащее санитарное и техническое состояние общего имущества в многоквартирном доме; выполнение всеми собственниками помещений в многоквартирном доме обязанностей по содержанию и ремонту общего имущества в многоквартирном доме в соответствии с их долями в праве общей собственности на данное имущество; обеспечивать соблюдение прав и законных интересов собственников помещений в многоквартирном доме при установлении условий и порядка владения, пользования и распоряжения общей собственностью. Таким образом, можно сделать вывод, что ТСЖ является лицом, ответственным за содержание и ремонт жилых домов. Следовательно, может быть субъектом административного правонарушения, предусмотренного ст.7.22 КоАП РФ.

Объективную сторону правонарушения, предусмотренного статьей 7.22 КоАП РФ, составляет противоправное бездействие, выражающееся в нарушении принятых на себя по договору обязательств и в нарушении Правил и норм технической эксплуатации жилищного фонда, утвержденных Постановлением Госстроя РФ от 27.09.2003 N 170.¹

В силу статьи 2.1 КоАП РФ юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушения которых Кодексом или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.²

Согласно статье 138 ЖК РФ Товарищество собственников жилья обязано, в том числе, обеспечить надлежащее санитарное и техническое состояние общего имущества в многоквартирном доме. Обязанности ТСЖ осуществляет только в отношении того имущества, которое закреплено за ним. На-

¹ Постановление Госстроя РФ от 27.09.2003 N 170 «Об утверждении правил и норм технической эксплуатации жилищного фонда»// Российская газета. 23.10.2003. №214.

² Постановление ФАС Центрального округа от 20.07.2006 по делу №35-2677/06-С20// СПС «Консультант Плюс»

хождение общего имущества в аренде у другого лица является обстоятельством, исключающим ответственность за него для ТСЖ.¹

Осуществлять обязанности по содержанию и ремонту жилых домов ТСЖ имеют право самостоятельно либо с привлечением других организаций. В том случае, если к осуществлению ремонта и технического обслуживания привлекаются третьи лица, встает вопрос: кто будет отвечать в случае допущения нарушений? Позиция судов неоднозначна.

Так, одни считают, что предметом деятельности ТСЖ является обеспечение эксплуатации. А если непосредственно работы по эксплуатации и текущему ремонту выполняет другая организация, с которой ТСЖ заключило договор на выполнение работ, то в действиях товарищества отсутствует вина.²

В других случаях суд указывает, что на подрядчика может быть возложена только ответственность, вытекающая из договора подряда.³

Представляется, что вторая позиция является наиболее верной. Даже если работы по техническому обслуживанию и ремонту выполняет сторонняя организация, у ТСЖ есть право проверить качество выполняемых работ (оказываемых услуг). Поскольку товарищество берет на себя обязательства перед собственниками помещений дома, то и должна обеспечивать их надлежащим образом.

При доказывании вины ТСЖ в нарушении правил ремонта и содержания жилых домов, уполномоченные органы должны доказать, что Обществом не были приняты все зависящие от него меры для проведения ремонта жилья: не проводились осмотры помещений, не заключались договоры на выполнение ремонтных работ.

¹ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 15.05.2008 по делу №А56-39346/2007// СПС «Консультант Плюс»

² Постановление ФАС Северо-Западного округа от 22.02.2008 по делу №А-56-33864/2006// СПС «Консультант Плюс»

³ Постановление ФАС Поволжского округа от 20.02.2007 по делу №А55-15422/2006, от 14.08.2007 по делу №А57-4874/07// СПС «Консультант Плюс»

Очень часто ТСЖ в доказательство своей невиновности ссылаются на тот факт, что они не имели возможности осуществлять ремонт из-за недостаточности денежных средств. Такие ссылки судом во внимание не принимаются, поскольку товарищество создается специально для обеспечения эксплуатации имущества многоквартирного дома. Для реализации полномочий ТСЖ предоставляется широкий перечень прав, установленных ст.135 ЖК РФ:

1) заключать в соответствии с законодательством договор управления многоквартирным домом, а также договоры о содержании и ремонте общего имущества в многоквартирном доме, договоры об оказании коммунальных услуг и прочие договоры в интересах членов товарищества;

2) определять смету доходов и расходов на год, в том числе необходимые расходы на содержание и ремонт общего имущества в многоквартирном доме, затраты на капитальный ремонт и реконструкцию многоквартирного дома, специальные взносы и отчисления в резервный фонд, а также расходы на другие установленные цели.

Товарищество имеет право в случае неисполнения собственниками помещений в многоквартирном доме своих обязанностей по участию в общих расходах товарищество требовать принудительного возмещения обязательных платежей и взносов. ТСЖ может инициировать проведение общего собрания собственников помещений, с тем, чтобы объяснить, какие ремонтные работы должны быть выполнены, утвердить их стоимость и размер платы каждого собственника.¹ Суд признает, что должны быть объективные причины невозможности исполнения Товариществом взятых на себя обязательств, однако, при этом, не называет их.² Можно было бы предположить, что к таким объективным причинам относится создание ТСЖ незадолго до обнару-

¹ Постановление ФАС Поволжского округа от 11.01.2007 по делу №А57-602АД/06-33// СПС «Консультант Плюс»

² Постановление ФАС Поволжского округа от 15.02.2007 по делу №А57-637АД/06-7// СПС «Консультант Плюс»

жения правонарушения, неоднократные попытки Правления в сборе, изыскании средств на проведение ремонта.

При установлении вины ТСЖ в ненадлежащем содержании общего имущества многоквартирного дома, необходимо определить, в чем конкретно состоит нарушение, и какой вид ремонта (текущий или капитальный) необходим. Примерные перечни работ, относящихся к текущему и капитальному ремонту приведены в приложениях к постановлению Госстроя РФ от 27.09.2003г. №170. Товарищество может быть освобождено от административной ответственности, предусмотренной ст.7.22 КоАП РФ, в том случае, если нарушения технического состояния могут быть устранены только в ходе капитального ремонта, а жильцы отказываются собирать средства на капитальный ремонт, несмотря на неоднократные предложения Правления ТСЖ, либо капитальный ремонт проводится в пределах собранных средств.¹

Для определения виновного в ненадлежащем содержании общего имущества многоквартирного дома необходимо правильно определять момент совершения правонарушения. Так, ТСЖ было привлечено к ответственности по ст.7.22 КоАП через 15 дней после создания.² Фактически ненадлежащее выполнение обязанностей по содержанию было допущено муниципальным учреждением, ранее осуществлявшим обязанности по содержанию дома. ТСЖ за столь непродолжительный период времени устранить имеющиеся нарушения не могло.

Административное наказание за совершение правонарушения, предусмотренного ст.7.22 КоАП РФ, установлено в виде административного штрафа, размер которого для юридического лица составляет от 40000 до 50000 рублей. При назначении наказания должны быть учтены имущественное положение лица, обстоятельства, смягчающие и отягчающие ответственность. Так, тяжелое финансовое положение ТСЖ может быть учтено при на-

¹ Постановление ФАС Поволжского округа от 17.01.2008 по делу №А57-9493/07-22, от 26.02.2008 по делу №А57-6618/07-5// СПС «Консультант Плюс»

² Постановление ФАС Поволжского округа от 27.06.2006 по делу №А57-885АД/05-7// СПС «Консультант Плюс»

значении минимального наказания.¹ Смягчающим вину обстоятельством может служить выполнение ремонтных работ до привлечения Товарищества к административной ответственности.²

Административное правонарушение, предусмотренное ст.7.22 КоАП РФ, по мнению суда, является длящимся, поскольку выражается в длительном и непрекращающемся невыполнении обязанности.³ С этим мнением следует согласиться, поскольку закон не устанавливает конкретных дат по выполнению ремонтных работ, они должны производиться по мере необходимости. При этом необходимо иметь в виду, что днем обнаружения длящегося административного правонарушения считается день, когда должностное лицо, уполномоченное составлять протокол об административном правонарушении, выявило факт его совершения.⁴

Срок давности привлечения к ответственности, предусмотренной ст.7.22 КоАП РФ, составляет два месяца с момента обнаружения административного правонарушения. В отдельных случаях суды исходили из того, что ТСЖ нарушает законодательство о защите прав потребителей, в связи с чем применяли годичный срок давности привлечения к ответственности. Но поскольку Закон РФ «О защите прав потребителей» применим в области защиты прав непосредственно потребителей, а в данном случае отношений между потребителями и исполнителем в части оказания услуг не возникает, применение годичного срока давности недопустимо.⁵

¹ Постановление ФАС Поволжского округа от 07.08.2008 по делу №А57-779/08-28// СПС «Консультант Плюс»

² Постановление ФАС Поволжского округа от 06.05.2008 по делу №А57-22357/07-45// СПС «Консультант Плюс»

³ Постановление ФАС Поволжского округа от 06.05.2008 по делу №А57-22357/07-45, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 30.03.2007 по делу № А56-20971/2006// СПС «Консультант Плюс»

⁴ п.14 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2004г. №5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении КоАП РФ»// Российская газета. 19.04.2005г.

⁵ Постановление ФАС Поволжского округа от 06.05.2008 по делу №А57-22357/07-45, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 30.03.2007 по делу № А56-20971/2006// СПС «Консультант Плюс»

Можно сказать, что на сегодняшний день ТСЖ является наиболее оптимальной формой управления многоквартирными домами. Но поскольку граждане заинтересованы в надлежащем техническом, санитарном состоянии общего имущества жилого дома, необходимо установить четкие обязанности ТСЖ, предусмотреть гарантии исполнения ими взятых на себя обязательств. Установление административной ответственности за ненадлежащее содержание дома является одной из них. И установление достаточно высоких административных штрафов должно повысить ответственность должностных лиц ТСЖ.

М.В. Пеленицына

Основные формы осуществления правовым государством функций гаранта основных прав и свобод человека и гражданина

К числу основных назначений и функций правового государства относятся гарантирование, защита и реализация основных прав и свобод человека. Это согласуется и с принципиальной установкой международного права, согласно которой государство, в первую очередь, несет ответственность за осуществление всеми людьми и всеми группами людей прав человека и основных свобод на основе полного равенства в достоинстве и правах. Государство гарантирует, согласно ч. 1 ст. 45 Конституции РФ, защиту прав и свобод человека и гражданина. «Для гарантий прав человека и гражданина, — говорилось еще во Французской Декларации прав человека и гражданина (ст. 12), — необходима государственная сила, она создается в интересах всех, а не для личной пользы тех, кому она вверена».

Государственное гарантирование, как представляется, функционирует в качестве единой правовой системы, в которой тесно взаимодействуют общепризнанные нормы международного права и нормы внутригосударствен-

ного (конституционного) права. Единство этой системы объективно обусловлено тем, что все права человека универсальны, неделимы, взаимосвязаны¹.

При характеристике системы государственного гарантирования прав и свобод представляется необходимым, прежде всего, исходить из того, что вся система государственного гарантирования прав и свобод основывается на демократизме общественного политического строя, вследствие чего и само правовое государство конституционно характеризуется как демократическое. Демократия — главная, наиболее фундаментальная, гарантия прав и свобод человека и гражданина. Наступление на демократию, ее ограничения всегда выражаются, прежде всего, в ограничениях (прямых или косвенных) прав и свобод.

Отметим, что демократия, развитие и уважение к правам человека и основным свободам являются взаимозависимыми и взаимоукрепляющими, Всемирная конференция по правам человека в Вене (июнь 1993г.) констатировала: «Демократия основывается на свободно выраженной воле народа определять свои собственные политическую, экономическую, социальную и культурную системы и на его полном участии во всех аспектах своей жизни. С учетом вышесказанного, процесс поощрения и защиты, прав человека и основных свобод на национальном и международном уровнях должен носить универсальный характер и осуществляться без каких-либо условий». Венская декларация, наряду с мерами по содействию укреплению и созданию учреждений, связанных с правами человека, обратила внимание мирового Сообщества на острую потребность в развитии плюралистического гражданского общества. «В этом контексте особое значение имеет содействие, оказываемое по просьбе правительства в проведении свободных и справедливых выборов, в том числе, путем оказания помощи в аспектах прав человека, относящихся к выборам и информированию общественности о выборах. Не менее важным является содействие, которое должно оказываться укреплению законности,

¹ Международные акты о правах человека, с. 81.

поощрению свободы выражения мнений, а также отправлению правосудия и реальному и эффективному участию народа в процессе принятия решений»¹.

О том, что соблюдение прав человека и основных свобод, главным образом, зависит, с одной стороны, от подлинно демократической системы и, с другой стороны, от общего понимания и соблюдения, прав человека, сочла необходимым отметить и Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод.

Весьма значим, по-нашему мнению, тот факт, что формирование демократического гражданского общества с его правовым государством, принципами приоритета прав человека, верховенстве права, разделения властей, народного представительства (парламентаризма) и др. — магистральный путь создания прочной системы гарантий основных прав и свобод.

Демократизм — главное сущностное свойство основных прав и свобод и гарантированность этого свойства может быть осуществлена лишь адекватной им демократической международно-правовой и конституционной системами.

Но основные права и свободы обладают и другими сущностными свойствами, которые реализуются последовательно и полно только при наличии также определенных гарантирующих факторов, в системе которых государство выполняет ключевую роль.

Конституционно-признанные свойства и особенности основных прав и свобод следует в свою очередь подразделять на те из них, которые принадлежат правам и свободам исключительно лишь человека, личности (общепризнанные мировым Сообществом права и свободы), и те, которые применимы к человеку и гражданину («каждому» в конституционном смысле). К первым, безусловно, относятся общепризнанность прав и свобод, их неисчерпаемость, неотчуждаемость, неограниченность и непосредственность действия, способность прав и свобод определять смысл, содержание и применение законов, деятельность органов власти и местного самоуправления. Осо-

¹ Международные акты о правах человека, с. 39.

бенность этой категории прав состоит как раз в отсутствии видимой зависимости их проявлений от государства, прерогатив властных государственных органов. В самом деле, как, например, может зависеть от государства способность указанных прав определять смысл, содержание и применение законов, деятельность органов власти, если содержательно правовое государство определяемо правами человека и основными свободами. Всем своим смыслом права и свободы подчеркивают независимость от государства и его власти, способность реализоваться помимо государства, вне сферы его суверенных прерогатив («непосредственно»). Само собой разумеется, что и общепризнанность, и неотчуждаемость, и неограниченность действия прав и свобод человека прямо свидетельствуют о независимости этих свойств прав в их проявлениях, прежде всего от государства.

Однако, подобная констатация, справедливая сама по себе, не исчерпывает, как нам представляется, всей полноты содержания и смысла указанных свойств данной категории, прав человека, выражает лишь одну существеннейшую, но, тем не менее, не единственную сторону их свойств. Да, конкретной зависимости в конкретных проявлениях этих прав от государства нет. Но и абсолютизировать данную независимость ни в коем случае нельзя. В действительности эти конкретно выраженные свойства прав человека основываются, в конечном счете, на признании всех этих свойств и на уровне каждого отдельного государства как члена мирового Сообщества, и на уровне самого этого Сообщества государств в целом. В Преамбуле Всеобщей декларации прав человека указанная изначальная обусловленность выражена достаточно полно и четко. В ней говорится о том, что всеобщее понимание характера этих прав и свобод имеет огромное значение для полного выполнения обязательства государств-членов содействовать в сотрудничестве с Организацией Объединенных Наций всеобщему уважению и соблюдению прав человека и основных свобод.

Форма признания — это участие государств — членов Сообщества в договорах, пактах, протоколах и др. по поводу основных прав человека. И

первенствующее значение среди них занимает Всеобщая декларация прав человека. Как указывалось в Воззвании Международной конференции по правам человека в Тегеране в 1968г., Всеобщая декларация прав человека отражает общую договоренность народов мира в отношении неотъемлемых и нерушимых прав каждого человека и является обязательством для членов международного Сообщества¹.

Добавим, что Всеобщая декларация прав человека отразила также договоренность представляемых государствами — членами ООН народов мирового Содружества и по поводу признания основных прав человека общепризнанными, врожденными (неотъемлемыми), неограниченными и др. Отразила она также и положение о том, что для полного выполнения государствами-членами своих обязательств, относящихся к всеобщему уважению и соблюдению прав человека и основных свобод, имеет огромное значение «всеобщее понимание характера этих прав и свобод»².

Общепризнанность определяет, например, непосредственность действия основных прав человека, которые именно в силу этого свойства не нуждаются в каком-либо дополнительном санкционировании, опосредовании законодательными, исполнительными, судебными органами государства. В равной степени общепризнанностью определяется неотъемлемость, неотчуждаемость основных прав человека. Таковыми их признало международное Сообщество, возведя данную качественную характеристику прав человека в категорию общепризнанности. Непосредственность действия, неотъемлемость, равенство, судебная защищенность прав и свобод и др. качественные проявления становятся имманентно присущими правам человека и основным свободам, исключительно в силу той международно-правовой общепризнанности, которая делает их обязательными для государств — членов Сообщества. Для общепризнанных прав человека и основных свобод основной международно-правовой гарантией выступает их общепризнанность. Однако по-

¹ Международные акты о правах человека, с. 42.

² Международные акты о правах человека, с. 44.

сколькx общепризнанность, как уже отмечалось, предполагает участие государства, ее роль в качестве гаранта прав человека требует активной роли государства, которое признает принцип общепризнанности с вытекающими из него правовыми последствиями, закрепляет этот принцип в своем законодательстве, прежде всего, конституционно, следует этому принципу и выступает его гарантом, конституционно гарантируя выполнение общепризнанных и одновременно конституционных прав и свобод человека, отдавая приоритет в правовой системе общепризнанным принципам и нормам международного права, считая для себя обязательными и действующими те общепризнанные права и свободы, которые не закреплены конституционно.

Можно прийти, следовательно, к выводу, что общепризнанные права человека и основные свободы имеют в качестве главных гарантий проявления их сущностных свойств общепризнанность как действенный принцип международного права и признание государством этих прав и свобод как общепризнанных, его обязанность закреплять их в качестве таковых законодательно (конституционно), следовать им и защищать их. Конечно, соотношение между этими двумя факторами-гарантами у различных прав может быть также различным. Показательно в этом отношении такое сущностное свойство некоторых основных прав, как возможность их ограничения государством. Возможность ограничения есть общепризнанное правило. Всеобщая декларация прав человека в ч. 2 ст. 29 устанавливает в качестве общепризнанной нормы, гарантирующей одно из основных сущностных свойств прав человека и основных свобод, их неограниченность действия, а также критерии возможного, в порядке исключения из общего правила, ограничения, а именно:

- ограничение только законом;
- ограничение исключительно с целью обеспечения должного признания и уважения прав и свобод других и удовлетворения справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния.

Между тем вопрос этот первостепенен. Ведь общепризнанные права человека и основные свободы, обладающие огромным потенциалом демокра-

тического, гуманистического, всечеловеческого созидания, с необходимостью требуют для своего последовательного и полного воплощения участия государства, его понимания, согласия и одобрения этих прав и свобод, его конституционно-законодательного закрепления, организационного претворения, судебной защиты и т.д. Не международное право формирует сущностно содержательное государство с его законодательством, органами и др. Современное международное право способно и даже обязано оказывать в присутствии ему формам и процедурах влияние на зарождение, развитие, активизацию демократических процессов во всех странах мира. Общепризнанные права человека и основные свободы — главное, наиболее действенное средство такого воздействия.

Итак, государство — гарант основных прав и свобод лишь отправляется в данном случае от основных положений общепризнанных принципов и норм международного права, однако законодательно (конституционно) развивает и в ряде случаев конкретизирует их. Ограничителем здесь служит, как нам представляется, принципиальное соответствие, непротиворечивость по существу. Вместе с тем, все это определенным образом характеризует положение и роль государства как гаранта во взаимодействии с системой международно-правовых гарантий основных прав и свобод.

Посредством государства общество «вживляет» (если они не сформировались в системе общественных отношений естественноисторическим путем, как это имело место в передовых западноевропейских и североамериканских странах) права человека и основные свободы в общественную ткань, в систему многообразных общественных отношений, предотвращает процессы «отторжения» и пр.

Самостоятельный аспект гарантирования государством основных прав и свобод составляют те из них, которые непосредственно обусловлены правовым статусом таких структурных подразделений общества, как социальные общности. Всеобщая декларация прав человека в числе таких общностей называет прямо семью, характеризуя ее как естественную основную ячейку

общества, имеющую право на защиту со стороны общества и государства (часть 3 ст. 16). С семьей непосредственно связано право достигших совершеннолетия мужчин и женщин вступать в брак при свободном и полном согласии обеих вступивших в брак сторон и основывать семью без всяких ограничений по признаку рас, национальности или религии (ч. 21 и 2 ст. 16)¹. Указанные положения Всеобщей декларации были конкретизированы и развиты в ряде международно-правовых актов универсального уровня: Конвенции и Рекомендации о согласии на вступление в брак, минимальном брачном возрасте и регистрации браков, Декларации и Конвенции о ликвидации дискриминации в отношении женщин. Более обстоятельно правовой статус семьи и связанные с этим права человека регламентированы в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах (ст. 10).

Основные права и свободы связаны с существованием и жизнедеятельностью такой масштабной социальной общности людей, как народ. Полагаем, что к народу, а следовательно и к обществу в целом, применимы все права, свободы и обязанности человека и гражданина, поскольку граждане, люди в своей цельности и системном единстве представляют в правовом выражении самую «плоть» народа, «плоть» общества, имея в виду под «плотью» в данном случае многообразие общественных отношений, связей, взаимодействий и взаимозависимостей и т.д. Вместе с тем, правомерно выделить и значительно более узкий круг отношений, соответственно и прав, которые в наиболее обобщенном виде выражают самую суть этой наиболее масштабной социальной общности людей.

Не определяя правовой статус народа в целом, Всеобщая декларация прав человека охарактеризовала существеннейшее его свойство — быть носителем суверенитета и единственным источником власти — через такие права человека, как право принимать участие в управлении своей страной непосредственно или через посредство свободно избранных представителей и право равного доступа к государственной службе в своей стране (ч. 1 и 2

¹ Международные акты о правах человека, с. 33.

ст. 21). «Воля народа, — говорится во Всеобщей декларации, должна быть основой власти правительства, эта воля должна находить свое выражение в периодических и нефальсифицированных выборах, которые должны проводиться при всеобщем и равном избирательном праве, путем тайного голосования или же посредством других равнозначных форм, обеспечивающих свободу голосования»¹.

Государственное гарантирование основных прав человека и гражданина, непосредственно обусловленных их принадлежностью к социальным общностям — семья, народ, нация, народность и др. имеет свои особенности. Помимо закрепления общепризнанных и, следовательно, обязательных для него прав этих социальных общностей и прав, обусловленных принадлежностью к этим общностям прав человека в Конституции и законодательстве, государство должно гарантировать осуществление и тех и других прав в их полноте и взаимосвязанности.

Одной из разновидностей общепризнанных прав человека являются права, связанные со спецификой отдельных групп населения.

Эти права, хотя и связаны с особенностями социального и правового статуса этих групп, но обуславливаются, в основном, международно-правовой и внутригосударственной политикой демократизма и гуманизма. Международное Сообщество, демократическое общество и государство, руководствуясь такой политикой, проявляют особое внимание и заботу об этих слоях общества, о каждом человеке персонально, требующем особого внимания и заботы. Речь идет о таких категориях людей, как женщины, дети, инвалиды, умственно-отсталые люди, заключенные, приговоренные к смертной казни и др. Международный пакт о гражданских и политических правах, например, устанавливает определенные права лиц, лишенных свободы (ст. 10), приговоренных к смертной казни (ч. 4 и 5 ст. 6), права ребенка (ст. 24). Правам женщин посвящены акты ООН «Декларация о защите женщин и детей в чрезвычайных обстоятельствах и в период вооруженных конфликтов», «Дек-

¹ Международные акты о правах человека, с. 117.

ларация и Конвенция о ликвидации дискриминации в отношении женщин», «Конвенция о политических правах женщины», «Конвенция и Рекомендация о согласии на вступление в брак, минимальном брачном возрасте и регистрации браков», «Конвенция о равном вознаграждении мужчин и женщин за труд равной ценности». Для прав ребенка особенно значимы принятые органами ООН «Декларация о социальных правовых принципах, касающихся защиты и благополучия детей, особенно при передаче детей на воспитание и их усыновлении на национальном и международном уровнях», а также «Конвенция о правах ребенка». Права лиц, подвергшихся задержанию или тюремному заключению, нашли закрепление в Декларации о защите всех лиц от насильственных исчезновений, «Минимальных стандартных правилах обращения с заключенными», «Основных принципах обращения с заключенными», «Стандартных минимальных правилах ООН в отношении мер, не связанных с тюремным заключением (Токийские правила)»¹ и др.

Подробной регламентации нормами международного права статуса указанных групп лиц во внутригосударственном праве соответствуют, как правило, нормы отраслевого законодательства. Конституция закрепляет лишь ключевые, наиболее значимые принципы, не возводя указанные права человека, принадлежащего к одной из этих групп, на уровень прав основных, конституционных. Конституция РФ закрепляет принцип равноправия, согласно которому мужчина и женщина имеют равные права и свободы и равные возможности для их реализации (ч. 3 ст. 19). Не упоминая конкретно об основных правах детей, Конституция РФ устанавливает два принципа. Согласно одному, материнство и детство находятся под защитой государства (ч. 1 ст. 38), а в соответствии с другим — забота о детях, их воспитание — равное право и обязанность родителей (ч. 2 ст. 38). На трудоспособных детей, достигших 18 лет, возлагается конституционная обязанность заботиться о нетрудоспособных родителях (ч. 3 ст. 38). Конституционные права лиц, содер-

¹ Обеспечение прав и свобод граждан в СССР. Сб. 0-13 статей. / Под ред. д-ра юрид. Наук Е.Г. Мартыничка. Кишинёв: Картя Молдовенякэ, 1988. 194 с.

жащихся под стражей, наряду с задержанными и обвиняемыми в совершении преступления, сводятся к праву пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента соответственно задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения (ч. 2 ст. 48). Относятся ли права ребенка и женщины, права лиц, лишенных свободы или приговоренных к смертной казни, закрепленных, по крайней мере, в Пактах, к числу общепризнанных прав человека? Очевидно, что да. Государство, являясь основным исполнителем и гарантом этих прав, конкретно регламентирует эти права в своем текущем законодательстве¹. При этом обязательными стандартами и критериями соответствующих законодательных и иных внутригосударственных правовых норм являются обязательные для государства общеобязательные нормы международного права. Это не означает, разумеется, что законодательство, обеспечивающее государственное гарантирование данных прав, обречено лишь воспроизводить общепризнанные права. Но социально-правовая заданность и сущностно-содержательный смысл их для государства обязательны, что и означает, что оно законодательно не вправе противоречить общепризнанным правам человека. Именно такое соотношение определяет структуру гарантирования прав отдельных специфических прав человека и гражданина.

Гарантирование государством прав гражданина основывается на гражданстве — устойчивой правовой связи, существующей между гражданином и государством. Понятие «гражданин», как уже отмечалось, не употребляется, как правило, в универсальных международных правовых актах, и это обстоятельство служит доказательством отнесения прав гражданства к внутренним делам государства, к тем его суверенным прерогативам, преступать границы которых международное право не считает вправе. И, тем не менее, права, свойственные человеку как гражданину, отнюдь не чужды международному праву вовсе. Отметим, например, в этой связи, что ст. 21 Всеобщей декларации прав человека закрепляет, как право принимать участие в управлении

¹ Специальный доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации: О выполнении Россией обязательств, принятых при вступлении в Совет Европы. М.: Юриспруденция, 2002. 72с.

страной непосредственно или через посредство свободно избранных представителей, так и право равного доступа к государственной службе. И хотя данная статья обращена к «каждому человеку», совершенно очевидно, что в ней имеется в виду именно гражданин, поскольку и управление предполагается «своей страной» и доступ к государственной службе может иметь место в своей стране. О содержании ст. 25 Международного пакта о гражданских и политических правах, закрепляющей ряд основных политических прав граждан, уже говорилось ранее. Более существенно то, что группа прав и свобод, применимых исключительно к гражданам и не распространяющихся в силу гражданства на иностранцев и апатридов, в условиях демократического гражданского общества и правового государства сущностно однородны со всем массивом общепризнанных прав и свобод человека, отвечают единым принципам правового статуса личности, являются неотделимым компонентом единого правового статуса личности (ст. 64 Конституции РФ).

Смысл конституционной гарантии государственного признания, обеспечения и защиты прав и свобод состоит в том, что и признание, и обеспечение, и защита составляют обязанности всего государственного механизма, всех органов государства и должностных лиц и что неисполнение или ненадлежащее исполнение ими этих конституционных обязанностей означает нарушение Конституции.

А.Ю. Петров

Административные процедуры в некоторых государствах-участниках СНГ

Пристального внимания заслуживает опыт законодательной деятельности государств-участников СНГ в области регламентации института административных процедур. Так, 27 ноября 2000 года в Республике Казахстан был принят Закон «Об административных процедурах»¹, направленный на установление административных процедур, способствующих совершенствованию

¹ <http://www.dirn.uz/legislFullStory.php?newsID=139&pageNo=&totalPages=>

нию организации управленческой деятельности, обеспечению бесперебойного функционирования государственных органов, оперативному принятию управленческих решений, соблюдению прав и свобод граждан, защите государственных интересов, недопущению использования государственными служащими должностных полномочий во внеслужебных целях.

Под административными процедурами в Законе понимаются:

1) порядок принятия и исполнения решений при осуществлении государственными органами и должностными лицами государственных функций и должностных полномочий и их оформление;

2) процедура организации работы государственного аппарата;

3) процедуры рассмотрения обращений граждан по реализации их прав, а также процедуры административной защиты прав и законных интересов граждан;

4) основные начала процедур принятия решений в области экономики.

Административные процедуры применяются в деятельности:

1) Президента Республики Казахстан, государственных органов и должностных лиц, обеспечивающих деятельность главы государства, государственных органов, непосредственно подчиненных и подотчетных Президенту;

2) аппаратов палат Парламента, Центральной избирательной комиссии Республики Казахстан;

3) аппарат Конституционного совета, Верховного суда и иных судов Республики Казахстан;

4) Правительства, канцелярии Премьер-министра, центральных исполнительных органов Республики Казахстан;

5) аппаратов местных представительных органов Республики Казахстан;

6) местных исполнительных органов Республики Казахстан.

Важнейшим аспектом регламентации института административных процедур следует признать закрепление перечня принципов установления административных процедур:

- 1) законности;
- 2) подчинения нижестоящих государственных органов и должностных лиц вышестоящим;
- 3) равенства всех перед законом и судом;
- 4) приоритета прав и свобод граждан, недопустимости проявлений бюрократизма и волокиты при рассмотрении обращений граждан и организаций;
- 5) обязательности для всех граждан, организаций и должностных лиц предусмотренных административными процедурами действий и актов;
- 6) взаимной ответственности и баланса интересов личности, общества и государства;
- 7) учет общественного мнения и гласности при строгом соблюдении законодательства о государственных секретах и иной охраняемой законом тайне;
- 8) поддержания авторитета государственной власти и недопущения действий, способны дискредитировать Республику Казахстан и противоречащих интересам государственной службы, в том числе противостояния проявлениям коррупции, строгого соблюдения установленных законодательством для государственных служащих запретов и ограничений;
- 9) единства требований административных процедур для государственных органов всех уровней;
- 10) четкого разграничения и согласованного функционирования всех государственных органов и должностных лиц государства;
- 11) экономичности и эффективности.

Осуществление органами государственной власти и местного самоуправления публичных функций опосредуется необходимостью принятия правовых актов. Правовой акт государственных органов относится к актам

индивидуального применения, является письменным официальным документом установленной формы и:

- 1) рассчитан на однократное либо иное ограничение применения;
- 2) (или) распространяется на определенное лицо либо иной определенный круг лиц в рамках законодательно регламентированной ситуации;
- 3) (или) устанавливает, изменяет, прекращает или приостанавливает права и обязанности определенного лица или иного ограниченного круга лиц.

Правовой акт государственных органов должен отвечать следующим требованиям:

- 1) правовой акт не должен противоречить Конституции Республики Казахстан, законодательству и правовым актам вышестоящих государственных органов;
- 2) структура правового акта должна обеспечивать исчерпывающее раскрытие предмета регулирования, а содержание должно обеспечивать единообразное понимание и применение подготавливаемого правового акта;
- 3) в правовом акте должно быть четко изложено содержание намечаемых мер, исчерпывающе определен круг лиц, на которых распространяется действие правового акта и (или) которые несут ответственность за их реализацию в установленные сроки;
- 4) правовые акты, требующие реализации на нижестоящих уровнях управления, должны содержать конкретные поручения определенным государственным органам и (или) должностным лицам по их выполнению.

Бесспорно, что принятые правовые акты органов власти достигают эффективности исключительно в условиях их последовательного применения и исполнения. Организация исполнения правового акта заключается в выработке и принятии уполномоченными государственными органами (должностными лицами) организационных мер по своевременному и исчерпывающему исполнению принятого решения. В случае необходимости для обеспечения исполнения правового акта уполномоченный государственный орган (должностное лицо) разрабатывает и утверждает план организационных ме-

роприятий по его исполнению, который доводится до непосредственных исполнителей. Если в правовом акте не определены конкретные сроки его исполнения и непосредственные исполнители, то они устанавливаются государственным органом – исполнителем или вышестоящим органом и незамедлительно доводятся до сведения непосредственных исполнителей.

В целях своевременного и исчерпывающего исполнения принятых решений государственный орган или должностное лицо должно осуществлять контроль за их исполнением. Контроль подразделяется на:

1) контроль за исполнением правовых актов (мероприятий, выполнение которых предусмотрено правовыми актами). В этом случае на контроль берутся все правовые акты, в которых содержатся мероприятия, подлежащие исполнению;

2) контроль за исполнением поручений руководящих должностных лиц государственных органов, вытекающих из иных документов служебного характера;

3) внутренний (в пределах соответствующего государственного органа) и внешний (за деятельностью иных государственных органов).

При этом внешний контроль осуществляется вышестоящими государственными органами и должностными лицами либо специально уполномоченными на такой контроль государственными органами

Контроль производится путем:

- 1) истребования необходимой информации;
- 2) заслушивания и обсуждения отчетов и докладов об исполнении;
- 3) ревизии и иных форм документальной проверки;
- 4) проверки с выездом на место;
- 5) другими не противоречащими законодательству способами.

Особое место среди административных процедур занимают процедуры защиты прав и законных интересов граждан. Закон Казахстана “Об административных процедурах” предъявляет определенные требования к процедурам реализации прав граждан:

1) порядок реализации прав, при котором граждане обязаны предоставлять государственным органам и должностным лицам минимальное число документов, подтверждающих юридически значимые факты;

2) минимальный срок реализации прав и обеспечения законных интересов граждан;

3) минимальное число инстанций, с которыми согласовывается проект решения по реализации прав граждан;

4) заблаговременное извещение граждан о месте и времени рассмотрения дела соответствующим лицом или органом;

5) возможность ознакомления с материалами дела, связанными с рассмотрением его обращения, возможность личного участия гражданина в разбирательстве по его обращению;

6) ведение дела по обращению гражданина одним и тем же должностным лицом, не допуская необоснованной передачи материалов дела, связанных с обращением гражданина, другому должностному лицу;

7) недопущение случаев, когда рассмотрение обращения гражданина возлагается на лицо, в отношении которого есть основания полагать, что оно не заинтересовано в объективном решении вопроса.

Более того, процедуры реализации прав граждан не должны допускать:

1) обращения жалобы во вред лицу, подавшему жалобу, или в интересах которого она была подана;

2) направления обращений должностным лицам, действия которых обжалуются в обращении;

3) возможности разглашения без согласия граждан сведений об их частной жизни, личной и семейной тайне;

4) установления данных о личности гражданина, не относящихся обращению.

Принципиально иной подход заложен в основание Закона Кыргызской Республики от 1 марта 2004 года № 16 “Об административных процедурах”¹.

Под административными процедурами следует понимать установленные регламентные нормы, определяющие основания, условия, последовательность и порядок рассмотрения и разрешения административных дел, которые включают в себя:

- порядок принятия и исполнения административными органами решений по осуществлению административных функций и полномочий;
- порядок организации работы административных органов;
- порядок административного рассмотрения обращений граждан, индивидуальных предпринимателей и юридических лиц по реализации или защите их прав и интересов.

Рассматриваемый Закон регулирует отношения по рассмотрению и разрешению административным органом дел по предоставлению, удостоверению, регистрации и приостановлению (прекращению) правомочий заинтересованных лиц (административных дел) в следующих сферах:

- а) регистрация (учет) заинтересованных лиц;
- б) регистрация прав на имущество и сделок с ним;
- в) лицензирование отдельных видов деятельности;
- г) выдача разрешений на выполнение отдельных видов работ (услуг), на эксплуатацию объектов или оборудования, а также принятие иных управленческих решений по вопросам инвестиционной и предпринимательской деятельности;
- д) техническое регулирование инвестиционной и предпринимательской деятельности;
- е) предоставление земельных участков, участков недр, участков лесов, водных объектов, а также изъятие этих участков и объектов у собственника или иного законного владельца;

¹ http://www.csa.gov.kg/index.php?option=com_content&task=view&id=23&Itemid=51&lang=1251.

ж) предоставление заинтересованным лицам кредитов, ссуд, субсидий, компенсаций, финансовой и материальной помощи, инвестиций, квот, гарантий, льгот и преимуществ за счет средств республиканского бюджета;

з) управление государственным имуществом или имущественными правами;

и) предоставление заинтересованным лицам жилых и нежилых помещений в зданиях государственного фонда и пользования этими помещениями;

к) назначение и выплата государственных пенсий, пособий;

л) признание за заинтересованным лицом статуса, дающего основание для получения льгот и преимуществ;

м) выдача официальных документов, имеющих юридическое значение;

н) предоставление, удостоверение, регистрация или приостановление (прекращение) иных правомочий заинтересованных лиц.

Рассмотрение административных дел осуществляется на основе принципов законности, равенства, открытости, полноты исследования доказательства и др.

Административные органы при осуществлении административных функций и полномочий принимают решения путем издания административных актов. Административный акт относится к актам индивидуального применения, является официальным письменным документом установленной формы и рассчитан:

- на однократное применение;
- на индивидуальное применение или на определенный круг лиц;
- на установление, изменение, прекращение или приостановление прав и обязанностей индивидуального лица или определенного круга лиц.

Процессуальные аспекты реализации административно-процессуальной деятельности аналогичны соответствующим процедурам, закрепленным в Законе Казахстана “Об административных процедурах”.

Наиболее показательным в деле легализации административных процедур является опыт Республики Таджикистан. Кодекс об административных процедурах Республики Таджикистан от 7 февраля 2007 года¹ содержательно объединил институты административных процедур и административной юстиции.

Кодекс определяет порядок подготовки, принятия и исполнения административно-правовых актов, рассмотрения административных заявлений и жалоб, осуществления административного производства в суде, взаимодействия административных органов. Административными процедурами признается деятельность административного органа в целях подготовки, принятия и исполнения административно-правового акта, а также рассмотрения административных заявлений и жалоб.

Кодекс выделяет несколько видов административных процедур:

- простые;
- формальные;
- публичные.

Простые административные процедуры – это деятельность административных органов по подготовке и принятию административных актов, не требующих исследования обстоятельств с участием заинтересованных сторон и проведения устных слушаний.

Формальные административные процедуры следует рассматривать как деятельность административных органов по подготовке и принятию административных актов при активном участии заинтересованных лиц. Законодательно удостоверяется, что заинтересованная сторона может представить свои предложения в связи со всеми обстоятельствами административных процедур. Предполагается проведение устных слушаний, участие экспертов и специалистов.

Публичными административными процедурами признается деятельность административных органов по подготовке и принятию административ-

¹ <http://www.bei-ca.net/documents/procedures.pdf>.

но-правовых актов, затрагивающих интересы неограниченного круга лиц. В ходе ее осуществления административный орган обязан опубликовать сообщение о представлении документов для публичного ознакомления. В сообщении должны указываться:

- административный орган, в котором ведутся административные процедуры, и его адрес;
- краткое содержание административного заявления или (и) решение административного органа о начале административных процедур;
- сроки принятия административно-правового акта;
- срок представления своих замечаний и предложений.

Порядок реализации административных процедур также предполагает проведение устных слушаний, принятие окончательного административного акта.

Значительное количество положений посвящено исполнению административных актов, установлению прав и гарантий субъектов исполнительного производства¹. По общему правилу административный акт обращается к исполнению принявшим его административным органом. Ответственный за обращение к исполнению административный орган обязан осуществлять предоставленные ему законом полномочия только в пределах, необходимых для обеспечения обращения к исполнению административного акта.

Кодексом подробно регламентируется порядок применения обеспечительных мер, приостановления исполнения и другие процессуальные аспекты, которые создают действенный и эффективный правовой базис для реального использования гражданами и организациями механизма административных процедур.

Анализ действующего зарубежного законодательства об административных процедурах с очевидностью свидетельствует о необходимости законодательного регулирования института административных процедур. Накоп-

¹ О современных проблемах исполнительного производства в Российской Федерации см.: Кощеева Е.С. Правовые проблемы административно-исполнительного производства в Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2006.

ленный опыт позволяет российскому законодателю избрать существующую модель регламентации административных процедур и адаптировать ее с учетом особенностей правовой системы России. Бесспорно, что дальнейшее развитие административных процедур в Российской Федерации возможно исключительно на началах учета позитивных результатов административных реформ в зарубежных странах, создавших новые административные реалии и возможности для человека и гражданина.

М.Л. Поздняков

Эффективность правосудия и судебная система¹

1. Определение правосудия

Вероятность целостного мыслительного акта существует только в том случае, когда мы исходим от четко дефинированных понятий. Необходимо определиться с термином "правосудие", ведь в противном случае мы рискуем не продвинуться в исследовании. В отечественной юриспруденции общепризнано понимание правосудия как деятельности судебных органов² (узкий подход).

В связи с наличием очевидных предпосылок к постановке вопроса о более широком понимании правосудия, как понятия синтезирующего и процессуальную деятельность, и правовую идеологию, и, что немаловажно, философию права, возникает выбор между узким и широким пониманием правосудия.

С одной вроде бы и нет смысла подвергать критике узкий подход, ведь он удобен. Презюмируется тождественность деятельности судебных органов и правосудия. Это позволяет сместить акцент исследования со слова "правосудие" на слово "система", то есть анализу должны быть подвергнуты не соб-

¹ Проблема рассматривается на примере судов общей юрисдикции (далее СОЮ), вопросы организации и деятельности системы арбитражных судов в статье не рассматриваются.

² Мне представляется при описании современных реалий наиболее уместным употреблять выражение из советской правовой доктрины - "судебные органы", либо более нейтральное - "судебная система", в противовес многократно продекларированному "судебная власть".

ственно плоды деятельности судей, а первую очередь методы по организации судебной деятельности, т.е. задача настоящего исследования сводится к анализу внутренней механики судебной системы.

Но если посмотреть на вопрос с другой стороны, то можно увидеть, что при концентрации на узком понимании термина "правосудие", то есть только на деятельности судебных органов, создается опасность пройти мимо тех эпохальных изменений, которые происходят с современным обществом и неизбежно доложены в более широкое понимание правосудия. Надо отметить, что официальная теория права не в состоянии дать картину ближайшего будущего, напротив, при нарастании диссонанса между реальными процессами и теорией права, возникает ситуация когда происходит искаженное видение реальности, а, выбранная на основе имеющихся теоретических представлений стратегия, ошибочна.

Получается, что надо сделать выбор – либо остаться в рамках узкого понимания и встать на путь порождения мелких ситуативных решений, которые могут, как дополнять, так и отменять друг друга, либо **действовать, будучи вооруженным целостным теоретическим видением происходящего развития права.**

Несложно заметить, что эволюция отечественной правовой системы подчинена первому сценарию. Это можно проследить как на деятельности законодателя кромсающего новые законы, и деятельности Верховного Суда РФ (далее ВС РФ), отдающего предпочтение мелким ситуативным регламентам с избеганием общих правовых формул. Да и в целом весь невыразительный стиль судебной реформы, есть ничто иное, как следствие негармоничности современных представлений о праве¹. Человечество приближается к эпохи тотальной правовой регламентации, что неизбежно повлечет переформатирование понимания функций государственной власти, ревизии тео-

¹ Следует отметить, то незначительное (ничтожное?) место, которое занимает теория права в работе практикующего юриста. При разрешении сложных проблем аргументация, как правило, не выходит за пределы отраслевого размежевания. Все это свидетельствует о том, что сама теория права уже не выступает надежным фундаментом.

рии разделения властей, с размыванием традиционного толкования сущности судебной и законодательной властей, и далее изменение образа самой юриспруденции¹.

Очевидно, что узкий подход может быть вложен (поглощен) более широким и развернутым толкованием термина «правосудие» и прямого конфликта между этими двумя подходами нет. Задача заключается в том, что бы правильно наложить отрезок (узкое толкование) на вектор (широкое толкование). При наличии и очевидности глобальной концепции эволюции правосудия имеется возможность корректировать каждое частное решение, в том числе и организационные решения по выстраиванию архитектуры судебной деятельности. В этом случае **мерилом эффективности судебной деятельности является темп продвижения общества в направлении начерченным вектором** **вменяемой теорией права.**

При подобной постановке вопроса, снимается конкуренция между широким и узким пониманием правосудия, поскольку они встраиваются в разные уровни правовой реальности, а соответственно снимается необходимость отрицать опыт и знания, наработанные в рамках каждого из подходов. Для того чтобы это осуществить необходимо определиться с широким толкованием – создать вектор.

В рамках настоящей работы сложно ответить на вопрос о сущности права, тем более, что русский язык характеризуется излишним обилием смыслов данного слова, что только затрудняет изложение. Однако дефиницию права дать следует. Итак, **право – это задача по именованию человеческого бытия.** Это достигается посредством формулирования понятий, принципов, правовых позиций, и их закрепление в общеизвестных текстах (правовые нормы). В результате чего возможно создание виртуального образа человеческой жизни, который обладает приоритетом (становится первичным) над фактической жизнью. Надо отметить, что смысл этой деятельности одно-

¹ Представляется, что качественный рост юриспруденции состоится тогда, когда она обозначит свое движение в сторону точных наук.

значно не предмет юриспруденции и может быть определен как установление первичности слова. По сути, вся история права есть ничто иное, как создание очагов этой надфактической реальности с установлением ее приоритета над реальным бытием людей и их последующего разрастания. Несмотря на то, что создание правовых норм отнесено к компетенции законодателя, следует признать, что **мотором процесса разрастания правовой регламентации является судебная деятельность**. Во-первых, в процессе судопроизводства выявляются проблемные места, требующие дополнительной регламентации (пересмотра старой), то есть создается мотивация по интенсификации деятельности законодателя. Во-вторых, сами судебные акты, моделируют более мелкие нормы¹, которые не могут быть порождены законодательной механикой, а потому являются именно той степенью детализации, которая как раз и необходима для того, чтобы оцифровать реальность (дать имя всему).

Местоположением мотора, происходящего становления правовой реальности (судебная деятельность) и объясняется то особенное значение, которое в настоящий период отводится судебной процедуре, судебной системе, судейскому статусу. В отсутствие целостной непротиворечивой правовой теории правотворческая деятельность суда всячески игнорируется, что мешает самому судебному механизму работать на полную мощность. Поскольку невозможно выстраивание правовых институтов в соответствии с главной ролью суда – правотворческой.

Условием деятельности суда, т.е. конкретного судебного разбирательства, является наличие первоначального конфликта. Получается, что развитие права исходит от методологии конфликта. Иной причины по переводу фактической реальности в правовую сейчас не существует.

При отсутствии каких-либо альтернатив восхождению человеческого общества к праву кроме как через обнаружение конфликта и его перевода че-

¹ На мой взгляд, неспособность перешагнуть перезревшую проблему "суд как законодательный орган" является ярким свидетельством о том, что как минимум следует задуматься о состоянии юридической науки.

рез судебную механику в правовые категории, следует прийти к выводу, что интенсивность этих конфликтов и их прокачивание через судебную систему и есть главный и основной путь. Следовательно, для более быстрого и качественного роста права, желательно нарастание внутренних конфликтов, конечно же, при последующем их переводе на язык юриспруденции.

Под правосудием следует понимать качественную трансформацию общественных конфликтов, которые, будучи переведены на язык правовых понятий, по сути, переводятся в иной сегмент создаваемой реальности (правовая реальность), где сам спор замыкается в ее пределах и уже при любом развитии событий не может повлечь каких-либо разрушительных воздействий для общества. Таким образом, **правосудие это механика по строительству правовой реальности**, эффективность этой механики зависит от множества факторов, в том числе и от институализированных образований (судебная система).

Задачей генезиса права является полная оцифровка (именование) социальной реальности в ее бесконечном многообразии, осуществленное посредством правосудия, с целью установления тотального, а не фрагментарного, как это имеет место сейчас, приоритета этой смоделированной (высказанной) правовой реальности над фактической жизнью. Теория права должна не только видеть этот процесс, но и выстраивать общественные институты в наиболее благоприятном движении по указанному вектору.

Итак, правосудие – это процесс перевода фактической реальности в правовую. Мотором этого процесса является социальный конфликт. Возрастание количества конфликтных ситуаций подстегивается постепенным разрастанием правовой регламентации и передачей дополнительных (новых) сегментов в компетенцию судов. Получается, что **суд это далеко не сущность права, но сегодня это важное звено в восхождении к праву**. Главное значение суда как строителя правовой реальности заключается в его обязанности создавать правовые нормы. Суд надстоит над всеми ведомствами, фак-

тически споря с законодателем¹. Именно в этом и есть сущность суда. Соответственно, если мы анализируем механику по раскрытию этой работы (судебная система) то необходимо в каждый период времени соотносить ее с соответствием тем задачам, ради которых она и порождена. Следует отметить, что в настоящий момент имеет место неопределенность в отношении теории права, что влечет неопределенность в оценках судебной системы. Отсутствие рационального обоснования роли и места судебной процедуры в современном обществе, привело к уходу в область ощущений, и привело к ситуации, когда средство (судебная процедура) подменило цель (генезис права). Большая часть современных исследований исходят из неверной методологической посылки, согласно которой критерий по оценке качества, как правосудия, так и структуры ее определяющий (судебная система) в ней же и замкнут, то есть презюмируется тождественность явления самому себе². Если исходить из описанной мною выше концепции права как задачи оцифровать реальность, то представляется возможность выйти за рамки этого порочного круга и давать оценки процессов происходящих в судебной системе с точки зрения их эффективности и целесообразности в достижении указан-

¹ спор с законодателем – это некоторое упрощение, поскольку традиционно понимаемая у нас деятельность законодателя носит слишком общий характер, и недостаточна для того чтобы дать имя всему. Суд, создавая правовые нормы, по сути заполняет пустоты, что не только не может осознаваться с масштаба «создателей кодифицированных актов», но и не вступает в прямое противоречие с деятельностью законодателя. Для того чтобы создать целостный подход необходимо в дальнейшем проработать концепцию «неполноценного законодателя», поскольку каждая правовая система, может быть оценена в той мере в какой она использует судебное правотворчество. Прецедент же представляет удачный механизм по официальной встраиваемости результатов судебного законодательства в правовую ткань. Однако этот механизм может быть разный.

² Негативным примером следствий этой методологии является неспособность современной российской судебной системы выстроить деятельность по подготовке кадров. Не затрагивая множество проблем в работе экзаменационных комиссий и квалификационных коллегий, отмечу, что **центральным пороком этой механики является оценка действующего судейского корпуса как основного критерия**, в то время как на повестке дня стоит задача превзойти этот уровень. Однако сама судебная система сконструирована таким образом, что внешнее воздействие минимально, а наполнение квалификационных коллегий и экзаменационных комиссий действующими судьями, делает невозможным перешагнуть все те стереотипы, ради отказа от которых и была заявлена судебная реформа. Получается, что все, на что способна судебная система постсоветской России это клонировать саму себя. И еще вопрос - не с ухудшающимся ли качеством?

ной задачи. Тем более, указанный подход разумен, что он непротиворечиво абсорбирует все то многое что уже наработано.

2. Задачи судебной системы

Если сегодня судебная система находится в эпицентре правового генезиса, то соответственно на первый план выходит её адекватность вызовам времени. Можно вывести требования к судебной системе:

1) **Запас прочности, наличие эластичности** - способность поглощать и перерабатывать все большее количество социальных конфликтов;

2) **Своевременность** – способность оперативно переводить социальные конфликты в обезличенные правовые нормы¹;

3) **Быть субъектом реальности** – быть реально работающим звеном по переводу устоявшейся судебной практики в норму права², что подразумевает выход за традиционное понимание систематизации судебной практики. Предполагается адекватность правовой доктрины для того, чтобы непротиворечиво воспринимать плоды судебной деятельности как закон.

Способы достижения указанных требований в каждый конкретный исторический период вводят дополнительные задачи, но все они будут задачами второго плана. Например, растиражированная проблема с внедрением со-

¹ Здесь следует придти к выводу, что период времени, а соответственно и иных ресурсов судебной системы, затраченных на рассмотрение конкретного дела прямо связан с перспективностью этого спора дать новый материал для строительства правовых норм. Следовательно, **вопрос исследования фактических обстоятельств конкретного дела не может быть сущностью судопроизводства**. Советская правовая доктрина поставила вопросы всесторонности полноты и объективности исследования обстоятельств дела на первое место (учение о материальной истине), тем самым, задав неверный вектор всем последующим юридическим исследованиям. Неприятие законодательной сущности судебной деятельности является той основной причиной, по которой не могут найти массового применения различные варианты сокращенного судебного разбирательства (без исследования доказательств), а сама идея процессуальной истины крайне далека от установок в соответствии с которыми действуют судьи.

² Остается открытым вопрос о пределах судебной системы, либо она выдает законченные правовые позиции, тогда необходимо наличие механизмов аналогичных прецеденту, либо она выполняет первичную черновую работу и передает плоды своей деятельности иному звену, официально не входящему в структуру судебных органов. Представляется, что с учетом фактической включенности системы СОЮ в исполнительную власть, представляется наиболее целесообразным моделировать специальное звено, которое и будет осуществлять перевод судоговорения в правовые нормы.

ствязательных начал в судопроизводство представляет собою метод по максимальной аккумуляции энергии участников процесса. Активность сторон в судебном заседании представляет собою деятельность по формированию «кирпичиков» выстраиваемой правовой реальности. Ведь чем выше процессуальная активность сторон, тем больше сложных вопросов будет поставлено перед судом, а, следовательно, будут выявлены новые жизненные ситуации, требующие законодательных заплаток. Надо отметить, что возникновение указанных коллизий хотя и связано с поиском личной выгоды, но в своей основе направлено на констатацию пробелов, либо неточностей в законодательной регламентации (публичный интерес). Поэтому от суда требуется если не смоделировать правовую норму, то уж как минимум инициировать процедуру судебного законодательства¹. Таким образом, **активность сторон представляет собою деятельность по выявлению пустот в правовой реальности, с целью их скорейшего заполнения посредством правотворческой деятельности судьи.** В этом смысле состязательность представляет собою один из методов устранения пробелов в ежесекундно достраиваемой ткани тотальной правовой регламентации. Поскольку это метод, то целесообразность его использования основывается на его сопоставлении с другими методами. Очевидно, что основным методом, конкурирующим с

¹ Следует отметить, что сам по себе механизм обжалования, хотя и завязан на инициативу сторон, во многом направлен на наиболее широкое использование потенциала судебной системы по законодательному строительству. **Инициатива сторон выступает всего лишь источником энергии по приведению в действие судебной механики.** Обжалование как процессуальный институт предполагает инстанционность судебной системы. Инстанционность судебной системы является условием для аккумуляции интеллектуальных усилий людей работающих в судебной системе по созиданию правовых норм. Судебная ошибка это не более чем идеологическая формула, замыкающая энергию людей на судебный механизм, а успех (получение желательных для себя результатов) является ничем иным как следствием возросшей нормативной базы, непротиворечиво включившей конкретную жизненную ситуацию в правовую реальность. Соответственно неуспех (отказ) является признанием непригодности конкретного правового спора, для того чтобы расширить правовую регламентацию и достаточности имеющегося нормативного массива для настоящих конфликтов. Обжалование не является единственным механизмом по запуску процедуры судебного законодательства. Большие перспективы имеет институт процессуального запроса, проходящий стадию становления в системе арбитражных судов. Этот метод крайне перспективен, поскольку более отвечает критерию своевременности, в сравнении с институтом обжалования.

принципом состязательности, является понимание пределов допустимой процессуальной активности суда. Поскольку ничего сущностного в самой судебной процедуре нет, ведь как было установлено выше – это всего лишь наиболее удобная механика в восхождении к праву, то и принцип состязательности не может рассматриваться как самоцель. Представляется уместным исходить из комплексного сочетания указанных методов.

Более того, с учетом указанной задачи права – как создания параллельной реальности, основанной на взаимосвязанных правовых понятиях и принципах, первостепенное значение имеет не конкретное решение, а то, чтобы сама судебная деятельность осуществлялась. Ведь активность сторон выступает ничем иным как источником энергии (топливом) для проворачивания судебной машины. Первостепенное значение имеет то, чтобы результаты судебного правотворчества не «канули в лету», а были систематизированы и встроены в гипертекст правовой реальности.

Другое дело, что для того чтобы люди шли в суд необходима привлекательность этого способа разрешения конфликта. Здесь уместно использование таких слов как «справедливость» и «истина», которые, по сути, правовыми категориями не являются, поскольку не могут быть сведены к четкой дефиниции. Однако наличие этих терминов и их эксплуатация в правовой доктрине представляется целесообразным. Неготовность конкретного общества оперировать четкими правовыми понятиями является критерием, обуславливающим степень насыщенности национального правовой доктрины указанными выражениями.

И.И. Попова

Особенности развития российского федерализма

В последние годы особую необходимость приобретает решение проблемы выбора оптимальной модели государственно-правового строительства России, в связи с чем, важно осмыслить и научиться использовать уроки прошлого. Они позволяют выявить значительный объем положительного и

отрицательного, противоречий и ошибок в выстраивании отношений между центром и регионами.

Россия является ярким примером создания федерального "единства при сохранении многообразия", поэтому исследование правового положения субъектов Федерации (правосубъектность, конституционно-правовой статус, компетенция политико-территориального образования и отношения с федеральными органами государственной власти) имеет как научное, так и практическое значение. Особая роль изучения взаимодействия субъектов Российской Федерации и федерального центра объясняется тем, что знание условий и факторов, определяющих развитие России в условиях реформирования политических и правовых систем, перестройки государственных органов, органов местного самоуправления, общественных институтов, является основой обеспечения государственности Российской Федерации. Это также предопределяет особый интерес к теории и практике государственного регулирования территориального развития.

Построение современного государственно-территориального устройства России прошло ряд закономерных исторических этапов. Древнерусское государство уходит своими корнями к временам родовой организации, начиная от матриархата (материнский род) и патриархата (отцовский род). Впоследствии стали востребованы социально-этнические общности - племена, союзы племен, народность, нация. По форме правления Киевская Русь считалась монархией. Однако в результате распада Древнерусского государства возникли новые государственные образования, которые и явились самостоятельными участниками правоотношений. Наиболее известные из них Владимиро-Суздальское, Галицко-Волынское княжества, Новгородская и Псковская феодальные республики. В начале 12 в. на смену Киевской Руси пришли самостоятельные княжества и феодальные республики, которые нередко впоследствии дробились на десятки вассальных владений. Этот период феодальной раздробленности длился до 15в. Феодальные княжества были вполне

сложившимися государствами, их князья обладали всеми права суверенных государств.

С XV в. произошло образование централизованного государства. С возникновением Московского государства идея индивидуализма отпала. Вместе с укреплением самодержавной власти и расширением территории Российского государства возникла необходимость более четкого деления страны. 18 декабря 1708 г. Петр I подписывает Указ об учреждении губерний и о росписании городов к ним. Во введении Указа пишется: "Великий государь указал, по именному своему великому государя Указу, в своем великого государя великом Российском государстве для всенародной пользы учинить 8 губерний и к ним росписать города"¹.

С точки зрения самостоятельности губерний как субъектов Российской империи примечателен тот факт, что хотя губернии не являлись полноправными участниками гражданского оборота, однако в Жалованной грамоте от 21 апреля 1785 г. губерниям была дарована собственная символика. Так, в ст. 28 указанного документа говорится: "Городу иметь герб, утвержденный рукою императорского величества, и оный герб употреблять во всех городских делах". Практически все губернские города имели свои гербы.

Однако на территории государства Российского существовали образования, имеющие особый статус, который по своему правовому положению близок к статусу субъекта Российской Федерации. К данным образованиям относится Великое княжество Финляндское. Вся территории Финляндии отошла к России в 1809 г. по Фридрихсгамскому миру. Присоединенные земли получили статус Великого княжества Финляндского. Основы автономии Великого княжества Финляндского были заложены решениями Боргоского сейма, когда император обязался "нерушимо хранить и оберегать финляндские законы".

¹ Абдулатипов Р.Г., Болтенкова Л.Ф., Яров Ю.Ф. Федерализм в истории России. В 3 кн. Кн. 1. М.: Республика, 1992. С. 85.

Так, ст. 1 Основных законов Российской империи гласила: "Великое княжество Финляндское, составляя неразделимую часть государства Российского, во внутренних своих делах управляется особыми установлениями на основании особого законодательства".

Таким образом, эта статья признавала за Финляндией широкую автономию, сущность которой заключалась в том, что действие общероссийских законов не распространялось на ее территорию. Здесь действовали особые местные законы. Так, Великий князь Финляндский обладал правом издавать законы, представление интересов страны во внешней политике и вопросы обороны являлось исключительно его компетенцией.

Финляндия обладала собственным гражданством, не совпадающим с российским подданством. Финляндским подданным был открыт широкий и свободный доступ к службе на самых ответственных государственных и военных постах империи, в то время как русские подданные не получили в Финляндии одинаковых с местными жителями прав. Православный не мог преподавать историю, приобретение в княжестве русскими недвижимого имущества имело серьезные ограничения .

Автономный статус Финляндии проявился также в собственной системе управления с исключительно финляндским чиновным аппаратом. Российское армейское устройство не распространялось на княжество, которое было освобождено от поставки рекрутов на воинскую службу и могло с 1878 г. иметь собственную, численно небольшую армию. Эта армия стала символом особого статуса Финляндии в составе империи.

Прибалтика, вошедшая в состав России в XVIII в., также занимала особое положение. В конце XVIII в. губернии Лифляндская, Эстляндская, Курляндская были объединены в Остзейский край. Его правовое положение имело некоторые особенности. В интересах немецких баронов и бюргерства сохранялось местное самоуправление, а законы и иные правовые нормы писались специально для Остзейского края.

В истории России проблема федерализма возникла после Октябрьской революции 1917 г. О ней в Декларации прав трудящегося и эксплуатируемого народа от 12 января 1918 г. было сказано так: "Советская Российская Республика учреждается на основе свободного союза свободных наций как федерация советских национальных республик". Декларация прав народов России не сформировала идеи государственного устройства (унитарного или федеративного) будущего государства. Провозглашался «добровольный и честный союз народов России». Говорилось, что «Советская республика учреждается на основе свободного союза наций, как федерация Советских национальных республик». Федерация мыслилась как переходный этап на пути к союзу, преодолению национальных различий и к мировой революции.

На III Всероссийском съезде Советов была принята Резолюция "О федеральных учреждениях Российской Федерации". Высказанные в данных документах идеи позже были закреплены в Конституции РСФСР, принятой 10 июля 1918 г. В ст. 11 второго раздела Конституции устанавливалось: "Советы областей, отличающихся особым бытом и национальным составом, могут объединиться в автономные областные союзы, во главе которых, как и во главе всяких могущих быть образованными областных объединений вообще, стоят областные съезды Советов и их исполнительные органы. Эти автономные областные союзы входят на началах федерации в Российскую Социалистическую Федеративную Советскую Республику". Намеченные подходы по формированию федеративной российской государственности в форме Советов не получили практического развития. Некогда единая территория раздробилась на национальные государства. Восторжествовал принцип самоопределения наций вплоть до отделения и образования самостоятельных государств.

В 1922 г. из четырех государственных образований (БССР, ЗСФСР, РСФСР, УССР), в числе которых было два федеративных, образовался СССР. К внутренним государственным образованиям РСФСР относились лишь автономные республики, статус административных автономий имели автоном-

ные области и национальные (автономные) округа, а остальные административно-территориальные единицы (края, области) управлялись как в унитарном государстве. Кроме того, часто помимо государственных органов РСФСР они напрямую управлялись союзными органами, так как преобладающая масса управляемых объектов считалась в союзном подчинении. Поэтому общественные отношения в России складывались с учетом серьезных юридических и организационных противоречий.

Российская Федерация вплоть до подписания Федеративного договора и принятия новой Конституции оставалась "унитарной Федерацией". В течение почти всей своей семидесятилетней истории СССР был федерацией лишь формально, а на самом деле являлся сильным централизованным государством. Административно-командная система управления и тоталитарный характер власти составляли главное содержание политического режима Союза ССР. К середине 70-х годов советское общество оказалось в преддверии экономического, социального и политического кризиса. Вскоре на апрельском (1985 г.) Пленуме ЦК КПСС был по-новому поставлен ряд вопросов общественной жизни: начался период "горбачевской перестройки". С официальным тезисом - "без политической демократизации нельзя было начать и провести и экономические, и социальные преобразования" в советском обществе в первую очередь сверху вниз проводилась всесторонняя радикальная политическая реформа в духе "демократического социализма". Как считает большинство ученых, в СССР задача перестройки федеративного устройства впервые была поставлена на XIX Всесоюзной конференции КПСС, принявшей резолюцию о межнациональных отношениях. В резолюции признавалось наличие национальных проблем в СССР, намечалось увеличение самостоятельности союзных республик и автономий, расширение их прав в сфере экономического, социального и культурного развития, а также ставился вопрос об образовании специального государственного органа по делам национальностей и национальных отношений. Далее, в сентябре 1989 г., созывает-

ся Пленум ЦК КПСС, на котором была утверждена платформа КПСС по национальной политике партии в современных условиях.

Период с 1985 по 1988 гг. был отмечен взрывом общественного интереса к проблемам, с которыми столкнулось советское общество: политическим, экономическим, историческим, духовным, а также национальным. III Съездом народных депутатов СССР был принят закон, регулирующий порядок выхода республик из Союза ССР, в котором предусматривалось проведение референдума и принятие решения не менее чем 2/3 голосов всех избирателей республики. Фактически, как известно, этот закон не смог смягчить острую ситуацию в отношениях между Союзом и республиками. Из-за чрезмерного централизма в Советском Союзе образовались противоречия между центром и республиками в сфере межнациональных отношений, что выразилось в конфликтах в Грузии, Карабахе, Армении, Прибалтике, Чечне.

В 1990 г. была принята Декларация о государственном суверенитете, в марте 1992 г. подписан Федеративный договор и принята на всенародном референдуме 12 декабря 1993 г. Конституция Российской Федерации. Таким образом, юридически было оформлено существование России как федеративного государства. В последующем и в настоящее время принимались и принимаются соответствующие конституционные и иные федеральные законы, конституции республик, развитие договорных отношений. Но все же в современной России отношения между федеральным центром и субъектами Федерации традиционно строились и продолжают строиться на жесткой, централизованной основе.

По мнению А.З. Оздамирова в России унитаризация проявляется в первую очередь в сфере законодательства. Законодательная компетенция постепенно концентрируется в руках федерального центра, а сфера предметов совместного ведения Федерации и субъектов Российской Федерации все больше приближается к сфере предметов ведения одной лишь Федерации.

В целом, правовая основа децентрализации государственной власти в федеративном государстве должна состоять из двух взаимосвязанных компонентов.

1. Законодательная база разграничения сферы деятельности, функций и ответственности между органами государственной власти федеративного государства и его субъектов.

2. Законодательная база ресурсного обеспечения процесса децентрализации государственной власти в федеративных государствах.

Законодательной базой разграничения сферы деятельности, функций и ответственности между органами государственной власти федеративного государства и его субъектов являются федеральная конституция, конституции (уставы) субъектов федерации, федеральные законы, договоры о разграничении полномочий между федерацией и ее субъектами.

Законодательная база ресурсного обеспечения процесса децентрализации государственной власти в федеративных государствах включает в себя, помимо указанных документов, также законы субъектов федерации, подзаконные акты федеральных и региональных органов государственной власти.

Следует отметить, что с 1 января 2008 года вступили в силу нормы, регулирующие, в частности, передачу субъектам РФ определенных полномочий в области охраны здоровья граждан, контроля качества образования, лицензирования и аккредитации образовательных учреждений, охраны и использования животного мира, а также передачу полномочий, связанных с организацией деятельности по опеке и попечительству, от органов местного самоуправления органам государственной власти субъектов РФ.¹

Статья 4. Федерального закона "Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации" так определяет основы статуса законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации:

¹ Федеральный закон от 29.12.2006 N 258-ФЗ

«1. Законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта Российской Федерации является постоянно действующим высшим и единственным органом законодательной власти субъекта Российской Федерации.

2. Наименование законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации, его структура устанавливаются конституцией (уставом) субъекта Российской Федерации с учетом исторических, национальных и иных традиций субъекта Российской Федерации.

3. Число депутатов законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации устанавливается конституцией (уставом) субъекта Российской Федерации».

Достаточно расширины в том же нормативном акте список основных полномочий законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации.

Законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта Российской Федерации:

а) принимает конституцию субъекта Российской Федерации и поправки к ней, если иное не установлено конституцией субъекта Российской Федерации, принимает устав субъекта Российской Федерации и поправки к нему;

б) осуществляет законодательное регулирование по предметам ведения субъекта Российской Федерации и предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации в пределах полномочий субъекта Российской Федерации;

в) осуществляет иные полномочия, установленные Конституцией Российской Федерации, настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами, конституцией (уставом) и законами субъекта Российской Федерации.

Законом субъекта Российской Федерации:

а) утверждаются бюджет субъекта Российской Федерации и отчет о его исполнении, представленные высшим должностным лицом субъекта Российской Федерации (руководителем высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации);

б) в пределах полномочий, определенных федеральным законом, устанавливается порядок проведения выборов в органы местного самоуправления на территории субъекта Российской Федерации;

в) утверждаются программы социально-экономического развития субъекта Российской Федерации, представленные высшим должностным лицом субъекта Российской Федерации (руководителем высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации);

г) устанавливаются налоги и сборы, установление которых отнесено федеральным законом к ведению субъекта Российской Федерации, а также порядок их взимания;

д) утверждаются бюджеты территориальных государственных внебюджетных фондов субъекта Российской Федерации и отчеты об их исполнении;

е) устанавливается порядок управления и распоряжения собственностью субъекта Российской Федерации, в том числе долями (паями, акциями) субъекта Российской Федерации в капиталах хозяйственных обществ, товариществ и предприятий иных организационно-правовых форм;

ж) утверждаются заключение и расторжение договоров субъекта Российской Федерации;

з) устанавливается порядок назначения и проведения референдума субъекта Российской Федерации;

и) устанавливается порядок проведения выборов в законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта Российской Федерации;

(в ред. Федерального закона от 11.12.2004 N 159-ФЗ)

к) устанавливается административно-территориальное устройство субъекта Российской Федерации и порядок его изменения;

л) устанавливается система исполнительных органов государственной власти субъекта Российской Федерации;

м) регулируются иные вопросы, относящиеся в соответствии с Конституцией Российской Федерации, федеральными законами, конституцией (уставом) и законами субъекта Российской Федерации к ведению и полномочиям субъекта Российской Федерации.

Постановлением законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации:

а) принимается регламент указанного органа и решаются вопросы внутреннего распорядка его деятельности;

а.1) оформляется решение о наделении гражданина Российской Федерации по представлению Президента Российской Федерации полномочиями высшего должностного лица субъекта Российской Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации);

б) назначаются на должность и освобождаются от должности отдельные должностные лица субъекта Российской Федерации, оформляется согласие на их назначение на должность, если такой порядок назначения предусмотрен Конституцией Российской Федерации, федеральными законами и конституцией (уставом) субъекта Российской Федерации;

в) назначается дата выборов в законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта Российской Федерации;

г) назначается референдум субъекта Российской Федерации в случаях, предусмотренных законом субъекта Российской Федерации;

д) оформляется решение о недоверии (доверии) высшему должностному лицу субъекта Российской Федерации (руководителю высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации), а также решение о недоверии (доверии) руководителям органов исполнительной власти субъекта Российской Федерации, в назначении которых на должность законодательный (представительный) орган государственной власти субъек-

та Российской Федерации принимал участие в соответствии с конституцией (уставом) субъекта Российской Федерации;

(в ред. Федерального закона от 04.07.2003 N 95-ФЗ)

е) утверждается соглашение об изменении границ субъектов Российской Федерации;

(в ред. Федерального закона от 04.07.2003 N 95-ФЗ)

ж) одобряется проект договора о разграничении полномочий;

(пп. "ж" введен Федеральным законом от 04.07.2003 N 95-ФЗ)

з) назначаются на должность судьи конституционного (уставного) суда субъекта Российской Федерации;

(в ред. Федерального закона от 04.07.2003 N 95-ФЗ)

и) оформляются иные решения по вопросам, отнесенным Конституцией Российской Федерации, настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами, конституцией (уставом) и законами субъекта Российской Федерации к ведению законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации.

(в ред. Федеральных законов от 11.12.2002 N 169-ФЗ, от 04.07.2003 N 95-ФЗ)

Законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта Российской Федерации в пределах и формах, установленных конституцией (уставом) субъекта Российской Федерации и законами субъекта Российской Федерации:

а) осуществляет наряду с другими уполномоченными на то органами контроль за соблюдением и исполнением законов субъекта Российской Федерации, исполнением бюджета субъекта Российской Федерации, исполнением бюджетов территориальных государственных внебюджетных фондов субъекта Российской Федерации, соблюдением установленного порядка распоряжения собственностью субъекта Российской Федерации;

(в ред. Федерального закона от 11.12.2002 N 169-ФЗ)

б) осуществляет иные полномочия, установленные Конституцией Российской Федерации, настоящим Федеральным законом, другими федераль-

ными законами, конституцией (уставом) и законами субъекта Российской Федерации.

(пп. "б" в ред. Федерального закона от 04.07.2003 N 95-ФЗ)

В случае, если конституцией (уставом) субъекта Российской Федерации предусмотрен двухпалатный законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта Российской Федерации, законы субъекта Российской Федерации принимаются палатой, сформированной в соответствии с пунктом 4 статьи 4 настоящего Федерального закона, решение о наделении гражданина Российской Федерации полномочиями высшего должностного лица субъекта Российской Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации) принимается на совместном заседании палат. Иные полномочия каждой из палат осуществляются на основании Федерального закона, конституции (устава) и законов субъекта Российской Федерации.

Одновременно с этим проявлением унитаризации в России стало образование федеральных округов и наделение их руководителей контрольными полномочиями по отношению к региональным органам власти. Аппарат полномочного представителя получил контроль над ключевыми органами регионов, вследствие чего стало возможным говорить о том, что в федеральных округах сформировалось подобие полноценных органов исполнительной власти, а значит, в Российской Федерации сложился промежуточный между региональным и федеральным уровень власти. Существование этого уровня власти, не предусмотренного Конституцией, приводит к реальному перераспределению в его пользу полномочий и регионального, и федерального уровня власти.

Следующим шагом стало изменение порядка избрания глав исполнительной власти регионов, соответствующий Закон вступил в силу в декабре 2005 г.¹ В случае, если после представления президентом РФ в третий раз

¹ Федеральный закон от 11 декабря 2004 N 159-ФЗ "О внесении изменений в Федеральный закон "Об общих принципах организации законодательных (представительных) и испол-

кандидатуры на должность высшего должностного лица субъекта Российской Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации) законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта Российской Федерации принял решение о ее отклонении либо не принял решение об отклонении или о наделении указанной кандидатуры полномочиями высшего должностного лица субъекта Российской Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации), Президент Российской Федерации вправе распустить законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта Российской Федерации.

Эта реформа стала возможна благодаря возможности неоднозначной трактовки положений Конституции Российской Федерации, определяющих степень автономности субъекта Федерации в плане определения системы собственных органов власти. Расплывчатая формулировка "общие принципы организации представительных и исполнительных органов государственной власти" позволяет федеральной власти самой определять степень детальности этих принципов, в то время как та же Конституция постулирует самостоятельность региональных органов власти от федеральных в плане осуществления ими полномочий, относящихся к ведению субъекта Федерации, а также независимость исполнительной власти от законодательной.

На характер преобразований существенное влияние также оказывают и условия, в которых проводятся эти преобразования. Для различных государств условия для преобразований неодинаковы и носят не только субъективный, но и объективный характер. Для России имеют место: во-первых, существование наряду с демократическими элементами авторитарных методов и средств; во-вторых, полиэтничность состава общества. Это своеобраз-

нительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации" и в Федеральный закон "Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации" (принят ГД ФС РФ 03.12.2004) // Собрание законодательства РФ. 2004. N 50. Ст. 4950.

ная цивилизация, где чересполосица этносов, культур, конфессий, укладов жизни, социальных субъектов разных эпох, неодинаковая восприимчивость разными народами современности обусловили особую чуждость и одновременно особую близость убеждений, нравов, отношения к труду, к собственности и власти. Переходное состояние российской государственности обострило межнациональные отношения. Поэтому процесс реформирования российского общества ставит сложные задачи достижения согласия интересов разных народов, установления их равного доступа к власти, формирования нового типа федеративных связей и отношений между центром и субъектами Российской Федерации; в-третьих, длительный период переходного состояния государственности; в-четвертых, активная роль государства в формировании рыночных отношений.

В настоящее время наметилась тенденция к объединению субъектов в составе РФ. Образование новых субъектов Российской Федерации как отмечается в соответствующих нормативно-правовых актов осуществляется в целях ускорения социально-экономического развития, а также повышения уровня жизни населения указанных субъектов Российской Федерации. Так произошло объединение Пермской области и Коми-Пермяцкого автономного округа, Иркутской области и Усть-Ордынского Бурятского автономного округа, Камчатской области и Корякского автономного округа.

Вопрос об образовании в составе Российской Федерации нового субъекта подлежит вынесению на референдумы заинтересованных субъектов Российской Федерации после проведения соответствующих консультаций с Президентом Российской Федерации. В случае поддержки Президентом Российской Федерации инициативы заинтересованных субъектов Российской Федерации вопрос об образовании в составе Российской Федерации нового субъекта в согласованной формулировке выносится на референдумы заинтересованных субъектов Российской Федерации. Вынесение вопроса об образовании в составе Российской Федерации нового субъекта на референдумы заин-

тересованных субъектов Российской Федерации с различиями в его формулировке не допускается.¹

Инициатива проведения референдума по вопросу об образовании в составе Российской Федерации нового субъекта принадлежит высшим должностным лицам (руководителям высших исполнительных органов государственной власти) заинтересованных субъектов Российской Федерации. Высшие должностные лица (руководители высших исполнительных органов государственной власти) заинтересованных субъектов Российской Федерации, депутаты законодательных (представительных) органов государственной власти заинтересованных субъектов Российской Федерации, а также иные лица, замещающие государственные или выборные муниципальные должности, вправе принимать участие в агитации по вопросу референдума об образовании в составе Российской Федерации нового субъекта, но не вправе использовать преимущества своего должностного положения.

То есть инициатива создания новых субъектов РФ возложена полностью на административный аппарат. В целом, наметившаяся тенденция объединения субъектов может свидетельствовать о дальнейшей централизации государственной власти.

Нормы федерального конституционного закона «О порядке принятия в РФ и образование в ее составе нового субъекта РФ» предусматривают повторную процедуру проведения референдума по вопросу об образовании в составе Российской Федерации нового субъекта. В случае, если в одном или нескольких, но не более чем в половине заинтересованных субъектов Российской Федерации референдумы по вопросу об образовании в составе Российской Федерации нового субъекта будут признаны несостоявшимися или результаты референдумов будут признаны недействительными, в этих субъектах Российской Федерации может быть проведено повторное голосование при условии, что на референдумах иных заинтересованных субъектов Российской Федерации вопрос об образовании в составе Российской Федерации

¹ п. 1 в ред. Федерального конституционного закона от 31.10.2005 N 7-ФКЗ

нового субъекта получил одобрение. Повторное голосование проводится не позднее чем через 45 дней со дня вступления в силу решения избирательной комиссии субъекта Российской Федерации о признании референдума несостоявшимся или о признании его результатов недействительными.

В случае, если вопрос об образовании в составе Российской Федерации нового субъекта был вынесен на референдумы двух и более заинтересованных субъектов Российской Федерации и не получил одобрения на референдуме хотя бы одного из указанных субъектов Российской Федерации, инициатива образования в составе Российской Федерации нового субъекта может быть вновь выдвинута теми же заинтересованными субъектами Российской Федерации не ранее чем через год.

Тем самым, такой порядок проведения референдумов свидетельствует о стремлении государственной власти к явному навязыванию своей политики соответствующему населению субъектов.

Кроме того, следует отметить, что ведется контроль за деятельностью исполнительной власти субъектов РФ. В соответствии с Постановлением Правительства РФ от 2 февраля 1998 г. N 129 «Об обеспечении контроля за соблюдением соглашений о разграничении предметов ведения и полномочий между федеральными органами исполнительной власти и органами исполнительной власти субъектов РФ» на федеральные органы исполнительной власти Правительством Российской Федерации возложена ответственность за соблюдение соглашений.

Они осуществляют общий контроль за соблюдением соглашений в соответствии со своей компетенцией, ведут реестр соглашений, подлежащих контролю;

координируют совместно с соответствующими органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации работу по соблюдению соглашений, в случае возникновения разногласий, невыполнения федеральными органами исполнительной власти принятых обязательств, а также при необ-

ходимости внесения изменений и дополнений в соглашения докладывают об этом в установленном порядке Правительству Российской Федерации;

представляют в Правительство Российской Федерации согласованные с органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации предложения об источниках финансирования мероприятий, вытекающих из соглашений, выполнение которых требует выделения средств из федерального бюджета.

Вместе с тем, все эти меры говорят о том, что Россия реализует свое единство в форме федерации. В основе построения Российской Федерации лежит принцип государственного единства, то есть федерация - единое целое. Политика регионов должна учитывать интересы всего государства и не противопоставлять им интересы субъектов.

Федерализм в наши дни представляет собой чрезвычайно емкое, сложное и многомерное явление. Оно охватывает самые разные аспекты общественной жизнедеятельности - политический, правовой, экономический, финансовый, культурный, международный и др. Существуют самые разнообразные его трактовки и интерпретации. При этом самые авторитетные специалисты за рубежом и в России не могут прийти к единому знаменателю, раскрывающему сущность федерализма.

Категория "федерализм" немислима без такого важного ее элемента, как "единство государства". В этой связи заслуживает внимания позиция О.И. Чистякова. Он полагает, что в настоящее время целесообразно использовать в праве такие термины, как "форма организации государственного единства", "степень государственного единства" или "организация государственного единства".¹ Однако, по нашему мнению, следует несколько шире трактовать содержание указанных категорий, нежели как государственное устройство или соотношение целого и его частей. Единство государства проявляется в совокупности различных институтов. Тем более что российская Конституция

¹ Чистяков О.И. Об "организации государственного единства" вообще, России в частности и в особенности // Вестник МГУ. Серия 11. Право. 2003. N 3. С. 3.

упоминает о единстве системы органов исполнительной власти, о целостности территории, об экономическом единстве и едином конституционном статусе личности.

Единство российского федеративного государства тесно связано с отношениями между самой Федерацией ("целым") и ее субъектами ("частями"). В этой связи можно согласиться с И.Н. Барцицем в том, что "государственное единство должно пониматься не как диктат федеральных органов по отношению к субъектам Федерации, а как совместное, кооперированное выполнение поставленных перед единым федеративным государством задач".¹

Связь федеративного устройства России, ее целостности и перспектив развития государства несомненна. Единственной возможностью сохранения территориальной целостности России, противостояния дальнейшей деградации государственной власти является создание и развитие подлинного федерализма как способа эффективной децентрализации власти при обеспечении общенациональных интересов.

Представляется, что в настоящее время в Российской Федерации формально-юридически и практически сложилась система своеобразных федеративных отношений, имеющих следующие характеристики: смешанный этно-территориальный характер субъектов Федерации, усугубляющийся противоречиями в области межнациональных и федеративных отношений; асимметричность субъектов Федерации; неоднозначность статусов субъектов Федерации, наличие сложносоставных субъектов РФ; нарастающая экономическая, социальная и политическая дифференциация регионов; высокая степень зависимости большинства регионов от федеральной власти; региональный центризм по отношению к местному самоуправлению; автаркия многих региональных элит, обусловленная меньшими, чем в центре, возможностями контроля; продолжающиеся законодательные коллизии между федеральным центром и регионами. В Российской Федерации построение демократическо-

¹ Барциц И.Н. Правовое пространство России: вопросы конституционной теории и практики. М., 2000. С. 479.

го, правового государства находится только в начале своего пути. Резкие переходы от жестких принципов централизма, которые были единственными в течение всего советского периода развития нашей страны, к демократии крайне неблагоприятно отразились и на политической, да и на экономической ситуации в стране. История не терпит быстрых смен режимов, для любых перемен необходимы соответствующие предпосылки: экономические, политические, идеологические, социальные и т.п.

В настоящий, по сути своей переходный, исторический период возможны и переходные модели управления и взаимодействия различных управленческих институтов (от органов государственной власти до органов местного самоуправления). Несмотря на то что предлагаемые подходы ограничивают принципы организационной самостоятельности и независимости субъектов РФ от Центра, органов местного самоуправления - от органов государственной власти субъектов РФ, сама экономико-политическая ситуация подтверждает, что реализация этих подходов на современном этапе вполне оправдана. При этом необходимо четко представлять ту грань, переступить за которую нельзя ни при каких условиях, чтобы не погубить те ростки самоуправления, которые только начали прорасти на очень непростой с экономико-политической точки зрения российской почве.

А.Л. Правдюк

Правовое поле идентификации животных в Украине

Общегосударственная система идентификации и регистрации животных внедряется в Украине с 2003 г. чтобы гарантировать потребление населением Украины исключительно безопасной продукции животноводства. Только при условии, что все без исключения животные будут внесены в единую государственную базу данных и находиться под постоянным ветеринарно-санитарным контролем, возможно предупредить заражение людей и гарантировать безопасность продукции животноводства.

Идентификация и регистрация животных является неотъемлемой частью государственной политики в отрасли животноводства Украины и многих стран мира, а поэтому является обязательной для хозяйств всех форм собственности, которые содержат сельскохозяйственных животных для реализации мяса или молока.

В конце прошлого года вступил в силу Закон Украины "О внесении изменений к ЗУ "О ветеринарной медицине" (от 16.11.2006 г. № 361-V). В Законе среди основных задач государства в отрасли ветеринарной медицины, определено и содействие внедрению системы идентификации животных.

Согласно требованиям Закона Украины "О ветеринарной медицине", приказа Министерства аграрной политики Украины от 17.09.2004 г. №342 "О введении идентификации и регистрации крупного рогатого скота" и письма Министерства аграрной политики Украины от 12.02.07 г. №37-157-12/1962 перемещение, продажа, забой животных разрешается при условии, что животное идентифицировано и зарегистрировано в установленном порядке в Реестре животных, и при условии наличия идентификационных, ветеринарных и других сопроводительных документов.

Так, ст. 15 (п. 2) Закона о ветеринарной медицине, предусматривает, что государственные инспекторы ветеринарной медицины и уполномоченные врачи ветеринарной медицины контролируют соблюдение требований относительно идентификации, обращения и перемещения животных, включая ветеринарные документы, которые требуются при перемещении или транспортировке животных.

Крупный рогатый скот регистрируют с 2003 г. Овец и коз, свиней и коней – с 2005 г. Теперь же дополнительно начали идентификацию еще и племенных свиней. Вскоре будут регистрировать и птиц. Правительство (распоряжение КМУ от 27.12.2006 г. № 655-р) утвердило план мероприятий по повышению качества мясомолочной продукции. Этим планом предусматривается для отслеживания продуктов животного происхождения завершить первичную идентификацию и регистрацию крупного рогатого скота до 1 января

2008 г. Также вступает в силу окончательное запрещение, а именно на перемещение, продажу, забой животных и реализацию продукции от неидентифицированных животных: с 20 марта в 2007 году для владельцев животных юридических – лиц в полной мере и для физических лиц в части продажи и забоя животных на мясо; с 1 июля в 2007 году для владельцев животных – физических лиц в части продажи молока.

На данное время¹, по состоянию на 01.10.2008 г., в государственном Реестре идентифицированные животные зарегистрировано: 4611292 гол. крупного рогатого скота, 501442 гол. овец, 45978 гол. свиней, 7006 гол. коней, 1463 гол. коз, что составляет 70% от имеющегося поголовья. Ситуация в регионах, например, Жмеринском районе Винницкой обл. – идентифицировано всего 4783 гол. крупного рогатого скота что составляет 46 % от имеющегося поголовья, в т.ч. в сельскохозяйственных предприятиях – 984 гол., в личных крестьянских хозяйствах – 3819 гол.

Государство компенсирует почти половину стоимости проведения работ по идентификации. По закону Украины №1877 от 24.07.2004 г. «О государственной поддержке сельского хозяйства» государство предоставляет компенсации и доплаты на выращенных животных и реализованную от них продукцию лишь на идентифицированное и паспортизованное поголовье. Если животное не идентифицировано, то для владельцев действует запрещение на перемещение животных из хозяйства в хозяйство, продажу и забой животных на мясо и реализацию от них молока. Ветеринарные специалисты не имеют права выдавать владельцам не идентифицированных животных ветеринарные справки и ветеринарные свидетельства

Недавно в г. Будапешт (Венгрия) прошла конференция «Развитие системы идентификации и учета животных для ветеринарного наблюдения и развития животноводства в странах Центральной и Восточной Европы». На V-ю дежурную Европейскую Региональную Конференцию FAO (подведом-

¹ ДП «Агентство з ідентифікації і реєстрації тварин». Официальный сайт. Режим доступа: <http://www.agro-id.com.ua/>.

ственная организация ООН по вопросам продовольствия и сельского хозяйства) приглашенная и официальная делегация Украины (FAO).

Для своевременной ратификации Протокола о вступлении Украины в СОТ было принято 10 законодательных актов. Кроме этого, законопроект, что касается исследуемой темы, передан на рассмотрение Кабинета Министров Украины: проект Закона Украины «О внесении изменений к Закону Украины «О ветеринарной медицине», который имеет целью определения понятий «загрязняющее вещество», «максимальные границы остатков», а также положения о системе идентификации животных в соответствии с нормами и принципами Соглашения о применении санитарных и фитосанитарных мероприятий, кодекса Алиментариус¹.

Невзирая на то, что проблема качества является ключевой в развитии отрасли животноводства, освещению нормативного регулирования данного вопроса уделяется недостаточно внимания. Кроме того, нуждаются в анализе формы государственного контроля по качеству продукции животноводства.

На данное время «Агентство из идентификации и регистрации животных» имеет разветвленную сеть областных филиалов, районных представительств и агентов по идентификации. Основными направлениями его деятельности в части обеспечения качества продукции животноводства является: участие в разработке и реализации научно обоснованных систем формирования и рационального использования племенных (генетических) ресурсов; покупка-продажа и обеспечение эффективного использования в селекционном процессе самых ценных мировых племенных (генетических) ресурсов; участие в организации и обеспечении функционирования системы селекции в животноводстве; экспертная оценка соответствия идентификации животных требованиям нормативно-правовых актов Украины и ЕС при экспорте-импорте животных и внутренне-торговых операциях; производство, переработка, закупка, сохранение и реализация продукции сельскохозяйст-

¹ Официальный сайт <http://www.rnat.org.ua/node/169>.

венного производства, животноводства, рыболовства, продуктов питания и тому подобное.

Таким образом, можно признать, что Украиной осуществляются последовательные шаги к формированию правового государства европейского уровня. Принятый пакет документов обеспечивает надлежащее состояние и правовое поле для создания действенной системы контроля по качеству продукции животноводства.

Что касается органов контроля, то сосредоточение в одном агентстве функций организации и руководства будет способствовать росту роли государственной регистрации сельскохозяйственных животных в обеспечении качества продукции животноводства. Конечной целью введения идентификации животных является создание в Украине надлежащей системы слежения за происхождением животноводческой продукции, что будет способствовать обеспечению населения Украины безопасными мясомолочными продуктами, получению достоверной информации об условиях их производства, повышению доверия потребителя к качеству продукции.

О.Д. Радченко

Становление нормативного регулирования учёта в малых предприятиях сельского хозяйства Украины

Рыночная экономика предусматривает разнообразие форм хозяйствования. Наряду с традиционными формами ведения сельского хозяйства появляются малые предприятия, как реализация личной инициативы предпринимателей. В правовом поле Украины обозначено несколько видов таких предприятий. Малые предприятия - предприятия, в которых среднеучетная численность работающих за отчетный (финансовый) год не превышает 50, а объем валового дохода от реализации продукции (работ, услуг) за этот период не превышает суммы, эквивалентной 500000 евро за среднегодовым курсом На-

ционального банка Украины¹. По таким же критериям определяются субъекты малого предпринимательства². Есть уточнения относительно малых сельскохозяйственных предприятий – это юридические лица, их отделенные подразделения, которые осуществляют сельскохозяйственную деятельность, независимо от подчинения, форм собственности и ведения хозяйства, и согласно с действующим законодательством относятся к малым предприятиям (за исключением тех, которые имеют в своем пользовании свыше 100 га сельскохозяйственных угодий)³. Особенным видом малого предприятия есть фермерское хозяйство - форма предпринимательской деятельности граждан с созданием юридического лица, которые выразили желание производить товарную сельскохозяйственную продукцию, заниматься ее переработкой и реализацией с целью получения прибыли на земельных участках, предоставленных им для ведения фермерского хозяйства⁴; форма предпринимательства граждан с целью производства, переработки и реализации товарной сельскохозяйственной продукции⁵.

Как все юридические лица, малые предприятия обязаны вести бухгалтерский учет своей деятельности, и предоставлять соответствующим органам финансовую и статистическую отчетность. Изначально, учет в основном, базируется на самоучете и должен быть минимально трудоемким, простым и понятным, способствовать фиксированию наличия и изменения имущества хозяйства, состояния задолженности, определения доходов, затрат и результатов деятельности. Требованиям, выдвигаемым учетом для малых предприятий, в общих чертах отвечает упрощенная система бухгалтерского учета, которая имеет несколько форм – от простого счетоводства без двойного от-

¹ Хозяйственный кодекс Украины от 16.01.2003 № 436-IV.

² ВР Украины, Закон "О государственной поддержке малого предпринимательства" от 19.10.2000 N 2063-III.

³ Госкомстат, Приказ "Об утверждении методик проведения расчетов производства продукции растениеводства во всех категориях хозяйств" от 02.08.2005 N 225.

⁴ ВР Украины, Закон "О фермерском хозяйстве" от 19.06.2003 N 973-IV.

⁵ Хозяйственный кодекс Украины от 16.01.2003 N 436-IV.

ражения до упрощенного Плана счетов субъектов малого предпринимательства.

Развитие упрощенного учета в сельском хозяйстве имеет свою историю. Становление его осуществлялось на протяжении определенного времени. В период становления единоличных крестьянских хозяйств, а в дальнейшем мелких коллективных хозяйств, в 20-х годах XX в. издавалось много специальной¹ литературы по учету. Рекомендовались несложные регистры: “Кассовая книга”, “Инвентарная книга”, “Книга учета продуктов”, “Книга учета затрат труда”.

Ко времени перехода колхозов на денежную систему оплата труда определялись отдельно натуральные и денежные² доходы и предусматривалось ведение упрощенной системы счетоводства для хозяйств размером не более чем 30 дворов, учет по простой системе – для хозяйств до 100 дворов.

В дальнейшем, из 60-х годов, упрощенный учет существовал как элемент внутрихозяйственного учета³ в первичных подразделениях сельскохозяйственных предприятий по центрам ответственности, затрат и доходов. В 80-х годах для него использовали регистры⁴: “Хозрасчетное задание”, “Передаточный баланс подразделения”; “Лицевой счет внутрихозяйственного кооператива” и другие.

Современная система упрощенного учета по схеме международного финансового учета “затраты – выпуск” распространилась в начале 90-х. Она представляет собой синтез международного упрощенного учета (в части ведения учета методом начисления - списания запасов непосредственно на затраты без отражения их движения) и отечественного (в части двойного отражения и построения баланса средств и источников). Особенности учета это-

¹ Декрет об учете и мобилизации специалистов сельского хозяйства и землеустройства. Киев, Изд-во Наркомзема, 1919. 16с.; Дроздов В.П. Простой учет в крестьянском хозяйстве. - М.: Новая деревня, 1925. 47с.; Веселитский А.В. Как завести селянину счетоводство в своем хозяйстве. - Одесса, 1925. 44с.

² Дембський А. Пам'ятка рахівника колгоспу. Харків, Держсільгоспвидав, 1935. 62с.

³ Витковський М.П. Внутрихозяйственный расчет в колхозах. Киев, 1961. 179с.

⁴ Игнатенко М.С., Демьяненко Н.Я. Организация первичного и бухгалтерского учета в условиях арендных отношений. Киев: Урожай, 1989. 63с.

го периода отображены в различных исследованиях¹, среди которых отличаются работы Института аграрной экономики² под руководством академиков Н.Я. Демьяненко, П.Т. Саблука.

Упрощенную систему учета и отчетности в сельском хозяйстве страны регулируют нормативные документы: Закон “О бухгалтерском учете и финансовой отчетности в Украине” от 16 июля 1999г. №996-XIV, Положение “Об упрощенной форме бухгалтерского учета субъектов малого предпринимательства”, утвержденное приказом МФУ от 30.09.98г. №196 (с изменениями от 07.12.2000г. №315), Приказ “О составе и порядке заполнения учетных регистров малыми предприятиями”, утвержденный МФУ от 31.05.96г. № 112 (вместо действовавших ранее “Рекомендаций по ведению бухгалтерского учета и применения учетных регистров на малых предприятиях”, изложенных в Приложении к письму МФ СССР от 02.07.1991г. №40), “План счетов бухгалтерского учета активов, капитала, обязательств и хозяйственных операций субъектов малого предпринимательства”, утвержденный приказом МФУ от 19.04.2001г. № 186.

Основным документом, регулирующим упрощенный учет, являются “Методические рекомендации по организации и ведению бухгалтерского учета в крестьянских (фермерских) хозяйствах”, утвержденные приказом Министерства аграрной политики Украины от 02.07.2001г. №189. Рекомендациями предусмотрено, что фермерские хозяйства могут использовать:

1. Простую форму учета (без двойной записи) - для хозяйств, в которых работают собственник (глава) и члены его семьи (без привлечения наемных работников).

¹ Бечко П.К., Бурик А.Ф. Организация и функционирование фермерских хозяйств. - К.: Ничлава, 1999. 179с.; Хомин П.Я. и др. Учет и анализ деятельности фермерского хозяйства. К.: Полиграфист, 1999. 17 с.

² Рекомендации по организации учета в крестьянских (фермерских) хозяйствах по простой системе, утвержденные Министерством статистики Украины от 11.07.1991г.; Учет в крестьянском (фермерском) хозяйстве. Демьяненко Н.Я., Саблук П.Т., Радченко О.Д. и др. /Пособие под ред. Демьяненка Н.Я. Киев: ИАЭ УААН, 2001. 403с.

2. Упрощенную форму учета – для хозяйств со среднеучетной численностью работающих за отчетный период до 10 лиц (кроме членов семьи) и объемом выручки за год, не превышающий 500 тыс. грн.

3. Бухгалтерский учет по упрощенному Плану счетов бухгалтерского учета активов, капитала, обязательств и хозяйственных операций субъектов малого предпринимательства – для хозяйств, которые отвечают статусу малых предприятий (со средне учетной численностью работников за отчетный период – от 10 до 50 лиц и объемом выручки от реализации до 2,5 млн. грн.).

4. Учет по Плану счетов бухгалтерского учета активов, капитала, обязательств и хозяйственных операций предприятий и организаций - для всех других хозяйств.

Независимо от применяемой формы, целью упрощенного учета есть обеспечение процесса накопления и предоставление пользователям для принятия управленческих и других решений полной, правдивой и достоверной информации о финансовом состоянии и результатах деятельности. Такое изобилие предлагаемых форм предусматривает обязательное соблюдение при их использовании национальных положений (стандартов) бухгалтерского учета (П(С)БУ) для всех без исключения юридических лиц.

Право малых сельскохозяйственных предприятий самостоятельно выбирать форму, определять организацию и порядок ведения учета фиксируется в Положении (распоряжении) об учетной политике предприятия – внутрихозяйственном регулирующем документе об информационной системе, которая обслуживает потребности управления деятельностью.

Задачи, возложенные на упрощенный учет, и которые находят отражение в нормативном регулировании, состоят в следующем: правильное и своевременное составление первичной документации; обеспечение хронологического и систематического порядка учета всех операций; обобщение, группировка и систематизация информации в регистрах учета; достоверное определение видов доходов, элементов затрат и результатов хозяйствования; составление сокращенной финансовой отчетности; получение данных о дея-

тельности хозяйства для определения эффективности производства, анализа и планирования.

Таким образом, сокращенная система учета объединяет правовой, организационный и экономический механизмы хозяйствования малых предприятий в сельском хозяйстве Украины.

Порядок представления финансовой отчетности утвержден Постановлением Кабинета Министров Украины №419 от 28.02.2000г. Особенности упрощенной отчетности регулируются П(С)БУ 25 «Финансовый отчет субъекта малого предпринимательства», предусматриваемой в форме Баланса №1-м и Отчета о финансовых результатах №2-м. Отчетность подается органам исполнительной власти, в сферу влияния которых входит малое предприятие, другим пользователям: налоговой инспекции – для контроля за правильностью исчисления налоговых платежей; учреждениям банка – для контроля за использованием банковского кредита, если такой контроль предусмотрен кредитным договором; трудовым коллективам по их требованию; органам статистики для обработки информации.

Результаты научных исследований и практика становления нормативного регулирования системы упрощенного бухгалтерского учета дают основание утверждать, что она вобрала в себя лучшие традиции отечественного и зарубежного учета. В дальнейшем нужно ее усовершенствование в соответствии к нуждам потребителей информации сферы малого бизнеса сельского хозяйства. Перспективными есть направления исследований унификация определения финансовых результатов, дальнейшее усовершенствование техники ведения с целью определения границ производственного и финансового учета и их взаимосвязи, соответствие показателей учета и отчетности системе налогообложения на хозяйственном и государственном уровнях, которые одновременно отвечали бы требованиям принятия обоснованных решений и предупреждение риска производственно-хозяйственной, финансовой деятельности малых предприятий.

Проблемы совершенствования законодательства в части нормативного регулирования упрощенного учета лежат в плоскости его унификации для предприятий различных организационных форм, общим для которых есть критерий «малая форма». Необходимо усовершенствовать действующие на данное время «Методические рекомендации по организации и ведению бухгалтерского учета в крестьянских (фермерских) хозяйствах», утвержденные приказом МАП Украины от 02.07.2001г. №189 с учетом развития в сельском хозяйстве малых форм не только как фермерских хозяйств. Изменения должны учитывать особенности регулирования учета сельскохозяйственной деятельности – привести в соответствие с новациями бухгалтерского законодательства – принятия П(С)БУ 30 «Биологические активы», изменениями в налогообложении малых форм хозяйствования.

В.М. Редкоус

Сравнительный анализ законодательств России и Украины в области обеспечения национальной безопасности

Правовое регулирование отношений в сфере обеспечения национальной безопасности всегда представляет собой довольно сложную и ответственную задачу, так как оно опосредует жизненно важные интересы личности, общества и государства, связанные с защитой от внешних и внутренних угроз. Четкое законодательное регулирование отношений в данной сфере является основой стабильного и прогрессивного развития личности, общества и государства.

Анализу правового регулирования отношений в области обеспечения национальной безопасности в российской юридической литературе уделяется достаточно большое внимание¹. Однако сравнительному анализу законодательств государств-участников СНГ в данной сфере внимания уделяется явно

¹ См.: Правовая основа обеспечения национальной безопасности Российской Федерации: Монография / Под ред. А.В. Опалева. М., 2004. 510с.; Возжеников А.В. Национальная безопасность России: методология исследования и политика обеспечения: Монография. М., 2002, и т.д.

недостаточно¹. Этот пробел в научных исследованиях требует своего восполнения. Рассмотрим некоторые результаты сравнительного анализа законодательств России и Украины в области национальной безопасности.

Одним из достоинств законодательства Украины в сфере обеспечения национальной безопасности является наличие таких основных законов, как Закона Украины "Об основах национальной безопасности Украины"² и Закона Украины "О контрразведывательной деятельности"³. Закон Российской Федерации "О безопасности"⁴, несмотря на свою значимость, был принят еще до принятия Конституции Российской Федерации 1993 года, и ряд положений, содержащихся в нем, требуют изменения и корректировки, а проект федерального закона "О контрразведывательной деятельности" находится в стадии разработки.

Рассматривая в целом проблему законодательного обеспечения национальной безопасности в России и в Украине, можно сказать о единстве подходов законодателей двух стран к изложению содержания большинства правовых институтов. Однако в Украине наблюдаются более или менее удачные попытки создания собственного понятийного аппарата. В этой связи следует отметить данное украинской стороной в Законе Украины "Об основах национальной безопасности Украины" определения национальной безопасности, правоохранительных органов, военной организации государства.

Как недостаток законодательства Украины следует отметить путаницу в терминологии и определении содержания основных направлений деятельности спецслужб Украины: разведывательной, оперативно-розыскной,

¹ См., например: Редкоус В.М. Законодательное обеспечение национальной безопасности в государствах-участниках СНГ и его учет в российских условиях: Монография. Пятигорск, КМВ, 2008. 340 с.; Рыжак Н.И. Правовое регулирование деятельности спецслужб в системе обеспечения национальной безопасности Российской Федерации. М., 2000. 410с.

² См.: Об основах национальной безопасности Украины: Закон Украины от 19.06.2003 г. № 964-IV // Ведомости Верховной Рады Украины (далее – ВВРУ). 2003. № 39. Ст. 351.

³ См.: О контрразведывательной деятельности: Закон Украины от 26.12.2002 г. 374-IV // ВВРУ. - 2003. № 12. Ст. 89.

⁴ См.: О безопасности: Закон РФ от 5.03.1992 г. № 2446-1 (с посл. изм. и доп.) // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1992. № 15. Ст. 769.

контрразведывательной. В украинском законодательстве гораздо чаще, чем в российском, употребляется термин "специальный" без расшифровки его содержания.

В российских условиях остро ощущается необходимость подготовки и принятия базового федерального закона "О национальной безопасности", так как Закон РФ "О безопасности" уже недостаточно четко регулирует отношения в данной сфере. В связи с этим определенный практический интерес могут представить положения Закона Украины "Об основах национальной безопасности Украины". Закрепление в проекте федерального закона "О национальной безопасности" приоритетов национальных интересов будет вполне оправданным и целесообразным, так как позволит более конкретно определить задачи по обеспечению национальной безопасности в целом, ее каждого вида в частности, а также задачи, функции и компетенцию каждого государственного органа обеспечения безопасности.

Довольно интересным институтом является институт Уполномоченного по вопросам контроля за деятельностью Службы безопасности Украины¹. В российской юридической литературе предлагалось ввести должности государственных инспекторов, которые должны назначаться на должность и освобождаются от должности Президентом РФ с согласия Федерального Собрания РФ. В их обязанности должно было бы входить осуществление контроля за соответствием деятельности органов и их должностных лиц законам и иным нормативным правовым актам; подготовка и предоставление докладов о своей деятельности Президенту РФ, палатам Федерального Собрания РФ, а также руководителю контролируемого министерства или ведомства.

Сравнивая правовое положение Совета национальной безопасности и обороны Украины² и Совета безопасности Российской Федерации, можно

¹ См.: О контроле за деятельностью Службы безопасности Украины: Указ Президента Украины от 22.10. 1998 г. № 1172/98 // Официальный вестник Украины. 1998. № 43. Ст. 1587.

² См.: О Совете национальной безопасности и обороны Украины: Закон Украины от 5.03.1998 г. № 183/98-ВР // ВВРУ. 1998. № 35. Ст. 237.

констатировать определенную идентичность их конституционно-правового статуса. Однако в украинском законодательстве более четко прослеживается тенденция наделения Совета национальной безопасности и обороны контрольными полномочиями, особенно за деятельностью органов исполнительной власти в сфере национальной безопасности и обороны. Совет Безопасности России не решает в полном объеме задач по координации и межведомственному взаимодействию в области обеспечения национальной безопасности. Расширение соответствующих координационных полномочий Совета безопасности РФ можно считать оправданным, так как это повысит роль Совета безопасности в решении вопросов обеспечения национальной безопасности страны.

Ведущим государственным органом в системе обеспечения национальной безопасности Украины является Служба безопасности Украины¹. Украинский законодатель определяет СБУ как государственный правоохранительный орган специального назначения. Для СБУ основными видами деятельности являются: разведывательная, оперативно-розыскная, контрразведывательная, борьба с коррупцией, с терроризмом, охрана государственной тайны, а также иные виды деятельности, предусмотренные законодательством Украины.

По мнению автора, законодателям двух стран следует четко определять содержание основных видов деятельности специальных служб, и в особенности - оперативно-розыскной и контрразведывательной. Так, украинское определение оперативно-розыскной деятельности как системы гласных и негласных поисковых, разведывательных, контрразведывательных мер, осуществляемых с применением оперативных и оперативно-технических средств, фактически ставит эти виды деятельности в неравное положение: оперативно-розыскная деятельность поглощает и разведывательную, и контрразведывательную.

¹ См.: О Службе безопасности Украины: Закон Украины от 25.03.1992 г. № 2229-ХІІ // Ведомости Верховного Совета Украины. - 1992. - № 27. - Ст. 382.

По мнению автора, и контрразведывательная, и оперативно-розыскная деятельность имеют право на самостоятельное существование, характеризуя функциональный блок правового положения того или иного органа, уполномоченного на их осуществление. В перспективе возможны как унификация законодательств о КРД и ОРД, их объединение в рамках одного общего федерального закона, например, закона об оперативной деятельности как вида деятельности, так и продолжение совершенствования каждого вида деятельности в рамках существующих законодательных актов.

Важным в предложенном украинскими законодателями определении контрразведывательной деятельности является то, что она признается специальным видом деятельности в сфере обеспечения государственной безопасности, то есть отличается от иных видов деятельности, осуществляемых органами исполнительной власти, а также то, что она осуществляется и использованием, в том числе, и административно-правовых мер. Недостатком Закона Украины следует назвать его несогласованность с иными законодательными актами при определении системы мероприятий, при помощи которых КРД осуществляется.

Достоинством законодательства Украины о внешней разведке является то, что оно содержит конкретные определения разведывательной информации¹, разведывательной деятельности, разведывательных органов, что не мешало бы сделать и российскому законодателю. Однако основным в подходах (это закрепляют и Закон Украины, и российский Федеральный закон) является то, что разведывательная деятельность направлена на защиту безопасности, национальных интересов государств от внешних угроз. По мнению автора, отсутствие в Федеральном законе "О внешней разведке"² основных задач разведывательной деятельности является пробелом в законодательстве, так как задачи государственного органа являются производными от цели и кон-

¹ См.: О разведывательных органах Украины: Закон Украины от 22.03.2001 г. № 2331-111 // ВВРУ. 2001. № 19. Ст. 94.

² См.: О внешней разведке: Федеральный закон от 10.01.1996 г. № 5-ФЗ (с посл. изм. и доп.) // Собрание законодательства Российской Федерации (далее – СЗ РФ). 1996. № 3. Ст. 143.

кретизируют ее. Достоинством Закона Украины является закрепление в качестве самостоятельной задачи разведывательных органов Украины участия в борьбе с международной организованной преступностью, в том числе с терроризмом, незаконным оборотом наркотических средств, незаконной торговлей оружием и технологией его изготовления, незаконной миграцией. В силу важности основные задачи разведывательной деятельности целесообразно закрепить в Федеральном законе "О внешней разведке".

Следует внимательно изучить такой элемент статуса СБУ как специально уполномоченного органа государственной власти в сфере обеспечения охраны государственной тайны. Административные полномочия СБУ в сфере охраны государственной тайны прописаны более конкретно и предметно в Законе Украины, чем полномочия органов федеральной службы безопасности и иных органов защиты государственной тайны в Законе РФ "О государственной тайне"¹. Предписания СБУ, направленные вовне в целях охраны государственной тайны, более императивны, чем полномочия российских органов защиты государственной тайны. Например, мотивированное заключение органа СБУ, осуществлявшего проверку, о невозможности предоставления гражданину допуска к государственной тайне является обязательным для выполнения должностными лицами, уполномоченными принимать решение о предоставлении допуска к государственной тайне, но не исключает повторного запроса по этому поводу в случае изменения обстоятельств, при которых допуск к государственной тайне признан невозможным. Целесообразно внимательно изучить административные полномочия СБУ в рассматриваемой сфере, которые сводятся к: регистрации решений государственного эксперта по вопросам тайн об отнесении информации к государственной тайне в Своде сведений, составляющих государственную тайну; внесению изменений в Свод сведений, составляющих государственную тайну; формированию и публикации в официальных изданиях Свода сведений, составляющих госу-

¹ См.: О государственной тайне: Закон РФ от 21.07.1993 г. № 5485-1 // Российская газета. 1993. 21 сент

дарственную тайну, на основании решений государственных экспертов по вопросам тайн; предоставлению специальных разрешений на осуществление деятельности, связанной с государственной тайной, органам государственной власти, органам местного самоуправления, предприятиям, учреждениям и организациям; участию в создании, реорганизации или ликвидации режимно-секретных органов; проверке граждан в связи с их допуском к государственной тайне; взаимодействию с режимно-секретными органами, и ряду других.

Большими полномочиями в сфере охраны государственной тайны наделены государственные эксперты по вопросам тайн. В российском законодательстве такого института нет. Выделим основные направления взаимодействия государственных экспертов по вопросам тайн с СБУ. Так, государственный эксперт по вопросам тайн: дает СБУ заключения об изменении степени секретности информации и отмене решения об отнесении ее к государственной тайне в случае, если основания, по которым эта информация была отнесена к государственной тайне, перестали существовать; утверждает по согласованию со СБУ развернутые перечни сведений, составляющих государственную тайну, изменения к ним, контролирует соответствие содержания этих перечней Своду сведений, составляющих государственную тайну; обязан представлять СБУ не позднее чем через десять дней с момента подписания решения об отнесении сведений к государственной тайне и заключения об отмене этих решений, а развернутые перечни сведений, составляющих государственную тайну, - в тот же срок с момента их утверждения; рассматривать предложения СБУ об отнесении информации к государственной тайне, ее рассекречивании, проведении экспертизы по определению степени секретности сведений, принятии решений в связи с истечением срока действия решения об отнесении информации к государственной тайне и так далее. Заслуживает внимания опыт украинского законодателя по определению полномочий режимно-секретных органов как самостоятельных субъектов охраны государственной тайны.

Практический интерес для возможного совершенствования российского законодательства могут представить нормы, наделяющие СБУ обязанностями осуществлять в соответствии с законодательством профилактику правонарушений в сфере государственной безопасности, а также обеспечивать в пределах определенной законодательством компетенции защиту личной безопасности граждан.

Сравнивая обязанности органов федеральной службы безопасности и СБУ можно сделать вывод о совпадении основных из них. Однако следует иметь в виду, что при нормативном закреплении обязанностей СБУ украинский законодатель на первое место поставил осуществление СБУ разведывательной и информационно-аналитической работы, подчеркнув тем самым основную направленность, приоритет деятельности СБУ, а также прямую зависимость результатов информационно-аналитической деятельности от использования методов и средств разведывательной деятельности.

Несколько слов о перспективах правового регулирования организации и деятельности органов национальной безопасности Украины. Особенную важность данный вопрос приобретает в современных условиях, когда среди государств-участников СНГ наметились заметные расхождения во взглядах на модели построения национальных систем обеспечения безопасности. Это наглядно показывают события, происходящие в Украине, которая стремится войти в НАТО.

В настоящее время подготовлен новый проект Закона Украины «О Службе безопасности Украины», который предполагается внести на рассмотрение Верховной Рады Украины. Ранее Концепция реформирования СБУ была одобрена Советом национальной безопасности и обороны Украины и утверждена соответствующим указом Президента Украины. Как отмечает в своей публикации Е. Геда, разработчики законопроекта, прежде всего, предлагают изменить статус СБУ и сделать ее не правоохранительным органом специального назначения, каким она является сейчас, а "специально уполномоченным государственным органом по вопросам обеспечения государст-

венной безопасности"¹. В основу законопроекта легли требования Конституции Украины, основные положения национального законодательства, положения Концепции реформирования СБУ, а также опыт правового регулирования деятельности специальных служб иностранных государств, в частности, членов НАТО и ЕС.

Е. Геда справедливо отмечает, что с изменением статуса СБУ может возникнуть правовая коллизия, поскольку, согласно ст. 17 Конституции Украины обеспечение государственной безопасности возлагается на соответствующие военные формирования и правоохранительные органы. "Статья 17 ограничивает реформирование службы, но определенные шаги относительно девоензации личного состава и ограничения правоохранительной функции СБУ в этом проекте уже сделаны, – сказал в интервью советник председателя СБУ Анатолий Мудров. – СБУ будет постепенно наполняться гражданскими, а военные будут служить до выхода на пенсию или принятия решения о переходе на государственную службу".

СБУ предлагается лишить ряда несвойственных ей функций, чтобы она могла сосредоточиться на функциях контрразведывательного характера. Предполагается избавить ее от борьбы с коррупцией и оргпреступностью, не создающей угроз государственной безопасности. В то же время проектом закона определяются семь видов контрразведывательной защиты, которыми будет заниматься СБУ, в том числе отсутствующая в действующей редакции закона "контрразведывательная защита информационной сферы". Раздел об основных принципах деятельности СБУ существенно дополнен новыми положениями о защите демократических ценностей, сотрудничестве с гражданами и объединениями граждан и неправительственными организациями, открытость для демократического гражданского контроля. Усилен раздел о государственных социальных гарантиях сотрудников СБУ. Законопроект пред-

¹ См.: Елена Геда. СБУ идет в разведку. Разработан новый закон "О Службе безопасности Украины". Подробнее см.: http://www.sbu.gov.ua/sbu/control/uk/publish/article;jsessionid=AAEC46DAEEB34246D8C6534BE71EF111?art_id=81989&cat_id=81988.

лагают европейские принципы финансирования СБУ из государственного бюджета. В новом проекте закона конкретизируется перечень прав СБУ, в частности тех, которые ранее считались негласными и регулировались внутренними документами СБУ. На законодательном уровне предлагается закрепить право СБУ приобретать и содержать помещения, в том числе жилые, используемые оперативными подразделениями для проведения негласных мероприятий. Предусмотрено в документе и право СБУ направлять своих сотрудников для работы в государственные органы, учреждения, организации и на предприятия независимо от их форм собственности, а также "морально и материально поощрять граждан и лиц, предоставляющих помощь в обеспечении государственной безопасности Украины". Отдельным пунктом предлагается закрепить право СБУ устанавливать контакты со специальными службами других государств, "иметь своих официальных представителей в иностранных государствах", а в случае долгосрочного сотрудничества и с согласия Верховной рады – создавать "заграничные представительства". Отдельной статьей в проекте закона определяется уровень финансирования СБУ. В частности, предусмотрено, что средства на финансирование, материально-техническое и социально-бытовое обеспечение СБУ, выделяемые из госбюджета, должны составлять не менее 0,5% от ВВП. В проекте госбюджета на 2009 год на обеспечение СБУ заложено 2,55 млрд. грн. В случае если будет принята норма о 0,5% от ВВП, то на обеспечение службы необходимо будет выделить 6,32 млрд. грн. Одной из основных новаций документа является процесс «девоенизации» украинской спецслужбы, что, по мнению украинских законодателей, полностью учитывает рекомендации ПАСЕ в отношении реформирования СБУ в контексте построения демократического общества.

Какие комментарии можно сделать по этому поводу?

Во-первых, предполагаемое реформирование СБУ будет означать не просто реформирование организационной составляющей этого органа национальной безопасности, но и достаточно кардинальное изменение его правового статуса, правового регулирования деятельности. Возложение на СБУ

преимущественно контрразведывательных функций будет означать превалирование в ее деятельности информационной составляющей, направленной на получение информации об угрозах национальной безопасности. Чисто правоохранительная функция СБУ уменьшится путем перераспределения полномочий в пользу других правоохранительных органов. Открытым и никогда не получающим однозначного ответа останется вопрос об эффективности деятельности обновленной СБУ, так как система органов государственной безопасности в СССР создавалась десятилетиями, была воспринята большинством государств-участников СНГ, и предполагала сочетание как оперативных, так и правоохранительных видов деятельности.

Во-вторых, в качестве положительного явления следует признать планы закрепления за СБУ статуса специально уполномоченного государственного органа по вопросам обеспечения именно государственной безопасности, а не всех видов национальной безопасности сразу (и экономической, и экологической, и военной и т.д.). Это позволит более четко определить компетенцию СБУ как органа, защищающего основы конституционного строя, суверенитет и территориальную целостность государства.

В-третьих, Украина пытается пойти по пути «девоенизированных» органов государственной безопасности, как это в 2008 году уже сделала Молдавия. В принципе, при соответствующей разработке нормативной правовой базы можно и в пределах гражданской службы сделать военную организацию, подчиненность, дисциплину, к чему тяготеют органы национальной безопасности. В России пока идет совершенствование института военной службы в органах национальной безопасности, что признано более оптимальным на данном этапе их развития. Перевод СБУ на иной режим службы приведет к коренной ломке законодательства, изменению ведомственных нормативных актов. И если Служба к этому готова, то эксперимент можно и продолжить.

В-четвертых, предлагаемые в законопроекте новации, подчеркивающие «негласный» характер деятельности СБУ, в принципе, несут только инфор-

мационную нагрузку и не открывают для общества ничего нового. Если авторы законопроекта считают, что это свидетельствует о «демократизации» общества, то это их право.

В-пятых, заслуживают одобрения попытки поднять статус сотрудников СБУ, усилить их социальную и правовую защиту. Если государство хочет, чтобы его реально защищали, реально обеспечивали его безопасность, статус сотрудников органов национальной безопасности должен быть очень высоким. Но и требования к сотрудникам – тоже.

В-шестых, реформирование спецслужб – всегда болезненный процесс для государства, общества и самих сотрудников. Особенно то касается изменения конституционно-правового и административно-правового статуса органов. Поэтому исследование положительного зарубежного опыта необходимо для принятия научно обоснованных решений в области обеспечения национальной безопасности.

По мнению автора, учет положительного зарубежного опыта в правовом регулировании отношений в сфере обеспечения национальной безопасности просто необходим, так как позволит сделать его более действенным и эффективным. Автор надеется, что данное исследование внесет посильный вклад в решение данной важной задачи.

Е.В. Семенова

Необходимость правового образования населения в Российской Федерации

Для России проблема просвещения в области прав и свобод человека и правового просвещения является очень актуальной, так как одной из целей нашей государственной политики является построение правового государства и развитие гражданского общества.

Утверждение в жизни ценностей правового государства означают изменения в уровне правовой культуры граждан. Существование правовой культуры предполагает не только существование у человека информации о

законодательстве, принципах и нормах права, но и наличие внутренней потребности неукоснительного соблюдения требований закона. Воспитание уважительного отношения к праву реализуется только при наличии благоприятной среды обитания человека: уровня общей культуры в обществе, традиций, доминирующих устремлений людей на недопущение агрессивного отношения к праву, к проявлениям правового нигилизма.

Заинтересованность в повышении уровня правового воспитания в современных условиях обусловлена увеличивающимся интересом к значимости и месту права в повседневной жизни, к требованиям законности, а также к совершенствованию правовой основы государственной и общественной жизни общества. Условия жизни, состояние правопорядка в стране, принципы государственного устройства, досягаемость органов власти, должностных лиц и всего процесса управления в современных условиях оказывают решающее влияние на уровень сознательности и общественно - политической активности граждан. Юридическая грамотность, наличие у человека определенного объема правовой информации составляют основу его правосознания. Однако при исследовании правоприменительной деятельности можно констатировать тот факт, что даже при наличии убеждений о необходимости исполнять, соблюдать и правильно применять нормы права многие лица не знают, как правильно поступать в той или иной ситуации. А в отдельных случаях становятся правонарушителями, виновниками причинения существенного вреда гражданам и государству. Прямая причина этого – правовая некомпетентность, незнание того, что закон предписывает, а что запрещает. Часто случается, что правовые убеждения не могут быть реализованы из-за незнания права. Правовое просвещение граждан России по вопросам прав и свобод человека, форм и методов их защиты является одной из важнейших задач государства на сегодняшний день.

Нарушение прав человека присутствует во всех странах мира. Но вот ощущение населения, граждан, того, нарушаются ли их права и как данные права защитить, разное в России или, например, в Европейских государствах.

В Европе можно встретиться с жалобами на такие нарушения, в которых граждане России даже и не находят несоблюдение прав человека. Поэтому люди должны знать свои права. Граждане Российской Федерации, в большинстве своем их не знают. Они их чувствуют, ощущают, когда их особенно нарушают, но не знают.

Причем очень часто такие факты наблюдаются в обыденных ситуациях, например при дорожно-транспортных происшествиях, нарушениях правил пожарной безопасности, при осуществлении предпринимательской деятельности. Только осознав свои права и свободы, граждане России могут научиться ответственно и с достоинством требовать от государственных органов и должностных лиц их соблюдения.

Вопрос о недостаточности правового просвещения населения является одним из насущных. Причем существующая проблема признается не только юристами, но и педагогами, и общественными деятелями. Информация, которая содержится в нормах права, отображает волю государства, сформулированную в правовых предписаниях.

Самым распространенным и доступным каналом правового просвещения населения являются средства массовой информации. Изучение и анализ ситуации подтверждают, что большинство трудящегося населения недостаточно осознает проблемы, связанные с правами человека. Отчасти это происходит потому, что СМИ проявляют мало интереса к пропаганде этих вопросов, и не содействуют осознанию гражданами страны главенства закона над властью, политикой и идеологией, равенства государства и отдельной личности перед законом. Поэтому особого внимания СМИ следует уделять внимание темам защиты прав человека в суде, деятельности правозащитных организаций.

Правовая информация должна быть доступна широким слоям населения. Необходимо выстроить систему гражданско-правового воспитания на уровне образовательных учреждений (детские сады – начальная школа – основная школа – старшее звено). Привлекать к решению задачи возможности

учреждений дополнительного образования, в целом системы дополнительного образования, в процессе правового воспитания. Целесообразно было бы внедрить всероссийскую программу информационной правовой поддержки библиотек.

При осуществлении правового обучения населения организовать проведение мониторинга соблюдения прав и свобод граждан для выявления и своевременного решения возникающих вопросов.

Для России проблема просвещения в области прав и свобод человека и правового просвещения населения в целом, является очень актуальной, так как одной из целей нашей государственной политики является построение правового государства и развитие гражданского общества.

В.А. Спицина

Деятельность правительства Республики Казахстан в области туризма

Успешно развивающаяся отрасль туризма в Республике Казахстан позволяет обеспечить высокие и устойчивые темпы экономического роста, интеграцию национальной туристической индустрии в мировую экономику, способствует повышению занятости и уровня жизни населения, а также увеличивает поступления в бюджеты всех уровней. В настоящее время именно эти вопросы определены приоритетными направлениями деятельности Правительства Республики Казахстан, а также государственной политики в сфере туризма.

Компетенция Правительства Республики Казахстан это основные направления его деятельности, установленные в Конституции РК и ином законодательстве и обусловленные в своем содержании соответствующим экономическим, политическим и социальным строем общества на том или ином этапе его развития.

Компетенция Правительства РК в области туризма закрепляется ст. 10 Закона Республики Казахстан «О туристской деятельности в Республике Казахстан» от 13 июня 2001 года № 211-III.

Основная деятельность Правительства РК в области туризма сводится к следующему:

правительством разрабатывается государственная программа развития туризма в Республике Казахстан и финансирование ее исполнения в соответствии с бюджетным законодательством;

принимает нормативно правовые акты, регулирующие отношения в области туристской деятельности;

утверждает правила лицензирования туристской деятельности и квалификационные требования к туристской деятельности;

определяет объекты и территории, запрещенные для посещения туристами;

определяет государственную инвестиционную политику в области туристской деятельности;

создает государственную систему научного обеспечения в области туристской деятельности;

Как уже упоминалось, одной из функций Правительства РК является разработка Государственных программ развития туризма в Республике Казахстан. Одной из последних принятых Государственных программ, регулирующих вопросы в области туризма, является Государственная программа развития туризма в Республике Казахстан на 2007-2011 годы. Она разработана в соответствии с Общенациональным планом мероприятий по реализации Послания Президента Республики Казахстан народу Казахстана от 1 марта 2006 года «Казахстан на пороге нового рывка вперед в своем развитии» и Программой Правительства Республики Казахстана на 2006-2008 годы, утвержденной постановлением Правительства Республики Казахстан от 31 марта 2006 года № 222, Среднесрочным планом социально-экономического развития Республики Казахстан на 2007-2009 годы (второй этап), утвержденным постановлением Правительства Республики Казахстан от 25 августа 2006 года № 822.

За период реализации Государственной Программы развития туристской отрасли на 2003-2005 годы, утвержденной постановлением Правительства Республики Казахстан от 29 декабря 2002 года № 1445, значительно расширились международные туристские связи, была усовершенствована законодательная и нормативная правовая база туристской отрасли. При этом главное внимание уделялось реализации мер по развитию туристской отрасли с учетом основных параметров плана мероприятий на 2003-2005 годы по реализации Стратегии индустриально-инновационного развития Республики Казахстан на 2003-2015 годы, утвержденного постановлением Правительства Республики Казахстан от 17 июля 2003 года № 712-1.

Новый импульс развитию туристской индустрии придало признание отрасли в качестве одного из приоритетных секторов экономики в числе семи кластерных инициатив.

Одна из наиболее важных задач, определенных Правительством Республики Казахстан в сфере туризма, - превращение Казахстана в центр туризма центральноазиатского региона.

Государственная программа на 2007-2011 годы позволит создать в республике современную высокоэффективную и конкурентоспособную туристскую индустрию и обеспечить развитие смежных секторов экономики. Она определяет стратегию, основные направления, приоритеты, задачи и механизмы реализации государственной политики в области развития туризма и охватывает основные аспекты развития инфраструктуры туризма, создания эффективного механизма государственного регулирования и поддержки этой отрасли, повышения туристского потенциала, формирования привлекательного туристского имиджа страны, зон с рекреационной хозяйственной специализацией.

Современная туристская индустрия, базирующаяся на уникальном природном и культурном потенциале Республики Казахстан, является естественным системообразующим фактором гибкой интеграции туризма с системой международной торговли туристскими услугами, одной из наиболее ди-

намично развивающихся и эффективных по отдаче на вложенный капитал отраслю, несмотря на ее капиталоемкость.

Государственная программа рассчитана 2007-2011 годы. Реализация программы делится на два этапа: первый этап: 2007-2009 годы, второй этап: 2010-2011 годы.

В ходе реализации Государственной программы будут достигнуты следующие результаты: стабильный рост потока туристов: на первом этапе (2007-2009 годы): по внутреннему туризму с 3,4 млн. туристов 2007 году до 4,0 млн. туристов в 2009 году; по въездному туризму с 4,5 млн. туристов в 2007 году до 6,0 млн. туристов в 2009 году; на втором этапе (2010-2011 годы): по внутреннему туризму с 4,1 млн. туристов в 2010 году до 4,5 млн. туристов в 2011 году; по въездному туризму с 7,0 млн. туристов в 2010 году до 9,5 млн. туристов в 2011 году. При условии, что в среднем один иностранный турист за время своего пребывания приносит в бюджет около 63500 тенге, за период с 2007 по 2011 годы поступления в бюджет от въездного туризма составят 603,2 млрд. тенге. За счет въездного туризма будет также обеспечена занятость населения в сфере туризма с 447,6 тыс. человек в 2007 году до 550,0 тыс. человек в 2011 году. Государственная программа будет способствовать повышению привлекательности национального турпродукта и вхождению Казахстана в систему мирового туристского рынка, созданию конкурентоспособной туристской индустрии как важной сферы международного предпринимательства и делового сотрудничества в рамках международной торговли услугами и доходного сектора экономики государства¹.

В плане мероприятий по реализации Программы развития туристской отрасли на 2003-2005 годы, утвержденной постановлением Правительства Республики Казахстан от 29 декабря 2002 года № 1445, были заложены первоочередные задачи по формированию туристского имиджа Казахстана, развитию международного сотрудничества, разработке законодательных норма-

¹ Указ Президента Республики Казахстан от 29 декабря 2006 года № 231 «О государственной программе развития туризма в Республике Казахстан на 2007-2011 годы»// «Казахстанская правда» от 1 января 2007 года № 1 (25246)

тивных актов, формированию инфраструктуры туризма, совершенствованию статистики, кадровой, образовательной и региональной политики, обеспечению безопасности в сфере туризма.

В целях реализации Программы были приняты постановления Правительства Республики Казахстан от 14 мая 2003 года № 450 «Об утверждении Перечня специализированных служб, оказывающих необходимую помощь туристам, терпящим бедствие на территории Республики Казахстан», от 27 февраля 2004 года № 240 «Об утверждении Правил изъятия (выкупа) земельных участков для создания и расширения особо охраняемых природных территорий из земель всех категорий, сноса, выноса посторонних зданий, сооружений и объектов на особо охраняемых природных территориях, предоставления в аренду земельных участков, зданий и сооружений на особо охраняемых природных территориях для научной, туристской и рекреационной деятельности». Принята новая Инструкция о порядке выдачи виз Республики Казахстан, утвержденная совместным приказом Министра иностранных дел Республики Казахстан от 24 декабря 2002 года № 08-1/77 и Министра внутренних дел Республики Казахстан от 27 декабря 2002 года № 806, где предусмотрено упрощение визовых процедур для иностранных граждан из 54 государств, включая экс-граждан нашей страны, издан приказ Министра здравоохранения Республики Казахстан от 14 октября 2003 года № 746 «Об утверждении плана мероприятий по организации медицинского обслуживания и оказанию экстренной помощи туристам на 2003-2005 годы».

Агентством Республики Казахстан по статистике разработаны статистическая номенклатура видов деятельности и услуг в области туризма (СНДУТ), анкеты и таблицы, по которым проводятся дополнительные аналитические обследования для реализации в дальнейшем проекта по внедрению Вспомогательного счета туризма (ВСТ) в систему национальных счетов. Это позволит вести точный учет показателей туристской отрасли и определять экономические параметры воздействия туризма на другие сектора экономики.

О поступательном и устойчивом развитии туризма свидетельствуют темпы роста объемов въездного и внутреннего туризма и создание системы государственного регулирования туристской деятельности.

Особое внимание при этом уделялось формированию туристского имиджа страны и продвижению национального туристского продукта на мировой рынок туристских услуг: начиная с 2001 года по настоящее время обеспечивается ежегодное участие Казахстана в крупнейших международных выставках и ярмарках, проводимых в городах Берлине (ФРГ), Лондоне (Великобритания), Мадриде (Испания), Москве (Российская Федерация), а с января 2006 года и в городе Утрехте (Голландия).

Другой, не менее значительной, функцией Правительства РК в области туризма, является «утверждение правил лицензирования туристской деятельности и квалификационных требований к туристской деятельности». В связи с этим Правительством РК были приняты ряд нормативных правовых актов: постановление Правительства РК от 14 сентября 2001 года № 1213 «Об утверждении Правил лицензирования туристской деятельности», Постановление Правительства РК от 24 января 2001 года № 100 «Об утверждении ставок лицензионного сбора за право занятия отдельными видами деятельности», утвержден постановлением Правительства РК от 29 декабря 1995 года № 1894 «Перечень государственных органов (лицензиаров), уполномоченных выдавать лицензии на виды деятельности, подлежащие лицензированию» и др. Перечисленными нормативными правовыми актами определяется и устанавливается порядок, условия выдачи государственных лицензий на право осуществления туристской деятельности (туроператорской, турагентской, экскурсионной деятельности).

Правительство РК принимает нормативно-правовые акты, регулирующие отношения в области туристской деятельности: постановление Правительства РК от 6 марта 2001 года № 333 «О Концепции развития туризма в Республике Казахстан», постановление Правительства РК от 29 декабря 2000 года № 1947 «О первоочередных мерах развития туристской отрасли», по-

становление Правительства РК от 22 декабря 2003 года № 1289 «Об утверждении Правил использования участками Государственного лесного фонда для культурно-оздоровительных, рекреационных, туристских и спортивных целей» и ряд других нормативных правовых актов.

В послании Президента страны к народу Казахстана, подчеркивалась необходимость реформирования аппарата и создание профессионального Правительства. Реализация этих требований обусловила повышение эффективности управленческой деятельности Правительства, внесение существенных изменений в организацию государственного управления экономикой, социально-культурной и административно-политической сферами. Прежде всего, Правительство создает правовые основы для деятельности органов управления в указанных сферах. Основная нагрузка в управлении концентрируется в функционировании министерств и ведомств, координирующих и управляющих подведомственными организациями и сферами ¹.

Ащеулов А.Т. отмечал: «... Как видим, эти полномочия представляют собой конкретное выражение функций Правительства в области экономики, социального обеспечения, науки, техники, образования и культуры, в области административно-политического управления, законности и правопорядка, внешней политики ².

Анализируя статистику развития туристской отрасли в Казахстане за последние годы, нельзя не заметить, насколько увеличилось число предприятий по оказанию туристских услуг (турагенств и туроператоров). Конечно, это радует. Растет благосостояние народа, все больше казахстанцев могут позволить отдых на зарубежных курортах. Число иностранных граждан, желающих провести отдых у нас в стране, тоже увеличивается, хотя и не так как хотелось бы. На основании этого возникает вопрос. Все ли туристские фирмы способны, в рамках конкуренции, предоставить туристские услуги на должном уровне?

¹ Конституционное право Республики Казахстан: Учебник / Сост. д.ю.н., профессор А.Т. Ащеулов. Алматы: КазГЮА, 2001.

² Там же

Наше законодательство совершенствуется и расширяется, регулируя те области и вопросы, которые ранее рассмотрены, не были. Хочу обратить внимание, что область отношений между отечественными туристскими фирмами с иностранными поставщиками туристских услуг (гостиницы, транспортное обслуживание, экскурсионное обслуживание в туре) остается законодательно неурегулированной. В беседе с представителями туристского бизнеса на данное обстоятельство тоже обращено внимание.

В целях дальнейшего формирования государственной политики и стратегии развития туризма в Республике Казахстан хочу предложить:

Правительству Республики Казахстан:

Разработать некоторые изменения и дополнения к закону Республики Казахстан «О туристской деятельности в Республике Казахстан»:

- закрепить право туриста, который оказался в непредвиденных обстоятельствах (ограбление, нанесение телесных повреждений, потеря документов, утрата денежных средств на территории государства пребывания, нарушения его прав перевозчиком, туроператором и др.), на оказание полной юридической помощи по защите его интересов.

Министерству туризма и спорта Республики Казахстан обеспечить законодательной базой и нормативно-правовыми актами, которые призваны поддерживать деятельность гостиничного бизнеса, горнолыжной индустрии;

Министерству туризма и спорта Республики Казахстан:

Внести предложения по изменению и дополнению в законодательство в части:

- повышения качества и безопасности туристских услуг, совершенствования правовых условий для развития туризма, защиты прав и законных интересов казахстанских туристов через механизмы финансовой и административной ответственности туристских компаний, через введение финансовых гарантий туроператоров;

- создания Казахстанского информационного центра безопасности в туризме для оперативного информирования граждан и субъектов туристской

индустрии об ограничениях на свободу передвижения на территории Казахстана, отдельных регионах и правилах получения разрешений для посещения территорий с ограниченным доступом;

- создания системы информационно-технологического обеспечения туристической индустрии.

Разработать предложения по расширению партнерских связей с международными организациями (ЮНЕСКО, ЮНВТО, Международный конгресс профессионального туристского образования и др.), заинтересованными в развитии устойчивого туризма в Казахстане.

Министерству иностранных дел Республике Казахстан:

Шире распространять информацию об историко-культурном наследии нашей страны с целью формирования у мирового сообщества позитивного отношения к туристско-рекреационным возможностям Казахстана.

Министерству внутренних дел Республики Казахстан: сделать предложение о внесении изменений в Закон Республики Казахстан «О правовом положении иностранных граждан в Республике Казахстан». А именно, определить срок нахождения граждан Российской Федерации на территории Казахстана без обязательной регистрации (например, до 3-х месяцев) или отменив вообще обязательную регистрацию на период путешествия по территории Республики.

Министерству культуры Республики Казахстана: предоставлять информацию гражданам Республики Казахстан о работе ЮНЕСКО с объектами природного и культурного наследия через СМИ. Способствовать сотрудничеству учреждений культуры и бизнеса для оказания финансовой поддержки для введения в «жизнь» культурных проектов и развития культурного туризма. Создать телевизионную передачу на государственном телевидении посвященной внутреннему и международному туризму.

По итогам реализации Государственной программы развития туризма в Республике Казахстан на 2007-2011 годы за 9 месяцев 2007 года в стране количество посетителей по сравнению с соответствующим периодом 2006 года

увеличилось на 26,7%. Въездной туризм увеличился на 31,5% и составил 3996,3 тысяч человек (36,9%), количество выехавших туристов увеличилось на 22,7% по сравнению с аналогичным периодом 2006 года и составило 3396,0 тысяч человек или 31,3% от общего потока посетителей, и количество посетителей внутреннего туризма также увеличилось на 25,5% и составило 3449,0 тысяч человек (31,8%). Общий объем оказанных услуг также увеличился на 45% и составил 34557,3 млн. тенге, стоимость проданных путевок составила 11036,0 млн. тенге (увеличение в 1,7 раза). В 2007 году 904 туристские фирмы и 46 индивидуальных предпринимателей, занимающихся туристской деятельностью обслужили 422,6 тысяч посетителей, что к уровню января-сентября 2006 года составило 101,5%. В республике 946 предприятий гостиничного хозяйства обслужили 1906,9 тысяч человек и оказали услуг на 28166,4 млн. тенге. В объектах размещения насчитывается 25565 номеров и единовременная вместимость составила 58612 койко-мест¹.

Реализация Государственной Программы развития туризма на 2007-2011 годы будет способствовать повышению привлекательности национального туристского продукта и вхождению Казахстана в систему мирового туристского рынка. Будет создана развитая конкурентоспособная туристская индустрия, которая может стать одним из значимых доходов секторов среди несырьевых отраслей экономики государства. В республике будут созданы реальные условия и возможности для того, чтобы Казахстан стал центром туризма Центральноазиатского региона.

А.Р. Султанов

Проблемы совершенствования открытости правосудия с учётом правовых позиций Европейского Суда по правам человека

Общеизвестно, что все темные дела пытаются делать без огласки. Публичность является серьезной угрозой для любых неблагоприятных дел, для того

¹ статистические данные за 9 месяцев. Информация по туристской отрасли согласно Плана Агентства по статистике на 2007 год представляется к 29 марта 2008 года

чтобы правосудие было правосудием, а не чем-либо иным, должна быть обеспечена гласность правосудия. Еще в 1822 году обращали на необходимость гласности правосудия, и видя ее в трех видах: «1) гласность в отношении тяжущихся и подсудимым (т.е чтобы ничего не было скрыто от сторон), 2) гласность, состоящая в обнародовании, путем печати, производства и решения дел и 3) гласность в собственном смысле, т.е производство дел при растворенных дверях»¹. Однако, в 1857 году даже публикация о гласности судопроизводства была запрещена цензурой,² не говоря уже об отсутствии самой гласности судопроизводства.

Сейчас уже в XXI веке мы вновь и вновь сталкиваемся с тем, что судам выражают недоверие и обвиняют в коррупции с самых высоких трибун и вопрос открытости и гласности судопроизводства вновь на повестке дня.

Столкнувшись в ходе так называемой «корпоративной войны» с появлением различных судебных актов в различных регионах, притом, что дела возбуждались с нарушением подсудности, было решено, что эффективным средством для предотвращения появления таких актов была бы публичность. Помимо освещения в прессе о появлении судебных актов, вынесенных с нарушением подсудности, были также направлены обращения в Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ с просьбой принять меры для обеспечения гласности и транспарентности правосудия и обеспечения реальной возможности узнавать о возбужденных делах не делая запросы во все суды России, а посредством обращения к одному централизованному источнику информации.³ Тем более, что основания для публичности и гласности судопроизводства заложены в ст. 123 Конституции РФ, которая к тому же обладает прямым действием.

¹ Записка Тургенева Н.И.(автора книги «Опыт теории налогов», 1818 г., «Россия и русские» 1847 г.), гр. Мордвинову цитируется по книге Гессен И.В. Судебная реформа // Судебная реформа в прошлом и настоящем, М. Статут, 2007. С. 285.

² Гессен И.В. Судебная реформа // Судебная реформа в прошлом и настоящем, М. Статут, 2007. С. 284.

³ Письмо ОАО «Нижекамскнефтехим» №11688/36 от 03.08.2005

К сожалению, требования открытости судопроизводства, установленные в ст.123 Конституции РФ, в полной мере не реализованы и по настоящее время, что побуждает граждан РФ, столкнувшихся с отсутствием публичности судопроизводства в тех или иных ее проявлениях обращаться за защитой своих прав в суды и в том числе в Европейский Суд по правам человека (далее ЕСПЧ).

Так адвокат Буробин В.Н. в связи с тем, он не был допущен при предъявлении удостоверения адвоката в здание Арбитражного суда г. Москвы, оспорил в Басманном районном суде г. Москвы Инструкцию по обеспечению пропускного режима и охраны общественного порядка в административном здании Арбитражного суда г. Москвы,¹ в части ограничения свободного доступа лиц в здание суда.

Басманный районный суд, рассматривая данное заявление, установил, что данной Инструкцией, в частности, п. 2.2., установлено, что посетители, прибывшие для участия в деле, допускаются при наличии комплекта документов, в которые входят: документ, удостоверяющий личность; определение суда о назначении дела к слушанию или иной судебный документ, по которому вызываются представители сторон, участвующие в деле на основании доверенности; доверенность на имя участника, выданная организацией, слушание дела которой назначено (руководителям организаций доверенность не требуется). Данный порядок распространялся и на адвокатов.

Представитель Арбитражного суда г. Москвы в первом судебном заседании предлагал мировое урегулирование спора, а в последствии требования заявителя в ходе судебного разбирательства не признал, указав, что в указанную Инструкцию уже внесены изменения в соответствии с которыми адвокаты допускаются в здание суда на основании адвокатского удостоверения.

16 декабря 2003 г. Басманный районный суд города Москвы вынес решение по делу № 2-4654/03, которым отказал в удовлетворении заявленных

¹ Утверждена совместным приказом первого заместителя председателя Арбитражного суда города Москвы и начальника отдела охраны при 4-м РУВД ЦАО города Москвы 14 июня 2000 г.

требований. Отказ был мотивирован тем, что оспариваемые заявителем положения Инструкции на момент рассмотрения дела отменены и не действуют, прав заявителя не нарушают и нарушать не могут. Довод заявителя о том, что нарушается право всех лиц на доступ в здание суда, то есть право на посещение судебных заседаний, и, как следствие, нарушение публичности и открытого разбирательства дел, был отклонен указанием на то, что в данном случае истец выступает в защиту неопределенного круга лиц, на что ему права законом не предоставлено.

Данное заявление не помогло решить проблему доступа в здание Арбитражного суда г. Москвы для представителей общественности, журналистов и других граждан РФ.¹

Столкнувшись с проблемой доступа в Арбитражный суд г. Москвы журналист З.В. Гайсина обратилась в Мещанский районный суд г. Москвы с заявлением о признании незаконными действий органа государственной власти – Арбитражного суда г. Москвы по недопущению ее как журналиста на предварительное судебное заседание по делу из корпоративных отношений. Но суды общей юрисдикции сочли, что данный спор им неподведомственен. Арбитражный суд Московской области Определением от 25 мая 2005 года² прекратил производство по делу, также сочтя, что данный спор ему неподведомственен.³ Квалификационная коллегия судей города Москвы также считает, что не может быть компетентным органом для рассмотрения обращений о признании незаконным действий суда в целом. Конституционный Суд РФ рассмотрев заявление журналиста также не нашел в ситуации, когда журналисту не только отказывают в доступе в административное здание суда, но и

¹ Подробнее см. статью Буробина В.Н. «Приватизаторы правосудия»// [«Бизнес-адвокат»](#), №21 2005, статья доступна в сети Интернет по адресу: <http://www.bestlawyers.ru/php/news/newsnew.phtml?id=370&idnew=19535&start=0>

² Дело №А-41-К2-5303/05

³ Подробнее об этом деле см. ст. Султанов А.Р. Споры о транспарентности // Корпоративные споры. 2008. №1. С. 118-123

в самом праве искать судебной защиты, противоречия Конституции РФ.¹ В данном Определении Конституционный Суд РФ сделал вывод, что сама по себе ст.150 АПК РФ, которая допускает прекращение дела в связи с неподведомственностью не нарушает конституционных прав, упустив, что в предмете жалобы оспаривалась неконституционность ст.150 АПК РФ, допускающей прекращение в связи с неподведомственностью уже после того, как по такому же основанию (неподведомственности) суды общей юрисдикции отказали в принятии заявления.²

Неудивительно, что граждане, не удовлетворившись таким правосудием, ищут защиты своих прав в ЕСПЧ. По истине пророческими кажутся словами великого российского цивилиста И.А. Покровского, написанные в книге «Государство и человечество»: «...История не хочет остановиться. Она ставит на очередь вопрос о правовой организации всего человечества и общечеловеческого суда... Наступит момент, когда на этом форуме... сможет выступить в качестве истца против своего государства и отдельный человек... Через оболочку государства протянет свои руки личность ко всему человечеству, на государственную совесть будет апеллировать к совести общечеловеческой, и в этой апелляции неотъемлемые права личности найдут себе наивысшую санкцию, которая только возможно для них здесь – на нашей грешной, но правды ищущей и по правде тоскующей земле».³

Первым из наиболее громких споров о публичности правосудия, разрешенным ЕСПЧ по жалобе из РФ, было дело «Загородников против РФ».⁴ В нем ЕСПЧ установил, что имело место нарушение §1 Статьи 6 Конвенции в

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 18 декабря 2007 г. N 885-О-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Гайсиной Зулейхи Викселевны на нарушение ее конституционных прав пунктом 1 части 1 статьи 150 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации"

² Хотя быть может Конституционный Суд РФ полагал, что в данном деле должна быть обжалована совокупность норм АПК РФ и ГПК РФ допускающих такую ситуацию, а не только ст.150 АПК РФ.

³ Покровский И.А. Государство и человечество. М., 1919. Цит. по книге Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 2003. С. 29.

⁴ Перевод на русский язык и комментарии к данному Постановлению ЕСПЧ опубликованы в журнале Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2007. №10. С. 42-64.

части нарушения права на публичное судебное разбирательство в связи с тем, что вход в здание Арбитражного суда г. Москвы был ограничен, указав что: "Публичный характер процесса защищает его участников от тайного отправления правосудия без общественного обсуждения".¹ Комментируя данное Постановление ЕСПЧ профессор А.Т. Боннер пишет, что в свете имеющего прецедентное значение Постановления ЕСПЧ, подзаконные нормативные акты, действующие в системе арбитражных судов, а главное практика их применения должны быть приведены в соответствие с Конституцией РФ, АПК РФ и Европейской Конвенцией о защите прав человека и основных свобод (далее Конвенции).²

Не менее важными для развития публичности правосудия являются правовые позиции ЕСПЧ, изложенные в Постановлении от 11 января 2007 по делу «Кузнецов и другие против РФ» в которых также затронут вопрос возможности контроля общественности за отправлением правосудия: «Суд повторяет, что в соответствии с установленным прецедентным правом, которое отражает принцип надлежащего отправления правосудия, в решении судов и органов правосудия должны быть надлежащим образом указаны основания, по которым они были вынесены. Пункт 1 статьи 6 обязывает судебные инстанции указывать мотивировку постановленных ими решений, но этот пункт нельзя толковать, как обязывающий предоставлять подробный ответ по каждому доводу. То, в какой мере должна исполняться данная обязанность излагать мотивировку, зависит от характера решения (см. п. 29 Постановления по делу «Руис Ториха против Испании» от 9.12.1994 г.). И хотя национальные суды пользуются ограниченным правом принятия решения в вопросе выбора доводов по конкретному делу и приобщения доказательств достоверности утверждений сторон, эти органы обязаны указать основания

¹ Перевод на русский язык Постановления ЕСПЧ по делу «Загородников против России» от 7 июня 2007 года опубликован также в журнале: Российская юстиция. 2008. № 8. С. 75-79.

² Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2007. №10. С. 64.

для своих действий, изложив мотивировку этих решений (см. п. 36 постановления по делу «Суоминен против Финляндии» от 1.07.2003 г.). Еще одна роль мотивированного решения состоит в том, что оно доказывает сторонам, что их позиции были выслушаны. Кроме того, мотивированное решение дает возможность какой-либо стороне обжаловать его, а апелляционной инстанции – возможность пересмотреть его. Изложение мотивированного решения является единственной возможностью для общественности проследить отправление правосудия»¹.

Однако о каком контроле общественности за отправлением правосудия можно говорить, когда до не давнего времени в судах общей юрисдикции даже лица, участвующие в деле не могли ознакомиться с материалами дела, сданного в архив, без разрешения председателя суда. В п.13.6 Инструкции о порядке отбора на хранение в архив федеральных судов общей юрисдикции документов, их комплектования, учета и использования, утвержденной Приказом Судебного департамента при Верховном Суде РФ от 28 декабря 2005 г. N 157 было предусмотрено, что ознакомление с судебным делом, находящимся в архиве, лицами, участвующими в деле, их представителями, а также иными лицами допускается с письменного разрешения председателя суда или его заместителя. Решением Верховного Суда РФ от 3 апреля 2007 г. N ГКПИ07-40² пункт 13.6 Инструкции о порядке отбора на хранение в архив федеральных судов общей юрисдикции документов, их комплектования, учета и использования, утвержденной Приказом Судебного департамента при Верховном Суде РФ от 28 декабря 2005 г. N 157, со дня вступления решения суда в законную силу был признан недействующим. В качестве мотивов данного решения Верховный Суд РФ указал, что обеспечение на ознакомление с делом лицами, участвующими в деле, их представителями является неотъемлемой составляющей конституционного права граждан на судебную защиту

¹ Постановление от 11 января 2007 по делу «Кузнецов и другие против Российской Федерации», п.83, см.также п. 30 Постановления по делу «Хирвисаари против Финляндии» от 27.09.2001 г.

² http://www.supcourt.ru/stor_text.php?id=19332868

и на доступ к правосудию и то обстоятельство, что судебное дело находится в архиве, не может само по себе служить основанием для допуска лиц, участвующих в деле, и их представителей на ознакомление с судебным делом с письменного разрешения председателя суда или его заместителя».

Что было большим шагом вперед, однако для лиц, не участвующих в деле, равно не привлеченных к рассмотрению дела, ситуация с доступом к судебным решениям была почти неразрешимой. Так, осуществленные журналистом, попытки оспорить ограничение доступа к судебным решениям не получили поддержки у Верховного Суда РФ, который в своем решении от 2 ноября 2004 г. № ГКПИ04-1313 заявление о признании недействующими пунктов 12.1 и 12.4 Инструкции по судебному делопроизводству в районном суде от 29 апреля 2003 г. № 36 в части ознакомления с материалами судебных дел, рассматриваемых (рассмотренных) в открытом судебном заседании, и получение копий судебных решений и других документов из этих дел любыми заинтересованными лицами и журналистами, а также пунктов 16.1 и 16.4 Временной инструкции по делопроизводству от 28 декабря 1999 г. № 169, в той же части, что и в указанной выше Инструкции, оставил без удовлетворения.¹ Верховный Суд РФ среди прочего в своем решении указал: «Довод заявителя о том, что оспариваемые пункты инструкций без законных оснований ограничивают права - как журналиста на ознакомление с рассмотренными судебными делами и получение из них копий судебных решений и других документов не может быть признан обоснованным. В частности, согласно ст. 35 ГПК РФ имеют право знакомиться с материалами дела, делать выписки из них и снимать копии только лица, участвующие в деле. Лицами, участвующими в деле в силу ст. 34 ГПК РФ, являются стороны, третьи лица, прокурор, лица, обращающиеся в суд за защитой прав, свобод и законных интересов других лиц или вступающие в процесс в целях дачи заключения по основаниям, предусмотренным статьями 4, 46 и 47 настоящего Кодекса, заявители и другие заинтересованные лица по делам особого производства и по

¹ http://www.supcourt.ru/stor_text.php?id=7172002

делам, возникающим из публичных правоотношений. Из содержания приведенных норм закона следует, что законодателем установлен исчерпывающий состав лиц, участвующих в деле и только этим лицам предоставлено право знакомиться с материалами судебного дела и получать копии судебных решений и других документов».

Для того, чтобы воспользоваться правом на подачу надзорной жалобы лицу, чьи права и законные интересы нарушены судебными постановлениями (ч. 1 ст. 376 ГПК РФ) к надзорной жалобе должны быть приложены заверенные соответствующим судом копии судебных постановлений, принятых по делу (ч. 6 ст. 378 ГПК РФ). В отсутствие заверенных копий судебных актов надзорная жалоба возвращается без рассмотрения (п.1 ч. 1 ст. 379.1 ГПК РФ). Что создает уже проблемы не столько с публичностью, но уже с доступом к суду третьей инстанции. Тем не менее, Верховный Суд РФ до недавнего времени¹ отказывал² лицам, о чьих правах и обязанностях вынесено решение в праве подаче кассационной жалобы.

Надо отметить, что препятствия к доступу к судебным актам до недавнего времени³ чинились и в арбитражных судах. Так намереваясь обжаловать судебный акт в связи с тем, что данный акт, по мнению ОАО «Нижнекамскнефтехим», затрагивал его законные интересы, обратилось в Арбитражный суд г. Москвы. Однако, в предоставлении возможности ознакомления с су-

¹ В настоящее время проблема разрешена Постановлением Конституционного Суда РФ от 20 февраля 2006 г. № 1-П "По делу о проверке конституционности положения статьи 336 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан К.А. Инешина, Н.С. Никонова и открытого акционерного общества "Нижнекамскнефтехим" и п.2 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 12 от 24 июня 2008 г. «О применении судами норм Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в суде кассационной инстанции»

² См. подробнее Султанов А.Р. О проблеме кассационного обжалования решения лицами не участвующими в деле // Проблемные вопросы гражданского и арбитражного процессов под. ред. Л.Ф. Лесницкой и М.А. Рожковой. М., Статут, 2008. С. 384.

³ Благо сейчас публичность судебных актов в арбитражных судах возросла многократно и многие, но, к сожалению, не все судебные акты доступны на сайтах арбитражных судов. А на сайтах некоторых арбитражных судов доступны не только судебные акты, но и протоколы судебных заседаний, что также очень важно. Поскольку ранее для того, чтобы подать замечания на протокол приходилось специально выезжать в арбитражные суды, которые, как правило, значительно удалены от заявителя.

дебным актом было трижды отказано,¹ со ссылкой на то, что ОАО «Нижнекамскнефтехим» не является лицом участвующим в деле, а права, предоставленные в ст.42 АПК РФ возникают лишь после подачи жалобы. Однако для подачи жалобы, также как и в судах общей юрисдикции необходимо приложить копию судебного акта (п. 1 ч. 4 ст.260, п. 1. ч. 4 ст. 4 ст. 277, ч. 3 ст. 294 АПК РФ) Хотя нельзя не указать на то, что в отличие от ГПК РФ, АПК РФ не требует заверенных судом судебных актов, достаточно копий судебных актов. В любом случае для того, чтобы выполнить эти требования пришлось просить копии судебных актов у лиц, участвовавших в деле.

Такой подход, конечно же, противоречит принципу доступности суда, а также противоречит принципу прозрачности судебной власти и правосудия, которые являются необходимыми условиями осуществления за ними эффективного гражданского контроля².

В начале января 2008 года ЕСПЧ опубликовал Постановление по делу «Рякиб Бирюков против РФ»³, в котором установил факт нарушения права на справедливое судебное разбирательство. Причем в качестве основания для установления нарушения статьи 6 Конвенции был указан факт не оглашения судебного акта в полном объеме публично. Возражения РФ о том, что резолютивная часть кассационного определения была оглашена в присутствии заявителя, а копия этого определения в окончательной форме была выдана ему позднее, не были приняты, поскольку не было доказано, что гласность решения была гарантирована иными средствами, чем его оглашение вслух. Публичность правосудия не могла быть обеспечена правом получить копию решения, поскольку такое право было также ограничено и предоставлялось только сторонам и другими участниками процесса. Передача судебных решений в канцелярию суда также не обеспечивали общественный доступ к

¹ Письма Арбитражного суда г. Москвы от 22.02.2006, от 02.03.2006, от 07.03.2006.

² Смирнов А.В. Публичность (открытость) судебной власти как условие демократии в России // <http://kalinovskiy-k.narod.ru/b/st/smironov2004.htm>

³ Постановление ЕСПЧ от 17.01.2008 по делу «Рякиб Бирюков против РФ», перевод на русский язык опубликован в журнале: Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека. 2008. №5(26). С. 38.

текстам решений, поскольку такой доступ предоставлялся только сторонам и другим участникам процесса. ЕСПЧ, тщательно изучив законодательство и практику судов, пришел к выводу, что было нарушение Статьи 6 § 1 в том, что не было выполнено требование гласности судебных решений. ЕСПЧ также напомнил, что публичный характер судебного разбирательства защищает стороны судебного процесса от отправления правосудия в режиме секретности и без общественного контроля; что также является одним из средств, посредством которого поддерживается доверие к нижестоящим и вышестоящим судам. Когда отправление правосудия осуществляется открыто, то гласность способствует достижению цели Статьи 6 § 1, а именно: справедливое судебное разбирательство, гарантия одного из фундаментальных принципов любого демократического общества по смыслу Конвенции.¹

Данное Постановление ЕСПЧ² безусловно повлияет на транспарентность правосудия и исключит ситуацию, когда решения выносятся кулуарно. Возможны различные варианты принятия общих мер по исполнению данного Постановления ЕСПЧ. Так, например, в последнее время большое количество судебных решений стало доступно для публики благодаря их размещению на сайтах арбитражных судов, а на сайте Высшего Арбитражного Суда РФ создан Банк решений арбитражных судов,³ где можно ознакомиться с актами вынесенными не только Высшего Арбитражного Суда РФ, а с решениями и постановлениями любого арбитражного суда.

Возможен также и вариант оглашения полного текста судебных актов. Как следует из учебника гражданского процесса 1956 года, это было общим правилом: «Недопустимо, за редкими исключениями объявление в заседании только резолютивной части определения. По общему правилу, немедленно

¹ См. также Постановление ЕСПЧ по делу «Pretto and Others v. Italy» от 8.12.1983, § 21 и Постановление ЕСПЧ по делу «Axen v. Germany» от 8.12.1983, § 25)

² См. Комментарий к проблеме поднятой данным Постановлением ЕСПЧ содержится в статье Рожковой М.А и Афанасьева Д.В. К вопросу об объявлении судебного решения // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2008. № 8. С. 6-18.

³ См подробнее «Электронное правосудие»: результаты работы и перспективы // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2008. № 8. С.56-59.

по рассмотрении дела члены суда второй инстанции удаляются в совещательную комнату, а по возвращении в зал заседания оглашают полный текст определения».¹ Хотя с практической точки зрения существуют большие сомнения, что обеспечение публичности будет развиваться в этом направлении.

На момент написания статьи в Госдуме РФ рассматривается законопроект о прозрачности судебной системы,² в котором предлагается публиковать судебные акты в открытом доступе в Интернете. То есть, скорей всего в качестве общих мер по исполнению Постановления ЕСПЧ по делу «Ряжиб Бирюков против РФ» будет предприняты действия по публикации судебных актов в сети Интернет на сайтах судов. В пользу такого предположения говорит факт публикации в Российской газете информации о том, что Совет судей утвердил перечень дел, которые будет нельзя публиковать.³

На наш взгляд, уже само название данного законопроекта – «Об обеспечении прав граждан и организаций на информацию о судебной деятельности судов общей юрисдикции в Российской Федерации» – создает возможность существования разных подходов к обеспечению права на информацию в судах общей юрисдикции и арбитражных судах. А ведь именно в арбитражных судах уже так много сделано для обеспечения публичности вынесенных судебных актов и этот опыт необходимо учесть с тем, чтобы стандарт открытости в судах общей юрисдикции не был ниже, чем в арбитражных судах. И так в совершенно одинаковых ситуациях законодатель без всякой разумной причины в АПК РФ и ГПК РФ использует различные подходы, что

¹ Юдельсон К.С. Советский гражданский процесс. М.: Госюриздат, 1956. С. 354.

² Законопроект № [287750-4](#) «Об обеспечении прав граждан и организаций на информацию о судебной деятельности судов общей юрисдикции в Российской Федерации» доступен в сети Интернет по адресу: [http://asozd2.duma.gov.ru/work/dz.nsf/ByID/F5EE2912E37DF036432571BB0056A807/\\$File/text.doc?OpenElement](http://asozd2.duma.gov.ru/work/dz.nsf/ByID/F5EE2912E37DF036432571BB0056A807/$File/text.doc?OpenElement)

³ Орлов П. Личная тайна стала государственной. Совет судей утвердил перечень дел, которые нельзя публиковать // ["Российская газета" - Федеральный выпуск №4741 от 2 сентября 2008 г.](#)

<http://www.rg.ru/2008/09/02/tajna.html>

позволяет говорить о нарушении требований равенства перед судом и законом (ст.19 Конституции РФ).¹

Полагаем, что юридическая общественность должна принять участие в обсуждении данного законопроекта с тем, чтобы впоследствии не пришлось снова и снова обращаться за защитой своих прав на публичное разбирательство в ЕСПЧ и пенять на несовершенство российского законодательства.

Тем более, что как правильно отмечал профессор М. Краснов, информация о судебной деятельности должна преследовать две главные цели: во-первых, держать судебную власть и судебную реформу под гражданским контролем, естественно, при гарантиях невмешательства в отправление собственно правосудия, а также защищать судебную власть, и, во-вторых, помогать гражданам лучше ориентироваться в системе судебной защиты, дабы более эффективно отстаивать, защищать свои права и законные интересы.² Нужно сделать так, чтобы эти цели были реализованы в полной мере.

Н.В. Титова

Некоторые аспекты привлечения к административной ответственности по законодательству Украины

Согласно действующему законодательству Украины дела об административных правонарушениях рассматривают суды, административные комиссии при исполнительных органах сельских, поселковых советов, исполнительные комитеты сельских, поселковых, городских советов и др.

В тот же время в нормативных актах сохраняется ряд предписаний, которые базируются на концепции тесной связи административной и уголовной ответственности. В частности, в ст.9 Кодекса Украины об административных правонарушениях отмечается, что "административная ответственность за правонарушение,... наступает, если эти нарушения по своему характеру не

¹ Жуйков В.М. Судебная реформа: проблемы доступа к правосудию // Судебная реформа в прошлом и настоящем. М.: Статут, 2007. С. 16, 17, 20

² Краснов М. У судебной власти есть только один защитник – общество // Российская юстиция. 2003. N 6. С. 3.

влекут за собой в соответствии с законом уголовную ответственность",¹ т.е. подчеркивается схожесть признаков отдельных административных правонарушений и преступлений. Аналогичное положение содержится в норме относительно сроков наложения административного взыскания.

Тем не менее в последние годы в прецедентах Европейской комиссии по правам человека и Европейского суда по правам человека к кругу отношений, на которые распространяются требования так называемой "криминальной сферы", относят также отношения относительно привлечения к административной ответственности. В 1976 г. в решении по делу Энгеля и других были определены три критерия, которые позволяют отделить "криминальную сферу" от нарушений иного характера, в данном случае - дисциплинарного правонарушения:

- 1) классификация правонарушений в национальном праве;
- 2) природа преступления;
- 3) природа и суровость наказания.

Основным критерием считалась природа преступления, которая определялась через понятие сферы применения затронутой нормы. Если противоправное деяние нарушает универсальную, общеобязательную норму, оно считается преступлением, если же затронута норма, касающаяся определенной, ограниченной дисциплинарной властью группы и характер санкций дисциплинарный - это дисциплинарное правонарушение.

Со временем эти критерии были распространены на административные правонарушения. В частности, в деле Оцтюрка к криминальной сфере были отнесены административные правонарушения согласно законодательства ФРГ. В 1987 г. в деле Лутца было определено, что для отнесения действия к "криминальной сфере" достаточно наличия одного из трех критериев, для административных правонарушений это природа действия как преступления

¹ Кодекс України про адміністративні правопорушення: Науково-практичний коментар, Р.А.Калюжний, А.Т.Комзюк, О.О.Погрібний та ін.; К.: Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2007. С.20.

независимо от суровости санкций, установленных за его совершение¹. С данного времени в европейских учреждениях все административные правонарушения относят к "криминальной сфере" и считается, что во время их рассмотрения должны быть соблюдены требования ст. 6 Европейской Конвенции по правам человека и основополагающих свобод (далее - Конвенции). Из приведенного следует, что Украина должна серьезно реформировать административное законодательство путем закрепления судебной процедуры рассмотрения дел об административных правонарушениях.

Между тем сохранение в административном законодательстве значительного количества признаков, присущих уголовной ответственности, реформирование процедуры рассмотрения дел об административных правонарушениях соответственно с требованиями ст. 6 Конвенции, по нашему мнению, не отвечает природе административной ответственности, лишает ее своеобразности и социальной необходимости. Ведь административная ответственность является ответственностью управленческой². Это определение вытекает не только из ее названия, а и из существенных признаков. Сущность административной ответственности заключается в оперативном реагировании на мелкие нарушения гражданами установленных государством в разных сферах общественной жизни правил деятельности или поведения, которые создают угрозу причинения или причиняют незначительный вред, путем принятия к виновным лицам предупредительно-воспитательных мероприятий, которые серьезно не затрагивают их личных и имущественных интересов. Именно в этом заключается ее отличие от других видов ответственности.

Оперативно осуществлять такие мероприятия могут только органы государственной исполнительной власти и их специализированные коллегиальные органы, процедура наложения административных взысканий должна

¹ Клепицкий И.А. Преступление, административное правонарушение и наказание в России в свете Европейской конвенции в правах человека // Государство и право. 2000. № 3. С. 66-68.

² Лук'янець Д.М. Институт административной ответственности: проблемы развития: Монография. К.: Ин-т государства и права им. В.М. Корецького НАН Украины, 2001. С.28.

быть максимально упрощенной, а взыскание незначительными и такими, которое может быть быстро реализованным. В соответствии с данными признаками к административным взысканиям можно отнести только предупреждение и штраф в незначительном размере. Все иные действующие мероприятия административной ответственности не являются предупредительно-воспитательными, затрагивают существенные материальные и личные интересы граждан и их наложение нуждается в проведении специальной судебной процедуры, т.е. их нельзя включать к числу административных взысканий. Судебная процедура рассмотрения дел об административных правонарушениях и наложении административных взысканий является весьма сложной, продолжительной и неэффективной, поскольку затраты на нее намного превышают вред от совершения административных правонарушений.

Итак, реформирование административной ответственности необходимо, но оно должно, по нашему мнению, осуществляться путем четкого отмежевания ее от уголовной ответственности, а не их сближения. Учитывая изложенное, довольно сложной задачей является согласование действующего административного законодательства с требованиями ст. 6 Конвенции. Эта задача есть актуальной и для многих стран Европы, в которых наблюдается тенденция переведения незначительных преступлений к категории административных правонарушений с применением за их совершение административных взысканий¹. Там уже предложено решение данной проблемы, которое предусматривает соблюдение требований ст. 6 Конвенции не во время рассмотрения административного правонарушения и наложения взыскания за него, а в ходе следующего рассмотрения данного дела судом. Судебное разбирательство дела проводится по требованию правонарушителя, который не согласен на административную процедуру принятия решения по делу, а также, когда он желает обжаловать принятое решение. При таком подходе судебное разбирательство дела об административном правонарушении рас-

¹ Клепицкий И.А. Преступление, административное правонарушение и наказание в России в свете Европейской конвенции в правах человека // Государство и право. 2000. № 3. С. 68.

смачивается как право правонарушителя, от которого он может отказаться и понести наказание в административном порядке. Европейские учреждения положительно относятся к такому подходу. Нам он тоже кажется наиболее обоснованным и целиком приемлемым для Украины.

А.В. Филатова

**Изменения в нормативном правовом регулировании
административных процедур контрольно-надзорного характера**

Указом Президента РФ «О неотложных мерах по ликвидации административных ограничений при осуществлении предпринимательской деятельности»¹, в частности, определена необходимость разработать и внести в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации проектов федеральных законов, предусматривающих:

- усиление гарантий защиты прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора);

- проведение планового мероприятия по контролю (в том числе по отдельным видам лицензионного контроля) в отношении одного юридического лица или индивидуального предпринимателя каждым органом государственного контроля (надзора) не более чем один раз в три года (кроме налогового контроля);

- проведение внеплановых мероприятий по контролю в отношении субъектов малого и среднего предпринимательства только в целях выявления нарушений, представляющих непосредственную угрозу жизни или здоровью людей, по согласованию с прокурором субъекта Российской Федерации;

- преимущественно уведомительный порядок начала предпринимательской деятельности, сокращение количества разрешительных документов, необходимых для ее осуществления, замену (в основном) обязательной сертифици-

¹ Указ Президента РФ от 15 мая 2008 № 797 «О неотложных мерах по ликвидации административных ограничений при осуществлении предпринимательской деятельности» // СЗ РФ. 2008. № 20. Ст. 2293; Российская газета. 2008. 17 мая.

фикации декларированием производителем качества выпускаемой продукции;

- замену лицензирования отдельных видов деятельности обязательным страхованием ответственности или предоставлением финансовых гарантий;

- исключение внепроцессуальных прав органов внутренних дел Российской Федерации, касающихся проверок деятельности субъектов малого и среднего предпринимательства, а также возможности составления должностными лицами этих органов протоколов об административных правонарушениях в области предпринимательской деятельности;

- наделение органов государственной власти субъектов Российской Федерации правом определять порядок предоставления субъектам малого и среднего предпринимательства, в том числе занимающимся социально значимыми видами деятельности, помещений в аренду на долгосрочной основе (в том числе по льготным ставкам арендной платы) за счет специально выделенных для этой цели помещений и (или) порядок продажи в собственность субъектов малого и среднего предпринимательства арендуемых ими не менее трех лет помещений с возможностью рассрочки оплаты и без проведения аукциона.

В целом, анализируемые вопросы направлены на борьбу с различного рода нарушениями в сфере обеспечения нормального функционирования хозяйствующих субъектов и на устранение коррупционных проявлений в сфере малого предпринимательства.

Так, Федеральным законом от 08 августа 2001 г. № 134-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)» (далее ФЗ № 134-ФЗ)¹, в настоящее время, урегулированы основные вопросы проведения мероприятий контрольно-надзорного характера. При этом, в части 3 статьи 1 ФЗ № 134-ФЗ

¹ Федеральный закон от 8 августа 2001 № 134-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)» (ред. от 30.12.2006, с изм. от 18.07.2008) // Российская газета. 2001. 11 августа.

перечисляются те сферы, в которых не применяются нормы данного нормативного правового акта.

Соответственно, осуществление государственного контроля и надзора имеет комплексный характер, что подразумевает соблюдение основных требований, например, таких как обязанность проводить проверку на основании распоряжения, в присутствии представителя организации, составлять акт по окончанию проверки, а также соблюдать другие положения и ограничения действующего законодательства Российской Федерации.

Результатом анализа действующего нормативно-правового регулирования в сфере государственного контроля (надзора), является постановка ряда проблем, например:

Во-первых, необходимо четко установить, кем выдается распоряжение (приказ) и за чьей подписью. Что требует внесения соответствующих изменений в статью 7 ФЗ № 134-ФЗ, которая гласит: «В распоряжении (приказе) о проведении мероприятия по контролю указываются: номер и дата распоряжения (приказа) о проведении мероприятия по контролю; наименование органа государственного контроля (надзора); фамилия, имя, отчество и должность лица (лиц), уполномоченного на проведение мероприятия по контролю; наименование юридического лица или фамилия, имя, отчество индивидуального предпринимателя, в отношении которых проводится мероприятие по контролю; цели, задачи и предмет проводимого мероприятия по контролю; правовые основания проведения мероприятия по контролю, в том числе нормативные правовые акты, обязательные требования которых подлежат проверке; дата начала и окончания мероприятия по контролю».

Однако, объективно распоряжение должно содержать следующие положения:

- ссылка на утвержденный годовой план проверок (для плановых мероприятий), либо другие основания, предусмотренные законодательством (для внеплановых мероприятий, например, обращение).

- номер и дата распоряжения о проведении мероприятий по надзору;

- должность, фамилия, имя и отчество должностного лица, уполномоченного санкционировать проведение проверки;

- наименование территориального подразделения органа исполнительной власти или указание на то, каким уполномоченным органом исполнительной власти осуществляется мероприятие по контролю (надзору);

- должность, фамилия, имя и отчество должностного лица, которому поручается проведение проверки, а в случае назначения комплексной проверки - должности, фамилии, имени и отчества руководителя проверки и должностных лиц, входящих в состав группы;

- наименование юридического лица или фамилия, имя и отчество должностного лица, индивидуального предпринимателя, в отношении которого назначаются мероприятия по надзору, а также его юридический адрес и адрес его фактического местонахождения;

- цель, задачи, предмет и конкретные вопросы проведения мероприятий по надзору;

- сроки начала и окончания проведения мероприятий по надзору;

- подпись руководителя (заместителя руководителя) или руководителя (заместителя руководителя) территориального подразделения органа исполнительной власти, утвердившего распоряжение, с указанием его фамилии.

При этом, важна и дальнейшая детализация данного вопроса в административных регламентах, путем закрепления соответствующих полномочий в отношении руководителя (заместителя руководителя) органа исполнительной власти или руководителя (заместителя руководителя) территориального органа исполнительной власти.

Во-вторых, требует уточнения соотношение таких правовых актов управления, как распоряжение и приказ, и упорядочение соответствующих правовых норм их регламентации. Так как, в качестве основания проведения мероприятий по контролю, надзору, в ФЗ № 134-ФЗ фигурирует «распоряже-

ние (приказ)», а в других нормативных правовых актах, в том числе и в Трудовом кодексе № 197-ФЗ¹ указано только «распоряжение».

Важно определить, что подразумевается под приказом и если распоряжение индивидуальный правовой акт управления разового применения то приказ, например Приказ федерального органа исполнительной власти, применяется многократно и там не всегда указываются конкретные исполнители. А соответственно, на практике, не возможна замена распоряжений на приказы.

В-третьих, следует четко закрепить, что проверяющий должен предъявить распоряжение о проведении мероприятия по контролю (надзору) и служебное удостоверение, но не любому представителю юридического лица или представителю индивидуального предпринимателя, а именно руководителю или уполномоченному должностному лицу, а также самому индивидуальному предпринимателю.

В-четвертых, необходимо определить, что результатом проведения контрольно-надзорных мероприятий не обязательно является привлечение лица к административной ответственности, так как статьей 2.9 КоАП РФ² предусмотрено право освобождать виновных от ответственности по причине малозначительности нарушения и ограничиться устным замечанием. Например, если действие или бездействие, хотя формально и содержит признаки состава административного правонарушения, но с учетом характера совершенного правонарушения и роли правонарушителя, размера вреда и тяжести наступивших последствий не представляет существенного нарушения охраняемых общественных правоотношений.

В настоящее время в Государственной думе, на рассмотрении, находится проект Федерального закона «О защите прав юридических лиц и инди-

¹ Трудовой кодекс от 30.12.2001 N 197-ФЗ (ред. от 22.07.2008) // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 3; Российская газета. 2001. 31 декабря; 2008. 30 июля.

² Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (в ред. ФЗ от 09.02.2007г. № 19-ФЗ) // Российская газета. 2001. 31 декабря; 2007. 14 февраля.

видуальных предпринимателей при проведении государственного и муниципального контроля (надзора)», который был представлен на рассмотрение нижней палаты российского парламента 17 сентября 2008 года¹.

Цель данного документа, характеризуется снижением административных ограничений при осуществлении предпринимательской деятельности и упорядочением проведения контрольно-надзорных мероприятий. В частности, проектом закона вводится давно обсуждаемый уведомительный порядок начала предпринимательской деятельности. То есть, юридические лица и индивидуальные предприниматели должны будут уведомить уполномоченный орган о начале осуществления своей предпринимательской деятельности, заявив о соответствии требованиям законодательства. Данный порядок предполагается распространить на ограниченный перечень видов предпринимательской деятельности, куда входят: оказание гостиничных, бытовых услуг населению, услуг общественного питания, розничная и оптовая торговля, коммерческая перевозка грузов (свыше 2,5 тонн) и пассажиров (не более 20 человек), текстильное и швейное производство, производство одежды, изделий из кожи, обуви, обработка древесины, издательская и полиграфическая деятельности, деятельность, связанная с использованием информационных технологий. Возможно, что этот перечень будет расширен. Также в законе есть такое нововведение, как замена лицензирования обязательным страхованием для таких видов деятельности как перевозки и почтовая связь.

Кроме того, законопроект более четко и по-новому регламентирует проведение контрольно-надзорных мероприятий. Так, плановая проверка может проводиться не чаще одного раза в три года, а исключение составят лишь наиболее социально значимые объекты – лечебно-профилактические, социального обеспечения, дошкольные воспитательные и образовательные учреждения. А, в целом, ставка делается на документальную проверку, кото-

¹ Проект Федерального закона № 92975-5 «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного и муниципального контроля (надзора)» (ред., принятая ГД ФС РФ в I чтении 17.09.2008) // Правовая система Консультант Плюс.

рая будет проводиться без выезда уполномоченных должностных лиц контрольно-надзорной сферы, в организацию.

Сокращаются и основания для внеплановой проверки, например, к ним отнесли лишь возникновение угрозы или причинение вреда жизни, здоровью людей, окружающей среде и аварийные ситуации. Кроме того, внеплановая проверка может проводиться только по согласованию с прокурором региона, в котором действует организация.

Еще одним нововведением выступает обязанность контролирующих органов уведомлять предпринимателей о проведении плановой проверки за 72 часа до ее начала, на основании рассматриваемого законопроекта.

Однако, указанный законопроект, на данной стадии разработки, еще имеет ряд неточностей и противоречий, которые необходимо будет устранить, а также минимизировать большое количество отсылочных норм, на еще не принятые нормативные правовые акты.

Значимым негативным моментом законопроекта, на наш взгляд, выступает и ограничительный подход к сфере его применения, проецируемой только на малый бизнес. Возникает вопрос, как же быть с защитой прав и свобод граждан, представителей среднего и крупного бизнеса, а также обеспечением интересов государственных или муниципальных структур (например, в сфере здравоохранения, образования и т.д.) при проведении контрольно-надзорных мероприятий. И, не унифицируется ли контрольно-надзорная функция, в частности при введении уведомительного порядка начала бизнеса, или при реализации обязанности контролирующих органов уведомлять предпринимателей о проведении плановой проверки за 72 часа до ее начала.

Очень часто высказывается мнение, которое обобщенно выглядит следующим образом: «сокращение числа проверок, ограничение проверок во времени, уведомительный характер проверок - это замечательно». Действительно, увеличение объема участия малого бизнеса в развитии экономики страны вопрос важный и напрямую зависит от этапов и направлений разви-

тия малого бизнеса, но повышение значимости малого бизнеса «любой ценой» недопустимо.

Нельзя, игнорировать эффективный подход к проверочным мероприятиям, единообразию контрольно-надзорных функций, четкое соблюдение действующих, в данной области, норм права.

Кроме вышеуказанного законопроекта на рассмотрении находятся и два проекта Федеральных законов «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросу замены лицензирования обязательным страхованием гражданской ответственности»¹ и «О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в части исключения прав органов внутренних дел РФ, касающихся проверок субъектов предпринимательской деятельности, внесенный Правительством РФ»².

Где, отменяются внепроцессуальные права милиции при проверке малых предприятий, а законопроектом предлагается исключить следующие права органов внутренних дел: осмотр производственных, складских, торговых и иных служебных помещений; досмотр транспортных средств; изучение документов, отражающих финансовую, хозяйственную, предпринимательскую и торговую деятельность; требование предоставления в пятидневный срок копий документов; право изымать отдельные образцы сырья, продукции и товаров. Проведение же мероприятий, направленных на пресечение правонарушений, станет возможно только при наличии повода к возбуждению уголовного дела или дела об административном правонарушении.

Так, органы внутренних дел, в рамках рассматриваемых правоотношений, отстаивают свои интересы, на право работников по проведению провер-

¹ Проект Федерального закона № 92982-5 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросу замены лицензирования обязательным страхованием гражданской ответственности» (ред., принятая ГД ФС РФ в I чтении 17.09.2008) // Правовая система Консультант Плюс.

² Проект Федерального закона № 92985-5 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в части исключения прав органов внутренних дел РФ, касающихся проверок субъектов предпринимательской деятельности, внесенный Правительством РФ» (ред., принятая ГД ФС РФ в I чтении 17.09.2008) // Правовая система Консультант Плюс.

ки товарно-сопроводительной документации. А, для представителей силовых структур предполагается запретить проводить проверки по любым поводам, включая бухгалтерскую отчетность и финансовую деятельность, оставив в их компетенции лишь проверки на основании поступившей информации о готовящемся преступлении или угрозе жизни и здоровью людей.

Объективно, действенность и эффективность любых нормативных правовых актов остается под вопросом, до тех пор, пока общее количество «исключений из правила» не будет уменьшаться.

В частности, очень многие контролирующие органы исключены из сферы действия законопроекта «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного и муниципального контроля (надзора)», и как следствие он не распространяется, на: налоговую службу, уполномоченных органов государственного контроля, связанных с проведением оперативно-розыскных мероприятий, дознания, предварительного следствия, прокурорского надзора и правосудия, налогового, банковского, валютного, бюджетного надзора, контроля на финансовых рынках. А также действий, связанных с проведением оперативно-розыскных мероприятий, дознания, предварительного следствия, прокурорского надзора и правосудия, налогового, валютного, бюджетного контроля, банковского надзора, контроля на финансовых рынках и при расследовании причин возникновения чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, массовых инфекционных и неинфекционных заболеваний людей и животных. Кроме того, положения закона не применяются к отношениям, связанным с проведением государственного метрологического надзора, государственного контроля (надзора) в области безопасности движения; контроля безопасности при использовании атомной энергии; таможенного контроля; санитарно-карантинного, карантинного фитосанитарного и ветеринарного контроля в пунктах перехода Государственной границы РФ; транспортного контроля (в пунктах пропуска транспортных средств через Государственную границу РФ, а также в стационарных и передвижных пунктах на территории

РФ; государственного контроля (надзора) администрациями морских, речных портов и инспекторскими службами гражданской авиации аэропортов на территориях указанных портов; государственного контроля (надзора) на железнодорожном транспорте и государственного контроля в области защиты государственной тайны.

Важно, с учетом формирования изменений к реализации контрольно-надзорных функций предусмотреть ответственность должностных лиц за невыполнение или недолжное выполнение, а также злоупотребление правом при исполнении соответствующих полномочий, и сокращение административных барьеров, снижение степени государственного вмешательства в предпринимательскую деятельность не влияющих на качество контрольно-надзорных процедур.

Создание указанных законопроектов было продиктовано необходимостью снижения влияния коррупциогенных факторов на правоприменительную практику. Так как, коррупциогенность создает предпосылки для совершения коррупционных правонарушений, то важным моментом является подготовка нормативных правовых актов, с учетом рекомендаций, по устранению обнаруженных коррупциогенных факторов, и по включению в текст превентивных коррупционных норм, с указанием возможных коррупционных действий и последствий.

Конечно, же можно уменьшать количество проверок, заранее предупреждать о их проведении, снижать административные барьеры, но все же объективный характер таких изменений должен преобладать и всё должно быть сбалансировано: проверки и контроль должны существовать в необходимом соотношении для формирования эффективного института государственного контроля (надзора), и механизма противодействия коррупции.

К.В. Черкасов

**Некоторые вопросы функционирования общественных приёмных
полномочных представителей Президента Российской Федерации
в Федеральных округах**

Напомним, в соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 13 мая 2000 года № 849 «О полномочном представителе Президента Российской Федерации в федеральном округе» (с посл. изм. и доп.)¹ в целях обеспечения реализации главой государства своих конституционных полномочий, повышения эффективности деятельности федеральных органов государственной власти и совершенствования системы контроля за исполнением их решений институт полномочных представителей Президента Российской Федерации в регионах Российской Федерации преобразован в институт полномочных представителей Президента Российской Федерации в федеральных округах и учреждено семь федеральных округов: Центральный (центр – г. Москва), Северо-Западный (центр – г. Санкт-Петербург), Северо-Кавказский, переименованный вскоре в Южный (центр – г. Ростов-на-Дону)², Приволжский (центр – г. Нижний Новгород), Уральский (центр – г. Екатеринбург), Сибирский (центр – г. Новосибирск), Дальневосточный (центр – г. Хабаровск).

Особое значение в деятельности полномочных представителей Президента Российской Федерации в федеральных округах имеет созданная ими разветвленная система общественных приемных. Она включает в себя: центральную общественную приемную (располагается в центре федерального округа, решает задачи и осуществляет функции, установленные для региональной общественной приемной, а также координирует деятельность региональных и территориальных общественных приемных), региональные общественные приемные (располагаются в административных центрах субъектов Российской Федерации), территориальные общественные приемные (располагаются в крупных городах районного значения и отдаленных населенных пунктах – муниципальных образованиях), советы общественных приемных, специально образованные для координации работы общественных прием-

¹ СЗ РФ. 2000. № 20. Ст. 2112.

² Указ Президента Российской Федерации от 21 июня 2000 г. № 1149 «Вопросы обеспечения деятельности аппаратов полномочных представителей Президента Российской Федерации в федеральных округах» (с посл. изм. и доп.) // СЗ РФ. 2000. № 26. Ст. 2748.

ных (окружные советы общественных приемных формируются из числа работников аппаратов полномочных представителей Президента Российской Федерации в федеральных округах – руководителей общественных приемных). Так, например, по состоянию на 1 июля 2008 г. в Приволжском федеральном округе действовало 14 региональных и 60 территориальных общественных приемных полномочного представителя Президента Российской Федерации.

Руководители центральных общественных приемных являются работниками аппаратов полномочных представителей Президента Российской Федерации в федеральных округах, назначаются и освобождаются от исполнения своих обязанностей полномочными представителями Президента Российской Федерации в федеральных округах по представлению соответствующих заместителей полномочных представителей Президента Российской Федерации в федеральных округах. Руководители региональных и территориальных общественных приемных (могут работать на общественных началах) утверждаются полномочными представителями Президента Российской Федерации в федеральных округах по представлению главных федеральных инспекторов аппаратов полномочных представителей Президента Российской Федерации в федеральных округах, согласованные с руководителями соответствующих департаментов аппаратов полномочных представителей Президента Российской Федерации в федеральных округах. Однако с разрешения полномочных представителей Президента Российской Федерации в федеральных округах руководители региональных и территориальных общественных приемных могут утверждаться главными федеральными инспекторами аппаратов полномочных представителей Президента Российской Федерации в федеральных округах по согласованию с руководителями соответствующих департаментов аппаратов полномочных представителей Президента Российской Федерации в федеральных округах. Освобождение от исполнения обязанностей руководителей региональных и территориальных общественных приемных осуществляется в аналогичном порядке. Главные феде-

ральные инспекторы аппаратов полномочных представителей Президента Российской Федерации в федеральных округах наделены правом осуществления оперативного руководства деятельностью региональных и территориальных общественных приемных.

В своей работе общественные приемные полномочных представителей Президента Российской Федерации в федеральных округах обеспечивают рассмотрение устных и письменных предложений граждан, общественных инициатив, способствующих социально-экономическому и политическому развитию, достижению стабильности в обществе, созданию благоприятных условий для реализации прав и свобод человека и гражданина. Для этого они: изучают и обобщают поступившие предложения, подготавливают рекомендации для полномочных представителей Президента Российской Федерации в федеральных округах и их аппаратов; формируют из представителей общественности, деловых кругов инициативные группы (комиссии) по разработке совместно с соответствующими органами публичной власти региональных и местных программ и проектов, направленных на решение социально-значимых проблем; создают условия для ведения диалога органов государственной власти и местного самоуправления с общественными объединениями по вопросам социально-экономического и общественно-политического развития; оказывают методическую, консультативную и иную помощь территориальным органам федеральных органов исполнительной власти, органам государственной власти субъектов России, органам местного самоуправления по работе с обращениями граждан; рассматривают жалобы и заявления граждан, поступающие в общественную приемную; организуют тематические приемы и консультации для населения с привлечением специалистов органов публичной власти. Важное место занимает работа с обращениями граждан, поступившими по «прямой линии» Президента России.

Для выполнения своих задач и функций общественные приемные полномочных представителей Президента Российской Федерации в федеральных округах по согласованию с соответствующими работниками аппаратов

полномочных представителей Президента Российской Федерации в федеральных округах вправе: запрашивать и получать от органов публичной власти, учреждений, организаций и общественных объединений сведения, необходимые для рассмотрения обращений граждан, адресованных полномочным представителям Президента Российской Федерации в федеральных округах; вносить предложения по участию в подготовке заключений по обращениям граждан представителей соответствующих органов публичной власти; участвовать в мероприятиях по рассмотрению органами публичной власти учреждениями и организациями обращений граждан, адресованных полномочным представителям Президента Российской Федерации в федеральных округах; организовывать общественные слушания, семинары, дискуссии, «круглые столы», «горячие линии», «телефоны доверия» и иные общественно-политические мероприятия по наиболее важным для населения вопросам; разрабатывать и реализовывать тематические и специальные программы и проекты, осуществляемые с привлечением общественных объединений.

На регулярной основе проводятся личные приемы граждан, регистрация, учет и оформление их устных и письменных обращений. Так, за первое полугодие 2007 г. в Дальневосточном федеральном округе поступило 3158 письменных обращения граждан, из них непосредственно в адрес полномочного представителя Президента Российской Федерации – 1845. Лично на приемах побывали 320 человек. В Приволжском федеральном округе за первое полугодие 2008 г. поступило 4494 письменных обращений. Полученная таким образом информация в совокупности с другими материалами позволяет полномочным представителям Президента Российской Федерации в федеральных округах оперативно реагировать на возникшие проблемы. Дополнительно создан действенный канал доступа граждан и институтов гражданского общества к органам публичной власти, посредством которого осуществляется их прямая связь с Администрацией Президента России и

главой государства, а также косвенная с иными органами государственной власти и местного самоуправления¹.

В целом, главное направление работы общественных приемных полномочных представителей Президента Российской Федерации в федеральных округах – консультирование граждан с целью разъяснения их возможностей и прав, оказание практической помощи в решении возникающих проблем, а также получение от граждан информации о происходящем для последующего представления ее полномочным представителям Президента Российской Федерации в федеральных округах. Их деятельность способствует: совершенствованию механизмов защиты прав и свобод человека и гражданина; обеспечению взаимодействия органов публичной власти и населения; постоянному мониторингу социально-экономической, политической, этноконфессиональной ситуаций в регионах, своевременному и адекватному реагирования на них; развитию институтов гражданского общества; учету общественного мнения при разработке и реализации общественно-значимых проектов; работе во взаимодействии с некоммерческими организациями, общественными объединениями, органами государственной власти и местного самоуправления.

В заключение отметим, что Положение о полномочном представителе Президента Российской Федерации в федеральном округе не наделило полномочных представителей Президента Российской Федерации в федеральных округах функцией организации общественных приемных, приема населения, рассмотрения писем, жалоб и обращений граждан, тогда как ранее эта функция имела место нормативного закрепления. Однако она непосредственно связана с зафиксированным в Положении о полномочном представителе Президента Российской Федерации в федеральном округе правом полномочных представителей Президента Российской Федерации в федераль-

¹ См.: Интернет. Официальный сайт полномочного представителя Президента Российской Федерации в Дальневосточном федеральном округе. <http://www.dfo.gov.ru>; Интернет. Официальный сайт полномочного представителя Президента Российской Федерации в Приволжском федеральном округе. <http://www.pfo.ru>.

ных округах направлять на рассмотрение органов государственной власти, органов местного самоуправления, руководителей организаций и должностных лиц жалобы и обращения граждан. Данное право может быть осуществлено только через реализацию указанной функции. В этой связи и в рамках претворения в жизнь норм Федерального закона от 2 мая 2006 г. № 59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации»¹ представляется целесообразным прописать непосредственно в Положении о полномочном представителе Президента Российской Федерации в федеральном округе функцию полномочных представителей Президента Российской Федерации в федеральных округах по организации общественных приемных, приема населения, рассмотрения писем, жалоб и обращений граждан и принятию мер по их разрешению. При этом не лишена смысла разработка и принятие Администрацией Президента Российской Федерации актов, унифицированных регламентирующих вопросы поступления и рассмотрения обращений граждан и организаций в аппараты полномочных представителей, тем более что подобный опыт хорошо зарекомендовал себя в работе федеральных органов исполнительной власти.

А.С. Шолойко²

Украинское законодательство в сфере сельскохозяйственного страхования

Особенности сельскохозяйственного производства обуславливают определенную специфику проведения страхования в этой сфере. Это в свою очередь влияет на повышение стоимости страховой услуги и тем самым делает ее сложно доступной для субъектов хозяйствования. Но в законодательных актах Украины, что регулируют обозначенный вид страхования это было учтено не сразу.

¹ СЗ РФ. 2006. № 19. Ст. 2060.

² Научный руководитель – Н.Я. Демьяненко, д. э. н., проф., акад. УААН.

Целью данной статьи является проведение обзора развития законодательных актов в сфере сельскохозяйственного страхования в Украине и рассмотреть возможные пути их совершенствования.

Первым в истории независимой Украины законодательным документом, в котором отобразилась попытка учесть сложное финансовое положение сельскохозяйственных предприятий и важность механизма страхования для стабилизации процесса производства, стал Закон Украины от 18.01.2001 года № 2238 “О стимулировании развития сельского хозяйства на период 2001 – 2004 годов”. Статьей 15 было отмечено, что частично страховые платежи по обязательному страхованию урожая сельскохозяйственных культур и многолетних насаждений, которое осуществляется государственными сельскохозяйственными предприятиями, а относительно урожая зерновых культур и сахарной свеклы – сельскохозяйственными предприятиями всех форм собственности, компенсируются за счет Государственного бюджета Украины в размере не меньше 50 процентов расходов, понесенных этими предприятиями¹. Но только Законом Украины от 04.10.2001 года “О внесении изменений в Закон Украины “О страховании” вышеуказанный вид страхования для определенных предприятий был отнесен к обязательному². Поскольку законодательством не было предусмотрено ответственности за не страхование, то данное положение осталось декларативным, и субъект хозяйствования самостоятельно решал страховаться ему или нет, или же страховаться ему в обязательной или добровольной форме³.

К тому же согласно ст. 7 Закона Украины “О страховании” для осуществления обязательного страхования Кабинет Министров Украины определяет порядок и правила его проведения, формы типового договора, особенные

¹ Закон України “Про стимулювання розвитку сільського господарства на період 2001-2004 років ” від 18.01.2001 р. № 2238-III / Відомості Верховної Ради (ВВР). 2001. № 11. С. 52.

² Закон України “Про внесення змін до Закону України “Про страхування” від 04.10.2001 р. № 2745-III / Відомості Верховної Ради (ВВР). 2002. № 7. С. 50.

³ Гудзь О.Є. Фінансові ресурси сільськогосподарських підприємств: Монографія К.: ННЦ ІАЕ, 2007. С. 469 – 470.

умови ліцензування обов'язального страхування, розміри страхових сумм і максимальні розміри страхових тарифів або методику актуарних розрахунків¹. При цьому відповідуюче Постановлення Кабінету Міністрів було прийнято тільки 11.07.2002 року², але навіть не зважаючи на це, в державних бюджетах на 2003 – 2004 роки, також як і в попередні роки, гроші на реалізацію задекларованого положення про частинну компенсацію страхових премій так і не були передбачені.

Наступним законодавчим актом, в якому містяться норми страхового законодавства, став Закон “Про державну підтримку сільськогосподарського виробництва України” (24 червня 2004 року). В результаті чого:

- передбачено створення “Фонду аграрних страхових субсидій”;
- сумнівну обов'язковість страхування на юридичному рівні замінили економічним примусом³, так як з'явилось вимога про страхування при отриманні певних видів державної підтримки;
- задекларовану частинну компенсацію в розмірі 50% вартості страхових премій статтею 11.4.2. обмежили межею страхової премії, що не перевищує 5% сумми застрахованого ризику⁴;
- в Госбюджеті України 2005 року вперше виділяється 54 млн. грн. на зменшення вартості страхових платежів, сплачених сільськогосподарськими виробниками¹;

¹ Закон України “Про страхування” від 07.03.1996 р. № 85/96-ВР, зі змінами і доповненнями / Відомості Верховної Ради (ВВР). 1996. № 18. С. 78.

² Постанова Кабінету Міністрів України “Про затвердження Порядку і правил проведення обов'язкового страхування врожаю сільськогосподарських культур і багаторічних насаджень державними сільськогосподарськими підприємствами, врожаю зернових культур і цукрових буряків сільськогосподарськими підприємствами всіх форм власності” від 11.07.2002 р. № 1000 / Офіційний вісник України. 2002. № 29. С. 1379.

³ Дем'яненко М. Я. Фінансові проблеми формування та розвитку аграрного ринку. К.: ННЦ ІАЕ УААН, 2007. С. 28. (Доповідь на Дев'ятих річних зборах Всеукраїнського конгресу вчених економістів-аграрників 26 – 27 квітня 2007 року).

⁴ Закон України “Про державну підтримку сільського господарства України” від 24.06.2004 р. № 1877-IV, зі змінами і доповненнями / Відомості Верховної Ради (ВВР). 2004. № 49. С. 527.

- был разработан Порядок использования средств государственного бюджета, которые направляются на удешевление стоимости страховых премий, фактически уплаченных субъектами аграрного рынка.

Вследствие внедрения всех этих нововведений Фонд аграрных страховых субсидий так и не был создан, а из предусмотренных в государственном бюджете на 2005 год 54 млн. грн. для удешевления страховых премий было использовано только 5 млн. грн.² К тому же, не смотря на выделение денег в государственных бюджетах в последующие годы на частичную компенсацию стоимости страховых премий с учетом расширения перечня культур, по страхованию урожая которых можно получить страховую субсидию, сельскохозяйственное страхование не получило должного развития. Ведь по предварительным данным Минагрополитики, на 1 сентября 2008 года в стране из более чем 26 млн. га сельскохозяйственных угодий было застраховано лишь 466 тыс. га (около 1,7%)³. Это можно объяснить тем, что субсидируемые страховые продукты не отвечают потребностям субъектов хозяйствования, а также тем, что даже при возможности получения страховой субсидии, данный вид страхования все еще является дорогим для сельскохозяйственных предприятий.

Но на сегодняшний день ведется активная работа в направлении преодоления обозначенных проблем в законодательном регулировании сельскохозяйственного страхования. Судя по размещенным Законопроектам на официальном сайте Министерства аграрной политики Украины, можно выделить два обозначившихся пути совершенствования законодательства в этой сфере:

- 1) принятия отдельного Закона о сельскохозяйственном страховании;
- 2) внесение изменений в действующие Законы “О страховании” и “О государственной поддержке сельского хозяйства Украины”.

¹ Закон України “Про Державний бюджет України на 2005 рік” від 23.12.2004 р. № 2285-IV/ Голос України. 2004. № 249 (30.12.2004).

² Дем’яненко М. Я. Фінансові проблеми формування і розвитку аграрного ринку (Доповідь) // Економіка АПК. 2007. № 5. С. 9.

³ В Украине отменяют обязательное страхование сельскохозяйственных рисков // <http://forinsurer.com/news/08/10/06/16974>

Как первым, так и вторым вариантом предусматривается отнесение страхования урожая сельскохозяйственных культур и многолетних насаждений к добровольным видам страхования. Скорее всего, возможное принятие такого положения больше похоже на формальность, ведь аграрии мало страховались в обязательном порядке, но нет сомнений относительно того, что оно будет соответствовать требованиям демократического общества и условиям рыночной экономики, а это уже первый шаг к совершенствованию.

Поскольку 1 октября 2008 года на заседании Кабинета Министров Украины предварительно уже были одобрены изменения к закону “О страховании”¹, это говорит о том, что правительство выбрало второй вариант совершенствования законодательства в сфере сельскохозяйственного страхования. Что касается Законопроекта “О внесении изменений в Закон “О государственной поддержке сельского хозяйства Украины”², то одно из его новых положений свидетельствует о сохранении страховой субсидии в размере не более 50% стоимости страховой премии и о устранении ограничения пределом страховой премии, что не превышает пяти процентов суммы застрахованного риска. То есть, с принятием этого Законопроекта, страховая субсидия станет доступной сельскохозяйственным предприятиям при страховании в добровольной форме, следовательно, надо будет обозначить критерии доступа страховых компаний к предоставлению страховых услуг, что субсидируются государством вместо существующих дополнительных требований на получение лицензии по обязательному виду страхования. Следует также отметить, что при добровольной форме страхования установление страховых тарифов является результатом внутренней политики каждой страховой компании и определяется договором между страховщиком и страхователем. Но если государство финансирует часть страховой премии, то правомерно и его участие

¹ Страхование сельскохозяйственных рисков может стать добровольным // <http://forinsurer.com/news/08/10/01/16918>

² Законопроект “Про внесення змін до Закону України “Про державну підтримку сільського господарства України” // <http://www.minagro.kiev.ua/page/?n=6148>

в этом процессе¹, что необходимо будет учесть при совершенствовании законодательных актов. Также планируется создать вместо Фонда аграрных страховых субсидий Агентство по государственной поддержке страхования сельскохозяйственных рисков, функции которого будут намного шире, чем простое распределение компенсационных денег².

Итак, проблемы совершенствования законодательства в сфере сельскохозяйственного страхования прежде всего обусловлены отсутствием четкой государственной политики в этом направлении. А в целом в Украине создана достаточно развитая правовая основа для регулирования страховых отношений и в страховом законодательстве нет критических противоречий, которые создавали бы непреодолимые препятствия для развития страхового рынка в сельском хозяйстве.

¹ Страхування: Підручник / За ред. В.Д. Базилевича. К.: Знання, 2008. С. 299.

² Дем'яненко М. Я. Фінансові проблеми формування та розвитку аграрного ринку. К.: ННЦ ІАЕ УААН, 2007. С. 28. (Доповідь на Дев'ятих річних зборах Всеукраїнського конгресу вчених економістів-аграрників 26 – 27 квітня 2007 року).

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВАЯ СЕКЦИЯ

А.А. Богустов

Сущность бездокументарных ценных бумаг в праве Республики Польша

Рассмотрение особенностей дематериализованных (бездокументарных) ценных бумаг невозможно без предварительного рассмотрения отличий в трактовке ценных бумаг польской правовой доктриной и доктриной стран бывшего СССР. Во-первых, ГК Польши (ст.921⁶ – 921¹⁶)¹ относит ценные бумаги не к объектам гражданского права, а к обязательствам. Доктрина исходит из того, что ценная бумага является своего рода вещью, "однако не лист бумаги (вещь) обозначает смысл ценной бумаги, а определенное содержание обозначенное на этом листе. Поэтому проблематика ценных бумаг была урегулирована в разделе посвященном обязательственному праву".² Это в свою очередь позволяет обойти ряд проблем, касающихся правовой природы "дематериализованных ценных бумаг" (например, вопрос о характере прав владельца таких ценных бумаг).

Однако, на наш взгляд, нет непреодолимого противоречия между концепцией "ценная бумага – объект гражданских прав" и концепцией "ценная бумага – обязательство". Представляется, что эти расхождения можно преодолеть, взяв за основу теорию "двуединой" природы ценных бумаг, разработанной российским ученым 19 века *Н.О. Нерсесовым*. Суть этой теории состоит в том, что ценная бумага "представляет собой документ (вещь) с информацией об обязательственном праве. Вещная природа ценных бумаг способствует защите интересов ее кредиторов, обязательственно-правовая соответствует интересам их должников. Следовательно, разрешая вопросы, связанные с обращением ценных бумаг – сменой их кредиторов – необходимо

¹ Kodeks Cywilny z 23 IV 1964 r.// Dziennik Ustaw z 1964 r. Nr 16, poz.93, ze zm.

² Radwański Z. Prawo cywilne – część ogólna. Warszawa, 2004. S.126.

руководствоваться нормами о вещных правах. При разрешении же вопросов о возникновении и прекращении прав по ценным бумагам руководством к действию должны становиться нормы обязательственного права".¹ То есть, в тех случаях, когда законодательство трактует ценную бумагу в качестве особого объекта гражданского права, на первый план будет выходить регулирование процесса их обращения. Если же институт ценных бумаг рассматривается в рамках обязательственного права, то законодатель основной целью имеет регулирование вопросов возникновения и прекращения прав по ценным бумагам.

Далее, ГК Польши не содержит универсальной дефиниции ценной бумаги. Это вызвано использованием метода "рамочного регулирования",² характеризующегося значительной степенью абстрактности, и вследствие этого разнородностью нормативной регламентации ценных бумаг. Использование этого метода приводит к тому, что часть ценных бумаг, выступающих предметом регуляции, являются ценными бумагами исключительно условно.

Возможность использования рамочного регулирования вытекает из особенностей Гражданского кодекса, в который 28 июля 1990 был введен раздел "Ценные бумаги" (раздел II, глава XXXVII, ст.921⁶ - 921¹⁶ ГК). Этот раздел содержит положения, относящиеся ко всем типам ценных бумаг, и представляет своего рода "общую часть" права ценных бумаг. Однако польские авторы отмечают, что ценность предписаний Гражданского кодекса в этой сфере незначительна. Например, *Петр Махниковски (Piotr Machnikowski)* указывает, что "в действительности эта "общая часть" не играет большой роли. Основное значение имеют специальные предписания, содержащиеся в законодательстве, регулирующем отдельные типы ценных бумаг".³ Роль пред-

¹ Белов В.А. Предисловие к книге Нерсесов Н.О. Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве. М., 1998. С.10.

² Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania. Tom 2. pod red. Gerarda Biernika – Warszawa, 2005. S. 123.

³ P. Machnikowski. Papiery wartościowy. Podstawy prawa cywilnego i handlowego. Tom II. Prawo handlowe. pod red. Edwarda Gniewka. Warszawa, 2002. S.8.

писаний Гражданского кодекса снижается из-за того, что они "не составляют самостоятельной правовой основы для эмиссии ценных бумаг".¹

Однако и нормы специального законодательства не всегда позволяют однозначно говорить об отнесении того или иного документа к числу ценных бумаг. Например, в п. а) ч.1 ст.3 Закона об обороте финансовых инструментов (*Ustawa o obrocie instrumentami finansowymi*) от 25 июля 2005 г.² содержится "трехступенчатая" дефиниция ценных бумаг. Такой подход к определению ценной бумаги был впервые применен в ранее действовавшем Законе о праве публичного оборота ценных бумаг (*Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi*)³ от 21 августа 1997 г.

Ценными бумагами в понимании Закона об обороте финансовых инструментов являются:

- акции и облигации, а так же другие ценные бумаги эмитентов, выпущенные на основе соответствующих предписаний закона;
- передаваемые права имущественного характера, вытекающие из ценных бумаг (например, дивиденды);
- имущественные права, цена которых зависит непосредственно или опосредованно от стоимости ценных бумаг первых двух сегментов – производные права.

В литературе указывается, что такие предписания законодательства являются результатом частного способа понимания ценных бумаг – "способа абстрагирующегося в значительной степени от отождествления ценной бумаги и его носителя. Ценная бумага становится лишенной материального носителя и трактуется только как "совокупность прав и обязанностей". Причем эти права и обязанности существуют в отношениях между эмитентом уполномоченным лицом".⁴ Разнородность предписаний касающихся определения

¹ Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi. Komentarz. Red. naukowy dr. Ludwik Sobolewski. Warszawa, 1999. S.130.

² Dziennik Ustaw z 2005 r. Nr 183, poz.1538.

³ Dziennik Ustaw z 1997 r. Nr 118, poz.754 ze zm.

⁴ Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi. Komentarz. Red. naukowy dr. Ludwik Sobolewski. Warszawa, 1999. S.35.

ценных бумаг приводят к тому, что дематериализованные ценные бумаги "являются значительно лучше определенными, чем ценные бумаги в форме документа".¹

Однако дефиниция дематериализованной ценной бумаги существует лишь на доктринальном уровне. Например, *P. Machnikowski* определяет ее как электронный документ (электронную запись) подтверждающую субъективное гражданское право и связанное с этим правом таким образом, что реализация права не возможна без существования электронной записи.²

Последствием дематериализации ценных бумаг является признание правового значения так называемых "кодов ценных бумаг". Эмитент не должен отличать прав из ценных бумаг обозначенных тем же самым кодом. Из этого следует, что понятие кода, следующего из права публичного оборота ценных бумаг начинает доминировать над понятием серии.³

Особенностью нормативного регулирования является существование дематериализованные ценные бумаги в двух формах: в форме электронных ценных бумаги (носителем прав, в таких ценных бумагах является электронный документ скрепленный электронной подписью как подписью равнозначной подписи собственноручной) и в форме электронной записи на счете (роль носителя прав для исполнения функции легитимации исполняет депозитарное свидетельство депозитария, квалифицируемое как легитимационный знак).⁴

Порядок создания электронных документов урегулирован Законом об электронной подписи (*Ustawa o podpisie elektronicznym*) от 18 сентября 2001 г.⁵ Из §2 ст.78 ГК Польши следует, что законодатель уравнивает последствия

¹ Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi. Komentarz. Red. naukowy dr. Ludwik Sobolewski. Warszawa, 1999. S.33.

² P. Machnikowski. Papiery wartościowy. Podstawy prawa cywilnego i handlowego. Tom II. Prawo handlowe. pod red. Edwarda Gniewka. Warszawa, 2002. S.13-14.

³ Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi. Komentarz. Red. naukowy dr. Ludwik Sobolewski. Warszawa, 1999. S.33.

⁴ Prawo papierów wartościowych. System prawa prywatnego. Tom 18. Red. Prof. dr hab. Andrzej Szumański –Warszawa, 2005. S.88-89.

⁵ Dziennik Ustaw z 2001 r. Nr 130, poz. 1450

выдачи электронного документа с последствиями выдачи обычного документа.. В соответствии с этим, черты характеризующие электронные ценные бумаги и ценные бумаги - записи на счете будут в определенной степени отличаться.

Выделяют добровольную и обязательную дематериализацию. Принятие решения о дематериализации ценных бумаг может входить в компетенцию эмитента. Например, об этом говорят ст.7 Закона о закладных письмах и ипотечных банках (*Ustawa o listach zastawnych i bankach hipotecznych*) от 29 августа 1997 г.¹ и ст.90 Закона о банковском праве (*Prawo bankowe*) от 29 августа 1997 г.² Однако законодатель определяет случаи обязательной дематериализации ценных бумаг. Из ст.5 Закона об обороте финансовыми инструментами следует, что по общему правилу подлежат дематериализации ценные бумаги, являющиеся предметом публичной оферты, допущенные к обороту на урегулированном рынке либо введенные в альтернативную систему оборота, а также эмитированные государственной казной либо Национальным Банком Польши.

Методом дематериализации является во первых, дематериализация в случае эмиссии новых ценных бумаг как допущенных так и не допущенных к публичному обороту облигаций (ст.5^a Закона об облигациях - *Ustawa o obligacjach* от 29 июня 1996 г.³), ипотечных листов (ст.7 Закона о закладных письмах и ипотечных банках), банковских ценных бумаг (ст.90 Закона о банковском праве). Отличительной чертой таких ценных бумаг является то, что они с момента создания выступают исключительно в форме электронной записи на счете. Во вторых, дематериализация в порядке превращения обычных ценных бумаг в бездокументарные. Отличительная черта этого метода состоит в том, что ценные бумаги с момента создания выступают в материальной форме, а затем материальная форма подлежит превращению в электронную запись.

¹ Dziennik Ustaw z 1997 r. Nr 140, poz.940 ze zm.

² Dziennik Ustaw z 1997 r. Nr 140, poz.939 ze zm.

³ Tekst jedn. Dziennik Ustaw z 2001 r. Nr 120, poz.1300

Кроме того, на практике существует явление "квазидематериализации", которая имеет место с начала 90-х годов 20 века. Этот процесс касается, прежде всего, акций закрытых акционерных обществ (spółek niepublicznych). Например, акционерное общество не исполняет обязанности выдачи документов – акций, заменяя их документами неформальными. Часто акционерные общества эмитируют "общую квитанцию" (odcinek zbiorowy), представляющий все акции или несколько таких квитанций и передают на хранение в банк либо маклерский дом. Оборот такими акциями происходит без выдачи документа.¹

Однако процесс дематериализации не является необратимым. В практике известны процессы материализации (является обратным процессу эмиссии новых ценных бумаг в дематериализованных ценных бумаг) и рематериализации ценных бумаг (является обратным процессу дематериализации уже существующих ценных бумаг). Процесс материализации и рематериализации может быть добровольным и обязательным (в случае отпадения обязательных условий для дематериализации ценных бумаг).

Ценные бумаги в форме электронной записи имеют существенные отличия от традиционных ценных бумаг. Однако справедливым представляется замечание о том, что свойство выступать носителем выраженного в нем имущественного права и свойство формальной легитимации владельца присутствуют у дематериализованной ценной бумаги в форме электронного документа, но не свойственны ценной бумаге в виде записи на счете.²

¹ Prawo papierów wartościowych. System prawa prywatnego. Tom 18. Red. Prof. dr hab. Andrzej Szumański – Warszawa, 2005. S.101.

² Prawo papierów wartościowych. System prawa prywatnego. Tom 18. Red. Prof. dr hab. Andrzej Szumański – Warszawa, 2005. S.105-106.

Надлежащее оформление судебных повесток

как одна из проблем российской судебно-правовой системы

Одной из проблем судебно-правовой системы, на которые указывает Европейский Суд по правам человека является надлежащее оформление судебных повесток и уведомлений о кассационном рассмотрении дел.

Одним из примеров является дело «Бабунидзе против Российской Федерации»¹ (постановление от 15.05.2007). Из материалов дела следует, что заявитель, основываясь на статье 6 Конвенции, жаловался на то, что ему не была предоставлена эффективная возможность присутствовать на заседаниях суда 19.03.2002 г. и, что 30.11.2005 г. областной суд рассмотрел его кассационную жалобу в его отсутствие. Кроме того, заявитель жаловался и на другие факты нарушения его прав.

Власти РФ утверждали, что заявитель злоупотреблял своими процессуальными правами, затягивал судебное разбирательство, в ходе разбирательства дела не явился ни на одно из судебных заседаний, ссылаясь на болезнь, однако доказательств этого не предоставил. По крайней мере на 15 судебных заседаний заявитель не явился без всякой уважительной причины. 10.10.2005 г. заявителю была направлена телеграмма, которую почтальон оставил в ящике (т.к. заявитель дома отсутствовал), дело было рассмотрено в его отсутствие. 30.11.2005 г. заявитель также был надлежаще извещён и, учитывая его предыдущее поведение, областной суд рассмотрел дело в его отсутствие.

Заявитель утверждал, что не мог явиться в связи с болезнью, перед каждым судебным заседанием извещал суд о своей болезни и просил отложить слушание дела.

Верховный Суд РФ согласился с доводами заявителя и 14. 10. 2003 г. отменил решение районного суда, направил дело на новое рассмотрение.

¹ Решение от 15.05.2007 года по вопросу приемлемости жалобы № 3040/03 «Бабунидзе против Российской Федерации» // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. 2007. № 10.

Заявитель утверждал, что и при новом рассмотрении дела районный и областной суд не дали ему возможность участвовать в судебных заседаниях.

ЕС обратил внимание на то, что до 10.10.2005 г. (даты вынесения решения по делу) районный суд назначал, по крайней мере, 16 судебных заседаний, о которых заявитель был извещён. Заявитель не явился ни на одно из заседаний, ссылаясь на слабое здоровье. ЕС отметил, что если заявитель не имел возможности присутствовать на судебных заседаниях лично, у него была возможность воспользоваться услугами представителя и поручить ему ведение дела. О судебном заседании, назначенном на 10.10.2005 г. заявитель был извещён телеграммой, которая была оставлена в почтовом ящике, поскольку самого заявителя не было дома. ЕС признал, что районный суд мог разумно предполагать (так как заявитель не отреагировал на извещение), что заявитель не брал телеграмму потому, что он изменил место жительства, при этом действующее законодательство в спорный период возлагало на стороны обязанность сообщить суду о перемене места жительства. ЕС указал, что отсутствие заявителя в судебных заседаниях районного суда было результатом его собственного усмотрения и несоблюдения им требований национального законодательства.

Принимая во внимание поведение заявителя в процессе рассмотрения дела районным судом, в частности, его многочисленные ходатайства об отложении судебных заседаний, ЕС отметил, что он не может игнорировать требования эффективности и процессуальной экономии, которым должно удовлетворять отправление правосудия. Принимая во внимание определение Верховного Суда РФ от 14.10.2003 г. и последующее рассмотрение дела, где заявителю была предоставлена эффективная возможность присутствовать на судебных заседаниях и представить свои выводы, ЕС пришел к выводу, что власти РФ признали и затем устранили нарушение Конвенции, которое состояло в том, что не известили заявителя о судебном заседании 19.03.2002.

Следовательно, заявитель не мог более утверждать, что он является жертвой в смысле статьи 34 Конвенции, заявленного нарушения пункта 1

статьи 6 Конвенции. Основываясь на перечисленных фактах данная жалобы была отклонена ЕС на основании статьи 34 и пункта 3 и 4 статьи 35 Конвенции.

В данном случае прослеживается пример недостаточной урегулированности вопросов о судебном извещении. Сторона смогла затянуть процесс, а суд, действуя на основе закона предоставил ей такую возможность и практически способствовал ей в сутяжничестве. Несмотря на значимость вопроса, он по сей день остаётся неурегулированным. Нормы ГПК РФ, содержащие правила извещения участников процесса остаются неизменными. В рамках анализа проблемы хотелось бы привести позитивный пример Президиума Арбитражного суда Республики Марий Эл, который в своих рекомендациях от 04.06.2007 № 1/07 «О применении арбитражного законодательства о судебных извещениях» уделяет внимание предлагаемой для исследования проблеме. В рекомендациях упоминается право лица, участвующего в деле указать в исковом заявлении номера телефонов, факсов, адреса электронной почты для правильного и своевременного извещения его о назначении судебного заседания. Арбитражный суд должен использовать письменное или протокольное согласие сторон на подобный порядок уведомления и учитывать срочность их вызова в судебное заседание.

В качестве документа, подтверждающего получение или возможность получения участником судебного спора телеграммы, телефонограммы, факсимильного сообщения или письма по электронной почте необходимо прикладывать копию переданного текста, оставшейся в арбитражном суде с указанием фамилии лица, передавшего этот текст, дату и время его передачи, а также фамилию лица, его принявшего.

Телеграмма, телефонограмма, факсимильное сообщение или письмо для передачи по электронной почте составляются и регистрируются в специальном журнале помощником судьи или секретарём судебного заседания. Они обязаны обеспечить их своевременное направление адресату, а также получить исчерпывающую информацию о лице, принявшем сообщение.

Оформленный в соответствии с требованиями закона документ, содержащий необходимые сведения о дате арбитражного процесса, его сторонах, о виде заявленного спора, признаётся достоверным доказательством надлежащего уведомления лиц, участвующих в деле, о месте и времени судебного заседания и позволяет арбитражному суду вынести решение в отсутствие не явившихся без уважительных причин лиц.

Соответствующие изменения в ГПК РФ с учётом практики президиума Арбитражного Суда Марий Эл представляются целесообразными и будут способствовать своевременному рассмотрению гражданских дел и исключению недобросовестного поведения сторон в процессе

Е.В. Гаврилов

Компенсация нематериального вреда, причинённого юридическим лицам субъектами власти

Вред – это сложная правовая конструкция, являющаяся основным условием наступления юридической ответственности по отношению к правонарушителю, с одной стороны, и защиты нарушенного права потерпевшего, с другой стороны.

Вред – универсальная категория, которая используется в административном, гражданском, трудовом, уголовном праве, а также в других отраслях российского права. В рамках данной статьи «вред» будет рассматриваться только в рамках гражданского и хозяйственного права, а также арбитражного процесса.

Единого определения термина «вред» ни в одном нормативном акте Российской Федерации не содержится.

Чаще всего вред понимается как нарушение или умаление какого-либо имущественного права или нематериального блага¹. В принципе, данная дефиниция является достаточно удачной, особой критики она не вызывает.

¹ Гражданское право: учеб.: в 3 т. Т. 3. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2006. С. 8.

В самом широком виде вред делится на материальный и нематериальный.

Универсального определения терминам «материальный вред» и «нематериальный вред» в российском законодательстве также не имеется.

В настоящей статье мы будем рассматривать указанные категории в следующем понимании (авторской трактовке):

Материальный вред – это вред, причинённый жизни, здоровью или имуществу гражданина либо имуществу юридического лица; поддающийся точному исчислению (на основании документально обоснованных доказательств); связанный с конкретными имущественными потерями (чаще всего выраженными в денежной форме); проявляется в виде убытков, неустойки, недоимки, пени, штрафных санкций и т.п.

Нематериальный вред – вред, связанный с наступлением неблагоприятных последствий нематериального характера, которые не поддаются точному исчислению, являются отрицательными и существенными для потерпевшего, а также привели или могут привести к возникновению убытков, которые представляют собой материальное выражение вреда.

В соответствии с современной судебной-арбитражной практикой основной денежной формой судебной защиты юридических лиц от материального вреда является возмещение убытков, а от нематериального вреда – компенсация нематериального вреда.

На практике компенсация нематериального вреда взыскивается лишь в рамках дел о защите деловой репутации. Именно поэтому часто вместо «компенсации нематериального вреда» используются такие категории как «компенсация вреда, причинённого деловой репутации», «возмещение репутационного вреда», «компенсация нематериального (репутационного) вреда».

В данной связи следует отметить, что при компенсации нематериального (репутационного) вреда юридическим лицам (относительно критериев взыскиваемой суммы) суды зачастую используют аналогию компенсации морального вреда гражданам (в силу ст. 6 ГК РФ, п. 6 ст. 13 АПК РФ). Имен-

но поэтому часто компенсация нематериального вреда также именуется «компенсация морального вреда юридическим лицам». Более того, встречаются случаи, когда компенсация нематериального вреда рассматривается как «взыскание нематериальных убытков», «возмещение неимущественного вреда». Все вышеуказанные обозначения, по сути, – правовые синонимы, равнозначные категории. В рамках данной статьи мы используем термин, который на наш взгляд более соответствует правовой природе юридического лица – компенсация нематериального вреда.

Исследуемый способ защиты продиктован Определением Конституционного Суда Российской Федерации (далее – КС РФ) от 04.12.2003 г. № 508-О, в котором говорится, что «...отсутствие прямого указания в законе на способ защиты деловой репутации юридических лиц не лишает их права предъявлять требования о **компенсации** убытков, в том числе нематериальных, причинённых умалением деловой репутации, или **нематериального вреда**, имеющего своё собственное содержание (отличное от содержания морального вреда, причинённого гражданину), которое вытекает из существа нарушенного нематериального права и характера последствий этого нарушения»¹.

В данном Определении КС РФ от 04.12.2003 г. № 508-О также заложена мысль относительно того, что российские суды в каждом конкретном деле должны устанавливать допустимость применения и пригодности того или иного не запрещённого законом конкретного способа защиты в рамках соответствующего правоотношения, устанавливать и исследовать фактические обстоятельства².

В этой связи Т.Н. Нешатаева совершенно правильно пришла к умозаключению, что «юридическому лицу возмещается репутационный вред, а также иные формы нематериального вреда, которые будут установлены в

¹ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 04.12.2003 г. № 508-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Шлафмана ...» // Здесь и далее, если не оговорено иначе, судебная практика приводится по СПС «Консультант-Плюс».

² Там же.

конкретном деле. То есть ... КС РФ признал, что иные формы нематериального вреда юридических лиц есть, не конкретизируя их»¹.

Действительно, нематериальный вред юридических лиц необязательно ограничивается репутационным вредом. Нематериальный вред юридического лица может заключаться в неудовлетворённости (разочарованности) членов юридического лица и его основателей; неопределённости в планировании решений; препятствиях в управлении компанией (для которых не существует чёткого метода подсчёта последствий); беспокойстве и неудобстве, причинённых членам руководства компании; длительном состоянии неуверенности; проблемах планирования управленческих решений; неприятностях в организационной структуре и др. К слову, - указанные обстоятельства могут возникнуть как результат репутационного вреда, а могут существовать и без его наличия. В любом случае нематериальный вред априори не поддаётся точному исчислению – его нельзя чётко обосновать документально, можно лишь компенсировать, основываясь при этом на справедливости, здравом смысле и номинальных доказательствах. Репутационный вред (не связанный с убытками), а также не имеющие экономического содержания и стоимостной формы негативные последствия вместе образуют комплексное понятие нематериального вреда, содержание которого раскрыто нами выше.

Не смотря на то, что компенсация нематериального вреда юридическим лицам на сегодняшний день взыскивается лишь в рамках дел о защите деловой репутации, в судебной-арбитражной практике исследуемый способ защиты встречается и по другим категориям дел. То есть существует ситуация, когда компенсация нематериального вреда юридическими лицами в исках заявляется (не в рамках дел о защите деловой репутации), но не взыскивается.

Чаще всего это происходит по делам, когда вред юридическим лицам причиняется субъектами власти (как правило, органами исполнительной власти, например Министерством внутренних дел Российской Федерации, Фе-

¹ Юридические страдания // ЭЖ-Юрист. № 17 от 30.04.2008 г.

деральной налоговой службой, Федеральной службой судебных приставов и др.).

Так, например, в архиве Арбитражного суда Красноярского края имеется дело, по которому юридическое лицо ещё в 2002 г. настаивало на взыскании с органа исполнительной власти компенсации нематериального вреда (требование было заявлено как «взыскание нематериальных убытков»)¹. Также данное дело (№ А33-2388/02-С2) безрезультатно рассматривалось судами апелляционной и кассационной инстанций².

Имеются и другие («более свежие») примеры, когда юридические лица требуют у арбитражных судов взыскать с субъектов власти компенсацию нематериального вреда (в её различных модификациях), однако – тщетно³.

Далее заметим, - чаще всего, как показывает практика, хозяйствующие субъекты испытывают нематериальный вред от федеральных налоговых органов.

По этому поводу С. Евсеев отмечает: «Превышение своих полномочий налоговиками - дело практически обыденное и, как правило, ненаказуемое»⁴.

И. Мучичка эти слова подтверждает следующим: «Сейчас налоговики в 90 % случаев нарушают установленные НК нормы при истребовании документов, сроках проведения проверок или блокировании операций по счёту. Такие нарушения увеличивают издержки компаний на копирование документов, предоставление проверяющим места для проверки, услуги юристов и судебные издержки. Известны случаи, когда крупные добывающие компании вынуждены были арендовать самолет для перевозки отчётности в Москву»⁵.

¹ Решение Арбитражного суда Красноярского края от 30.08.2002 г. по делу № А33-2388/02-С2 // Из архива Арбитражного суда Красноярского края.

² См. Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 26.11.2003 г. № А33-2388/02-С2-Ф02-4046/03-С2.

³ См., например: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 26.08.2008 г. № 09-АП-9528/2008-ГК по делу № А40-7356/08-22-53.

⁴ Селиванова М, Селина М. ВАС засудит налоговиков. Компаниям возместят убытки от действий чиновников // РБК daily от 06.03.2008 г.

⁵ Там же.

К сожалению, долгое время национальные суды исходили из довольно консервативной позиции - компенсация нематериального вреда хозяйствующим субъектам не может быть связана с имущественными взаимоотношениями между юридическим лицом и субъектом власти. Итог – юридические лица вынуждены обращаться в Европейский Суд по правам человека (далее – Европейский Суд), благо что Конвенция о защите прав человека и основных свобод им это позволяет.

Европейским Судом, в свою очередь, было вынесено несколько постановлений в пользу российских юридических лиц; в том числе с Российской Федерации была взыскана «справедливая компенсация нематериального вреда»¹.

По указанному вопросу Т.Н. Нешатаева справедливо замечает: «Мы подписали Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод, и решения Страсбургского суда обязательны для всех физических и юридических лиц, чиновников и судей РФ. Это означает, что не важно, есть у нас в законодательстве такая норма или нет, мы должны вред возмещать. Поэтому лучше ввести соответствующие нормы в наше законодательство, а не выполнять решения Европейского суда и нести дополнительные потери»².

Имеющиеся проблемы компенсации нематериального вреда юридическим лицам (в том числе и по делам о защите деловой репутации), опыт Европейского Суда по этому вопросу, в конечном счёте привёл к разработке нормативной конструкции, в соответствии с которой компенсация нематериального вреда юридическим лицам должна иметь место не только по делам о защите деловой репутации, но и по делам, связанным с причинением вреда хозяйствующим субъектам со стороны субъектов власти.

¹ См., например: Постановление Европейского Суда от 14.06.2005 г. по делу «ООО «Русатоммет» против России» (*Rusatomet Ltd. v. Russia*); Постановление Европейского Суда от 05.10.2006 г. по делу «Московское отделение Армии Спасения против России» (*Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*); Постановление Европейского Суда от 05.04.2007 г. по делу «Саентологическая Церковь г. Москвы против России» (*Church of scientology Moscow v. Russia*).

² ФНС заплатит не только за незаконные действия, но и за законные тоже // Учёт. Налоги. Право. № 10 от 12.03.2008 г.

В 2007 г. началась подготовка над двумя проектами Постановлений Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (далее – ВАС РФ), в которых отражена указанная нормативная конструкция.

Первое Постановление имеет «рабочее» название «О возмещении вреда, причинённого государственными органами, органами местного самоуправления, а также их должностными лицами» (далее – Проект 1).

Второе Постановление имеет «рабочее» название ««О способах защиты прав и законных интересов участников экономического оборота в случае причинения им вреда со стороны государственных органов, органов местного самоуправления, а также их должностных лиц» (далее – Проект 2).

На данный момент, в ВАС РФ идёт обсуждение Проекта 1 и Проекта 2, запрашиваются мнения экспертов, вносятся доработки.

Уделим необходимое внимание общей характеристике данных проектов (в редакции на май 2008 г.) применительно к вопросу о компенсации нематериального вреда юридическим лицам.

Если анализировать Проект 1, то можно сказать, что в нём под нематериальным вредом понимается наступление неблагоприятных последствий нематериального характера (ущерб деловой репутации, неопределённость в планировании хозяйственной деятельности, беспокойство, неудобство для акционеров, менеджеров и трудового коллектива) (п. 10). Также упоминается о возможности возмещения нематериального (морального, репутационного) вреда, причинённого в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности организациям и гражданам государственными органами, органами местного самоуправления, а также их должностными лицами (п. 2). Суд может по требованию заявителя присудить выплату денежной компенсации за нематериальный вред, нанесённый государственными органами, органами местного самоуправления, а также их должностными лицами если заявителю были причинены нравственные и физические страдания и если иные формы

возмещения вреда не позволяют в полной мере восстановить нарушенное право (п. 20)¹.

Ещё больше о компенсации нематериального вреда сказано в Проекте 2. Анализируя Проект 2 можно сделать вывод, что нематериальный вред – это наступление неблагоприятных последствий нематериального характера (нанесение морального вреда, репутационного вреда и иного нематериального вреда) (п. 2). Официально закреплено, что для юридических лиц возможна компенсация нематериального вреда. Она реализуется по аналогии закона к компенсации морального вреда (абз. 2 п. 8). Основанием нематериального вреда могут выступать: беспокойство за развитие бизнеса; увеличение рисков ведения хозяйственной деятельности; нестабильность инвестиционного процесса; непредвиденные затраты времени персонала на преодоление возникших затруднений; неопределённость в планировании решений, которые нужно принимать в связи с управлением хозяйственной деятельностью; иные препятствия в управлении им, являющихся следствием действий (бездействия) субъектов власти (п. 9). Требование о возмещении нематериального вреда, причинённого действиями субъектов власти, в форме денежной компенсации на основании статей 151 и 152 ГК РФ должно быть мотивировано с указанием конкретных неблагоприятных последствий, наступивших в результате причинения вреда, а также их степени и продолжительности (п. 23). При этом на лиц, обратившихся с указанным требованием не может быть возложено чрезмерное бремя по доказыванию размера вреда и причинной связи между действием (бездействием) ответчика и неблагоприятными последствиями (абз. 2 п. 19). Для всех субъектов хозяйственной деятельности признана также самостоятельной некая разновидность компенсации немате-

¹ Проект Постановления Пленума ВАС РФ «О возмещении вреда, причинённого государственными органами, органами местного самоуправления, а также их должностными лицами» // <http://arbitr.ru/>

риального вреда – компенсация репутационного вреда (по делам о защите деловой репутации) (п. 10)¹.

Как мы видим некоторые коллизии в упомянутых проектах Постановлений Пленума ВАС РФ имеют место быть, их необходимо устранять. Скорее всего, Пленум ВАС РФ одобрит лишь один из указанных проектов (безусловно, после внесения в него необходимых доработок).

В целом, Проект 1 и Проект 2 в юридических кругах подвергается критике².

Применительно к исследуемому нами способу защиты критика заключается в основном в следующем:

1. Понятие нематериального вреда, указанное в проектах, является достаточно абстрактным, его необходимо конкретизировать, в частности необходимо перечислить – в чём конкретно нематериальный вред может выражаться, и что понимать под «иным нематериальным вредом»³.

2. В проектах не приводится чёткого разделения между способами определения размера материального и нематериального вреда⁴.

3. Указание в проектах на фразу «...присудить выплату денежной компенсации за нематериальный вред...если иные формы возмещения вреда не позволяют в полной мере восстановить нарушенное право» наводит на мысль о том, что, признания самого факта нарушения чаще всего будет достаточно для защиты хозяйствующего субъекта, и компенсация нематериального вреда взыскиваться будет редко⁵.

¹ Проект Постановления Пленума ВАС РФ «О способах защиты прав и законных интересов участников экономического оборота в случае причинения им вреда со стороны государственных органов, органов местного самоуправления, а также их должностных лиц» // <http://arbitr.ru/>

² Астахов С. Лицо юридической национальности // Российская Бизнес-газета. № 653 от 13.05.2008 г.

³ Юридические страдания // ЭЖ-Юрист. № 17 от 30.04.2008 г.; Что есть возмещение вреда? // ЭЖ-Юрист. № 25 от 27.06.2008 г.

⁴ Там же.

⁵ Склярова И. Страдающее юрлицо. У предприятий может появиться механизм судебного возмещения морального ущерба из госбюджета // Время новостей. № 78 от 07.05.2008 г.

4. Прямое указание на возможность компенсации нематериального вреда юридическим лицам может повлечь существенное увеличение количества обращений в суд с требованиями к органам власти о возмещении вреда, «компании будут использовать любые поводы, чтобы посудиться с госорганами»¹.

5. При определении оснований компенсации нематериального вреда не используются гуманитарно-правовые технологии (PRavo), т.е. новый подход к регулированию общественных отношений, который сочетал бы методы юриспруденции и PR².

Действительно, проблемных вопросов относительно компенсации нематериального вреда юридическим лицам – очень много. Многие специалисты указывают, что прежде чем разъяснять сущность компенсации нематериального вреда юридическим лицам на уровне Постановления Пленума ВАС РФ, необходимо внести соответствующие изменения в федеральное законодательство, в котором должно быть предусмотрено право юридических лиц на компенсацию нематериального вреда (на данный момент это напрямую не предусмотрено).

К слову, - к октябрю 2008 г. Верховным Судом Российской Федерации (далее – ВС РФ) завершилась подготовка законопроекта «О возмещении государством вреда, причинённого нарушением права на судопроизводство в разумные сроки и права на исполнение в разумные сроки вступивших в законную силу судебных актов», суть которого состоит в том, что в российской правовой системе вводится дополнительная категория дел, направленная на защиту права на справедливое судебное разбирательство в разумные сроки³. Не смотря на то, что указанный законопроект имеет массу спорных вопро-

¹ Там же; Селина М. Сбереечь нервы бизнесменов пытается Высший арбитражный суд // РБК daily от 25.04.2008 г.

² Жданухин Д.Ю. [и др.] Моральный вред, деловая репутация ... судебная практика в поисках истины // <http://www.kommentarii.ru/theme/579>

³ Проект ФКЗ «О возмещении государством вреда, причинённого нарушением права на судопроизводство в разумные сроки и права на исполнение в разумные сроки вступивших в законную силу судебных актов» // http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=5491

сов¹, его сегодняшнее рассмотрение Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации (далее – ГД ФС РФ) может привести к тому, что ранее охарактеризованные Проект 1 и Проект 2 будут не реализованы.

Усугубляет положение и тот факт, что уже к концу осени 2008 г. на рассмотрение ГД ФС РФ может быть внесён ещё один законопроект разработанный ВС РФ, представляющий собой таблицы, по которым будут рассчитываться выплаты при компенсации морального вреда². Учитывая то, что компенсация морального вреда очень тесно связана с компенсацией нематериального вреда – могут возникнуть определённые коллизии с уже подготовленными Проектом 1 и Проектом 2.

В заключении отметим, что категория «компенсация нематериального вреда юридическим лицам» требует дальнейшего теоретического и практического исследования. И тот аспект, что Российская Федерация расширяет сферу применения данной категории, является красноречивым подтверждением демократизации правовой реформы в нашей стране!

Е.Г. Дорохина

Проблемы совершенствования законодательства о банкротстве

К рассмотрению Государственной Думой РФ во втором чтении подготовлен законопроект, вносящий в Федеральный закон от 26.10.2002г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)». Согласно законопроекту существенное изменение претерпевает правовое положение арбитражного управляющего, что вполне закономерно, поскольку проблемы правоприменения, а также острые дискуссии последнего времени в научной среде относительно правовой природы арбитражного управляющего, его места и роли в ходе ве-

¹ Мнение Европейского суда по правам человека об инициативе Верховного суда РФ о защите прав граждан на справедливый суд // <http://sutyajnik.ru/news/2008/10/1000.html>; Поздняков М. Возмещать вред легче, чем предотвратить? // ЭЖ-Юрист. № 41 от 17.10.2008 г.

² Страндания по тарифу // ЭЖ-Юрист. № 35 от 05.09.2008 г.

дения процедур банкротства, подвигли законодателя к уточнению как самого понятия «арбитражный управляющий», так и характера его связей с иными участниками банкротства.

Рассмотрим один из аспектов нового статуса арбитражного управляющего, в частности относимость его деятельности к частной практике. Следует положительно оценить попытку разработчиков законопроекта внести ясность в вопрос о правовой сущности арбитражного управляющего, поскольку ныне действующий Закон о банкротстве не дает прямого ответа на этот вопрос, в связи с чем и в науке и в практике, вопрос о правовой сущности арбитражного управляющего не находит однозначного решения и является предметом острых споров.

Согласно правовой позиции Конституционного Суда РФ, изложенной в Постановлении от 19.12.2005г. № 12-П по делу о проверке конституционности абз.8 пункта 1 ст.20 ФЗ РФ «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобой гражданина А.Г. Меженцева,¹ публично-правовая цель института банкротства, а именно обеспечение гарантированного баланса прав и законных интересов лиц, участвующих в деле о банкротстве, достигается с помощью арбитражного управляющего, решения которого являются обязательными и влекут последствия для широкого круга лиц, в силу чего, арбитражный управляющий наделен публично-правовым статусом.

С публично-правовых позиций рассматривает проблему В.Ф. Попондопуло, имея в виду процессуальный аспект арбитражного управления: арбитражный управляющий выступает участником исполнительного производства – органом принудительного исполнения арбитражно - судебных актов в соответствующей исполнительной процедуре. В материально – правовом плане арбитражное управление тяготеет к доверительному управлению.²

В зависимости от ведения той или иной процедуры банкротства рассматривает правовую природу арбитражного управления А.Н. Семина. При

¹ СЗ РФ. 2006. № 3. Ст. 335

² Попондопуло В.Ф. Конкурсное право: Правовое регулирование несостоятельности (банкротства): Учеб. пособие. М, 2001. С.143

наблюдении и финансовом оздоровлении арбитражное управление призвано отстаивать государственные, публичные интересы, при внешнем управлении – частные, причем посредством представительства от имени должника.¹ Разделяют позицию относительно частноправового характера арбитражного управления А.В. Егоров (представительство от имени должника при ведении внешнего управления и конкурсного производства)², А.И. Белоликов (управление как услуга, оказываемая в интересах кредиторов во всех процедурах банкротства),³ Ю.В.Тай (управление в рамках индивидуальной предпринимательской деятельности, а также осуществление функций органов управления юридического лица при внешнем управлении и конкурсном производстве).⁴

Автором настоящей статьи ранее уже высказывалась точка зрения относительно того, что деятельность арбитражного управляющего близка к деятельности лиц привилегированных профессий (нотариусы, адвокаты, аудиторы), выполняющих особые социально - значимые функции и не преследующих цели извлечения прибыли, в связи с чем, статус индивидуального предпринимателя является чужеродным правовой природе арбитражного управляющего.⁵ Таким образом, определение деятельности арбитражного управляющего как частной практики, без отнесения ее к предпринимательской, представляется наиболее соответствующим сущности арбитражного управления, как вида деятельности.

¹ Семина А.Н. Банкротство: вопросы правоспособности должника юридического лица. - М.: Экзамен, 2004. С.108.

² Денисов С.А., Егоров А.В., Сарбаш С.В. Реабилитационные процедуры в деле о банкротстве- М., 2003. С.36. Аналогичную точку зрения выражает А.С.Гутникова: конкурсный управляющий, имея промежуточное положение между органом и представителем юридического лица, приближается к статусу законного представителя должника. См. Гутникова А.С. Правовое регулирование открытия и проведения конкурсного производства: Автореф. дис... канд. юрид. наук. М. 2004. С.6.

³ Белоликов А.И. Банкротство как способ защиты нарушенных прав: Автореф. дис... канд. юрид. наук. М. 2004. С. 14.

⁴ Тай Ю.В. Правовые проблемы арбитражного управления: Дис... канд. юрид. наук. М.2005. С.45.

⁵ Дорохина Е.Г. Проблемы предпринимательской деятельности арбитражного управляющего. // Правоведение. Известия высших учебных заведений. 2004. №1. С.

Законопроект, определяя деятельность арбитражного управляющего как частную практику, вместе с тем, не дает определения частной практики применительно к сфере арбитражного управления. Универсального определения понятия «частная практика» в законодательстве нет, в связи с чем, законодатель наделяет это понятие различными признаками в зависимости от сферы и целей правового регулирования.

Согласно правовой позиции Конституционного Суда РФ, изложенной в Постановлении от 23 декабря 1999г. № 18-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 1, 2, 4 и 6 ФЗ РФ «О тарифах страховых взносов в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Государственный фонд занятости населения Российской Федерации и в фонды обязательного медицинского страхования на 1999 год» и ст. 1 ФЗ РФ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О тарифах страховых взносов в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Государственный фонд занятости населения Российской Федерации и в фонды обязательного медицинского страхования на 1998 год» *самозанятые граждане, к коим относятся индивидуальные предприниматели, занимающиеся частной практикой нотариусы, главы крестьянских (фермерских) хозяйств, адвокаты, осуществляют свободно избранную ими деятельность на основе частной собственности и на свой страх и риск.*

Вместе с тем, различия между частнопрактикующими субъектами (весьма существенные) предопределяются не только сферой деятельности, но и совокупностью правового инструментария, используемого при регулировании отношений с участием данных лиц и в процессе правореализации.

Так, в основе правового статуса частного нотариуса лежит функция публичной власти – совершение нотариальных действий от имени Российской Федерации. Согласно Постановлению Конституционного Суда РФ от 19 мая 1998 г. № 15-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 2, 12, 17, 24 и 34 Основ законодательства РФ о нотариате» дея-

тельность занимающихся частной практикой нотариусов является особой юридической деятельностью, которая осуществляется от имени государства, чем предопределяется специальный публично-правовой статус нотариусов. Деятельность нотариуса призвана обеспечить реализацию конституционного права каждого на получение квалифицированной юридической помощи (ст. 48 Конституции РФ).

В свою очередь частная медицинская практика – это оказание медицинских услуг медицинскими работниками вне учреждений государственной и муниципальной систем здравоохранения за счет личных средств граждан или за счет средств организаций в соответствии с заключенными договорами (ст. 56 Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан).

Как видим, в первом случае отношения, связанные с частной практикой, находятся в области публично- правового регулирования, во втором – частная практика представляет собой объект частноправового регулирования.

Таким образом, не определившись с сущностью понятия «частная практика» применительно к арбитражному управлению, разработчики законопроекта так и не решили проблему правового статуса арбитражного управляющего. А между тем, корень проблемы кроется в определении доминирующего способа и метода правового регулирования поведения арбитражного управляющего.

Поведение арбитражного управляющего определяется сочетанием позитивных обязываний (норм, предписывающих определенное поведение) и дозволений, поскольку исполнение обязанностей осуществляется усмотрением арбитражного управляющего, ориентированным на соблюдение разнонаправленных «чужих» интересов (интересов должника, кредиторов и общества) и необходимость достижения целей и задач ведения процедур банкротства.

В основе реализации полномочий арбитражного управляющего лежит децентрализованное правовое регулирование, метод координации. Основным

материально-правовым средством, используемым арбитражным управляющим, является гражданско-правовой договор (особенно в ходе внешнего управления и конкурсного производства). Осуществление полномочий по организации деятельности кредиторов (созыв и проведение собрания кредиторов, ведение реестра требований кредиторов и пр.) обусловлено разобщенностью кредиторов и необходимостью координации их усилий для получения удовлетворения своих требований к должнику, что в плане правовой квалификации близко к совершению действий в чужих интересах без поручения. Организационная функция управляющего, таким образом, не предполагает руководства лицами, участвующими в деле о банкротстве. Арбитражному управлению не присуща регулятивная функция, поскольку управляющий не устанавливает правила поведения иных лиц, напротив, свои полномочия (например, по реализации плана внешнего управления) он реализует в заданном собранием кредиторов направлении, учитывая при этом интересы должника. Функция руководства при проведении процедур внешнего управления и конкурсного производства присуща арбитражному управляющему только по отношению к работникам должника,¹ при этом стимулирующее воздействие на эффективность труда имеет ограничения, связанные с регулированием фондов потребления должника со стороны собрания кредиторов. Контрольные полномочия арбитражного управляющего реализуются преимущественно посредством процессуально-правовых средств, с помощью обращений в арбитражный суд с заявлениями и ходатайствами.

¹ Статья 20 ТК РФ допускает заключение трудового договора иным лицом, нежели работодатель, на основании федеральных законов. Однако Закон о банкротстве не предоставляет внешнему управляющему права заключать трудовые договоры, ограничившись расплывчатой формулировкой нормы п.1 ст. 94: «управление делами должника возлагается на внешнего управляющего». На наш взгляд, Закон о банкротстве должен конкретизировать полномочия внешнего управляющего по осуществлению полномочий работодателя, обозначив пределы действий управляющего рамками целей процедуры внешнего управления. Действия управляющего по отношению к работникам должника, ухудшающие их положение, будь-то решение вопросов о сокращении штатов, изменении существенных условий трудового договора или о переводе на другую работу в связи с производственной необходимостью, должны совершаться исключительно с целью восстановления платежеспособности должника, причем только в случае, если указанная цель не может быть достигнута иными способами.

Важно заметить, что арбитражный управляющий является основным, но не единственным субъектом управления в организованной системе банкротства. Отдельные функции управления выполняются собранием кредиторов (планирование, контроль), комитетом кредиторов (организация, контроль), должником (организация), федеральными органами исполнительной власти при банкротстве отдельных категорий предприятий-должников, Банком РФ (при банкротстве кредитной организации). Особое положение в системе банкротства занимает арбитражный суд, реализация контрольной функции которого, осуществляемой в рамках правосудия с использованием дискреционных полномочий, также призвана обеспечивать управляемость всей системой банкротства.

Таким образом, частная практика в сфере арбитражного управления представляет собой профессиональную деятельность в рамках управления системой банкротства, необходимую, прежде всего, для координации всех элементов системы банкротства в целях максимального удовлетворения требований кредиторов за счет имущества должника. Указанная профессиональная деятельность реализуется арбитражным управляющим в рамках судебного дела о банкротстве посредством осуществления социально значимых полномочий в интересах широкого круга лиц (должника, кредиторов и общества), который сам при этом не является носителем публичного интереса.

В этом смысле, правовая природа арбитражного управляющего близка к статусу адвоката, определенному законодателем в п.1 ст. 2 ФЗ РФ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ»: адвокат является независимым профессиональным советником по правовым вопросам и не вправе вступать в трудовые отношения в качестве работника, за исключением научной, преподавательской и иной творческой деятельности, а также занимать государственные должности.

**Особенности содержания общего имущества
товарищества собственников жилья¹**

Проблема содержания жилого фонда становится все более актуальной в ходе жилищно-коммунальной реформы, поскольку на собственников возлагается обязанность несения всех расходов по содержанию помещений и ответственность за их сохранность. С целью надлежащего содержания общего имущества в многоквартирном доме, обеспечения благоприятных и безопасных условий проживания граждан и решения других вопросов статья 161 ЖК РФ² обязывает собственников помещений в многоквартирном доме выбрать на общем собрании способ управления домом, одним из которых является товарищество собственников жилья (ТСЖ).

Собрание собственников признается правомочным, если в нем приняли участие собственники помещений лично или их представители, обладающие в целом не менее 50% голосов от общего числа голосов, то есть от общего числа собственников (п.3 ст. 45 ЖК РФ). При соблюдении установленных ЖК РФ требований решения собраний собственников являются обязательными для всех собственников помещений в таком доме, в том числе и для тех, которые не принимали участия в проведении собрания. Ст. 44 ЖК РФ к компетенции общего собрания относит не только выбор способа управления многоквартирным домом, но и принятие решений о его реконструкции, ремонте и передаче в пользование общего имущества, использовании земельного участка. Представляется обоснованной точка зрения, что более целесообразно к компетенции общего собрания отнести принятие решений о капитальном ремонте, ввиду его большей значимости для всех собственников помещений, а также с точки зрения размера затрат на его проведение. Вопросы

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РГНФ в рамках научно-исследовательского проекта РГНФ «Товарищество собственников жилья как инструмент реформы жилищно-коммунального хозяйства», проект № 08-03-85302 а/У.

² Жилищный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004, № 188 –ФЗ/СЗ РФ. 2005. № 1. Ст. 14.

текущего ремонта можно отнести к компетенции общего собрания членов ТСЖ¹.

Собственники помещений в многоквартирном доме участвуют в расходах, связанных с обслуживанием и ремонтом общего имущества многоквартирного дома и содержанием придомовой территории, соразмерно занимаемой ими площади в этом доме. Вопросы установления сроков внесения и размера обязательных платежей на восстановление и проведение ремонта многоквартирного дома и оборудования, образования резервного и других фондов товарищества решаются на общем собрании членов товарищества собственников жилья (ст. 145). Решение таких вопросов принимается не менее чем двумя третями голосов от общего числа голосов членов товарищества. С домовладельцами, не являющимися членами ТСЖ, заключаются договоры о техническом обслуживании многоквартирного дома и взимании оплаты только необходимых расходов, связанных с управлением многоквартирным домом. Обязанность нести такие расходы возлагается и на собственников помещений не использующих их.

Согласно ст. 136 ЖК РФ ТСЖ может быть создано при объединении нескольких многоквартирных домов, нескольких близко расположенных жилых домов, предназначенных для проживания одной семьи, дачных домов. При этом должны выполняться условия: 1) помещения принадлежат различным (не менее чем двум) собственникам помещений, 2) помещения, а также сети инженерно-технического обеспечения и другие элементы инфраструктуры располагаются на общем земельном участке или нескольких соседних (граничащих) земельных участках.

ТСЖ не приобретает право собственности на жилые помещения, принадлежащие их законным владельцам, однако может иметь на праве собственности нежилые помещения и коммуникации, имеющиеся в жилом доме (общее имущество дома). Доля в праве собственности на общее имущество

¹ См.: Лушкин С.А., Федоров С.И., Шанталей А.В. Способы управления многоквартирным домом. Товарищество собственников жилья. ЗАО «Юстицинформ». 2007.

дома принадлежит каждому собственнику жилого и нежилого помещения в многоквартирном доме и возникает в момент возникновения права собственности на приобретенное ими помещение в доме. Согласно ст. 37 ЖК РФ доля пропорциональна размеру общей площади указанного помещения. При этом общая площадь жилого помещения состоит из суммы площади всех частей такого помещения за исключением балконов, лоджий, веранд и террас (ст.15 ЖК РФ).

К общему имуществу статья 290 ГК РФ¹ относит общие помещения дома, несущие конструкции дома, механическое, электрическое, санитарно-техническое и иное оборудование за пределами или внутри квартиры, обслуживающее более одной квартиры. Ст. 36 ЖК РФ приводит более полный открытый перечень объектов общего имущества. Для отнесения объекта к общему имуществу необходимо учитывать следующие критерии: 1) не является частью квартиры или самостоятельно используемого нежилого помещения; 2) предназначено для обслуживания более одного помещения дома; 3) предназначено для обслуживания, эксплуатации и благоустройства дома; 4) расположено в пределах границ земельного участка, выделенного под данный многоквартирный дом².

К общему имуществу относятся межквартирные лестничные площадки, лестницы, лифты³, коридоры, технические этажи, чердаки, помещения с инженерными коммуникациями, а также крыши, ограждающие несущие и не-несущие конструкции, механическое, электрическое, санитарно-техническое и иное оборудование, обслуживающее более одного помещения в данном доме⁴. К несущим конструкциям относятся балки, плиты, колонны, перекры-

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (Часть первая) от 30.11.1994. № 51-ФЗ // СЗ РФ.1994.№ 32. Ст. 3301.

² См.: Свит Ю.П. Понятие и правовой режим общего имущества многоквартирного дома // Жилищное право. 2006. № 6.

³ Постановление Госгортехнадзора РФ от 16.05.2003 № 31 «Об утверждении правил устройства и безопасной эксплуатации лифтов» // Российская газета (специальный выпуск), № 120/1. 2003.

⁴ См. подробнее: Постановление Правительства РФ от 13.08.2006. № 491 «Об утверждении Правил содержания общего имущества в многоквартирном доме и правил изменения

тия, которые выдерживают нагрузки от веса ограждающих конструкций (наружные входные двери, ограждения балконов и кровли), функция которых заключается в отграничении помещений в доме от других помещений или улицы¹.

Так, товарищество собственников жилья «Выучейского, 16» обратилось в суд с иском к ОАО «Мобильные ТелеСистемы» об обязанности демонтировать (убрать) с фасадов ограждающих несущих и ненесущих конструкций дома 16 по улице Выучейского, конструкции, на которых изображено яйцо и три буквы "М", "Т", "С". В обоснование своих требований ТСЖ сослалось на то, что фасад дома является общим имуществом собственников помещений в многоквартирном доме, без согласия которых ответчик установил конструкцию и уклоняется от заключения договора на ее размещение². Исковые требования судом удовлетворены.

В общее имущество также включается земельный участок, на котором расположен дом, с элементами озеленения и благоустройства и иные объекты, предназначенные для обслуживания, эксплуатации и благоустройства данного дома (коллективные автостоянки, гаражи, детские и спортивные площадки), расположенные в границах земельного участка, на котором расположен многоквартирный дом.

Практическое значение имеет установление границ указанного имущества и эксплуатационной ответственности. Так, внешними границами являются: 1) для сетей газоснабжения – место соединения первого запорного устройства с внешней газораспределительной сетью; 2) для сетей электро-, тепло-, водоснабжения и водоотведения, информационно-телекоммуникационных сетей (в том числе сетей проводного радиовещания,

размера платы за содержание и ремонт жилого помещения в случае оказания услуг и выполнения работ по управлению, содержанию и ремонту общего имущества в многоквартирном доме ненадлежащего качества и (или) с перерывами, превышающими установленную продолжительность» //СЗ РФ. 2006. № 34. Ст. 3680.

¹ Гордеев Д.П. Подходы к регулированию содержания общего имущества в многоквартирном доме // Жилищное право. 2006. № 6.

² Определение ВАС РФ от 27 августа 2008 г. № 10852/08 // СПС «КонсультантПлюс» (документ официально не опубликован).

кабельного телевидения, линий телефонной связи и др.) - внешняя граница стены многоквартирного дома, либо место соединения коллективного (общедомового) прибора учета с соответствующей инженерной сетью, входящей в многоквартирный дом;

Внутридомовая система электроснабжения в составе общего имущества (вводно-распределительные устройства, аппаратура защиты, общедомовые приборы учета электрической энергии, этажные щитки, осветительные установки помещений общего пользования, автоматически запирающиеся устройства дверей подъездов, кабели от внешней границы и др.) расположена в промежутке до индивидуальных, квартирных приборов учета электрической энергии. Согласно с Правилами содержания общего имущества в многоквартирном доме электросчетчики независимо от места их установки (в квартире или на лестничной клетке) к общему имуществу не относятся. Их замена во время текущего или капитального ремонта осуществляется за счет проживающих в квартире граждан.

К внутридомовым инженерным системам холодного и горячего водоснабжения и газоснабжения относятся стояки и ответвления от них до первых запорно-регулирующих кранов на отводах внутриквартирной разводки, а также механического, электрического, санитарно-технического и иного оборудования, расположенного на этих сетях. Внутридомовая система отопления состоит из стояков, обогревающих элементов, регулирующей и запорной арматуры, общедомовых приборов учета тепловой энергии, а также другого оборудования, расположенного на этих сетях.

Собственники помещений в многоквартирном доме, в целях выполнения обязанности по содержанию общего имущества, вправе самостоятельно определять состав общего имущества в многоквартирном доме, руководствуясь пунктами 2 - 9 Правил содержания общего имущества. При определении состава общего имущества используются содержащиеся в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним сведения о правах на объекты недвижимости, являющиеся общим имуществом, а также

сведения, содержащиеся в государственном земельном кадастре. Письмом Министерства регионального развития РФ разъяснен порядок определения перечня общего имущества собственников помещений в многоквартирном доме¹.

Одним из направлений деятельности органа управления ТСЖ по содержанию общего имущества является обеспечение соблюдения прав и законных интересов собственников помещений и иных лиц, безопасности для жизни и здоровья граждан, сохранности имущества и архитектурного облика дома в соответствии с проектной документацией. Помещения общего пользования должны быть доступны для жильцов дома, а коммуникации, предназначенные для предоставления коммунальных услуг – в постоянной готовности. Орган управления должен обеспечить освещение, уборку и санитарно-гигиеническую очистку помещений общего пользования и земельного участка; сбор и вывоз бытовых отходов, текущий и капитальный ремонт, подготовку к сезонной эксплуатации и содержание общего имущества, меры пожарной безопасности².

К. обратился в Верховный Суд Российской Федерации с заявлением о признании недействующим подпункта "д" пункта 11 Правил содержания общего имущества в многоквартирном доме, указав, что твердые бытовые отходы не являются общим имуществом, а услуга по вывозу и сбору твердых бытовых отходов не может рассматриваться как содержание общего имущества дома. Организация сбора и вывоза таких отходов, накапливаемых в контейнерах, возложена на органы местного самоуправления. Плата за их вывоз взимается не с одного человека, а с 1 кв. м жилой площади квартиры в составе средств, собираемых на содержание и ремонт общего имущества дома³.

¹ Письмо Министерства регионального развития РФ от 04.04.2007 N 6037-PM/07 «Об определении перечня общего имущества собственников помещений в многоквартирном доме // Журнал руководителя и главного бухгалтера ЖКХ, № 7. 2007 (ч. II),

² Правила и нормы технической эксплуатации жилищного фонда, утвержденные Постановлением Госстроя России от 27 сентября 2003 года N 170 // РГ. 2003. 23 октября.

³ Определение ВС РФ от 21 февраля 2008 г. № КАС07-764// СПС «КонсультантПлюс» (документ официально не опубликован).

Разрешая дело, суд исходил из того, в соответствии с Правилами и нормами технической эксплуатации жилищного фонда, оборудование и иные объекты, используемые для сбора твердых бытовых отходов (мусоропроводы, контейнеры, и т.п.), предназначены для обслуживания и эксплуатации всего многоквартирного дома. Сбор и вывоз твердых бытовых отходов, образующихся в результате деятельности жильцов многоквартирного дома является составной частью содержания общего имущества многоквартирного дома.

Составной частью управления многоквартирным домом является надлежащее содержание общего имущества многоквартирного дома, от которого зависит состояние дома в целом, благоприятность и безопасность условий проживания в нем граждан, показатели износа и общий срок его службы, а также стоимость помещений в нем¹.

Следует отметить, что понятие «надлежащее содержание общего имущества» законодательно не определено, однако Правила и нормы технической эксплуатации жилищного фонда содержат основные требования в данной сфере. Содержание и ремонт общего имущества жилых домов включают в себя комплекс работ и услуг по техническому обслуживанию общих коммуникаций, технических устройств и технических коммуникаций жилых домов, выполняемых в течение всего жизненного цикла здания постоянно или с установленной нормативными документами периодичностью в целях поддержания его сохранности и надлежащего санитарно-гигиенического состояния. Для выявления несоответствия состояния общего имущества установленным требованиям органу управления домом необходимо регулярно проводить его осмотр, результаты которого оформляются актом. Акт является основанием для принятия решения о мерах, необходимых для устранения неисправностей в помещениях общего пользования.

Текущий ремонт общего имущества проводится с периодичностью 3-5 лет для предупреждения преждевременного износа элементов общего иму-

¹ Михайлов В.К. Управление многоквартирным домом как категория жилищного права // Семейное и жилищное право. 2008. № 1.

щества, поддержания их эксплуатационных показателей, устранения повреждения и неисправности. Если физический износ общего имущества не обеспечивает безопасность жизни и здоровья граждан, сохранность имущества, что подтверждается предписанием, выданным Государственной жилищной инспекцией¹, уполномоченной осуществлять государственный контроль за использованием и сохранностью жилищного фонда, собственники помещений обязаны немедленно принять решение о капитальном ремонте.

Сведения о составе и состоянии общего имущества отражаются в технической документации на многоквартирный дом, перечень документов приводится в Правилах содержания общего имущества. Реализация выбранного собственниками помещений способа управления многоквартирным домом не зависит от передачи технической документации на многоквартирный дом и иных связанных с управлением таким домом документов².

Исследуемая форма управления многоквартирным домом стала довольно популярна за рубежом. Преимущества товарищества собственников жилья выражаются в следующем: 1) все собираемые денежные средства аккумулируются на расчетном счете ТСЖ и контролируются им; 2) обеспечение собственников качественными услугами за счет проведения тендера среди обслуживающих и охранных фирм; 3) удобное и быстрое обслуживание собственников обслуживающим персоналом, находящимся непосредственно в доме; 4) возможность влияния каждого собственника на качество и стоимость услуг³.

Одним из основных факторов, сдерживающих инициативу собственников помещений в многоквартирном доме по выбору способа управления домом путем создания товарищества собственников жилья, является возложе-

¹ Постановление Правительства РФ от 26.09.1994 № 1086 «О государственной жилищной инспекции в Российской Федерации» // СЗ РФ.1994. № 23. Ст. 2566.

² Письмо Министерства регионального развития Российской Федерации от 20 декабря 2006 г. № 14313-РМ/07 «О передаче технической документации на многоквартирный дом» // Журнал руководителя и главного бухгалтера ЖКХ. № 4. 2007 (ч. II),

³ Варфоломеев В.В. Организация товарищества собственников жилья: преимущества и проблемы // Юрист. 2006. № 2.

ние бремени капитального ремонта на собственников помещения. Федеральным законом «О фонде содействия реформированию ЖКХ» предусмотрена государственная финансовая поддержка капитального ремонта домов ТСЖ при соблюдении комплекса условий¹. Закон также определяет вид работ, относящихся к капитальному ремонту, таких как ремонт внутридомовых инженерных систем, лифтового оборудования, крыш, подвальных помещений, фасадов.

С целью реализации положений указанного закона по обеспечению условий для участия собственников помещений в многоквартирных домах в управлении такими домами товариществами собственников жилья муниципальными образованиями принят ряд программ².

Представляется, что продвижению жилищной реформы путем создания ТСЖ могут способствовать следующие решения: 1) разработка научного технико-экономического обоснования целесообразности управления в форме ТСЖ, объединения ТСЖ в ассоциации и широкая пропаганда полученной информации, 2) разработка перечня объектов общего имущества при объединении нескольких близко расположенных жилых домов, предназначенных для проживания одной семьи и дачных домов, 3) создание условий для мотивации собственников помещений к разумному и бережному отношению к общему имуществу путем первоочередного формирования земельного участка, проведения капитального ремонта и реконструкции дома; обновления технической документации на многоквартирный дом, управляемый ТСЖ за счет средств муниципальных образований, 4) разработка правил взаимодействия собственников помещений – членов ТСЖ и не вошедших в него.

¹ Федеральный закон от 21. 07. 2007. № 185-ФЗ «О фонде содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства» // Российская газета. № 162. 2007.

² См., например: Решение Собрания депутатов Златоустовского городского округа Челябинской области от 26 декабря 2007 г. № 126-ЗГО «Об утверждении Программы поддержки и развития товариществ собственников жилья Златоустовского городского округа на 2008 - 2010 годы» // СПС «КонсультантПлюс» (документ официально не опубликован).

Прощение долга как основание прекращения обязательств

Становление рыночных отношений в России, развитие предпринимательства, законы конкуренции, от соблюдения которых зависит сама возможность осуществления экономической деятельности, требуют возникновения различных обязательственных правоотношений. А поскольку обязательственные правоотношения с самого начала рассчитаны на прекращение, то, следовательно, возникает потребность участников гражданского оборота знать основания их прекращения.

В современном гражданском праве вопросы применения оснований прекращения обязательств в целом разработаны недостаточно. В настоящее время нет научно-квалификационных исследований, что позволяет утверждать о недостаточной разработанности данной темы в науке гражданского права. Отсутствие исследований в этой области определяет и сложность применения способов прекращения обязательств на практике. Особенно заметна нехватка работ, исследующих такое основание прекращения обязательств как прощение долга.

Действующий ГК РФ впервые предусмотрел прощение долга в качестве основания прекращения обязательств, хотя и ранее в юридической литературе оно признавалось как один из способов прекращения обязательств.

Прощение долга является одним из малоизученных способов прекращения обязательств (наряду с новацией, отступным), а потому вызывает необходимость его более детального рассмотрения.

В соответствии со ст.415 ГК РФ обязательство прекращается освобождением кредитором должника от лежащих на нем обязанностей, если это не нарушает права других лиц в отношении имущества кредитора.

Прощение долга не предполагает какого-либо встречного удовлетворения, иначе отношения сторон превратятся в новацию или отступное.¹ В ре-

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 2000. С.456.

результате прощения долга должник освобождается от своих обязательств перед кредитором.

Предметом сделки прощения долга может выступать только требование, т.е. обязательственное субъективное право. При этом не имеет значения, из какого основания оно возникло: простить можно как договорное требование, так и требование, возникшее из правонарушения.¹

В юридической литературе различные авторы по-разному определяют юридический характер сделки прощения долга. Одни авторы² придерживаются точки зрения, что прощение долга является двусторонней сделкой. Так, Е.А.Крашенинников пишет: «Прощение долга имеет договорную природу и может быть осуществлено не иначе как с согласия должника».³

Другие авторы⁴ считают, что прощение долга – это односторонняя сделка, поскольку для ее совершения не требуется согласия должника.

Представляется, что прощение долга является двусторонней сделкой. Так, в соответствии с п.2 ст.154 ГК РФ односторонней считается сделка, для совершения которой в соответствии с законом, иными правовыми актами или соглашением сторон необходимо и достаточно выражения воли одной стороны. Ст. 415 ГК РФ не предоставляет кредитору права освободить должника от лежащей на нем обязанности своим односторонним волеизъявлением.

Следовательно, прощение долга может осуществляться только по соглашению между кредитором и должником.

¹ Крашенинников Е. О прощении долга // Хозяйство и право. 2002. № 10. С.78.

² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М., 1995. С.300; Мейер Д.И. Русское гражданское право: в 2 ч. Ч.2 (по изданию 1902 г.). М., 1997. С.343; Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 407; Суханов Е.А. (Гражданское право: в 2 т. Том II. Полутом 1: Учебник / Отв.ред. Е.А.Суханов. М., 2002. С.146-147).

³ Крашенинников Е.А. О прощении долга // Хозяйство и право. 2002. № 10. С.77.

⁴ Красавчиков О.А. (Советское гражданское право. Учебник / Под ред. О.А.Красавчикова. Т.1. М., 1968. С.510); Алексеев С.С. Односторонние сделки в механизме гражданско-правового регулирования / Теоретические проблемы гражданского права. Свердловск, 1970. С. 56; Гражданское право. Часть первая / Под общ ред. Илларионовой Т.И., Гонгалов Б.М., Плетнева В.А. М., 2001. С. 451; Гуев А.Н. Гражданское право. Учебник: В 3 т. Т.1. М., 2003. С.405.

Далее, М.И.Брагинский пишет: «Поскольку прощение долга представляет собой освобождение кредитором должника от имущественной обязанности, совершаемое по соглашению между сторонами, оно превращается в предмет договора дарения».¹

Однако не все авторы согласны с данным суждением. К примеру, по мнению К.Анненкова, хотя отречение от права и имеет сходство с дарением, но в то же время и существенно отличается от него тем, что дарение заключается в положительном действии дарителя, совершение которого представляется невозможным без принятия его лицом одаренным, между тем как отречение от права требовать исполнения обязательства есть отрицательное действие, совершение которого представляется возможным и в виде одностороннего акта без участия или согласия должника.²

Е.А.Крашенинников также придерживается точки зрения, что прощение долга не является разновидностью договора дарения («договор о прощении долга есть отличная от договора дарения распорядительная сделка»³).

Особое мнение в ряду авторов высказывает А.М.Эрделевский. Он утверждает: «прощение долга вовсе не обязательно является разновидностью дарения; дарение же в виде освобождения одаряемого от обязанности по отношению к дарителю всегда является одновременно и прощением долга... В случае спора о действительном характере прощения долга вопрос должен решаться в каждом конкретном случае с учетом всех обстоятельств дела, позволяющих выяснить, на достижение каких правовых последствий была направлена воля кредитора. Если она была направлена на сохранение имущественной массы должника путем безвозмездного освобождения его от имущественной обязанности, то в этом случае прощение долга является дарением;

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 2000. С.456.

² Анненков К. Система русского гражданского права. Т.3. СПб., 1901. С.465.

³ Крашенинников Е.А. О прощении долга // Хозяйство и право. 2002. № 10. С.80.

при отсутствии этих условий прощение долга не может быть признано дарением».¹

Представляется, что прощение долга является разновидностью договора дарения. Ст.572 ГК РФ определяет договор дарения как сделку, в соответствии с которой одна сторона (даритель) безвозмездно передает или обязуется передать другой стороне (одаряемому) вещь в собственность либо имущественное право (требование) к себе или к третьему лицу либо освобождает или обязуется освободить ее от имущественной обязанности перед собой или перед третьим лицом. По сути, данная статья указывает именно на прощение долга как на разновидность договора дарения.

Судебная практика также относит прощение долга к разновидности договора дарения. Приведем пример.

ОАО обратилось с иском к Сберегательному банку о признании недействительным договора о прощении долга.

Решением суда первой инстанции иск удовлетворен на основании того, что согласно ст.575 ГК РФ дарение между коммерческими организациями недопустимо. Апелляционная инстанция оставила решение суда в силе.

Кассационная жалоба ответчика оставлена без удовлетворения, а решение суда оставлено в силе.

Как следует из материалов дела, Сбербанк и ОАО заключили договор, в силу которого ОАО освободило банк от уплаты суммы долга. Эта сделка является двусторонней и основана на взаимном соглашении сторон. Из содержания заключенного договора ясно, что кредитор не рассчитывал получить что-либо взамен на сумму прощенного долга. Эти условия соответствуют требованиям ст.572 ГК РФ, поэтому договор квалифицируется как договор дарения. А так как дарение между коммерческими организациями запрещено ст.575 ГК РФ, то суд признал сделку ничтожной.²

¹ Эрделевский А.М. Прощение долга и договор дарения // Российская юстиция. 2000. № 3. С.14.

² Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 30 июля 2001 г. № А38-2/45-01 // СПС ГАРАНТ

Если считать, что сделка прощения долга является договором дарения, то, следовательно, по отношению к ней применимы нормы ГК РФ, устанавливающие запрещение (ст.575) и ограничение (ст.576) дарения.

В ст. 575 ГК РФ перечислены случаи, когда дарение не допускается, кроме обычных подарков, стоимость которых не превышает пяти установленных законом минимальных размеров оплаты труда. В перечень этих случаев включено дарение государственным служащим и служащим органов муниципальных образований в связи с их должностным положением или в связи с исполнением ими служебных обязанностей. Фактически указанная статья разрешает получение этими служащими обычных подарков, причем в связи с их должностным положением или в связи с исполнением ими служебных обязанностей. Иными словами, гражданское законодательство разрешает получение взятки на сумму до пяти минимальных размеров оплаты труда, что противоречит уголовному законодательству. Следовательно, преступления, предусмотренные ст.ст. 290, 291 Уголовного кодекса Российской Федерации¹ – получение и дача взятки, декриминализируются. Такой подход законодателя, разрешающего взятку в размере, не превышающем пяти минимальных размеров оплаты труда, вызывает справедливое возмущение ряда российских ученых и юристов-практиков. Однако до сих пор данный вопрос не урегулирован законодательно.

Представляется, что ст. 575 ГК РФ подлежит корректировке, из нее следует исключить п.3, предусматривающий запрещение дарения, за исключением обычных подарков, государственным служащим и служащим органов муниципальных образований в связи с их должностным положением или в связи с исполнением ими служебных обязанностей.

Кроме того, ст. 575 ГК РФ запрещает дарение, кроме обычных подарков, в отношениях между коммерческими организациями. В связи с этим коммерческой организации, являющейся кредитором в обязательстве, необ-

¹ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. // Собрание законодательства РФ. 1996. № 25. Ст.2954.

ходимо «осторожно применять конструкцию прощения долга, а по возможности лучше использовать другие основания прекращения обязательств. Так, при необходимости фактически простить долг должнику данное действие лучше оформить не в виде соглашения о прощении долга, а в виде отступного (предусматривающего уплату хотя бы символической суммы)».¹ Вообще, вызывает интерес, почему законодателем запрещено дарение лишь в случае, если одаряемым является коммерческая организация. Ведь безвозмездное получение коммерческой организацией имущества вполне соответствует целям извлечения прибыли и запрет на получение ею подарка не может быть обоснован несоответствием этого действия целям ее деятельности (извлечение прибыли). В целом, как представляется, ст.575 ГК РФ в части запрещения дарения между коммерческими организациями подлежит исключению.

Прощение долга допускается, если это не нарушает права других лиц в отношении имущества кредитора, например, освобождение должника от лежащих на нем обязанностей организацией-банкротом. В силу ст.18 Закона «О несостоятельности (банкротстве)» с момента признания должника несостоятельным (банкротом) и принятия решения об открытии конкурсного производства запрещается передача либо другое отчуждение имущества должника (кроме случаев, когда разрешение на отчуждение дано собранием кредиторов), а также погашение его обязательств. Так как в этом случае имущество организации, признанной банкротом, уменьшается, то права кредиторов в отношении этого имущества оказываются нарушенными.

В гражданском обороте институт прощения долга применяется в очень редких случаях, что делает данную норму декларативной. Организации стараются избегать данный способ прекращения обязательств, в связи с чем отсутствует и судебная практика его применения.

Законодателю необходимо более полно раскрыть содержание сделки прощения долга, предусмотреть условия ее совершения. Для устранения про-

¹ Шичанин А., Гривков О. Как избежать ошибок при выборе способа прекращения обязательств // Хозяйство и право. 2001. № 6. С.105.

творечий в понимании положений о прощении долга законодателю необходимо дополнить ст.415 ГК РФ и четко определить, каким образом, кем и когда должно применяться данное основание прекращения обязательств.

**А.Л. Колесников
Л.Г. Колесникова**

**К вопросу о дефиниции «потребитель» как основополагающей
для формирования системы менеджмента качества в вузе**

В приложении «Показатели деятельности высших учебных заведений» к приказу Федеральной службы по надзору в сфере образования и науки «Об утверждении показателей деятельности и критериев государственной аккредитации высших учебных заведений» показатель 1.2. «Качество подготовки» содержит уровень требований, предъявляемый к абитуриентам, соответствие качества подготовки обучающихся и выпускников требованиям ГОС ВПО, эффективность внутривузовской системы обеспечения качества образования, уровень организации научно-исследовательской работы студентов, востребованность выпускников. Граждане, которые обучаются в вузе, обозначены в данном документе как «выпускники», «обучающиеся», «студенты». В соответствии с Федеральным законом от 22.08.1996 №125-ФЗ (ред.от 15.07.2008) «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» «студентом высшего учебного заведения является лицо, в установленном порядке зачисленное в высшее учебное заведение для обучения...». Понятия «обучающийся» и «выпускник», так часто упоминаемых в связи оценкой качества подготовки специалистов в вузах, в нормативно-правовых актах не расшифровываются. В официальном законодательном определении понятия системы образования (ст. 8 Закона РФ «Об образовании») обучающиеся, равно как и педагогические работники, законодателем вообще не включены в состав элементов системы образования Российской Федерации. Такой подход представляется ошибочным уже по одной лишь той причине, что трактовка системы права без главных участников образования – обучающихся и педагоги-

ческих работников – дает основания для определенного противопоставления их органам управления, образовательным стандартам, образовательным программам, образовательным учреждениям, которые и образуют, согласно законодательству, собственно образовательную систему. Таким образом, представляется закономерным вопрос - кто относится к «обучающимся» или «выпускникам», соответствие качества подготовки которых должно соответствовать требованиям образовательных стандартов. В различных педагогических словарях и учебниках по педагогике термин «обучающийся» почти не встречается, а там, где он есть, содержание их подробно не раскрывается. Между тем, научная и практическая необходимость в этом более чем очевидна, поскольку считать обучающимся просто любого индивида, ставящего перед собой цель (или стоящего перед поставленной перед ним целью) получения образования как способа и средства его социализации, явно недостаточно. Не вдаваясь во все особенности этой проблематики, под обучающимся на наш взгляд, следует считать индивида (физическое лицо), который: а) является обладателем и носителем конституционного права на образование и соответствующих законных интересов, б) обладающий универсальной и/или специальной образовательной правосубъектностью (правоспособностью и дееспособностью), в) выступающий субъектом образовательной деятельности, цели, содержание, форм и, процесс которой опосредованы управленческими, организационными, правовыми, педагогическими и иными нормами, принципами, средствами и способами.

В Постановлении Правительства РФ от 05.07.2001 №505 (ред. от 15.09.2008) «Об утверждении правил оказания платных образовательных услуг» мы встречаемся со следующим понятием: «Потребитель образовательных услуг - организация или гражданин, имеющие намерение заказать, либо заказывающие образовательные услуги для себя или несовершеннолетних граждан, либо получающие образовательные услуги лично...». Ни в определении «студент», ни в определении «потребитель образовательных услуг» не содержится указания на результат или качество образовательного процесса.

Дефиниция «потребитель», чрезвычайно важная для формирования системы менеджмента качества в вузе, а, следовательно, для формирования системы управления качеством образования в нормативно-правовой базе отсутствует.

В то же время ГОСТ Р ИСО 9001-2001 Системы менеджмента качества, активно и обоснованно внедряемые в деятельность образовательных учреждений, делает акцент на ориентацию на потребителя (п.5.2., 7.2). В соответствии данному стандарту «организация должна проводить мониторинг информации, касающееся восприятия потребителем выполнения организацией его требований». Известно, что практически ни один документ, относящийся к области обеспечения качества образования, не содержит перечня требований потребителей образовательных услуг, к которым, безусловно, относятся прежде всего студенты (обучающиеся, выпускники).

В менеджменте существует ряд понятий, который позволяет четко определиться с категорией качества, и, прежде всего, это понятия «качество», «качество продукции», «потребительские ценности продукции», «потребитель», «удовлетворенность потребителя». Так под качеством в менеджменте понимают степень соответствия присущих отличительных свойств потребностям или ожиданиям, которые установлены, обычно предполагаются или являются обязательными; под качеством продукции – совокупность ее характеристик, отражающих необходимые потребительские свойства и т.д. В конечном итоге мы всегда выходим на статусное определение «потребитель», которое отсутствует в нормативно-правовых документах по системе высшего профессионального образования, а также - требования потребителя. Кстати, в настоящее время все более актуальным становится вопрос о суверенитете потребителя как независимости последнего от производителя; суверенитет понимается как невозможность диктата производителя по отношению к потребителю. В связи с этим возможно рассмотрение и претензий потребителей, под которыми понимается недовольство потребителей характеристиками товара (услуги), выявленное в ходе послепродажного использования (например, востребованность на рынке труда). Как злободневно звучит данное по

отношению к процессу профессиональной подготовки в вузе. Возможно ли это в системе высшего образования? Безусловно. Стоит только определиться с тем, кто «скрывается» под понятием «потребитель» - студент, работодатель, региональный рынок труда, государство? Это проблема абсолютно четко назрела в настоящий момент, без ее решения невозможно сформировать систему менеджмента качества и систему управления качеством образования в целом.

Ю.Н. Макарова

Правовой статус кредитора по кредитному договору

Процесс производства, распределения и потребления товаров и услуг неизбежно сопровождается тем, что ряд предприятий сферы бизнеса испытывают нехватку денежных средств для осуществления своих коммерческих программ. При этом источниками привлекаемых юридическими лицами финансовых и иных средств выступают как созданные для этих целей специализированные финансово-кредитные учреждения, так и юридические лица, имеющие общую правоспособность и не ограниченные в своей деятельности отдельными видами. Кроме того, ныне действующее гражданское законодательство позволяет и гражданам быть участниками заемных отношений, причем как в бытовой, так и в предпринимательской области деятельности.

Кредитный договор является разновидностью договора займа. Одним из ключевых критериев отграничения кредитных отношений от заемных является субъектный состав. Так, по договору займа займодавцем может быть любой субъект гражданского права, а в качестве кредитора по кредитному договору может выступать только банк или иная кредитная организация.

Рассмотрим правовой статус кредитора по кредитному договору.

Согласно ст.1 Закона о банках и банковской деятельности, кредитной организацией является юридическое лицо, которое для извлечения прибыли как основной цели своей деятельности имеет право осуществлять банковскую деятельность на основании специальной лицензии Банка России. Кре-

дитная организация образуется на основе любой формы собственности как хозяйственное общество. Для кредитной организации допустима только одна из трех организационно-правовых форм: акционерное общество, общество с ограниченной ответственностью или общество с дополнительной ответственностью. Основной целью деятельности кредитных организаций является извлечение прибыли.

Требование о государственной регистрации кредитной организации основано на положениях ст. 51 ГК РФ, в соответствии с которой юридическое лицо подлежит государственной регистрации в порядке, определяемом Федеральным законом «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей».

Государственная регистрация кредитной организации – это внесение кредитной организации в Книгу государственной регистрации кредитных организаций на основании соответствующего решения Банка России с целью придания юридической силы факту создания кредитной организации (как хозяйственного общества на основе любой формы собственности) и приобретения ею статуса юридического лица, а также учета и контроля за законностью ее создания, реорганизации и ликвидации.¹

Осуществление банковской деятельности без государственной регистрации влечет за собой привлечение к уголовной ответственности.

Лицензия на осуществление банковских операций – это специальное разрешение Банка России на осуществление банковской деятельности (банковских операций) в форме официального документа, удостоверяющего с соблюдением установленной Банком России формы (реквизитов) право кредитной организации на осуществление банковских операций, которые в нем указаны, без ограничения сроков действия такого документа.²

¹ Тосунян Г.А., Викулин А.Ю., Экмальян А.М. Банковское право Российской Федерации / Под общ.ред. Б.Н.Топорина. М.: Юристъ, 2004. С.217.

² Тосунян Г.А., Викулин А.Ю. Банковское право Российской Федерации. Общая часть: Схемы с комментариями и пояснениями: Учебное пособие / Под ред. А.М.Экмальяна. М.: Издательство БЕК, 2000. С.83.

В соответствии со ст.12 Закона о банках и банковской деятельности, лицензия на осуществление банковских операций выдается кредитной организации после ее государственной регистрации.

Федеральным законом «О банках и банковской деятельности» кредитным организациям запрещено заниматься производственной, торговой и страховой деятельностью.

По правовому статусу различают следующие виды кредитных организаций: банк, небанковская кредитная организация, иностранный банк.

В определении банка, содержащемся в ст. 1 Закона о банках, выделены следующие три главных признака банка. Во-первых, банк - это кредитная организация. Во-вторых, только банку предоставлено право привлекать во вклады денежные средства физических и юридических лиц, размещать их от своего имени и за свой счет, а также открывать и вести банковские счета физических и юридических лиц. В-третьих, указанные операции банк вправе осуществлять в совокупности. Если хотя бы один из указанных признаков отсутствует, организация не может рассматриваться как банк.

Банку принадлежит исключительное право осуществлять следующие операции, именуемые банковскими:

- привлечение во вклады денежных средств физических и юридических лиц;
- размещение указанных средств от своего имени и за свой счет;
- открытие и ведение банковских счетов физических и юридических лиц.¹

Этот перечень является исчерпывающим.

Особо следует выделить обособленные структурные подразделения кредитных организаций. Это прежде всего представительства и филиалы. ЦБ РФ регламентирует порядок создания обособленных подразделений. Филиалы и представительства не являются юридическими лицами. Представительства представляют интересы кредитных организаций в органах законода-

¹ Комментарий к Закону "О банках и банковской деятельности" / Под ред. Фоминой О.Е. М.: Фонд «Правовая культура». 2002.

тельной, исполнительной власти. Филиалы могут проводить отдельные операции или все операции, предусмотренные лицензией кредитной организации.

В соответствии со ст. 1 Закона о банках небанковской кредитной организацией названа кредитная организация, которая имеет право осуществлять только отдельные банковские операции. Допустимые сочетания банковских операций для отдельных видов небанковских кредитных организаций устанавливаются Банком России.

Основные формы деятельности этих учреждений сводятся к аккумуляции сбережений населения, предоставлению кредитов через облигационные займы корпорациям и государству, мобилизации капитала через различные акции, предоставлению ипотечных и потребительских кредитов, а также кредитной взаимопомощи.¹

Спорным является вопрос, какие организации относятся к числу небанковских кредитных организаций. Некоторые авторы, например, Эриашвили Н.Д., относят к ним брокерские и дилерские фирмы, инвестиционные и финансовые компании, пенсионные фонды, кредитные союзы, кассы взаимопомощи, ломбарды, благотворительные фонды, лизинговые и страховые компании.

Для того чтобы причислить ту или иную организацию к числу небанковских кредитных организаций, необходимо, чтобы свою предпринимательскую деятельность, заключающуюся в систематическом проведении банковских операций, она осуществляла на основании специального разрешения (лицензии) Банка России и была зарегистрирована в качестве юридического лица.

Допустимые сочетания банковских операций для отдельных видов небанковских кредитных организаций устанавливаются Банком России.

¹ Эриашвили Н.Д. Банковское право: Учебник для вузов. 2-е изд., перераб.и доп. М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2001. С. 53

В настоящее время Банк России установил допустимые сочетания банковских операций для трех видов небанковских кредитных организаций (НКО): расчетных НКО, организаций инкассации и небанковских депозитно-кредитных организаций.

Расчетные НКО вправе открывать и вести банковские счета юридических лиц, а также осуществлять расчеты по поручению юридических лиц, в том числе банков-корреспондентов, по их банковским счетам.

Расчетные НКО не вправе привлекать денежные средства юридических и физических лиц во вклады в целях их размещения от своего имени и за свой счет. Однако рассматриваемые организации вправе предоставлять кредиты клиентам - участникам расчетов на завершение расчетов по совершенным ими сделкам в порядке, установленном Банком России.

В соответствии с п. 9 Положения Банка России № 516¹ организации инкассации вправе осуществлять единственную банковскую операцию - инкассацию денежных средств, векселей, платежных и расчетных документов.

Небанковские депозитно-кредитные организации (НДКО) вправе привлекать денежные средства юридических лиц во вклады (на определенный срок); размещать привлеченные во вклады денежные средства юридических лиц от своего имени и за свой счет; покупать (продавать) иностранную валюту в безналичной форме исключительно от своего имени и за свой счет; выдавать банковские гарантии.

Помимо указанных банковских операций НДКО вправе заключать любые сделки, перечисленные в ч. 2 ст. 5 Закона о банках наравне с обычными банками.

Иностраным банком считается банк, признанный таковым законодательством иностранного государства, на территории которого он зарегистрирован.

¹ Положение Банка России от 8 сентября 1997 г. № 516 «О пруденциальном регулировании деятельности небанковских кредитных организаций, осуществляющих операции по расчетам, и организации инкассации»

Иностранные банки в России - банки, капитал которых частично или полностью сформирован за счет зарубежных вкладчиков. Деятельность иностранных банков в России регламентируется национальным законодательством, а именно, Федеральным законом «О банках и банковской деятельности».

В соответствии с ч. 8 ст. 1 Закона о валютном регулировании под филиалами иностранных кредитных организаций понимаются только те организации, которые созданы как филиалы банков в соответствии с законодательством иностранных государств. Однако для осуществления банковской деятельности на территории Российской Федерации они должны иметь лицензию Банка России. Таким образом, статус филиала иностранного банка должен определяться по законодательству головного банка, а объем специальной дееспособности его филиала, действующего на территории Российской Федерации, - по лицензии Банка России, т.е. фактически по российскому законодательству.¹

В фирменном наименовании кредитной организации должно содержаться указание на характер деятельности этого юридического лица посредством использования слов «банк» или «небанковская кредитная организация», а также указание на его организационно-правовую форму.

Согласно ст. 12 Закона о банках и банковской деятельности, кредитные организации вправе осуществлять банковские операции только с момента получения лицензии Центрального банка России (Банка России).

Центральный Банк России вправе обратиться в Арбитражный суд с иском о ликвидации юридического лица, осуществляющего банковские операции без лицензии (ст. 61 ГК РФ, ст. 13 ФЗ «О банках и банковской деятельности»).

Кредитный договор, заключенный банком или иной кредитной организацией, при отсутствии лицензии ЦБ РФ может быть признан недействитель-

¹ Кредитные организации в России. Правовой аспект / Отв. ред. Е.А. Павлодский. - М.: Волтерс Клувер, 2006. - С. 28

ным, как сделка юридического лица, выходящая за пределы его правоспособности.

В настоящее время широкое распространение получила практика предоставления денежных займов на постоянной основе юридическими лицами, не являющимися банками или иными кредитными организациями. По общему правилу предоставление займов может осуществляться любыми юридическими лицами (в том числе и банками) без ограничений, лицензирование такого вида деятельности не предусмотрено действующим законодательством. Вместе с тем существует мнение (которое полностью разделяет и автор), что если денежные средства на условиях срочности, платности и возвратности размещаются неопределенному кругу лиц и на регулярной основе, то данная деятельность подпадает под регулирование законодательства о банковской деятельности и требует наличия соответствующей лицензии. По мнению автора, указанные займы являются ничем иным, как кредитами.

В силу прямого указания в ГК РФ в настоящее время кредитные договоры может заключать лишь кредитная организация, а иные организации вправе заключать договоры займа.

А.П.Сергеев, Ю.К.Толстой считают, что выдача займа может считаться законной лишь в тех случаях, когда такие сделки носят эпизодический характер. Это также подтверждается материалами судебной практики.

А.Дубинчин считает, что выдача займов может носить систематический характер, при условии, что средства не являются привлеченными и это не противоречит уставу займодавца. Заключенные не кредитными организациями кредитные договоры, по мнению автора, являются ничтожными по ст. 168 ГК РФ, так как не соответствуют требованиям закона (не применяется ст. 173 об оспоримости сделки, совершенной лицом, не имеющим лицензии, так как основание недействительности – в отсутствии у лица статуса кредитной организации, а не отсутствии лицензии).¹

¹ Дубинчин А. Некоторые аспекты правового регулирования заемно-кредитных отношений в современных условиях // Хозяйство и право. 1998. № 2. С. 85.

Бандурина Н.В. полагает, что «понятие «систематичности» достаточно сложное для толкования, так как трудно определить, сколько операций необходимо произвести для того, чтобы деятельность приобрела характер систематической».¹ По мнению Бандуриной Н.В. необходимо оценивать частоту операций в каждом конкретном случае. Возникает вопрос, кто должен этим заниматься.

Автор предлагает, принять законодательный акт, который регулировал бы правила определения «систематичности» и учитывал бы размер и периодичность предоставления займов.

В связи с этим возникает спорный вопрос о деятельности кредитных потребительских кооперативов. Согласно ст. 4 Закона «О кредитных потребительских кооперативах граждан» кредитный потребительский кооператив граждан – потребительский кооператив граждан, созданный гражданами, добровольно объединившимися для удовлетворения потребностей в финансовой взаимопомощи.

Однако в соответствии со ст. 17 Закона «О кредитных потребительских кооперативах граждан» средства фонда финансовой взаимопомощи кредитного потребительского кооператива используются для предоставления займов только членам кредитного потребительского кооператива граждан и оформляются договором займа.

В связи с этим автор считает юридически неточным использование термина «кредитный кооператив», правильнее было бы говорить «заемный кооператив».

Однако необходимо учитывать, что предоставление денежных средств по договорам займа возможно только за счет собственных средств. Высший Арбитражный Суд РФ в Письме от 10 августа 1994 года «Об отдельных рекомендациях, принятых на совещаниях по судебной-арбитражной практике»² (п. 4) отмечает, что небанковская организация вправе на платной основе раз-

¹ Бандурина Н.В. Кредитный договор с участием юридических лиц. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

² Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1995. № 9.

мещать свои свободные денежные средства по договору займа, при условии, что эта деятельность не носит систематического характера, не становится основным видом деятельности организации и прямо не запрещена законом.

Здесь возникает противоречие с целью создания кредитного потребительского кооператива, основным видом деятельности которого является систематическое предоставление займов членам кооператива.

Жугов А.А. считает, что «при организации деятельности кредитного кооператива через механизм договора займа возникает больше препятствий, нежели возможностей».¹

Автор считает, что необходимо отнести кредитные потребительские кооперативы к небанковским кредитным организациям с упрощенным получением лицензии Центрального Банка РФ. Это позволит кредитным потребительским кооперативам заключать кредитные договоры и устранит выявленные проблемы.

К.А. Малюшин

Проблемы принципов гражданского исполнительного права РФ

І. Российское государство и общество переживает глобальные перемены в праве, связанные с политическими, социально-экономическими преобразованиями, ориентацией на рыночную экономику и становление новых демократических институтов и ценностей в области правоприменительной деятельности.

С возрастанием роли правосудия в настоящее время поднимается значение судопроизводства и судоустройства, единства правоприменительной практики. Основным критерием оценки эффективности правосудия является исполнимость судебных решений, поскольку именно быстрота и полнота исполнения существенно влияет на стабильность гражданского оборота. Более

¹ Жугов А.А. Проблемы гражданско-правового регулирования отношений по кредитному договору: Дисс. канд. юрид. наук. М., 2004.

того, в условиях современной глобализации экономики вопрос исполнения судебных решений приобретает особую значимость в смысле эффективности судебной системы целом. Нельзя не отметить позицию Европейского суда по правам человека, включающего исполнимость судебных решений в понятие права на справедливое и публичное судебное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основе закона, содержащегося в Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Порядок принудительного исполнения судебных и иных юрисдикционных актов регулируется целой совокупностью законов среди них ГПК РФ и АПК РФ, а также уже по счету второй Федеральный закон «Об исполнительном производстве».

Примечательно то, что новый закон **содержит перечень принципов исполнительного производства**, до этого они выделялись лишь в доктрине, причем позиции ученых разнятся в отношении вопросов о составе и системе принципов¹. Кажется, что законодатель не воспринял ни один из имеющихся в науке подходов в отношении принципов исполнительного производства, а ограничился простым их перечислением. Так в статье 4 Закона РФ «Об исполнительном производстве» **перечислены принципы: законности; своевременности совершения исполнительных действий и применения мер принудительного исполнения; уважения чести и достоинства гражданина; неприкосновенности минимума имущества, необходимого для существования должника-гражданина и членов его семьи; соотносимости объема требований взыскателя и мер принудительного исполнения.** Представляется, что дан-

¹ См.: Юков М.К. Теоретические проблемы системы гражданского процессуального права. Дис...д-ра.юрид.наук. Свердловск, 1982.; Демичев А.А. Принципы исполнительного права по Проекту Исполнительного кодекса РФ // Исполнительное право. 2005. № 1. С.15; Панкратова Н.А. К вопросу о принципах исполнительного права // Система гражданской юрисдикции в канун XXI века: современное состояние и перспективы развития. Межвуз. Сборник научных Трудов. Екатеринбург, 2000. С.504.; Улетова Г.Д. К вопросу о системе принципов исполнительного права // Проблемы защиты прав и законных интересов граждан и организаций: Материалы Международной научно-практической конференции. Краснодар-Сочи, 23 мая 2002г. Краснодар: Кубанский государственный ун-т, 2002. С.67.

ный перечень далеко **не исчерпывающий**, в этом плане примечательно Постановление Конституционного Суда РФ от 12 июля 2007 года № 10-П в котором органа конституционного контроля сформулировал и закрепил такие принципы как *преимущественной защиты прав заявителя, соблюдения минимальных стандартов правовой защиты*. Как верно в этом плане отмечает В.В.Ярков «сформулированные КС РФ положения могут применяться судами со ссылкой на Постановление»¹.

II. Как указывалось выше, в научной и учебной литературе нет единства мнения в отношении состава и системы принципов. Первым к анализу системы принципов исполнительного права обратился М.К. Юков. Он предложил следующую классификацию:

1.Общеправовые принципы:

Законности; справедливости; юридического равенства; социальной свободы; социального долга; объективной истины; ответственность за вину.

2.К межотраслевым принципам он отнес:

национального языка; диспозитивности.

3.Отраслевые принципы, присущие только исполнительному праву:

сочетание отраслевой и территориальной организации исполнения; добровольности исполнения решений суда; участие органа, вынесшего решение, в его исполнении; полноты и справедливости удовлетворения требований; активности (инициативности) органа исполнения².

О.В. Исаенкова отталкиваясь от сферы действия того или иного принципа исполнительного права, выделяет:

1. Общеправовые принципы: законности; равенства перед законом.

2. Межотраслевые принципы, действующие не только в исполнительном праве, но и в других отраслях права, в гражданском процессуальном праве, в арбитражном процессуальном праве, в уголовном процессуальном

¹ Газета ЭЖ Юрист № 16 (521) апрель 2008 год

² См.: Юков М.К. Теоретические проблемы системы гражданского процессуального права. Дис. ...д-ра юрид. наук. Свердловск, 1982. С. 176-186

праве: государственного языка исполнительного производства; диспозитивности.

3. Отраслевые принципы исполнительного права: неприкосновенности личности должника; неприкосновенность минимума средств существования должника гражданина; пропорциональности распределения взыскиваемых сумм между взыскателями; сочетания отраслевой и территориальной организации исполнения.¹

Несколько иной взгляд на состав отраслевых принципов высказывает В.В. Ярков, так среди принципов, характерных только для исполнительного производства он выделяет: реальность исполнения, соблюдение минимальных стандартов правовой защиты, пропорциональность удовлетворения требований взыскателя, поощрение добровольного исполнения, самостоятельность (независимость) судебного пристава-исполнителя².

В свою очередь Н.А. Панкратова предлагает свой вариант состава и классификации принципов исполнительного права:

1. Принципы, закрепленные в Конституции РФ:

Законности; равенства всех форм собственности; самостоятельности и независимости органов принудительного исполнения от законодательной и судебной ветвей власти; принцип равенства всех перед законом; принцип доступности и реальности оказания квалифицированной юридической помощи.

2. Межотраслевые принципы:

Национального языка, диспозитивности.

3. В состав отраслевых принципов исполнительного права она включает:

¹См.: Исаенкова О.В. Исполнительное право в Российской Федерации: особенности становления и перспективы развития / под ред. д.ю.н., проф. А.А. Демичева. М.: Изд. «Юрлитинформ», 2007. С.117-158

² См.: Обращение взыскания на имущество коммерческих организаций. Учебно-практический курс. СПб.: Издательский Дом С.-Петербург. Гос. Ун-т, Издательство юридического факультета СПбГУ. 2006. С.46-55.

Принцип обеспечения добровольного исполнения содержащихся в исполнительном документе требований; принцип неприкосновенности личности должника; принцип сохранности минимума средств существования должника и членов его семьи; принцип полноты удовлетворения требований взыскателей; принцип справедливости и пропорциональности удовлетворения требований взыскателей¹.

О.В. Грицай, в основном разделяя выше названный подход к классификации, предлагает иной состав принципов исполнительного права:

Так к общеправовым (конституционным) принципам помимо законности и равенства он добавляет: принцип получения юридической помощи.

Среди межотраслевых принципов он выделил:

принцип национального языка; принцип гласности; принцип диспозитивности; принцип объективной истины; принцип оперативности исполнения и принцип доступности принудительного исполнения (доступности производства).

К третьей группе (отраслевых принципов исполнительного права) он относит принципы: неприкосновенности личности должника; неприкосновенность минимума средств, необходимых для жизни должника и членов его семьи; очередности и пропорциональности распределения взысканных сумм между взыскателями².

III. Представляется что, при определении состава и системы обсуждаемой отрасли права, прежде всего, необходимо исходить из понимания **правовой природы исполнительного производства (институт особенной части гражданского процессуального права, арбитражного процессуального права или же самостоятельная отрасль права) и если же это отрасль то каков ее характер.** Хотелось бы отметить, что далеко не все авторы разде-

¹ См.: Панкратова Н.А. К вопросу о принципах исполнительного права // Система гражданской юрисдикции в канун XXI века: современное состояние и перспективы развития. Межвуз. Сборник научных Трудов. Екатеринбург, 2000. С.504-505

² См.: Грицай О.В. Принципы современного исполнительного производства. Арбитражный и гражданский процесс. 2002. №6.С.35-43

ляют мнение в соответствии, с которым совокупность норм и институтов, регулирующих процедуру принудительного исполнения требований судебных и иных юрисдикционных актов, составляют отдельную, самостоятельную отрасль права, имеющую свой собственный предмет, метод правового регулирования и соответственно принципы. Традиционно исполнительное производство рассматривается как стадия гражданского и арбитражного процессов, как институт особенной части гражданского процессуального права и арбитражного процессуального права¹. Между тем все больше и больше сторонников совершенно противоположной позиции в соответствии, с которой исполнительное производство рассматривается не как институт гражданского процессуального права, арбитражного процессуального права, а как самостоятельная отрасль права². Однако и среди последних нет согласия в отношении характера данной отрасли. Так одни авторы констатируют комплексный характер (Н.А. Панкратова, М.К. Юков, В.В. Ярков.), и предлагают вести речь о *гражданском исполнительном праве*, другие же ставят исполнительное право в один ряд с гражданским процессуальным и арбитражным

¹ См.: Курс советского гражданского процессуального права / под ред. А.А. Мельникова. Т.2 М., 1981. С. 320-322; Гражданский процесс: Учебник / Под ред. В.А. Мусина, Н.А. Чечиной, Д.М. Чечота. М., 1997 С.370; Боннер А.Т. Нужно ли принимать Исполнительный кодекс? // Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве / Под ред. М.К. Треушникова. М.: Городец, 2004; Зайцев И.М. Процессуальные функции гражданского судопроизводства. Саратов, 1990.; Козлов А.Ф. Суд первой инстанции как субъект советского гражданского процессуального права: Автореф. дисс. ...д.ю.н. Свердловск, 1970.; Сергун А.К. Принудительное исполнение судебных решений в общем процессе реализации норм прав // Труды ВЮЗИ. М., 1978.; Цихоцкий А.В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам. Новосибирск: Наука, 1997. Гражданское процессуальное право России / Под ред. М.С. Шакарян. М.: Юристъ, 2002. С. 50-52.

² См.: Валеев Д.Х. Исполнительное производство в системе права Российской Федерации // Правоведение. 2001. №5; Исаенкова О.В. Исполнительное производство в Российской Федерации: особенности становления и перспективы развития / Под ред. д.ю.н., проф. А.А. Демичева. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2007; Панкратова Н.А. К вопросу об исполнительном праве // Теоретические и прикладные проблемы реформы гражданской юрисдикции: Межвузовский сборник научных трудов Екатеринбург, 1998; Исполнительное производство / Под ред. Я.Ф. Фархтдинова. СПб.: Питер, 2002; Юков М.К. Теоретические проблемы системы гражданского процессуального права: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Свердловск, 1982; Шерстюк В.М. О месте норм исполнительного производства в системе права РФ // Вестник Моск. Ун-та. Серия «Право». 1995. № 1; Ярков В.В. Будущее системы гражданской юрисдикции: попытка прогноза // Правоведение. 2001. №1.

процессуальным правом, подчеркивая процессуальный характер и предлагают название *исполнительное процессуальное право или исполнительное право* (Д.Х. Валеев, О.В. Исаенкова), что не может не сказаться на понимании, составе и системе принципов этой отрасли права. Не вдаваясь в анализ указанных позиций, по существу отметим лишь следующее, что не совсем верным является отнесение процедуры исполнения юрисдикционных актов к такой категории как «процесс». Бесспорно, сегодня выделяются новые самостоятельные отрасли процессуального права, но все они регламентируют деятельность суда и причиной тому является свойства, особенности процессуальной формы деятельности суда. Распространять же процессуальную форму на исполнительное производство как это делает Д.Х. Валеев нецелесообразно она для него окажется чрезмерно громоздкой и ненужной. Кроме того, различна и сама природа юрисдикционных органов.

Таким образом, более правильной, на наш взгляд, является позиция тех авторов, которые говорят о комплексном характере данной отрасли российского права. Которая с одной стороны регулирует деятельность суда по вопросам, отнесенных законодателем к их подведомственности, а с другой исполнение судебных и иных юрисдикционных актов, предусмотренных законом это правоприменительная деятельность, осуществляемая таким особым субъектом исполнительного производства как судебный пристав исполнитель, являющегося представителем государственного органа исполнительной ветви власти. Более того, как отмечают в правовой литературе, комплексный характер гражданского исполнительного права РФ обусловлен комплексным законодательным регулированием исполнительного производства.

IV. Комплексный характер обсуждаемой отрасли права, влияет на понимание сущности, состав и систему принципов гражданского исполнительного права РФ. Так ряд принципов сложились на основе гражданского (арбитражного) процессуального права РФ, а ряд на основе административного права РФ. Соответственно принципы гражданского исполнительного права РФ носят **процессуально-процедурный характер.**

Основываясь на выше сказанном систему принципов гражданского исполнительного права можно представить следующим образом:

1. Общеправовые принципы, имеющие конституционную основу:

Принцип законности. В гражданском исполнительном праве принцип законности находит свое выражение в том, что нормы гражданского исполнительного права обязывают субъектов исполнительного производства строго соблюдать и подчиняться требованиям законов. Меры по принудительному исполнению требований исполнительных документов могут быть применены к должнику лишь в случаях и в пределах, установленных законом.

Уважения чести и достоинства гражданина. Конституция РФ в статье 21 закрепляет, что достоинство личности охраняется государством. Ничто не может быть основанием для его умаления. Никакие обстоятельства не могут служить основанием для умаления достоинства личности. Ч.2 ст. 21 Конституции РФ устанавливает, что никто не должен подвергаться пыткам, насилию, другому жестокому или унижающему человеческое достоинство обращению или наказанию.

Принцип равенства участников исполнительного производства. В соответствии с данным принципом участники исполнительного производства равны перед требованиями закона и органами принудительного исполнения. В тоже время необходимо отметить ограниченное действие принципа равенства по сравнению с гражданским, арбитражным, уголовным процессами, что связано с преимущественной защитой прав взыскателя.

2. Межотраслевые принципы гражданского исполнительного права

Действующие не только в гражданском исполнительном праве, но и в гражданском процессуальном праве, арбитражном процессуальном праве, уголовном процессуальном праве и в административном праве.

а. Принципы, сложившиеся под влиянием гражданского процессуального, арбитражного процессуального права

Принцип государственного языка. В соответствии с требованиями Конституции РФ и Закона РФ «О государственном языке Российской Федерации»

государственный язык Российской Федерации подлежит обязательному использованию в ходе исполнительного производства. Лицам, участвующим в деле и не владеющим языком, на котором ведется исполнительное производство, может быть приглашен переводчик. Стороне, которой необходимы услуги переводчика, судебный пристав-исполнитель предоставляет срок для его приглашения. Если должник или взыскатель не обеспечит участие переводчика в указанный срок, то судебный пристав-исполнитель назначает переводчика по своему усмотрению (ст.58 Закона РФ «Об исполнительном производстве»).

Принцип диспозитивности. Стороны по своей инициативе совершают действия, от которых напрямую зависит движение исполнительного производства. В тоже время объем действия данного принципа в гражданском исполнительном праве уже, нежели в гражданском процессуальном праве, арбитражном процессуальном праве. Ограниченность принципа диспозитивности проявляется в том, что он преимущественно характерен для действий взыскателя и практически не распространяется на действия должника, поскольку должник изначально является обязанным лицом, в силу чего выбор вариантов его поведения ограничен, он вправе исполнить возложенную на него обязанность добровольно, тем самым предупредить необходимость принудительного исполнения.

б. Принципы, сложившиеся под влиянием административного права.

Главой 18 Закон РФ «Об исполнительном производстве» предусмотрена и подробно регламентирована возможность обжалования постановления и действия (бездействия) должностных лиц службы судебных приставов в порядке подчиненности.

ч.9 ст. 33 Закона РФ «Об исполнительном производстве» закрепляет право главного судебного пристава РФ и главного судебного пристава субъекта РФ в целях более полного и правильного осуществления исполнительного производства передать исполнительное производство из одного подразделе-

ния судебных приставов в другое (в том числе на стадии возбуждения исполнительного производства).

Таким образом, совершенно очевидно проявление административных начал и таких принципов как: *обязательности для судебных приставов-исполнителей решений, принятых вышестоящими руководителями в пределах их полномочий и в соответствии с законодательством РФ; обжалование действия (бездействия) должностных лиц службы судебных приставов в порядке подчиненности.*

3. Собственно отраслевые принципы, присущие гражданскому исполнительному праву

Своевременности совершения исполнительных действий и применения мер принудительного исполнения. Именно от своевременного совершения исполнительных действий и применения, мер принудительного исполнения зависит вопрос о защите и соблюдении, законных прав взыскателя, должника и третьих лиц. Сроки совершения исполнительных действий регулируются гл.3 и ст.36 Закона РФ «Об исполнительном производстве».

Неприкосновенности минимума имущества, необходимого для существования должника-гражданина и членов его семьи. Исчерпывающий перечень имущества должника-гражданина, на которое не может быть обращено взыскание, установлен ст.446 ГПК РФ. Как отметил в своем Постановлении Конституционный Суд РФ № 10-П ст. 446 ГПК РФ предоставляет гражданину должнику имущественный (исполнительский) иммунитет, с тем, чтобы исходя из общего предназначения данного правового института – гарантировать должнику и лицам, находящимся на его иждивении, условий необходимых для их нормального существования и деятельности, в том числе профессиональной, данная статья выступает процессуальной гарантией реализации социально-экономических прав этих лиц.

Соотносимости объема требований взыскателя и мер принудительного исполнения. В соответствии с названным принципом взыскание не может быть обращено на имущество, по стоимости во много раз превышающее долг.

В тоже время не конкретизируя данный принцип законодатель оставил на усмотрение судебного пристава-исполнителя степень соотносимости этих мер и долга. Иными словами он должен оценить соразмерность мер принудительного исполнения и требований, содержащихся в исполнительном документе. Таким образом, нам представляется, что более правильно вести речь о принципе соразмерности, а не соотносимости требований взыскателя и мер принудительного исполнения.

Поощрения добровольного исполнения. В соответствии с требованиями ч.11 ст.30 Закона РФ «Об исполнительном производстве» судебный пристав-исполнитель в постановлении о возбуждении исполнительного производства устанавливает срок для добровольного исполнения должником содержащихся в исполнительном документе требований и предупреждает должника о принудительном исполнении указанных требований по истечении срока для добровольного исполнения с взысканием с него исполнительского сбора и расходов по совершению исполнительных действий. Срок для добровольного исполнения не может превышать пяти дней (ч.12 ст.30 Закона РФ «Об исполнительном производстве»).

Очередность удовлетворения требований взыскателей. В соответствии с требованиями ст.34 и ст. 111 Закона РФ «Об исполнительном производстве» в случаи возбуждения в отношении одного должника нескольких исполнительных производств имущественного характера, они подлежат объединению в сводное исполнительное производство. Взысканные денежные суммы по такому производству должны быть распределены между несколькими взыскателями, а если их недостаточно, то требования по исполнительным документам удовлетворяются в порядке очередности, установленной законом. Требования каждой последующей очереди удовлетворяются после удовлетворения в полном объеме требований предыдущей очереди, а в случаи если взысканных средств недостаточно для удовлетворения требований одной очереди в полном объеме, то они удовлетворяются пропорционально причитающейся каждому взыскателю сумме, указанной в исполнительном документе.

Минимальных стандартов правовой защиты. Состоит из трех основных моментов. Во-первых, применение мер исключительно правового принуждения к исполнению должником своих обязательств. Во-вторых, сохранение для должника-гражданина и лиц, находящихся на его иждивении, необходимого уровня существования, с тем чтобы не оставить их за пределами социальной жизни. В-третьих, сохранение деятельности должника-организации.

Обязательность законных требований судебного пристава-исполнителя. Статья 6 Закона РФ «Об исполнительном производстве» устанавливает обязательность законных требований судебного пристава-исполнителя для всех для всех государственных органов, органов местного самоуправления, граждан и организаций. Неблагоприятные последствия в случае не исполнения требований судебного пристава-исполнителя предусмотрены рядом федеральных законов (гл. 15 Закона РФ «Об исполнительном производстве», ст. 17.8 КоАП РФ и др.)

Проблема принципов гражданского исполнительного права является одной из основных, однако не единственных стоящих на пути формирования новой отрасли российского права. Несмотря на прямое закрепление принципов в законе вопрос об их составе и системе до сих пор остается открытым. Каждый принцип в отдельности нуждается в обстоятельном исследовании и изучении при этом необходимо исходить из понимания гражданского исполнительного права именно как самостоятельной отрасли российского права. Отрасли комплексной, в которой проявляются черты не только арбитражного процессуального права, гражданского процессуального права, но и административного права.

Ю.А. Михайленко

Об общих положениях трудового законодательства

Несмотря на наличие в ТК раздела «Общие положения» теорию трудового права все же нельзя признать самодостаточной. Как известно, трудовой договор произошел из договора личного найма. В этой связи в правовой ли-

тературе периодически возобновляется дискуссия о необходимости субсидиарного применения гражданского права к трудовым отношениям либо отстаивается идея полной независимости «дочерней» отрасли¹. Однако несмотря на то, что ТК активно использует категориальный аппарат, характерный для цивилистики («дееспособность», «недействительность условий договора», «представитель»), и при этом не содержит развернутых общих положений либо самостоятельных определений указанных понятий, все же применение норм «материнской» отрасли к указанным категориям проблематично, так как зачастую в трудовом праве им придается несколько иное значение.

Так, до изменений ТК в литературе по трудовому праву существенные условия трудового договора нередко определялись как условия, по которым либо в силу указания закона, либо по настоянию одной из сторон должно быть достигнуто соглашение, то есть необходимые и достаточные для его заключения. При этом, делался вывод о том, что отсутствие соглашения хотя бы по одному из них должно влечь признание договора незаключенным². Однако, указанный вывод базировался на положениях не трудового, а гражданского законодательства: именно гражданско-правовой договор вступает в силу и становится обязательным для сторон с момента его заключения (п. 1 ст. 425 ГК), а заключенным, в силу указания п. 1 ст. 432 ГК, считается с момента согласования в требуемой форме всех его существенных условий (т.е. условий о предмете договора, условий, которые названы в законодательстве как существенные для договоров данного вида, а также тех условий, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение – п. 1 ст. 432). Однако в трудовое законодательство понятие «существенные условия трудового договора» было введено в иных целях, прежде всего, для определения понятия перевода на другую работу, то есть для

¹ См., напр.: Гинцбург Л.Я. Социалистическое трудовое правоотношение. М., 1977. С. 130-131.

² Эрделевский А.М. Заключение трудового договора // Справочная правовая система КонсультантПлюс: Комментарии законодательства. См. также: Трудовое право России: Учебник / Под ред. С.П. Маврина, Е.Б. Хохлова. М., 2002. С. 266.

установления факта (и вида) изменения, а заключения договора¹, ведь кроме статьи 57 ТК, законодатель использовал указанный термин для отграничения перевода от иных изменений трудового договора (ст. 72, 73, 306, 344 ТК в первоначальной редакции).

Следует обратить внимание на то, что в соответствии со статьей 57 ТК (в редакции Федерального закона от 30.06.2006 N 90-ФЗ), в содержании трудового договора выделяются *обязательные* условия. Представляется, отказ от прежнего названия обусловлен нежелательностью аналогии с *существенными* условиями гражданско-правового договора. При этом в ст. 57 ТК подчеркивается, что отсутствие в трудовом договоре каких-либо сведения и (или) условия из числа обязательных не является основанием для признания его незаключенным или его расторжения (ч. 3 ст. 57 ТК).

Традиционно полемичным является вопрос о применимости к трудовому договору норм о недействительности сделок. Напомним, что согласно ГК недействительными могут быть сделки в силу признания их таковыми судом (оспоримые) и независимо от такого признания (ничтожные); по общему правилу, недействительные сделки ничтожны (ст. 168 ГК). Сделка недействительна с момента ее совершения; исключение возможно лишь в отношении оспоримой сделки: суд может прекратить ее действие на будущее время, если из ее содержания вытекает только такая возможность (ст. 167 ГК). Возможна недействительность части сделки, если можно предположить, что последняя могла быть совершена и без включения недействительной ее части (ст. 180 ГК).

Ранее КЗоТ 1971 г., установив в ст. 5, что условия, ухудшающие положение работника по сравнению с законодательством о труде, недействительны, не указывал вида недействительности. Однако практика пошла по пути признания их ничтожными, то есть компетентный орган, обнаружив несоответствие индивидуального или коллективного договора нормам законода-

¹ См. об этом: Михайленко Ю.А. Использование гражданско-правовых категорий в трудовом праве // Проблемы правового регулирования трудовых отношений. Часть 1. Омск, 2004. С.41-43.

тельства, мог без обращения в суд с иском о признании их недействительными требовать от работодателя не применять эти условия и исключить их из договоров. В ТК также отсутствуют какие-либо указания относительно оспоримости или ничтожности трудового договора. Законодатель вообще избегает употребления термина «недействительность» в отношении трудового договора (он сохранился в ст. 50 и в ст. 206 относительно условий коллективных договоров и соглашений и условий ученического договора). Вместо этого указываются последствия включения в трудовой договор условий, снижающих уровень прав и гарантий работников, установленный трудовым законодательством, – таковые «не могут применяться» (ст. 9 ТК).

Устанавливая «ничтожность» противоречащих законодательству условий как общее правило, ТК предусматривает и исключение, когда они оспоримы. Так, если договором, названным гражданско-правовым, фактически регулируются трудовые отношения, его притворность должна быть установлена судом (ч. 3 ст. 11). Суд применяет к правоотношению трудовое законодательство, признавая договор трудовым с момента заключения. Представляется, что и в других случаях условия, ухудшающие положение работника, не применяются именно с момента включения их в договор, а отношения сторон регулируются нормативным актом, сравнения с которым «не выдержали» договорные условия.

Но иногда противоречащее законодательству условие невозможно заменить на соответствующее закону (например, договор заключен лицом, не обладающим трудовой правосубъектностью). Хотя ТК не предусматривает недействительности всего договора и, следовательно, не определяет ее последствий, невозможно восполнить пробел с помощью гражданско-правовых норм о последствиях недействительности сделок. Вернуть труд в натуре невозможно, поэтому чтобы привести стороны в первоначальное положение, работнику должна быть компенсирована его стоимость, которая может быть как большей, так и меньшей, чем обусловленная договором заработная плата. Представляется, необходимости в этом и не возникает: сущность правоотно-

шения такова, что оно может быть прекращено лишь на будущее время, и ТК предусматривает соответствующие основания (п. 11 ст. 77). Подчеркнем еще одну особенность: трудовой договор, заключенный в нарушение установленных федеральным законом правил, прекращается самим работодателем без участия какого-либо юрисдикционного органа, т.е. говоря языком цивилистики, ничтожен, тогда как прекращение гражданско-правовой сделки на будущее время возможно только если она оспорима.

Кроме названных в ст. 84 ТК случаев, в связи с нарушением порядка заключения трудового договора следует увольнять работника, не достигшего возраста, с которого допускается его заключение, либо достигшего предельного возраста, установленного законодательством для занятия данной должности, совместителя, если работа по совместительству в соответствии с законодательством запрещена (ст. 282) либо допускается с разрешения работодателя (ст. 276); педагогического работника, имеющего судимость за умышленные тяжкие и особо тяжкие преступления (ст. 331 ТК). Во всех этих и других случаях прекращение договора является обязанностью сторон, если препятствующие возникновению трудового правоотношения обстоятельства имелись в момент заключения договора и продолжают существовать, то есть нарушение исключает возможность продолжения работы.

Другое основание прекращения договора, заключенного в нарушение законодательства, предусмотрено п. 3 ст. 83 ТК – «неизбрание на должность». В соответствии со ст. 16 ТК для возникновения трудового правоотношения в некоторых случаях требуется совокупность юридических фактов. Вхождение в фактический состав одних из них – направление в счет квоты, судебное решение – возможно, но не обязательно, т.к. правоотношение может основываться на трудовом договоре и без этих фактов (работодатель может восстановить работника, не дожидаясь судебного решения и т.д.), другие – избрание, утверждение в должности, получение иностранным гражданином

разрешения на работу¹ – необходимы для возникновения надлежащего трудового правоотношения. Поэтому в случае неизбрания трудовой договор, как правило, не прекращается, т.к. трудовое правоотношение и не возникло. Однако и незавершенный фактический состав способен порождать определенные юридические последствия², поэтому если до решения вопроса об избрании работник приступил к работе с ведома компетентного лица, трудовой договор с ним считается заключенным путем фактического допуска (ч. 2 ст. 67 ТК). Однако, в случае неизбрания (если по закону оно необходимо для занятия данной должности) возникшее на основе только трудового договора правоотношение должно быть прекращено со ссылкой на п. 3 ст. 83 ТК. Представляется все же, что указанное основание не вполне удачно сформулировано: оно должно охватывать все случаи прекращения правоотношения, основанного на фактическом допуске к работе, если для его возникновения в соответствии с ТК или иными ФЗ необходимы и иные юридические факты, кроме того, его логичнее было бы поместить в ст. 84 ТК.

По нашему мнению, подобным образом должно прекращаться и правоотношение, основанное на фактическом допуске к работе неуполномоченным представителем работодателя, если отсутствие полномочий было очевидно. Согласно ТК (ст. 16 и др.), трудовое правоотношение возникает лишь тогда, когда работа поручена работодателем или его представителем, однако понятие «представитель работодателя» не раскрывается³. По общему правилу, допускать к работе должно лицо, в компетенцию которого входит окончательное решение вопроса о найме работника. На это указывает и Пленум Верховного Суда⁴: только при фактическом допущении к работе с ведома или по поручению такого лица возникают трудовые отношения и на работо-

¹ См.: ФЗ от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в РФ».

² См.: Алексеев С.С. Общая теория права. В 2-х т. Т.2. - М., 1982. С.183-185.

³ Это понятие дается только для целей участия в отношениях социального партнерства (статья 33 ТК).

⁴ Пункт 12 Постановления от 17 марта 2004 г. N 2 «О применении судами РФ Трудового кодекса РФ (в ред. от 28.12.2006 г.).

дателя может быть возложена обязанность оформить трудовой договор надлежащим образом. При этом Суд, к сожалению, не указывает как быть, если допуск осуществлен неуполномоченным лицом, но работа тем не менее выполняется. Очевидно, что в этом случае невозможно применить положения гражданского законодательства о последствиях действий неуполномоченного представителя (считать договор заключенным от имени представителя, если работодатель впоследствии его не одобрит – ст. 183 ГК). Вообще, отношения, возникающие между работодателем и должностным лицом, выступающим от его имени в трудовых отношениях, не являются отношениями представительства. Скорее, он действует как орган юридического лица с той особенностью, что выступает от имени работодателя во внутриорганизационных отношениях с другими работниками, а не в отношениях с третьими лицами. Смещение понятий «орган юридического лица» и «представитель» недопустимо, так как последний, хотя и действует от имени и в интересах представляемого, совершая сделку, выражает свою собственную волю. В этой связи во избежание неуместной аналогии было бы лучше вообще отказаться от использования понятия «представитель работодателя», заменив его традиционным «администрация». Между тем, необходимость социальной защиты работника требует, чтобы трудовое правоотношение его с работодателем возникало, если труд предоставлен с ведома администрации и осуществлялся в сфере хозяйственной деятельности и в интересах работодателя.

И, наконец, трудовой договор «ничтожен» с момента подписания, если заключен без намерения создать соответствующие правовые последствия. При этом принимаются во внимание намерения лишь одной стороны – работника. ТК предоставляет работодателю право аннулировать трудовой договор, если работник не приступил к работе в день ее начала. Аннулированный трудовой договор считается незаключенным, однако за работником сохраняется право на получение обеспечения по обязательному социальному страхованию при наступлении страхового случая в период со дня заключения трудового договора до дня его аннулирования (ст. 61).

Таким образом, ТК предусматривает различные последствия включения в договоры о труде условий, противоречащих законодательству, в зависимости от характера допущенных нарушений. Используя принятую в цивилистике терминологию, можно говорить а) о ничтожности условий с момента включения их в договор (ст. 9 ТК); б) о ничтожности договора, заключенного работником без намерения создать правовые последствия (ч. 4 ст. 61 ТК); в) о прекращении договора на будущее время (п. 3 ст. 83 и ст. 84); г) о применении судом к притворному гражданско-правовому договору положений о трудовом договоре (ч. 4 ст. 11). Несмотря на то, что соответствующие нормы рассредоточены по различным главам ТК, говорить о пробельности в правовом регулировании нет оснований, поэтому в применении (даже по аналогии) положений гражданского законодательства о последствиях недействительности сделок (§ 2 гл. 9 ГК) нет необходимости.

И наконец, еще одной гражданско-правовой категорией, которая не нашла адекватного отражения в трудовом законодательстве, следует признать дееспособность. Гражданская дееспособность имеет значение для оценки работодательской правосубъектности (ст. 20 ТК). Однако и для заключения трудовых договоров с отдельными категориями работников отсутствие дееспособности (а иногда и ограничение в дееспособности) имеет правопрепятствующее значение. Так, в самом кодексе установлен запрет на занятие педагогической деятельностью лицами, признанными недееспособными в установленном федеральным законом порядке (ст. 331).

Отсутствие в ТК РФ легального определения понятия трудовой правоспособности работника ранее неоднократно подвергалось критике. Научкой были выработаны определения трудовой правоспособности и трудовой дееспособности, а также проанализированы основания ограничения как трудовой дееспособности¹, так и трудовой правоспособности¹ (что, по нашему

¹ Кручинин А.В. Юридические факты и их составы, обуславливающие возникновение индивидуальных трудовых правоотношений в России: Автореф. дис. ... к.ю.н. Пермь, 2003. С. 16.

мнению, более обосновано) работника. Однако законодатель так и не обозначил трудовой правоспособности в качестве самостоятельной правовой категории. Означает ли это, что именно гражданская дееспособность лица важна для оценки его способности лично осуществлять трудовые права и обязанности? По нашему мнению, проецировать гражданскую дееспособность (вернее ее отсутствие) на способность иметь и осуществлять трудовые права и обязанности нельзя. Во-первых, для этого нет легальных оснований: возраст заключения трудового договора установлен ст. 63 ТК, а прием на работу недееспособных и ограниченно дееспособных (либо только недееспособных) запрещен лишь для отдельных категорий работ, должностей. Соответствующие запреты установлены, в частности, федеральными законами «О государственной гражданской службе РФ» (ст. 16); «О ведомственной охране» (ст. 7), «О службе в таможенных органах РФ» (ст. 7); «О прокуратуре РФ» (ст. 40.1.); «О Счетной палате РФ» (ст. 29). Если же закон не содержит подобного запрета, то отказать недееспособному (ограниченно дееспособному) в приеме на работу можно только по основаниям, связанным с деловыми качествами (ст. 64 ТК). Иное решение вопроса противоречило бы Конституции РФ, в соответствии с которой права и свободы человека (включая право свободно распоряжаться своими способностями к труду) могут быть ограничены лишь федеральным законом (ч. 3 ст. 55).

Во-вторых, социальный интерес в ограничении трудовой право- или дееспособности работника в связи с состоянием его психического здоровья отсутствует. Дееспособность – это признаваемая законодателем, т.е. юридическая способность приобретать и осуществлять права и обязанности. Ограничение либо лишение дееспособности имеет смысл лишь в отношении лица, фактически способного выполнять те юридически значимые действия, которые противоречат интересам семьи, общества, государства.

¹ Бондаренко Э.Н. Основания возникновения трудовых правоотношений: Автореф. дис. ... д.ю.н. М., 2004. С.17-18.

Для целей трудового права важна фактическая способность лица, ищущего работу, исполнить договор. Поэтому безразлично признано ли лицо недееспособным в соответствии с гражданским законодательством, если оно и так вследствие психического расстройства или слабоумия не подходит по деловым качествам. В отношении конкретного лица, страдающего психическим расстройством, вопрос о признании недееспособным мог вообще не ставиться, тем не менее работодатель вправе отказать в заключении трудового договора, если есть основания полагать, что претендент не справится с работой.

Таким образом, понятие трудовой дееспособности следует разрабатывать применительно к специфике субъекта трудового права, связанной с личным характером трудовых отношений. Представляется, что для ее характеристики, по общему правилу, достаточно указания на возраст (как это сделано в ст. 20 ТК), а недопустимость занятия лицами с психическими расстройствами той или иной должности следует обосновывать не ссылкой на отсутствие гражданско-правовой дееспособности, а неспособностью лица справиться с данной работой, то есть утратой трудоспособности в определенных условиях труда¹.

Наконец, последовательное применение норм гражданского законодательства потребовало бы признавать заключенный недееспособным трудовой договор действительным: совершенная недееспособным сделка признается судом действительной, если она совершена к его выгоде (п. 2 ст. 171 ГК). В силу социальной функции трудового права, трудовой договор заключается всегда в интересах работника (даже если он содержит условия, ограничивающие его права или снижающие уровень гарантий – ст. 9 ТК), поэтому нет смысла каждый раз устанавливать это в судебном порядке.

Гражданское законодательство, учитывая равенство сторон, не стремится регламентировать непосредственный процесс исполнения договорных

¹ На это в свое время обращал внимание Б.К. Бегичев (Бегичев Б.К. Трудовая правоспособность советских граждан. М., 1972. С. 61-68).

обязанностей, в том числе, когда это исполнение связано с трудом. Неправильно было бы утверждать, что организационные отношения вообще не свойственны гражданскому праву¹. Однако, в гражданско-правовых договорах организационные элементы являются вспомогательными по отношению к имущественным и не составляют содержания самостоятельного обязательства².

Так, по договору подряда, учитывая, что работа должна производиться в соответствии с заданием заказчика, последний вправе в любое время проверять ход выполнения работ (п. 1 ст. 715 ГК). Однако такая проверка не должна приводить к вмешательству в деятельность подрядчика. «При ином решении вопроса,— подчеркивает М.И. Брагинский,— подрядчик не мог бы принимать на себя риск, связанный с незавершением или ненадлежащим выполнением работ»³. Статья 715 ГК является в определенной мере исключением из принципа, в силу которого подрядчик сам определяет способ выполнения заданий заказчика. В силу исключительности ее характера эта норма не подлежит распространительному толкованию. Соответственно, предметом проверки может быть только ход и качество работ⁴.

Указания заказчика, в принципе, обязательны для подрядчика, однако их невыполнение может повлечь для него неблагоприятные последствия лишь в случае, когда в результате произошло ухудшение качества работы (п. 1 ст. 720 и п. 1 ст. 723 ГК). Указанные положения в основном применяются и к договору возмездного оказания услуг (ст. 783 ГК). В этом проявляется отличие гражданско-правового регулирования организационных отношений от регламентации несамостоятельного труда средствами трудового права, когда аналогичные нарушения сами по себе могут повлечь неблагоприятные по-

¹ Идею о существовании неимущественных обязательств в свое время развивал О.А. Красавчиков (См.: Красавчиков О.А. Гражданские организационно-правовые отношения. // Советское государство и право. 1966. № 10. С. 50-57).

² Подробнее см.: Ломакин Д.В. Акционерное правоотношение. М., 1997. С. 18-20; Санникова Л.В. Договор найма труда... С. 38-39.

³ Брагинский М.И. Договор подряда... С. 64.

⁴ Там же. С. 65.

следствия для работника, в том числе в виде дисциплинарной ответственности.

С учетом изложенного, главным критерием, отличающим трудовой договор от гражданско-правовых договоров о труде вновь становится признак несамостоятельности, подчиненности работника в процессе труда своему контрагенту. Коллективный процесс труда, объективно требует организации и управления, которое осуществляется посредством трудового права. И здесь на первый план вновь выходят отношения субординации, традиционно выделяемые и западной наукой трудового права. Причем, большое значение приобретает сегодня экономическая зависимость, которая, по утверждению некоторых авторов, может лечь в основу новой экспансии трудового права¹. В последние десятилетия во многих европейских странах наблюдается тенденция к расширению сферы действия трудового права и распространению некоторых его защитных функций на категории трудящихся, не относящихся к наемному персоналу².

Н.А. Можарова

Субъекты прав на средства индивидуализации участников гражданского оборота

Изменение экономических отношений в Российской Федерации повлекло за собой коренные преобразования в сфере правового регулирования интеллектуальной деятельности. Вступившая в силу с 1 января 2008 года IV часть Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) установил раздел VII «Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации», который закрепил главу 76 ГК РФ «Права на сред-

¹ Bonechere M. Le droit du travail. Paris, 1997. P. 34.

² О расширении сферы действия трудового права во Франции см.: постановления криминальной палаты Кассационной инстанции от 29 октября 1985 года (Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle. № 335), социальной палаты Кассационной инстанции от 17 апреля 1991 года (Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre sociale. № 200) и от 5 декабря 1991 года (не опубликовано): приведено по кн.: Bonechere M. Le droit du travail. P. 36-37).

ства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий»¹.

В современном российском законодательстве круг участников, которые могут использовать принадлежащие им права на использование рассматриваемых объектов очерчен достаточно широко. Сами по себе средства индивидуализации делятся в научной литературе на два вида: «Средства индивидуализации самого лица и средства индивидуализации товаров и услуг производителя»². К первым относятся фирменные наименования и коммерческие обозначения, а ко вторым – товарные знаки (знаки обслуживания) и наименования мест происхождения товаров. Следует отметить, что объекты первой из указанной групп впервые законодательно закреплены.

К основным принципам охраноспособности фирменного наименования как «самостоятельного результата творчества относятся: 1) обязательность государственной регистрации путем включения в Единый государственный реестр юридических лиц (далее – ЕГРЮЛ); 2) исключительность права на его использование; 3) право требования от всех сторонних лиц не использовать зарегистрированное в установленном порядке фирменное наименование; 4) право на возмещение убытков»³.

С принятием в 1994 г. части первой ГК РФ фирменное наименование неожиданное перешло из разряда объектов интеллектуальной собственности (творческой деятельности) в раздел корпоративного права, посвященного юридическим лицам (ст. 54 ГК РФ).

После такой трансформации оно получило ряд новых признаков: например, «оно стало неотъемлемым атрибутом (и одной из основных характе-

¹Гражданский Кодекс Российской Федерации (Часть первая) от 30.11.1994 г. N 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 5.12.1994 г. № 32. Ст. 3301; (в ред. от 13. 05.2008 г. № 68-ФЗ); Гражданский Кодекс Российской Федерации (Часть четвертая) от 18.12.2006 г. N 230-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 25.12.2006 г. N 52 (1 ч.) Ст. 5496;(в ред. от 1.12.2007 г. № 318-ФЗ).

² Суханов Е.А. Гражданское право: В 2 т. Том I: Учебник. – 2 изд., переработ. и доп. – М.: Изд. «Бек», 2003. С. 623.

³ Зуйкова Л.П. Промышленная собственность предприятий на перекрестке законов. Комментарий к части четвертой Гражданского Кодекса Российской Федерации // Экономико-правовой бюллетень. 2007. N 4. С. 11.

ристик) исключительно коммерческих организаций, но зато обладание фирменным наименованием стало уже не правом, а обязанностью коммерческой организации»¹. Вопрос о правовой охране данного объекта является одним из самых сложных как в правовой литературе, так и в большинстве стран мира. Ситуация осложняется еще и тем, что отсутствуют международные договоры, посвященные специально фирменным наименованиям. Отдельные положения о них содержатся в Парижской Конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 года² и Стокгольмской Конвенции от 14 июля 1967 года, учредившей Всемирную организацию интеллектуальной собственности³.

Легального определения указанного средства индивидуализации на сегодняшний день не существует, имеется только перечень условий, которым должно отвечать фирменное наименование: «оно должно быть словесным обозначением (наименованием), должно иметь индивидуализирующую функцию, не должно вводить в заблуждение»⁴. Согласно ст. 1473 ГК РФ «юридическое лицо, являющееся коммерческой организацией, выступает в гражданском обороте под своим фирменным наименованием, которое определяется в его учредительных документах и включается в ЕГРЮЛ при государственной регистрации юридического лица»⁵. Фактически, исходя из этого, законодатель и следуя за ним правоприменитель, указывают на то, что субъектами права на фирменное наименование могут быть только коммерческие организации. На этом основании некоторые российские специалисты считают, что наименования всех иных участников гражданского оборота не явля-

¹ Там же.

² Парижская Конвенция по охране промышленной собственности. - Женева: Всемирная организация интеллектуальной собственности. 1990 г.

³ Конвенция, учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности. (Стокгольм, 14 июля 1967 года) (в ред. от 02.10.1979) Публикация N 250(R).- Женева: Всемирная организация интеллектуальной собственности, 1974.

⁴ Еременко В.И. Право на фирменное наименование в части четвертой ГК РФ // Законодательство и экономика. 2008. № 3. С.14.

⁵ Гражданский Кодекс Российской Федерации (Часть четвертая) от 18.12.2006 г. N 230-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 25.12.2006 г. N 52 (1 ч.) Ст. 5496; (в ред. от 1.12. 2007 г. № 318-ФЗ).

ются фирменными. Поэтому «учреждения, выполняющие функции некоммерческого характера, общественные и религиозные организации, потребительские кооперативы, фонды, ассоциации и союзы юридических лиц, и другие организации независимо от того, занимаются ли они предпринимательской деятельностью или нет, фирменных наименований не имеют»¹.

В юридической литературе высказывались также точки зрения (О.А. Городов, В.И. Еременко) о том, что такая позиция законодателя является жесткой, а также то, что индивидуальные предприниматели и некоммерческие организации, осуществляющие предпринимательскую деятельность, могут быть субъектами права на фирму. Конечно, если вспомнить о том, что на граждан, осуществляющих предпринимательскую без образования юридического лица распространяются положения о юридических лицах, являющихся коммерческими организациями, то возможность такого права существенно возрастает. Что же касается некоммерческих организаций, осуществляющих предпринимательскую деятельность, то на наш взгляд, представляется верным говорить о понятии «наименование юридического лица».

Наиболее спорным и трудным по ранее действовавшему законодательству являлся вопрос о порядке исключительного права на фирменное наименование, но на сегодняшний день ГК РФ в п.2 ст. 1475 закрепил положение о том, что «исключительное на фирменное наименование возникает со дня государственной регистрации юридического лица и прекращается в момент исключения фирменного наименования из ЕГРЮЛ в связи с прекращением юридического лица либо изменением его фирменного наименования»². Важно отметить, что законом не предусмотрено ведение отдельного реестра фирменных наименований, где можно было бы отслеживать поступление

¹ Харитонов Ю. Фирма и товарный знак: вопросы соотношения // Хозяйство и право. 2007. № 3. С.127.

² Гражданский Кодекс Российской Федерации (Часть четвертая) от 18.12.2006 г. N 230-ФЗ // Собрание законодательства РФ.25.12.2006 г. N 52 (1 ч.) Ст. 5496; (в ред. от 1.12. 2007 г. № 318-ФЗ).

схожих зарегистрированных фирменных наименований и отказывать на этом основании в регистрации.

Наряду с фирменным наименованием в российское гражданское законодательство включен новый объект – «коммерческое обозначение», но понятие которого не определено. «Коммерческое обозначение (denomination commercial, commercial name), указанное в ст. 2 (VIII) Стокгольмской конвенции, известное во многих странах под различными названиями, например, вывеска (Испания, Италия, Португалия, Франция), вымышленное или неофициальное наименование (США), вторичный символ (Финляндия, Швеция), территориальная сфера действия которого ограничена местом нахождения предприятия, т.е. коммерческое обозначение имеет дополнительное к фирменному наименованию значение»¹. В соответствии с российским гражданским законодательством коммерческое обозначение играет самостоятельную роль, выполняя функцию, которую согласно законодательству большинства стран мира надлежит выполнять фирменному наименованию, - индивидуализировать предприятие определенного физического или юридического лица. Именно с такой позиции произведены все изменения и дополнения в российских законодательных актах, связанные с заменой термина «фирменное наименование» на термин «коммерческое обозначение», вызванное новым подходом к правовой охране фирменных наименований в нашей стране. Так, в абзаце втором п. 2 ст. 132 ГК РФ «Предприятие» слова «фирменное наименование» заменено словами «коммерческое обозначение».

И все-таки сущность этого объекта интеллектуальной собственности остается не раскрытой. Поэтому юридическая доктрина сформулировала различные трактовки указанного понятия. «Коммерческое обозначение представляет собой охраняемое без специальной регистрации обозначение, используемое правообладателем для индивидуализации торгового, промышленного или иного предприятия. При этом предприятием является «принад-

¹ Еременко В.И. Переходные положения к части четвертой Гражданского Кодекса Российской Федерации // Адвокат. 2007. № 4. С. 10.

лежащий предпринимателю единый и обособленный имущественный комплекс, признаваемый недвижимостью и используемый для ведения предпринимательской деятельности»¹. Так, даже в судебной практике в связи с отсутствием законодательного определения этого понятия влекло за собой отсутствие каких-либо реальных прав на использование коммерческого обозначения. Например, «Хозяйственным обществом был предъявлен иск к обществу «Нью-Йорк пицца» о признании не заключенным между ними договора коммерческой концессии в связи с недостижением соглашения о предмете договора. В соответствии с условиями договора общество «Нью-Йорк пицца» обязалось передать истцу право на использование в коммерческой деятельности коммерческих обозначений «New York Pizza», «NYP», «Нью-Йорк пицца». Суд признал указанный договор незаключенным по тому основанию, что сторонами в договоре не определено, что имеется в виду под понятием «коммерческое обозначение», и, следовательно, не определен предмет договора. Кроме того, общество «Нью-Йорк пицца» не представило доказательств наличия исключительного права на коммерческое обозначение, подлежащее передаче по договору»². Очевидно, что со вступлением в силу части четвертой ГК РФ судебная практика по данному вопросу изменится.

В отличие от ранее действовавшего законодательства IV часть ГК РФ закрепила общий принцип решения проблемы коллизии прав между различными средствами индивидуализации. На основании п. 6 ст. 1252 ГК РФ «если различные средства индивидуализации (фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания, коммерческое обозначение) оказываются тождественными или сходными до степени смешения и в результате такого тождества или сходства могут быть введены в заблуждение потребители и (или) контрагенты, преимущество имеет средство индивидуализации, исключительное право на которое возникло ранее. Владелец такого исключитель-

¹ Рабец А.П. Правовая охрана коммерческих обозначений: новеллы законодательства // Право и экономика. 2007. № 6. С. 21.

² Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 28.10.2003 г. N Ф04/5573-1803/А45-2003 // СПС «Консультант Плюс». Документ опубликован не был.

ного права может в порядке, установленном настоящим Кодексом, требовать признания недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку (знаку обслуживания) либо полного или частичного запрета на использование фирменного наименования или коммерческого обозначения»¹. Таким образом, «ключевым принципом при столкновении прав на различные средства индивидуализации в соответствии с положениями IV части ГК РФ должен стать принцип старшинства права»².

Особую важность исследование взаимосвязи и различий коммерческих обозначений и сходных средств индивидуализации приобретает в случае, когда права на них принадлежат разным субъектам.

Поэтому, необходимо определить общие черты и отличительные признаки коммерческих обозначений от смежных объектов интеллектуальной собственности в рамках гл. 76 ГК РФ. Основная функция фирменного наименования состоит в индивидуализации коммерческой организации, что сближает указанный объект с коммерческим обозначением. Так же как и коммерческое обозначение, фирменное наименование организации, имеющей хорошую деловую репутацию, может выполнять рекламную функцию. Их схожесть определяется совпадением некоторых аспектов правовой охраны, а также и способами защиты указанных прав, права на них являются абсолютными, исключительными и возникают в явочном порядке. К другим чертам сходства рассматриваемых объектов можно отнести, в частности то, что в коммерческие обозначения, как и в фирменные наименования, нельзя включать символы, способные ввести в заблуждение третьих лиц.

Вместе с тем между коммерческим обозначением и фирменным наименованием есть существенные различия.

¹ Гражданский Кодекс Российской Федерации (Часть четвертая) от 18.12.2006 г. N 230-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 25.12.2006 г. N 52 (1 ч.) Ст. 5496; (в ред. от 1.12. 2007 г. № 318-ФЗ).

² Садовский В. Четвертая часть ГК РФ и действующее законодательство: проблема соотношения прав на средства коммерческой индивидуализации // Закон. 2007. № 10. С. 45.

1) коммерческое обозначение позволяет индивидуализировать предприятие как имущественный комплекс, а фирменное наименование индивидуализирует само юридическое лицо, характеризует репутацию коммерческой организации в целом.

2) коммерческое обозначение, в отличие от фирменного наименования, может существовать не только в словесной, но и в иной форме. Следовательно, возможность столкновения прав на указанные объекты существует лишь в отношении словесных коммерческих обозначений либо комбинированных коммерческих обозначений со словесным элементом. Кроме того, фирменное наименование содержит ряд обязательных реквизитов (указание на организационно-правовую форму и др.), что не характерно для коммерческих обозначений. При этом довольно часто коммерческое обозначение повторяет оригинальную отличительную часть фирменного наименования.

3) фирменное наименование могут использовать только коммерческие организации (пункт 4 статьи 54, ст. 1473 ГК РФ). К числу же субъектов права на коммерческое обозначение относятся как юридические лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность (коммерческие организации, а также некоммерческие юридические лица, которые в соответствии с их учредительными документами могут осуществлять приносящую доходы деятельность), так и граждане-предприниматели (п. 1 ст. 1538 ГК РФ).

4) право на фирменное наименование возникает со дня государственной регистрации юридического лица и прекращается в момент исключения фирменного наименования из ЕГРЮЛ в связи с прекращением юридического лица либо изменением его фирменного наименования (п. 2 ст. 1475 ГК РФ). Основания возникновения права на коммерческое обозначение в законодательстве четко не определены. При определенных условиях к таким основаниям можно отнести начало фактического использования коммерческого обозначения в гражданском обороте. Исключительное право на коммерческое обозначение, включающее фирменное наименование правообладателя

или отдельные его элементы, возникает и действует независимо от исключительного права на фирменное наименование (п. 1 ст. 1541 ГК РФ).

5) в отличие от права на коммерческое обозначение, распоряжение правом на фирменное наименование не допускается (п. 2 ст. 1474 ГК РФ). Владелец права на коммерческое обозначение может предоставить другому лицу право на использование обозначения в порядке и на условиях, предусмотренных договором аренды предприятия или договором коммерческой концессии. Кроме того, возможен переход исключительного права на коммерческое обозначение, но только в составе предприятия, для индивидуализации которого такое обозначение используется.

Анализ положений главы 76 ГК РФ о круге субъектов прав на средства индивидуализации позволяет установить, что:

1) Круг участников данных отношений весьма широк, юридические лица и индивидуальные предприниматели могут быть владельцами исключительного права на товарный знак (знак обслуживания), наименование мест происхождения товаров, коммерческое обозначение. Властелями фирменных наименований являются исключительно коммерческие организации.

2) Частью 4 ГК РФ введены параграфы, определяющие положения о фирменных наименованиях и коммерческих обозначениях. По существу понятие «фирменное наименование» подменено понятием «коммерческое обозначение», но последний объект имеет вспомогательное отношение к фирменным наименованиям. Можно утверждать, что фирменное наименование замещает наименование юридического лица, которое индивидуализирует юридическое лицо в совокупности его прав и обязанностей как самостоятельный субъект права (вне сферы рыночного оборота), а коммерческое обозначение замещает фирменное наименование, которое должно индивидуализировать предприятие юридического лица (в сфере рыночного оборота). Коммерческое обозначение не определено законодателем, с теоретической точки зрения оно представляет собой охраняемое без специальной регистрации обозначение, используемое правообладателем для индивидуализации

торгового, промышленного или иного предприятия. Кроме того, положения параграфа 4 главы 76 ГК РФ не указывают на то, когда возникает исключительное право на коммерческое обозначение и какой юридический факт лежит в его основе. Существенная коллизия прав между различными средствами индивидуализации становится одной из проблем данной сферы отношений. Не сложившаяся судебная практика в связи с нововведением гл. 76 ч. 4 ГК РФ, может значительно осложнить правовую охрану всех объектов промышленной собственности и ухудшить положение потребителя. Поэтому, целесообразно изменить действующие нормы ГК РФ либо принять новые статьи путем включения в уже действующие положения, например путем установления легальных понятий «коммерческое обозначение» и «фирменное наименование». В связи с этим можно предложить такие определения «фирменное наименование - название, под которым физическое или юридическое лицо обозначает предприятие, которое оно использует для идентификации своих отношений с субъектами гражданско-правовых отношений», а «коммерческое обозначение - охраняемое без специальной регистрации обозначение, используемое правообладателем для индивидуализации торгового, промышленного или иного предприятия. При этом предприятием является принадлежащий предпринимателю единый и обособленный имущественный комплекс, признаваемый недвижимостью и используемый для ведения предпринимательской деятельности».

Таким образом, главная ценность средств индивидуализации состоит в содействии с их помощью конкурентной среды путем различия как отдельных предпринимателей и их продукции, так и торговых и промышленных предприятий указанных лиц. Совершенствование правового регулирования в сфере средств индивидуализации будет способствовать вовлечению, особенно коммерческих обозначений, в хозяйственный оборот. При этом соотношение и взаимозависимость правовых режимов этих важных объектов указывает на то, что увеличение количества творческих объектов должно служить именно развитию отношений, а не их смещению.

Некоторые аспекты лжесвидетельства в гражданском процессе

Никто не обязан свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников, круг которых определяется федеральным законом. Федеральным законом могут устанавливаться иные случаи освобождения от обязанности давать свидетельские показания (ст. 51 Конституции РФ).

Это единственный вид доказательств положения о котором имеются в Конституции РФ.

В статье «Лжесвидетельство: наиболее проблемные проблемы правовой ответственности» авторы приводят статистику из которой следует, что уровень латентности лжесвидетельства по уголовным делам достигает 50%, а по гражданским – 90% (!).¹

Необходимо отметить, что в гражданском и арбитражном процессе есть существенная разница к такому виду доказательства как свидетельские показания. В арбитражном процессе, по гражданским делам, допрос свидетеля является исключением из правил. Кроме того АПК РФ не содержит нормы регламентирующей порядок допроса свидетеля. В отличие от АПК РФ в ГПК РФ этому посвящены ст. ст. 177, 179.

Прежде чем изучить порядок допроса свидетеля обратимся для начала к подготовительным процедурам, судебного заседания и как следствия допроса свидетеля.

После открытия председательствующим судебного заседания, проведения соответствующих процедур установленных ст. ст. 161, 162 ГПК РФ, явившиеся свидетели удаляются из зала судебного заседания. Председательствующий принимает меры для того, чтобы допрошенные свидетели не об-

¹ См.: Блинников В.А. Уголовно-правовые и криминологические аспекты лжесвидетельства: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ставрополь, 1998. С. 82. Коробеев А.И., Кулешов Ю. И. Лжесвидетельство: наиболее проблемные проблемы правовой ответственности //Российский судья. 2005. № 7. С. 36.

щались с недопрошенными свидетелями. Тем самым применяются меры обеспечивающие полноту, объективность и достоверность даваемых показаний. Как отмечается Пискаревым И.К., автором соответствующей главы Комментария к ГПК РФ под редакцией В.М. Жуйкова, М.К. Треушникова: «в необходимых случаях с целью предотвращения сговора между недопрошенными свидетелями, а также оказания влияния их друг на друга судом могут быть приняты меры к взаимной изоляции. Удаленные из зала судебного заседания свидетели размещаются в специально оборудованном для этого помещении, если оно имеется в здании суда».

На практике такого не происходит, связано это с тем, что в судах отсутствуют достаточное количество помещений которые могут быть выделены для таких целей. Кроме того, для контроля необходимо присутствие судебного пристава, которые в настоящее время, де-факто, занимаются только проверкой документов на входе в здание суда.

После вызова свидетеля, в соответствии со ст. 176 ГПК РФ он предупреждается об уголовной ответственности за отказ от дачи показаний и за дачу заведомо ложных показаний. У свидетеля берется подписка о том, что ему разъяснены его обязанности и ответственность. Подписка приобщается к протоколу судебного заседания. Данная процедура носит скорее психологический характер. Ряд авторов высказываются также за введение для свидетеля института присяги.

Каждый свидетель допрашивается отдельно (ч. 1 ст. 177 ГПК РФ), данные меры также направлены на полноту, объективность и достоверность даваемых показаний. В дальнейшем в ходе вызовов других свидетелей, возможно применение различных тактических приёмов направленных выявления противоречий в показаниях свидетелей и как следствие дискредитации показаний, если свидетели вызваны с противной стороны.

Председательствующий выясняет отношение свидетеля к лицам, участвующим в деле, и предлагает свидетелю сообщить суду все, что ему лично

известно об обстоятельствах дела (ч. 2 ст. 177 ГПК РФ). Данное положение также немаловажно.

Часто бывает, что свидетелями юридически значимых фактов являются родственники, друзья или иные лица, например подчинённый на работе. В отличие от ст. 25.7 КоАП РФ в которой указано, что в качестве понятого может быть привлечено любое не заинтересованное в исходе дела совершеннолетнее лицо. Аналогичных положений для свидетеля ни ГПК РФ, ни АПК РФ, ни самим КоАПом РФ не установлено. Согласно ч. 1 ст. 69 ГПК РФ свидетелем является лицо, которому могут быть известны какие-либо сведения об обстоятельствах, имеющих значение для рассмотрения и разрешения дела. Таким образом, свидетелем может быть абсолютно любое лицо в независимости от какого-либо отношения к стороне дела и заинтересованности в исходе данного дела. Предполагается, что исключить ложные показания, призвана уголовная ответственность, что, как указано выше, является не слишком действенной мерой.

Часть 3 ст. 177 ГПК РФ непосредственно регламентирует порядок допроса свидетеля. Первым, как это и логично, задает вопросы лицо, по заявлению которого вызван свидетель, представитель этого лица.

Следует согласиться с мнением авторов, полагающих, что судебный допрос имеет свою специфику, которая заключается: 1) в публичном характере допроса; 2) в относительной его кратковременности; 3) в существенном отдалении во времени от события преступления; 4) в сужении спектра применяемых тактических приемов; 5) носит проверочно-удостоверительный характер.¹

Цели допроса у сторон различны. Вызвавшая свидетеля сторона намерена подтвердить определённые факты или наоборот опровергнуть утвер-

¹ См.: Питирцев С.К., Степанов А.А. Тактика допроса на предварительном следствии и в суде. СПб., 2001. С. 78-82; Руководство для государственных обвинителей: криминалистический аспект деятельности / Под ред. О.Н. Коршуновой. СПб., 2003. С. 123; Кудрявцев В.Л. Процессуально-тактические основы участия адвоката-защитника в допросе потерпевшего и свидетеля в суде // Адвокатская практика. 2006. № 2.

ждения противной стороны. Вопросы поэтому задаются прямые, однако таким способом, который бы ограничивал возможности противной стороны к последующей дискредитации показаний. У противной стороны цель состоит в сведении на нет полученной от свидетеля информации. Достигается данная цель путём выявления в показаниях внутренних противоречий, противоречий с пояснениями вызвавшей свидетеля стороны, противоречий с иными доказательствами, постановки под сомнение достоверность полученной информации.¹

В отличие от уголовного процесса, где без допроса свидетелей не обходится практически ни одного судебного разбирательства и где показания свидетелей в большинстве своём являются основным источником информации, гражданский процесс в этом смысле значительно отстаёт, не говоря уж об арбитражном, где вызов свидетеля это явление чрезвычайное. Поэтому в гражданских делах допроса свидетеля недостаточно развит. Этому также способствует ряд норм материального права, который ограничивает право сторон ссылаться на свидетельские показания (ст. 162, 812 ГК РФ).

Кроме сторон в процессе, вопросы может задавать и суд, что он в 100% случаев и делает. Цель вопросов суда, отличается от целей вопросов сторон, тем, что суд пытается выяснить объективные обстоятельства дела. Суд при допросе свидетеля является достаточно активным участником допроса, который может повлиять на вопросы задаваемые свидетелю с целью дискредитации показаний. Например, свидетель сообщает, что ответчику, в офисе истца, был передан акт приёмки выполненных работ. С целью поставить под сомнение пребывания в этот момент свидетеля в офисе, ответчиком задаётся вопрос, о количестве находившихся в этот момент в офисе человек. Судья может подойти к этому вопросу строго формально, и отклонить данный вопрос, который не относится к факту передачи или не передачи акта. Часто

¹ Кудрявцев В.Л. Процессуально-тактические основы участия адвоката-защитника в допросе потерпевшего и свидетеля в суде // Адвокатская практика. 2006. № 2.

судьи так и поступают, просто потому, что уже составили мнение о том кто прав.

При этом участие сторон и их представителей часто оказывается не на уровне, а тактика допроса – урезанной по ряду причин:

1. В отличие от уголовного процесса, где список свидетелей (а равно и других доказательств как обвинения, так и защиты) указывается в обвинительном заключении, в гражданском процессе такового акта нет, следовательно, свидетели и их показания являются для противоположной стороны неожиданностью.

2. В отличие от уголовного процесса, где оглашение первоначальных показаний свидетелей и выявление противоречий между показаниями является мощным тактическим приёмом изобличения ложных показаний, гражданский процесс в судебном разбирательстве имеет дело с показаниями, даваемыми впервые, и данное средство выявления лжи в показаниях становится невозможным.

3. В гражданском процессе довольно часто участники не прибегают к квалифицированной юридической помощи адвокатов и юристов-представителей, поэтому проверенные тактические методики остаются неиспользованными.

4. В гражданском процессе выступления свидетелей и сторон более эмоциональны. К тому же довольно часто свидетели имеют личную заинтересованность в исходе дела, особенно если рассматриваемые вопросы касаются семейных отношений.

Однако в совокупности с другими обстоятельствами можно поставить под сомнение показания свидетеля, являющегося, к примеру, сыном противной стороны. Так, в моей практике имел место случай, когда был вызван свидетель истца, являющегося его отцом. Свидетель занимал достаточно активную позицию (в отличие от истца). На прямой вопрос: «Заинтересованы ли Вы в исходе дела», свидетель ответил: «Да. Мы одна семья». В дальнейшем

большинство показаний свидетеля в протокол судебного заседания занесены не были.

Несмотря на небольшой люфт, который возникает при использовании тактических методов и приёмов в судебном разбирательстве по гражданскому делу, следует выделить основные:

1. Постарайтесь организовать перекрёстный допрос свидетеля не только с помощью противной стороны, но и суда. При этом необходимо осуществлять мониторинг свидетеля. Мониторинг осуществляется с помощью простых и «мелких» вопросов, которые не позволяют вдаться свидетелю в рассуждения и выдать свои умозаключения за реальные события, интересующие суд.

При проведении перекрёстного допроса помните, что «безобидные, казалось бы, рекомендации ... по криминалистической тактике чреваты грубейшим нарушением не только процессуальной формы судебного следствия, но и его содержания, а в итоге – постановлением неправосудного приговора¹ (в нашем случае решения по гражданскому делу).

2. По возможности используйте приём из тактики допроса в уголовном процессе – предъявление вещественных и письменных доказательств. В ряде случаев предъявление таких доказательств (иногда простейших, например, фотографий) сбивает свидетеля, дающего ложные показания.
3. Составляйте план судебного разбирательства при подготовке к нему. В последнее время даже судьи практически не планируют разбирательство, не говоря уж о представителях сторон. Всё это негативно сказывается на качестве процесса и выносимых судебных актов.
4. Спросите у своего доверителя какими могут быть показания того или иного свидетеля и как лучше его поймать на лжи.

¹ Бозров В. «Тактика судьи» в прошлом и настоящем уголовном процессе // Российская юстиция. 2003.

5. Используйте психологические методы, например, напомните, что ложь в суде – это не безобидная шутка, а преступное деяние, влекущее негативные последствия для жизни лжесвидетеля и т.д.

Но, несмотря на все приведённые тактические приёмы, проблема лжесвидетельства не исчезнет за 1 день, по двум причинам: уголовно-правовая норма, запрещающая лжесвидетельство фактически не позволяет привлечь лжесвидетеля к ответственности и ограниченность стадий гражданского процесса не позволяет выявить и закрепить сам факт лжесвидетельства. Таким образом, для избавления от лжесвидетельства необходим комплексный подход.

М.Л. Подкатилина

Особенности производства экспертиз по делам о патентных спорах

В докладе обозначена проблема использования специальных знаний при рассмотрении патентных споров. Актуальность данной проблематики обусловлена увеличением числа судебных разбирательств по вопросам интеллектуальной собственности. Причиной подобных споров является неправомерное использование интеллектуальной собственности физических и юридических лиц. В ходе судебного разбирательства зачастую встает необходимость исследования объектов интеллектуальной собственности (изобретений, полезных моделей, промышленных образцов) либо их формул (для изобретений и полезных моделей) или существенных признаков (для промышленных образцов). То есть рассмотрение данной категории дел практически невозможно без проведения экспертизы. Причем для ее производства необходимо привлекать не только патентоведа – специалиста по указанной категории дел, но и других специалистов в области науки, техники, искусства или ремесла.

Объектами назначаемых по данным делам экспертиз являются не только патентоспособные продукты, способы, устройства или художественно-конструкторские решения, охраняемые патентным законодательством, но и

тексты, в частности, формула изобретения/полезной модели и описание существенных признаков промышленного образца. Ввиду различной природы объектов исследования, экспертиза носит комплексный характер, следовательно, при производстве данной экспертизы необходимо как толкование описания изобретения, полезной модели или промышленного образца с участием специалиста в области лингвистики, так и исследование самого изобретения/полезной модели/промышленного образца специалистом в той области науки, техники, ремесла или искусства, к которой относится оспариваемый объект интеллектуальной собственности. Следовательно, анализируя экспертную практику, мы видим, что в последнее время в области патентных споров можно наблюдать такое явление как *комплексирование экспертиз*. К примеру, когда необходимо определить, не изготовлено ли изделие с использованием уже запатентованного промышленного образца и содержит ли все существенные признаки запатентованного образца.

Рассмотрим подробнее, в чью компетенцию входит проведение такого рода экспертиз, то есть каких специалистов необходимо привлекать для их производства. Не обойтись без специалиста, обладающего специальными знаниями в той области, к которой относится оспариваемый объект интеллектуальной собственности. Такой эксперт сможет квалифицированно оценить, какие из существенных признаков были использованы и в какой мере, что и является основной задачей экспертизы. Однако в одиночку такой эксперт не сможет сделать вывод о наличии или отсутствии факта использования, поскольку законом охраняются объекты интеллектуальной собственности, описание которых содержится в патенте, а толкование его содержания входит в компетенцию эксперта-лингвиста. Следовательно, привлечение эксперта-лингвиста необходимо для установления и толкования смыслового содержания патента. Причем как верно отмечает Е.И. Галяшина, для производства лингвистической экспертизы нужны не просто высокопрофессиональные лингвисты, а компетентные специалисты, имеющие экспертную подго-

товку и специальные познания в области юриспруденции, включая право интеллектуальной собственности.¹

Заметим также, что лингвистическая экспертиза может проводиться и отдельно без исследования самого объекта интеллектуальной собственности в случае, когда необходимо установить или правильно истолковать смысловое содержание текста патента. В качестве примера, укажем на лингвистическое исследование фрагмента текста формулы изобретения к патенту № 1779758, проведенное экспертами по определению Автозаводского районного суда г. Тольятти. На разрешение экспертов были поставлены вопросы: «К чему конкретно в отличительной части формулы патента относится термин «охвачена» - к части сплющенного эллипсоида вращения или одной из малых осей? Нужна ли перед союзом и (после слова «поршня» - колонка 8 вторая строка) запятая?».²

Поскольку одной из задач судебной экспертизы является профилактика³, то, как нам представляется, целесообразно привлекать специалиста-лингвиста еще до выдачи патента, в ходе подачи заявки на его получение. С его помощью устранялись бы различного рода неоднозначности толкования, неточности изложения формулы изобретения/полезной модели и описания существенных признаков промышленного образца. Это, в свою очередь, позволило бы повысить эффективность защиты интеллектуальной собственности, так как точное и детальное описание существенных признаков патентуемого промышленного образца и составление формулы изобретения/полезной модели исключает их неоднозначное толкование и упрощает доказывание факта использования. Лингвистическая экспертиза, на наш взгляд, может стать и еще одним этапом прохождения заявки на выдачу патента наряду с формальной экспертизой и экспертизой по существу.

¹ Галяшина Е.И. Судебно-лингвистическая экспертиза в России (в аспекте защиты прав интеллектуальной собственности) <http://rusexpert.ru/magazine/037.htm> Дата последнего посещения – 27.08.2008

² Подробнее см.: Галяшина Е.И., Горбаневский М.В. Роль лингвистической экспертизы при защите интеллектуальной собственности // ЭЖ-Юрист. № 46 от 25 ноября 2005 года

³ Россинская Е.Р. Криминалистика: Курс лекций. М.: Норма, 2006. С. 234.

В заключении хочется еще раз акцентировать внимание на важности правильного составления формулы изобретения/полезной модели и описания существенных признаков промышленного образца, поскольку для признания факта использования, например, промышленного образца, необходимо заимствование всех существенных признаков, а при неграмотном составлении описания возникает возможность двойственного толкования, что в случае спора создает трудности при доказывании факта использования.

Т.П. Подшивалов

Теоретическая характеристика вещных исков

Каждое правовое явление обладает присущими ему признаками, которые характеризуют изучаемое явление. Подавляющее большинство авторов, при характеристике вещных исков, ограничиваются указанием на их отличие от обязательственных исков: абсолютный характер защиты¹; непосредственная направленность на защиту вещных прав²; и пр. Указания на такую особенность вещных исков явно недостаточно. В связи с этим представляется актуальным рассмотрение развернутой характеристики вещных исков.

1. Вещный иск – это материально-правовое требование, являющиеся мерой защиты субъективного вещного права или интереса.

1.1. Вещный иск является мерой защиты субъективного вещного права или интереса. В действующем гражданском законодательстве до настоящего времени не закреплены признаки мер защиты, акцент сделан на применении отдельных мер. Поэтому существует проблема разработки их общего определения.

¹ Маттеи У., Суханов Е.А. Основные положения права собственности. М.: Юристъ, 1999. С. 365; Щенникова Л.В. Вещное право: Учебное пособие. М.: Юристъ, 2006, С. 55-56; Ефимова Л.Г. О соотношении вещных и обязательственных прав // Государство и право. 1998. № 10. С. 36 и др.

² Гражданское право: В 3 т. Т. 1. / Отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. С. 549; Гражданское право. Т. I. / Отв. ред. П.Е. Орловский, С.М. Корнеев. М.: Юридическая литература, 1969. С. 414 и др.

Большинство ученых под защитой гражданских прав понимают возможность применения в отношении правонарушителя мер принудительного воздействия¹. Т.И. Илларионова, характеризуя гражданско-правовую защиту, указывает, что «она представлена в форме специальных мер (их совокупности), направленных на пресечение конкретных правонарушений, восстановление (компенсацию) нарушенных интересов или обеспечение условий их удовлетворения в иных формах»².

Способом защиты гражданских прав является конкретная закрепленная или санкционированная законом правоохранительная мера, посредством которой производится устранение нарушения права и воздействие на правонарушителя³.

1.2. Вещный иск – это материально-правовое требование. Все вещно-правовые требования основываются на нормах исключительно материального права (ст. 12 и глава 20 ГК РФ). Не разграничение материального и процессуального, в вещных исках приводит не только к путанице, но и порождает немало проблем. Так, А.В. Люшня приходит к выводу о двойственной природе иска о признании права собственности, которая выражается в существовании двух видов признания права: положительного и отрицательного⁴. Подобное деление необоснованно заимствовано из гражданско-процессуального права, в рамках которого выделяется такой вид иска как иск о признании, который может быть положительным или отрицательным⁵. Иск

¹ См.: Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. – М., 1972, С. 155; Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 1. М., 1982. С. 110; Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М.: Юристъ, 2001. С. 525; Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник. М., 1998. С. 487; Сырых В.М. Теория государства и права. М., 1998. С. 345 и др.

² Илларионова Т.И. Система гражданско-правовых охранительных мер. Томск: Изд-во Томского ун-та, 1982. С. 56.

³ Гражданское право: В 2-х т. Том 1. Учебник. / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Изд. БЕК, 1998. С. 410.

⁴ Люшня А.В. Признание права собственности как способ защиты гражданских прав: Автореферат дисс... канд. юрид. наук. М., 2005. С.19.

⁵ Гражданский процесс. / Отв. ред. В.В. Ярков. М.: Волтерс Клувер, 2004, С. 262; Власов А.А. Гражданское процессуальное право. М.: ТК Велби, 2003, С.204 и др.

о признании права собственности является материально-правовым требованием и не может обладать характеристикой процессуальных институтов.

2. Абсолютный характер вещно-правовой защиты (статический признак). Одна из характерных черт вещных прав, закрепленная в ст. 216 ГК РФ, заключается в возможности их защиты с помощью особых вещно-правовых исков. Вещные права относятся к числу прав, осуществляемых действиями самого управомоченного, третьего лица, как правило, никакой роли в осуществлении данного права не играют. Из этого свойства вещного права вытекает его характеристика как права абсолютного. А абсолютные права защищаются от любого нарушителя, кем бы он ни был.

Специфика вещных исков обусловлена абсолютным характером защищаемых прав, поскольку сами эти иски направлены на защиту интересов субъектов вещного права от непосредственного неправомерного воздействия со стороны любых третьих лиц, в силу абсолютности самого вещного права. В связи с этим вещные иски – это вид абсолютных исков, то есть исков, предъявляемых к любым нарушившим или оспорившим вещное право третьим лицам¹. В этой характеристике вещных исков чаще всего усматривают их коренное отличие от других гражданско-правовых способов защиты².

Однако, данного признака явно недостаточно для раскрытия всей специфики вещных исков. Важно понимать, что вещными исками не происходит защита обладателя субъективного вещного права «от всех и каждого». Защита осуществляется от любого, кто нарушит или оспорит вещное право, а не от «всех и каждого».

Данный признак является статической характеристикой, так как абсолютность защиты существует только до факта нарушения или оспаривания (они до этого факта носят вероятностный характер), и возможны со стороны

¹ Маттеи У., Суханов Е.А. Основные положения права собственности. М.: Юристъ, 1999. С. 365.

² Ровный В.В. Эвикция: проблемы конкуренции исков и права собственности // Известия вузов. Правоведение. 2000. №5. С. 129-130; Скловский К. Защита владения при признании договора недействительным // Российская юстиция. 1998. № 6. С.38 и др.

любых третьих лиц. Нарушение и оспаривание всегда происходит со стороны конкретных лиц, которым и адресуется вещно-правовое требование.

3. Реализация вещных исков происходит в охранительном правоотношении относительного характера (динамический признак). Отношения, в рамках которых происходит реализация таких способов защиты вещных прав как вещные иски, относятся к числу охранительных, по своей природе, правоотношений. Суть охранительных правоотношений состоит в том, что защита интересов, а также реализация мер юридической ответственности и других мер принуждения происходит в рамках новых, не существовавших до нарушения права правоотношений¹.

В научной литературе остается дискуссионным вопрос о том, в рамках какого правоотношения существует вещно-правовое требование: регулятивного или охранительного. Все больше ученых рассматривают право на защиту как самостоятельное субъективное право, которое возникает в момент правонарушения и реализуется в рамках охранительного гражданского правоотношения². Сторонники другого подхода рассматривают право на защиту как один из элементов субъективного права, как одну из его функций, или же, как само нарушенное субъективное право, но в динамичном состоянии³.

Приведенная точка зрения вызывает определенные возражения. **Во-первых**, вещное право, являясь регулятивным субъективным правом, существ-

¹ Бутнев В.В. Несколько замечаний к дискуссии о теории охранительных правоотношений // Вопросы теории охранительных правоотношений. Материалы научной конференции. Ярославль: Изд-во Ярославского ун-та, 1991, С.7.

² Гражданское право: Т.1. Отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой.– М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004, С. 336. (автор главы А. П. Сергеев); Гражданское право: В 2 т. Том 1: Учебник / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Издательство БЕК, 1998. С.409; Крашенинников Е.А. К теории права на иск. Ярославль: Изд-во Ярославского гос. ун-та, 1995. С. 19-36; Власова А.В. К дискуссии о вещных и обязательственных правах // Известия вуза. Правоведение. 2000. № 2. С. 148; Тузов Д.О. Реституция и виндикация: проблемы соотношения // Вестник ВАС РФ. 2002. №3. С. 123 и др.

³ Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М.: Юриздат НКЮ СССР, 1940. С. 25-26; Генкин Д.М. Право собственности в СССР. М.: Госюриздат, 1961. С. 192; Тархов В.А. Гражданское право. Курс. Общая часть. Уфа: Уфимский юридический институт МВД РФ, 1998. С. 257; Живихина И.Б. Гражданско-правовые проблемы охраны и защиты права собственности: Автореферат дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2006. С. 13 и др.

вует в условиях соблюдения гражданско-правовых норм, а при возникновении помех в его осуществлении у управомоченного лица возникает новое, ранее не существовавшее охранительное право. Как указывает Е.А. Крашенинников, вещно-правовое требование не тождественно вещному праву, поскольку оно:

1. связывает разных обязанных лиц. Собственнику, как обладателю абсолютного права, противопоставлен неопределенный круг обязанных лиц, которые не должны нарушать его субъективное право, а вещный иск направлен против определенного лица.

2. обладает разными юридическими свойствами. Право на вещный иск подлежит принудительной реализации при содействии юрисдикционных органов, а вещное право осуществляется его обладателем самостоятельно.

3. имеют разное содержание. Право собственности дает господство над вещью и обязывает каждого воздержаться от совершения действий, мешающих собственнику владеть, пользоваться и распоряжаться принадлежащей ему вещью, а виндикационное требование, наоборот, обязывает незаконного владельца к выдаче вещи¹.

Во-вторых, если признать, что вещно-правовое требование существует в рамках регулятивного правоотношения, то тогда право на предъявление вещного иска должно возникать вместе с самим регулятивным субъективным вещным правом, составной частью которого оно является и которое оно охраняет.

Приведенные доводы позволяют сделать вывод о том, что правильной является позиция, в соответствии с которой, *право на защиту рассматривается как самостоятельное субъективное право, которое возникает в момент правонарушения и реализуется в рамках охранительного гражданского правоотношения относительного характера.*

¹ Крашенинников Е.А. Уступка притязания из ст. 301 ГК РФ // Очерки по торговому праву. Выпуск 10. Ярославль, 2003. С. 37-39.

В связи с выводом, о реализации вещных исков в относительном правоотношении, возникает одна трудность: в литературе встречается мнение о возможности уступки требования по виндикационному иску, однако это мнение представляется необоснованным в связи с нетождественностью относительного и обязательственного правоотношения. Цессия ограничена сферой обязательств, в то время когда виндикационное требование реализуется в рамках относительного правоотношения.

Гражданское право исходит из того, что посредством цессии, уступки требования (ст. 382 ГК РФ), право (требование), принадлежащее кредитору на основании обязательства, может быть передано им другому лицу по сделке. В юридической науке достаточно прочно устоялось мнение, что цессией является сделка по передаче права (требования), причем, эта сделка (акт передачи права или соглашение о передаче права) всегда имеет своим основанием другую сделку – договор дарения или возмездного отчуждения права¹. Следовательно, цессия, не являясь самостоятельным основанием для передачи права, представляет собой передаточную сделку, которая регулируется нормами о перемене лиц в обязательстве². Значение цессии аналогично действию по передаче вещи для исполнения договоров о передаче имущества³.

4. Вещные иски, по своей природе, относятся к числу **вещно-правовых, внедоговорных требований направленных на защиту гражданских прав, которые реализуются путем восстановления имущественной сферы лица, чье право нарушено или оспорено.**

Внедоговорной характер вещных исков обусловлен тем, что они защищают вещное право, как абсолютное субъективное право; эта характеристика

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула: Автограф, 2001. С. 375; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части первой (постатейный) / Рук. авт. коллектива О.Н. Садиков. М.: Юридическая фирма «Контракт»: ИНФРА-М, 2005. С. 874.

² Новоселова Л. Сделка уступки права требования и основания ее совершения // Хозяйство и право. 2003. № 7. С. 26.

³ Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула: Автограф, 2001. С. 375; Новоселова Л. Сделка уступки права требования и основания ее совершения // Хозяйство и право. 2003. № 7. С. 27.

позволяет наиболее точно отграничить вещно-правовые иски от других исков, в т.ч. от обязательственных¹. Вещные иски применяются в том случае, когда нарушение или оспаривание затрагивает вещное право непосредственно. Иные способы защиты вещных прав вытекают не из вещного права, как такового, а основываются на других правовых институтах и соответствующих им субъективных прав.

Связь собственника и фактического владельца друг с другом договорным правоотношением по поводу спорной вещи, не исключает возможности защиты вещного права, как с помощью соответствующего договорного иска, так и вещных исков. Примером может служить право титульного владельца (ст. 305 ГК РФ), являющегося таковым на основе договора, на предъявление вещных исков против собственника вещи в ряде случаев.

Здесь, следует обратить внимание на то, что вещные иски содержат в себе наряду с вещными и обязательственные элементы, т.е. расчеты при возврате имущества, определение судьбы плодов (доходов и улучшений) от спорного имущества. В связи с этим не безынтересно мнение М.М. Агаркова по поводу соотношения вещных и обязательственных прав, о том, что «различие относительных и абсолютных правоотношений является различием именно правоотношений, а не институтов. В пределах одного и того же института могут быть правоотношения как абсолютные, так и относительные...»².

Обязательно-правовые иски, с присущими им юридическими способами, конечно же, защищают вещные права, но только не прямо, а косвенно, через защиту субъективных гражданских прав по обязательственному

¹ Выше обозначенная особенность вещных исков отмечается и судебной практике. Так, в п. 23 Постановления Президиума ВАС РФ №8 от 25.02.1998 г. «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» (Вестник ВАС РФ, 1998, №10) указывается, что «Иск собственника о возврате имущества лицом, с которым собственник находится в обязательственном правоотношении по поводу спорного имущества, подлежит разрешению в соответствии с законодательством, регулирующим данное правоотношение».

² Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М.: Юриздат НКЮ СССР, 1940. С. 31-32.

правоотношению. В результате обязательственно-правовых исков в ряде случаев к истцу возвращается та вещь, которая принадлежит ему как собственнику, и на которую были направлены действия сторон по обязательству.

5. Вещные иски носят восстановительный характер; они имеют своей задачей защиту субъективных вещных прав, обеспечивая потерпевшему восстановление его нарушенного или оспоренного право и возможности беспрепятственного осуществления своего вещного права. При невозможности восстановления субъективного права речь может идти лишь о восстановлении имущественной сферы потерпевшего, но уже по средствам иных, а не вещно-правовых, способов защиты гражданских прав¹. Вещные иски защищают субъективное право только от таких нарушений, которые не влекут прекращения этих прав.

Как отмечает С.А. Краснова, возможность восстановительного воздействия гражданского права при нарушении права собственности и иных вещных прав во многом предопределяется их спецификой: объектом является индивидуально-определенная вещь, возможность длительного удовлетворения потребности в пользовании чужими вещами, преимущественно недвижимыми, достигаемая за счет непосредственного воздействия на объект².

Назначение вещного иска выражается в присущих ему функциях: восстановительной, профилактической и превентивной.

В гражданском праве существует еще целый ряд институтов реализуемых в рамках охранительных правоотношений восстановительного характера. К последним относятся кондикция и реституция. Т.И. Илларионова указывает, что одной из форм гражданско-правовой защиты является восстановительное действие, к которым относится кондикция, реституция и виндика-

¹ В том случае, если у потерпевшего возникают убытки от нарушения субъективного права, их возмещение осуществляется с помощью мер гражданско-правовой ответственности.

² Краснова С.А. Защита права собственности и иных вещных прав посредством восстановления владения: Автореферат дисс... канд. юрид. наук. Томск, 2007. С. 7.

ция¹. В связи с этим как на практике, так и в теории возникает проблема соотношения указанных способов защиты гражданских прав, о которой речь пойдет в третьей главе настоящей работы.

6. Предметом спора по вещным искам является только **индивидуально-определенная вещь** (*res individuae*), **сохранившаяся в натуре** к моменту предъявления требования. Замена спорной вещи другим равноценным имуществом того же рода означает изменение основания иска и как следствие самого вида иска.

Поскольку вещное право предполагает возможность совершения действий в отношении вещи, именно эта возможность и может быть нарушена или оспорена. Как указывает А.А. Иванов, средства защиты должны быть направлены на вещь, а не на личность собственника; иными словами, правовые средства защиты права собственности всегда должны иметь своим предметом вещь, т.е. быть вещно-правовыми способами защиты².

Несмотря на то, что «вещь» является самой распространенной категорией из перечня объектов гражданских прав, ее законодательное определение отсутствует³. Несмотря на такое упущение, законодатель достаточно часто использует категорию «вещь» при конструировании правовых норм. Так, имеется развернутая классификация вещей (статьи 130, 134 и 135 ГК РФ), а сама вещь помещена на первое место в перечне объектов гражданских прав (ст.128 ГК РФ).

Вещь как объект вещных прав (и соответственно объект вещно-правовой защиты) – это существующий независимо от субъекта и не являющийся лицом, пространственно ограниченный, материальный, физически осязаемый, предмет, признаваемый объективным правом, в качестве объекта

¹ Илларионова Т.И. Система гражданско-правовых охранительных мер. Томск: Изд-во Томского ун-та, 1982. С. 4-5.

² Иванов А.А. Правовые средства защиты права частной собственности // Известия вузов. Правоведение. 2001. №6. С. 83.

³ Более того, все без исключения статьи тринадцатой главы ГК РФ «Общие положения» (Раздел 2 Право собственности и другие вещные права) упоминают только об имуществе, а вовсе не о вещах.

субъективных прав, путем установления соответствующего правового режима в отношении данного предмета и являющейся индивидуально-определенным или индивидуализированным, путем обособления¹.

7. Форма способов защиты вещных прав только юрисдикционная и судебная. Способы защиты гражданских прав обычно разделяют на две основные формы: юрисдикционную и не юрисдикционную². Правовая природа исследуемых способов защиты обуславливает его применение исключительно в судебной форме с помощью искового производства постольку право вещно-правового требования подлежат принудительному осуществлению лишь с помощью акта юрисдикционного органа.

Вещно-правовая защита является исключительно **мерами принудительного воздействия**, так как лицо, чье вещное право нарушено или оспорено, не может самостоятельно виндицировать вещь или признать на нее право, для этого необходимо принудительное воздействие со стороны публичной власти. Только посредством юрисдикционных органов можно применить в отношении обязанного лица меры государственно-принудительного характера с целью устранения препятствий в осуществлении субъективного вещного права, либо восстановления его в прежнее положение. При этом вещно-правовая защита должна состоять в совершении субъектом вещных прав активных действий, основное из которых – предъявление соответствующего требования. Как справедливо заметил В.Ф. Яковлев «... применение зависит от воли потерпевшего... Гражданское судопроизводство не может

¹ Новосёлова А.А. Вещные правоотношения: содержание и развитие: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2008. С. 13-14.

² См., например: Гражданское право: В 3 т. Т. 1. / Отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. С. 337-339; Гражданское право: в 2-х т. Том 1. / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Изд. БЕК, 1998, С. 411; Демидова Г.С., Богдановская Г.Н., Борзенкова Т.А., Лисицын Д.А., Новосёлова А.А. Гражданское право. Общая часть: учебник. Челябинск: Изд-во ООО «Полиграф-Мастер», 2007. С. 25 и др.

быть кем-либо иным инициировано и возбуждено. Истец распоряжается своим материальным правом, в том числе и в стадии притязания.»¹.

В зависимости от вида органов, осуществляющих защиту, выделяются три разновидности юрисдикционной формы: судебная; административная (обращение в вышестоящий орган или к вышестоящему должностному лицу); нотариальная. Такой способ защиты, как вещно-правовое требование может быть реализован только судом. Поэтому заинтересованное лицо вправе использовать только предъявление искового требования (средство защиты), а суд реализует рассматриваемый способ защиты посредством вынесения решения. Это обусловлено закрепленным в пункте 3 ст. 35 Конституции РФ правилом о невозможности лишения своего имущества иначе, как по решению суда. Следовательно, вопрос о защите вещного права по средствам вещных исков, в нашем правовом порядке, может решить только суд, причем государственный.

Спорным в этом плане является возможность рассмотрения вещно-правового требования третейским судом, если предметом спора является недвижимое имущество. Дело в том, что сфера правоотношений, которые могут быть предметом третейского разбирательства, ограничены исключительно сферой гражданско-правовых отношений. Следовательно, если спор носит публичный характер, а спорное правоотношение связано с отношением власти и подчинения, то третейский суд не вправе принимать такой спор к производству.

Права на недвижимое имущество подлежат регистрации в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество сделок с ним, который носит публичный характер, как и споры по поводу прав на недвижимость. Исключительная юрисдикция государственных судов по спорам о правах на недвижимое имущество установлена статьями 33 и 248 АПК РФ.

¹ Яковлев В.Ф. Россия: экономика; гражданское право: Вопросы теории и практики / Академия социальных наук; Фонд содействия развития социальных и политических наук. М., 2000. С. 160.

При определении компетенции третейских судов на практике, необходимо исходить из принципа, что решения третейских судов должны порождать обязанности только у участников третейского соглашения, в противном случае, указанный спор подведомствен только государственному суду.

Необходимо отметить, что, судебная практика начинает склоняться к заявленной позиции. Так, Конституционный Суд Российской Федерации в Определении от 04.06.2007 № 377-о-о пояснил, что спор о недвижимости не может быть предметом третейского разбирательства, в силу того, что права на недвижимость подлежат регистрации в публичном реестре, а эти споры носят административно-правовой характер.

Из всех вещных исков только негативное требование может быть рассмотрено в третейском суде, так как такой иск вытекает из соседских отношений и не связан с определением принадлежности недвижимой вещи конкретному лицу.

Сказанное позволяет сделать вывод, что вопрос о защите права по средством вещных исков, в нашем правовом порядке, может решить только суд, причем государственный.

8. Регулируются преимущественно нормами **императивного характера**. Это объясняется достаточно просто. Защита гражданских прав происходит по средствам применения государственного принуждения и исходит от государства - в лице юрисдикционных органов. Кроме того, вещное право более императивно, чем обязательственное, в этом проявляется важность защищенности вещных прав.

Немаловажно, что такие императивные нормы носят охранительный характер. Охранительные нормы права являются нормативной основой охранительных правоотношений, а предметом их регулирования являются общественные отношения, которые складываются в ходе преодоления препятствий в реализации субъективных прав.

Гражданское законодательство уделяет незначительное внимание вещным искам, а имеющиеся нормы разрознены по разным статьям нормативных

актов и не всегда охватывают всю систему вещных исков. В связи с этим, многие моменты отдаются на откуп судебной практике. При этом необходимо отметить, что вещно-правовые иски имеют длительную историю правового регулирования, уходящую корнями в историю Древнего Рима. Столь же длительна и тенденция их «регулирования» судебными органами.

9. Еще одной характеристикой является то, что **вещные иски обладают структурой**, которая состоит из элементов. Всякое явление, в том числе и правовое, имеет свою внешнюю и внутреннюю характеристику. В доктрине гражданского права выделяют следующие элементы: 1. стороны; 2. предмет иска; 3. основание иска.

10. Перечень средств защиты права собственности вряд ли может считаться закрытым. Кроме того, вещные иски, в совокупности, **обладают признаком системности** – в совокупности они образуют систему вещно-правовых способов защиты вещных прав.

А.И. Рашидова

Порядок оформления завещания

Согласно статье 26 Закона о наследстве есть три категории лиц, не имеющих право составлять завещание. Первая категория — несовершеннолетние (лица до 18 лет). Вторая категория — лица, признанные судом недееспособными в полном объёме, как правило, речь идёт о лицах, страдающих психическими расстройствами. Важно подчеркнуть, что без решения суда постановление о недееспособности не имеет юридической силы.

Третья категория — лица, которые хоть и являются дееспособными, но на момент составления завещания не в состоянии осознавать значимость данного действия, как правило, речь идёт об очень пожилых людях, страдающих от болезней, например, болезнь Альцгеймера, склероз и др., влияющих на их сознание. Во всех остальных случаях любой человек имеет право на составление завещания.

Если у Вас есть имущество недвижимое (квартира, дача, дом) или движимое (автомашина, ценные вещи, драгоценности), то в случае Вашей смерти они переходят в собственность Ваших наследников по закону. Наследники перечислены в ч.3 Гражданского Кодекса РФ и вступают в порядке очередности (в случае отсутствия наследников первой очереди вступает вторая и т.д.). Оформлять завещание имеет смысл, если у Вас либо нет наследников, либо у Вас их много и Вы хотите, чтобы Ваше имущество перешло к конкретному лицу. Например, наследниками первой очереди являются дети, супруги, родители. Вы имеете дачу, гараж, квартиру. Оформляя завещание, Вы можете распределить это имущество по Вашему усмотрению (дачу – родителям, квартиру – жене, гараж детям). Если Вы не оформили завещание – все имущество перейдет к наследникам в равных долях.

Завещание оформляется у нотариуса. Для оформления завещания необходим Ваш паспорт, сведения о наследниках (ФИО и дата рождения) и перечень имущества, которым Вы хотите распорядиться. Документы на имущество предоставлять не надо, однако, нотариус может рекомендовать их представить для более точного описания наследства в завещании.

Существенным плюсом завещания является то, что оформить завещание достаточно просто и не нужно собирать никаких документов. Можно хоть каждый день менять свою волю и оформлять новое завещание (при этом отменять старое завещание не обязательно, так как действует последнее завещание). Завещание вступает в силу только после Вашей смерти, и Вы никак не ограничены в своих правах по распоряжению своим имуществом.

Однако, необходимо учесть, что завещание не является полной гарантией того, что Ваш избранник точно получит то, что Вы для него предназначили.

1. Наследник может не знать, что Вы на него оформили завещание.
2. Подделать завещание проще, чем другие документы.

3. Завещание оспаривается чаще других документов (Если Вы предназначили наследство не для родственника, а таковых у Вас имеется в избытке, то прямые родственники могут оспорить завещание.)

4. Существуют наследники, у которых есть обязательная доля в наследстве (то есть наличие завещания не лишает их наследства, просто оно будет меньше).

При оформлении завещания завещатель должен иметь при себе только удостоверение личности. Предоставления документов, подтверждающих право собственности на имущество, необязательно, однако специалисты рекомендуют брать их с собой, чтобы дать возможность нотариусу подробно и правильно описать в завещании данное имущество.

Также следует знать о том, что завещание у нотариуса заверяется при двух свидетелях. Свидетели также должны иметь при себе удостоверения личности.

Свидетелями не могут быть:

- 1) нотариус или иное лицо, удостоверяющее завещание;
- 2) наследник, в пользу которого составлено завещание или сделан завещательный отказ, его супруг, его дети, родители, внуки и правнуки, а также наследники завещателя по закону;
- 3) граждане, не обладающие полной дееспособностью;
- 4) неграмотные и другие лица, не способные прочитать завещание;
- 5) лица, имеющие судимость за дачу ложных показаний.

Присутствие наследника или наследников при составлении завещания не требуется.

Завещание – сделка односторонняя. Для ее совершения достаточно волеизъявления только одного лица – завещателя (наследодателя). Завещать можно все имущество или только его часть.

Гражданин может, не объясняя никому побудивших его на это причин, завещать все свое имущество или его часть одному или нескольким гражданам (как входящему, так и не входящему в состав наследников по закону),

любой организации или государству, а также лишить наследства любого из своих наследников.

Н.А. Рубанова

К вопросу о взимании земельного налога

В последние годы земля в России стала полноправным объектом собственности, и все более широко включается в гражданский оборот, в связи с чем, регулирование земельных отношений с участием граждан, юридических и иных лиц начинает приобретать для них особую значимость.

Земельные участки, расположенные в пределах муниципального образования, на территории которых введен налог, признаются объектом налогообложения земельным налогом. Среди объектов налогообложения не перечислены части земельных участков и земельные доли.

Вместе с тем, части земельных участков являются самостоятельными объектами земельных отношений (ст. 6 Земельного кодекса Российской Федерации). Земельный участок определяется как часть поверхности земли (в том числе почвенный слой), границы, которой описаны и удостоверены в установленном порядке. Земельный участок может быть делимым и неделимым. Делимым является земельный участок, который может быть разделен на части, каждая из которых после раздела образует самостоятельный земельный участок, разрешенное использование которого может осуществляться без перевода его в состав земель иной категории, за исключением случаев, установленных федеральными законами. Следовательно, части неделимых земельных участков выведены из-под объектов налогообложения. Объектом налогообложения по земельному налогу являются сами земельные участки, а не те или иные операции с ними (купля-продажа, дарение и т.п.).

Не могут являться объектом налогообложения, земельные доли, поскольку согласно ст. 38 Налогового кодекса Российской Федерации налогом облагается только объект, имеющий стоимостную, количественную или физическую характеристики.

Земельный налог – один из основных имущественных налогов, который имеет статус местного, устанавливается Налоговым кодексом и нормативными правовыми актами представительных органов местного самоуправления. В соответствии с указанными актами он вводится в действие и прекращает действовать, а также обязателен к уплате на территории этих муниципальных образований.

До 1 января 2008 года налоговая база в отношении каждого земельного участка определялась как его кадастровая стоимость по состоянию на 1 января года, являющегося налоговым периодом и устанавливалась отдельно в отношении долей в праве общей собственности на земельный участок, в отношении которых налогоплательщиками признаются разные лица либо установлены различные налоговые ставки. С 1 января 2008 года в п. 1 ст. 391 Налогового кодекса РФ внесено уточнение порядка определения налоговой базы в отношении земельных участков, принадлежащих налогоплательщику и расположенных на территории нескольких муниципальных образований.

Следует отметить, что принцип определения налоговой базы по обозначенной теме не претерпел каких-либо существенных изменений, но впервые получил законодательное закрепление в качестве правовой нормы.

Расчет налоговой базы применительно к каждому муниципальному образованию производится исходя из кадастровой стоимости земельного участка умноженной на соответствующую долю земельного участка, расположенного на территории муниципального образования. В свою очередь сумма налога в отношении части земельного участка будет исчисляться как произведение налоговой базы и налоговой ставки

В отношении земельного налога налоговые ставки устанавливаются нормативными правовыми актами представительных органов местного самоуправления в пределах, указанных в соответствующей главе Налогового кодекса. При этом используются две предельные ставки (таблица 1)

Таблица 1 Типы налоговых ставок земельного налога

Общая ставка земельного налога	Льготная ставка земельного налога
--------------------------------	-----------------------------------

Предельный размер ставки – 1,5 %	Предельный размер ставки – 0,3 %
Общая ставка устанавливается в отношении земельных участков, за исключением отнесенных к землям сельскохозяйственного назначения, занятым жилищным фондом и объектами инженерной инфраструктуры жилищно-коммунального комплекса, а также предоставленных для личного подсобного хозяйства, садоводства, огородничества, животноводства	Льготная ставка применяется в отношении земельных участков, отнесенных к землям сельскохозяйственного назначения, занятым жилищным фондом и объектами инженерной инфраструктуры жилищно-коммунального комплекса, а также предоставленных для личного подсобного хозяйства, садоводства, огородничества, животноводства

Вышеизложенное позволяет сделать вывод, что размер пополнения местного бюджета за счет земельного налога в различных регионах неодинаков, а проблема зачисления поступлений от земельного налога и средств от продажи земельных участков в бюджеты муниципальных образований (в том числе до разграничения государственной собственности на эти земельные участки) весьма актуальна.

Одной из основных причин, неравномерного пополнение местного бюджета в различных муниципальных образованиях, является исчисление земельного налога с использованием государственной кадастровой оценки земли в соответствии с федеральной методикой по рыночной стоимости.

Порядок определения кадастровой стоимости земельного участка устанавливается Правительством РФ в процентах от рыночной стоимости (в случаях определения рыночной стоимости участка). На практике часто возникают ситуации, когда у налогоплательщика на момент уплаты авансовых платежей отсутствуют правоустанавливающие документы на земельный участок, не проведена кадастровая оценка земли, либо муниципальными органами власти не поданы налогоплательщику сведения о кадастровой стоимости, принадлежащих ему участков. Это приводит к снижению доходов муниципальных образований (в отдельных регионах, например в Краснодарском крае, до двух раз), а подчас и к невозможности уплатить земельный налог. Проблемы правоприменительной практики способствовали выработке единого подхода и внесению изменений в Налоговый кодекс РФ по по-

рядку доведения сведений о кадастровой стоимости земельных участков (п. 14 ст. 396 НК РФ). Отсутствие правовой нормы в налоговом законодательстве долгое время порождало ситуацию, позволяющую не уплачивать земельный налог в силу объективных или субъективных причин. Кроме того, в законодательстве (налоговом, административном, уголовном) отсутствует мера ответственности за непредставление муниципальными органами власти налогоплательщику сведения о кадастровой стоимости, принадлежащих ему участков, законодательно не определены срок, в которые муниципальный орган должен представить данные сведения налогоплательщику.

Обоснованно мнение Л. Прониной о том, что для укрепления самостоятельности муниципальных образований, обеспечения возможности создания у них точек экономического роста необходимо совершенствовать законодательное регулирование взимания земельного налога. Кроме того, необходимо выделение средств из федерального бюджета на софинансирование расходов региональных и местных бюджетов по описанию границ муниципальных образований в соответствии с требованиями градостроительного и земельного законодательства, а также учету, инвентаризации, оформлению технической документации на земельные участки и муниципальное имущество¹.

Целесообразно, на уровне Правительства РФ, принять нормативные правовые акты, обеспечивающие совершенствование методики кадастровой оценки земельных участков, инвентаризацию и межевание земельных участков, находящихся в общедолевой собственности (включая финансирование), оформление в собственность или в пользование (включая аренду) всех земельных участков, проведение работ по закреплению бесхозных земель в пользование или в собственность, порядок, условия и периодичность переоценки результатов государственной кадастровой оценки земельных участков.

¹ Пронина Л. О некоторых проблемах совершенствования правового регулирования земельных отношений. // Бюджет. 2007. № 12.

Еще одно направление решение проблемы – исключение из объектов налогообложения организаций, у которых на земельных участках расположены объекты жилищного фонда и инженерной инфраструктуры жилищно-коммунального комплекса, находящиеся в собственности муниципальных образований, а не дифференциация проблемных ставок по уплате земельного налога.

Земельное региональное законодательство нуждается в дальнейшем регулировании, для чего законодательные и исполнительные органы должны проявлять инициативу с учетом местных особенностей и в рамках предоставленных федеральным законом полномочий по созданию и реализации адекватных земельных норм.

И.В. Сахарова

Каким быть закону о лизинге?

В настоящее время основными нормативными актами, регулируемыми лизинговые отношения в Российской Федерации, являются Конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге (Оттава, 28 мая 1988 г.)¹ (далее – Конвенция УНИДРУА или Конвенция), Гражданский кодекс Российской Федерации, Федеральный закон от 29 октября 1998 г. № 164-ФЗ (в ред. ФЗ от 26 июля 2006 г. № 130-ФЗ) «О финансовой аренде (лизинге)»² (далее – Закон о лизинге). Отдельные вопросы, касающиеся лизинга, регулируются также нормами других правовых актов различных отраслей права (преимущественно административного и финансового).

Правовое регулирование лизинговых отношений в значительной степени осуществляется методами, присущими гражданскому праву, и основывается на характерных для гражданского права принципах равенства участников лизинговых отношений, свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимости беспрепятст-

¹ Собрание законодательства РФ. 1999. № 32. Ст. 4040.

² Собрание законодательства РФ. 1998. № 44. Ст. 5394; 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3429.

венного осуществления гражданских прав и др. Вместе с тем, методы, применяемые в таких отраслях как административное, финансовое право, безусловно, также используются при регулировании определенных аспектов лизинговых отношений (это касается, в частности, валютного, таможенного и налогового регулирования). Отметим, что нормативные акты, в той или иной степени касающиеся вопросов лизинга, не образуют строгой системы, однако, в своей совокупности регулируют различные стороны лизинговых отношений.

На уровне федерального закона договор лизинга впервые был урегулирован в части второй Гражданского кодекса Российской Федерации от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ, которая была введена в действие с 1 марта 1996 г. Специальные нормы о договоре лизинга помещены законодателем в § 6 гл. 34 ГК РФ, т.е. договор лизинга рассматривается в ГК РФ в качестве отдельного вида договора аренды (имущественного найма). Гражданский кодекс оперирует как термином «лизинг», так и термином «финансовая аренда», используя их как синонимы. Отметим, что параграф 6 гл. 34 ГК РФ состоит всего из шести статей (ст. 665-670), которые определяют понятие договора финансовой аренды, предмет, порядок передачи предмета, переход к арендатору риска случайной гибели, ответственность продавца по договору лизинга. ГК РФ определил договор лизинга как договор, по которому арендодатель обязуется приобрести в собственность указанное арендатором имущество у определенного им продавца и предоставить арендатору это имущество за плату во временное владение и пользование для предпринимательских целей.

12 февраля 1998 г. (с момента опубликования) вступил в силу Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 16-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге»¹. Однако сама Конвенция вступила в силу для России только с 1 января 1999 года. Это обусловлено тем, что в соответствии со ст. 16 Конвенции она вступает в силу в первый день месяца, следующего после истечения шести

¹ Собрание законодательства РФ. 1998. № 7. Ст. 787.

месяцев с даты сдачи на хранение депозитарию третьего документа о присоединении (в данном случае – с 03 июня 1998 г.).

Структурно Конвенция состоит из преамбулы и 25 статей, объединенных в три главы: «Сфера применения и общие положения», «Права и обязанности сторон», «Заключительные положения». Текст Конвенции (помимо традиционных коллизионных норм) содержит как унифицированные положения (в частности, касающиеся понятия договора лизинга, его признаков), так и большое количество диспозитивных норм.

Под сделкой финансового лизинга в Конвенции понимается такая сделка, в которой одна Сторона (арендодатель): а) заключает по спецификации другой Стороны (арендатора) договор (договор поставки) с третьей Стороной (поставщиком), в соответствии с которым арендодатель приобретает комплектное оборудование, средства производства или иное оборудование (оборудование) на условиях, одобренных арендатором в той мере, в которой они затрагивают его интересы, и б) заключает договор (договор лизинга) с арендатором, предоставляя ему право использовать оборудование взамен на выплату периодических платежей (ст. 1 Конвенции).

Конвенция применяется в том случае, если коммерческие предприятия арендодателя и арендатора находятся в разных государствах и при этом:

а) эти государства, а также государство, в котором поставщик имеет свое коммерческое предприятие, являются Договаривающимися Государствами; или

б) как договор поставки, так и договор лизинга регулируются правом одного из Договаривающихся Государств (ст. 3).

При этом применение Конвенции может быть исключено в случае, если каждая из сторон договора поставки и каждая из сторон договора лизинга дает на это согласие (п. 1 ст. 5). Если же применение Конвенции не исключено, стороны могут в своих взаимных отношениях отступать от тех или иных ее положений или вносить изменения в возможные их последствия, кроме

некоторых оговоренных в Конвенции положений (п. 2 ст. 5). Отметим, что Россия присоединилась к Конвенции с заявлением.

Нормативным актом, в котором лизинговые отношения получили наиболее развернутую регламентацию по сравнению с предыдущими документами, стал Федеральный закон от 29 октября 1998 г. № 164-ФЗ «О лизинге».

Первоначально Закон о лизинге включал 39 статей, объединенных в шесть глав: общие положения, правовые основы лизинговых отношений, экономические основы лизинга, государственная поддержка лизинговой деятельности, право инспектирования и контроля, заключительные положения. Закон о лизинге дал дефиниции основным понятиям, необходимым для регулирования лизинговых отношений; определил предмет лизинга, субъектов лизинга, его формы; раскрыл права и обязанности сторон; установил порядок страхования лизингового имущества, порядок разрешения споров между сторонами; установил структуру и состав лизинговых платежей; предусмотрел меры государственной поддержки деятельности лизинговых организаций.

Но, несмотря на то, что правовое регулирование лизинга было значительно расширено с принятием нового нормативного акта, первоначальная редакция Закона о лизинге повлекла за собой огромное количество нареканий со стороны ученых юристов и экономистов, а также практиков в области лизинговых отношений. Так, например, В. Газман отметил, что нужный для хозяйственной практики закон был принят в неудовлетворительном виде¹. А. Иванов назвал этот закон одним из самых некачественных за последнее десятилетие². А. Кучер сделал вывод, что новый Закон о лизинге усложнил применение лизинга в Российской Федерации³. А Е. Кабатова вообще заключила, что закон продемонстрировал практически полную невозможность адек-

¹ См.: Газман В. Российский лизинг нуждается в законодательной поддержке // Хозяйство и право. 2001. №1. С. 41.

² См.: Иванов А.А. Договор финансовой аренды (лизинга) в новых условиях // Правоведение. 2002. № 2. С. 222.

³ См.: Кучер А. Закон о лизинге – шаг вперед или два назад? // Законодательство и экономика. 1999. № 6. С. 16.

ватного регулирования лизинговых отношений¹. В целом, жесткая критика Закона о лизинге была вызвана нечеткостью его формулировок, противоречиями с Конвенцией УНИДРУА, несогласованностью с действовавшим гражданским законодательством, экономической направленностью в трактовке лизинга и другими недостатками.

Не останавливаясь на детальном анализе положений Закона о лизинге, отметим, что вместо применяемого в Гражданском кодексе понятия «договор лизинга» было введено новое понятие «лизинговая сделка», под которой понималась «совокупность договоров, необходимых для реализации договора лизинга между лизингодателем, лизингополучателем и продавцом (поставщиком) предмета лизинга». Между тем, под сделкой, как известно, понимаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей (ст. 153 ГК РФ). Договором же является двух- или многосторонняя сделка (п. 1 ст. 154 ГК РФ). Т.е., очевидно, что сделка в любом случае не может представлять собой «совокупность договоров», да еще и «необходимых для реализации» другого договора, это противоречит теории гражданского права, в которой указанный термин имеет вполне конкретное значение.

Необходимость внесения изменений в законодательство о лизинге была очевидна, но при этом исследователями предлагались разные варианты решения данной проблемы: 1) привести Закон о лизинге и Гражданский кодекс РФ в соответствие с Конвенцией УНИДРУА²; 2) привести Закон о лизинге в соответствие с Гражданским кодексом³; 3) урегулировать договор лизинга в Гражданском кодексе, расширив посвященный ему параграф в рамках главы об аренде; переименовать Закон о лизинге в Закон об организации лизингового дела в РФ и сосредоточить в последнем только публичные правила, ка-

¹ См.: Кабатова Е. Закон о лизинге сегодня и завтра // Закон. 2000. № 11. С. 50.

² См.: Газман В. Российский лизинг нуждается в законодательной поддержке. С. 44.

³ См.: Павлодский Е.А. Лизинг как инструмент рыночных отношений: пути совершенствования // Журнал российского права. 2000. № 10. С. 44, 52.

сающиеся лизинговых операций¹; 4) принять Федеральный закон «Об арендной и лизинговой деятельности», полностью регулирующий арендные отношения и отражающий специфику лизинга²; 5) оставить Закон о лизинге без изменений и привести в соответствие с ним действующие нормативные акты³; 6) отменить Закон о лизинге⁴.

Законодатель пошел по пути изменения самого Закона о лизинге. В итоге, Федеральным законом от 29 января 2002 г № 10-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О лизинге»»⁵ последний был изложен в новой редакции, существенно обновившей большинство положений Закона о лизинге и действующей с некоторыми последующими поправками в настоящее время. В частности, определение договора лизинга в основном приведено в соответствие с определением, содержащимся в Гражданском кодексе, а спорное понятие «лизинговая сделка» исключено; устранены и так называемые «существенные положения» договора лизинга, которые вызывали критику со стороны теоретиков за нечеткость формулировок и практиков за трудность регламентации этих положений в договоре; изменены понятия «лизинг» и «лизинговая деятельность»; исключены типы и виды лизинга; по-новому регулируется содержание договора лизинга и многие другие вопросы.

В науке неоднозначно оцениваются эти изменения. Так, одни авторы в основном отмечают только положительные моменты⁶. Другие, в целом признавая позитивный характер новой редакции Закона о лизинге, считают от-

¹ См.: Иванов А.А. Договор финансовой аренды (лизинга): учебно-практическое пособие. М.: Проспект, 2001. С. 61.

² См.: Королев С. Нужны новые подходы к лизинговому законодательству // Хозяйство и право. 2001. № 9. С. 112.

³ См.: Скрынник Е. Лизинговые компании – не пункты проката // Коммерсант. 2000. №2. С. 8.

⁴ См.: Ищенко Е.Е. Правовое регулирование финансовой аренды в Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 14.

⁵ Собрание законодательства РФ. 2002. № 5. Ст. 376.

⁶ См.: Эрделевский А.М. Новое в законодательстве о лизинге // Законодательство. 2002. № 6. С. 31-34. Александров А.Д. Новое в законодательстве о лизинге // Юридический мир. 2002. № 3. С. 26-27.

дельные нововведения ошибочными¹. Некоторые авторы полагают, что развернутая правовая регламентация, данная в Законе о лизинге, существенно сокращена после внесения в него поправок: этими изменениями устранено существо лизинга как инвестиционного института; он «загнан» в несвойственные ему арендные отношения². Было также высказано мнение о том, что «Закон о лизинге в новой редакции стал собранием норм, уже содержащихся в других нормативных актах, бланкетных и диспозитивных норм, и не будет оказывать какого-либо заметного влияния на правовое регулирование лизинга»³. Большинство же исследователей справедливо признают, что новая редакция Закона о лизинге, хотя и устранила в нем очень многие существенные недостатки и противоречия, но, к сожалению, не решила всех проблем в правовом регулировании лизинга в России⁴.

Полемика по затронутым выше вопросам продолжается и в настоящее время; причем она касается не только содержания и характера Закона о лизинге, но и вопроса о принципиальной возможности самого существования такого закона. Так, некоторые авторы полагают, что Закон о лизинге не мог быть принят, а принятый – не имеет юридической силы в той части, в которой он касается гражданско-правового регулирования договора лизинга⁵. В качестве обоснования такой позиции, обычно приводят следующие аргументы. Поскольку гражданское законодательство состоит из Гражданского кодекса и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов (п. 2 ст. 3 ГК РФ), постольку никакие другие законы не должны содержать норм, регу-

¹ См.: Газман В. Изменения в законодательстве о лизинге // *Хозяйство и право*. 2002. № 12. С. 32,38. Толстыженко Е. Лизинг: проблемы правового регулирования в России // *Закон*. 2002. № 12. С. 98.

² См.: Зинченко С., Галов В. Финансовый лизинг и его договорная форма // *Хозяйство и право*. 2004. № 11. С. 113.

³ Королев С.Б. Правовое регулирование лизинга в Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 35.

⁴ См., напр.: Палаткин, В. Лизинг в новом свете // *Бизнес-адвокат*. 2002. № 6; Иванов А.А. Договор финансовой аренды (лизинга) в новых условиях. С. 222-231.

⁵ См.: Дедиков С. Лизинг в лабиринте: поиск спасительной нити // *Бизнес-адвокат*. 2000. № 15; Чмил Д.В. Гражданско-правовая модель финансового лизинга в Российской Федерации и Республике Молдова: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 39.

лирующих договоры, уже урегулированные ГК за исключением случаев, когда сам ГК содержит прямую отсылку к иному закону. Применительно же к договору лизинга таких отсылок в ГК РФ нет.

Как представляется, выражение «принятых в соответствии с ним» действительно может быть истолковано неоднозначно, однако, на наш взгляд, приведенное выше понимание этой фразы является слишком радикальным. Видимо, здесь скорее имеется в виду, что закон, принятый в соответствии с Гражданским кодексом, должен развивать те нормы права, которые уже содержатся в самом кодексе и не противоречить им, разумеется, за исключением тех случаев, когда кодекс это прямо допускает. Как отметил В.А. Рахмилович, отсылки к специальным законам в наиболее существенных случаях содержатся в самом ГК, но это не значит, что они не могут быть приняты и при отсутствии указания на них в тексте ГК¹. Кроме того, во многих статьях Гражданского кодекса говорится о возможности дополнительной регламентации того или иного вопроса законом (или иным нормативным актом) и при этом конкретный закон не называется. Такая возможность предусмотрена в целом ряде статей § 1 гл. 34 ГК РФ («Общие положения об аренде»): п. 1, 2 ст. 607, ст. 608, п. 2 ст. 609, п. 2 и 3 ст. 610, п. 3 и 4 ст. 614, п. 2 ст. 615, п. 1 ст. 616, п. 2 ст. 617, ст. 619, п. 1 ст. 621, п. 3 ст. 623, п. 1 и 3 ст. 624. В подтверждение нашего мнения приведем позицию, изложенную в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 1994 г. № 7 (в ред. от 06 февраля 2007 г.) «О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей»². В п. 2 указанного Постановления Пленум дал следующее разъяснение. Закон Российской Федерации «О защите прав потребителей», другие федеральные законы и иные нормативные правовые акты Российской Федерации применяются к отношениям в области защиты прав потребителей, если: 1) это предусмотрено ГК РФ; 2) ГК РФ не содержит такого указания, однако названные выше Федеральные законы и нормативные правовые акты

¹ См.: Рахмилович В.А. О достижениях и просчетах нового Гражданского кодекса Российской Федерации // Государство и право. 1996. № 4. С. 120.

² Российская газета. 1994. 26 ноября (№ 230).

конкретизируют и детализируют нормы ГК РФ, регулирующие данные правоотношения, либо когда ГК РФ не регулирует указанные отношения; 3) указанные законы и другие нормативные правовые акты предусматривают иные правила, чем ГК РФ, когда ГК РФ допускает возможность их установления иными законами и нормативными правовыми актами.

В литературе часто можно встретить мнение о том, что не было необходимости принимать Закон о лизинге в части, регулирующей гражданские правоотношения, т.к. ГК их «достаточно четко регулирует»¹. Так, отмечается, что договор лизинга за пределами норм, сосредоточенных в § 6 гл. 34 ГК, регулируется общими положениями об аренде, тем самым достигается его «полное и комплексное регулирование»², а также, что даже небольшое количество норм, объединенных в § 6 гл. 34 ГК, сформировано в «стройную систему»³. Закон о лизинге критикуют за многочисленные повторы не только специальных норм ГК о лизинге, но и общих норм ГК об аренде, а также других положений ГК⁴. Что касается дублирования Законом о лизинге отдельных норм Гражданского кодекса, то это действительно можно назвать одним из недостатков Закона о лизинге. Неоправданные повторы, безусловно, должны быть устранены, однако, отметим, что в определенной степени повторы неизбежны при изложении норм Закона о лизинге, и более того они характерны для большинства федеральных законов, развивающих положения ГК РФ. С выводами о том, что Гражданский кодекс достаточно полно регулирует договор лизинга, мы согласиться не можем. Напротив, норм, содержащихся в § 6 гл. 34 ГК РФ как раз не достаточно. Не могут их в полной мере компенсировать и общие положения об аренде, т.к. многие из них неприменимы к договору лизинга в виду его очевидной специфики, требующей от-

¹ См: Каширин А. Свобода договора: в законе и на практике // Эж-Юрист. 2006. № 7. С. 4.

² См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. Изд. 4-е, стереотипное. М.: Статут, 2002. С. 575.

³ См.: Решетник И.А. Гражданско-правовое регулирование лизинга в Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Пермь, 1998. С. 18.

⁴ См.: Кувшинов В.А. Международный лизинг: Модельный договор. Комментарии. М.: Торгово-промышленная палата Российской Федерации, 2005. С. 12.

личного от договора аренды правового регулирования по целому ряду вопросов. В свою очередь в Законе о лизинге изложены положения, изменяющие или дополняющие не только некоторые диспозитивные и бланкетные нормы § 1 гл. 34 ГК (в частности, касающиеся предмета лизинга (п. 2 ст. 3 Закона), минимального срока пересмотра размера арендной платы (п. 2 ст. 28), обязанностей по осуществлению капитального ремонта объекта лизинга (п. 3 ст. 17), продления договора лизинга (п. 7 ст. 15) и др.), но и нормы других глав Гражданского кодекса (например, о форме договора лизинга (п. 1 ст. 15), о страховании риска ответственности за нарушение договора (п. 4 ст. 21) и др.). Таким образом, Закон о лизинге содержит специальные нормы, при отсутствии которых пришлось бы руководствоваться самыми различными статьями Гражданского кодекса (как первой, так и второй частей), что с одной стороны достаточно неудобно из-за сложности лизинговых отношений, а с другой стороны во многих случаях просто невозможно по причинам, указанным выше.

Некоторые авторы считают, что закон, регулирующий лизинговые отношения, необходим, но при этом он должен содержать только нормы публичного права. Так, предлагалось принять уже упомянутый нами закон об организации лизингового дела в РФ¹, а также закон о государственной поддержке участников лизинговых отношений². Не очень понятно содержание подобных нормативных актов. Видимо, они должны включать нормы, касающиеся вопросов налогообложения, валютного и таможенного регулирования. Однако, в настоящее время подобные нормы в большинстве своем содержатся в актах соответствующей отраслевой принадлежности, а в Законе о лизинге могут быть изложены отсылочные нормы по этим вопросам. Поэтому необходимость существования отдельного закона, интегрирующего все положения о мерах государственной поддержки лизинговых отношений, или

¹ См.: Иванов А. А. Договор финансовой аренды (лизинга): учебно-практическое пособие. С. 61.

² См.: Серкова Ю. А. Договор лизинга по российскому и зарубежному праву: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2002. С. 7.

же закона, предусматривающего некие правила, касающиеся лизинговых операций, представляется весьма спорной.

Считаем, что закон, направленный на гражданско-правовое регулирование лизинговых отношений, необходим.

Регламентация этих отношений только в Гражданском кодексе даже при условии расширения специальных норм о договоре лизинга, на наш взгляд, менее предпочтительна по следующим причинам. Во-первых, лизинговые отношения опосредуются не только договором лизинга, но и заключаемым в обязательном порядке договором купли-продажи, содержание которого обладает определенной спецификой. Во-вторых, в Законе о лизинге могут быть сосредоточены также некоторые нормы административного, а также других отраслей права, при условии что характер и объем помещаемых в Закон о лизинге норм различной отраслевой принадлежности будет улучшать, а не затруднять правовое регулирование лизинговых отношений. В-третьих, при необходимости в Закон о лизинге могут быть помещены нормы, определяющие особенности правового регулирования лизинговых отношений, возникающих по поводу отдельных видов имущества или в отдельных отраслях экономики. Таким образом, Закон о лизинге может быть как актом исключительно гражданского права (что с одной стороны труднодостижимо, а с другой - не очень целесообразно для регулирования лизинговых отношений), так и актом преимущественно гражданского права, включающим также нормы иных отраслей (что имеет место в настоящее время), или же комплексным нормативным актом, т.е. актом, содержащим сопоставимое по объему количество норм различных отраслей права. Как справедливо отмечает Н. Д. Егоров, «принятие комплексных нормативных актов оправдано в тех случаях, когда требуется согласовать содержание норм различной отраслевой принадлежности, регулирующих разнообразные, но тесно связанные общественные отношения, возникающие в одной и той же сфере деятельности чело-

века»¹. Представляется, что сказанное в полной мере относится к лизинговым отношениям.

А.В. Семёнов
Т.А.Серёгина

Правовые вопросы ликвидации государственных корпораций по законодательству России

В соответствии со ст. 7.1 Федеральный закон от 12.01.1996 № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях»² государственной корпорацией признается не имеющая членства некоммерческая организация, учрежденная Российской Федерацией на основе имущественного взноса и созданная для осуществления социальных, управленческих или иных общественно полезных функций.

До недавнего времени единственной существовавшей корпорацией в России было Агентство по страхованию вкладов (далее - АСВ), основной целью деятельности которой является обеспечение функционирования системы страхования вкладов. Однако, в ушедшем 2007 году приступили к работе сразу шесть государственных корпораций – Банк развития и внешнеэкономической деятельности (Внешэкономбанк), Российская корпорация нанотехнологий (ГК Роснано), Фонд содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства, Государственная корпорация по строительству олимпийских объектов и развитию города Сочи как горноклиматического курорта (Олимпстрой), Государственная корпорация по содействию разработке, производству и экспорту высокотехнологичной промышленной продукции «Ростехнологии», Государственная корпорация по атомной энергии «Росатом».

Теоретический анализ российского законодательства в сфере деятельности государственных корпораций позволяет сделать вывод, что порядок их

¹ Гражданское право [Текст]: учеб.: в 3 т. Т. 1 / Н. Д. Егоров [и др.]; под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. 6-е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби, Проспект, 2005. С. 46.

² Собрание законодательства РФ. 1996. № 3. ст. 145

ликвидации весьма специфичен и имеет ряд отличительных особенностей по сравнению с процедурой прекращения деятельности иных хозяйствующих субъектов.

ГК РФ содержит развернутый перечень оснований ликвидации организаций, которые могут носить как добровольный, так и принудительный характер. Общий порядок прекращения деятельности юридического лица урегулирован ст. 61—64 ГК РФ. Однако для государственной корпорации законом установлены дополнительные основания ликвидации, а также особый порядок ее проведения.

Поскольку для создания корпорации не требуется учредительных документов, предусмотренных ст. 52 ГК РФ, порядок ее реорганизации и ликвидации должны быть прописаны непосредственно в законе, предусматривающем ее создание.

Однако, в действующих нормативных правовых актах о корпорациях Роснано, Внешэкономбанк, Олимпстрой, Ростехнологии, АСВ, Росатом статьи, раскрывающие процедуру прекращения их деятельности, не содержат четкого порядка проведения ликвидационных процедур и имеют отсылочный характер: в них определено, что соответствующие организации могут быть реорганизованы или ликвидированы на основании специально принятого федерального закона.

Отличной от указанных норм, является положение закона относительно Фонда содействия реформированию ЖКХ - в законе содержится четкая регламентация оснований и процедур ликвидации данной некоммерческой организации¹. Так, установлены следующие основания для его ликвидации:

- прекращение его деятельности с 1 января 2012 года;

¹ См.: ст. 25 Федерального закона от 21.07.2007 № 185-ФЗ «О Фонде содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства» // Собрание законодательства РФ. 2007. № 30. ст. 3799

- до окончания указанного периода - использование в полном объеме средств Фонда, предназначенных для осуществления его деятельности.

Здесь также следует отметить, что существенным отличием прекращения деятельности корпораций АСВ, Внешэкономбанк, Роснано, Олимпстрой, Росатом является обязанность принятия отдельного нормативного акта об их ликвидации – федерального закона, в котором будут четко прописаны ликвидационные процедуры. В отношении Фонда подобное правило законом не установлено, а решение о ликвидации входит в компетенцию Правления Фонда, но только по основаниям, указанным в законе.

Анализ действующего российского законодательства показывает, что **ликвидация корпорации в добровольном порядке возможна по следующим основаниям:**

- *ликвидация в связи с решением учредителя, т.е. Российской Федерации; оформление данного решения происходит путем принятия соответствующего федерального закона;*
- *ликвидация в связи с истечением срока, на который создана корпорация (Фонд действует до 1 января 2012 г.);*
- *ликвидация в связи с использованием в полном объеме средств, предназначенных для осуществления деятельности корпорации (Фонд подлежит ликвидации до 1 января 2012 г. в случае реализации выделенных бюджетных средств);*
- *ликвидация в связи с достижением цели, ради которой корпорация создана (основной целью деятельности ГК Олимпстрой является обеспечение осуществления мероприятий, связанных со строительством (реконструкцией) объектов, необходимых для развития г. Сочи как горноклиматического курорта, а также для проведения XXII зимних Олимпийских игр и XI зимних Паралимпийских игр 2014 года в г. Сочи; соответственно, после проведения игр корпорация достигнет цели, ради которой создана, и необходимость в ней отпадет).*

Более сложным является вопрос о принудительной ликвидации корпораций. Исходя из смысла абз.2 п. 2 ст. 61 ГК РФ, любое юридическое лицо может быть принудительно ликвидировано по решению суда в случаях, указанных в ГК РФ.

В силу того, что государственная корпорация создается на основании принятого федерального закона, принудительная ликвидация корпорации по причине допущения при ее создании грубых нарушений иных федеральных законов невозможна, поскольку если между законами возникают коллизии, то их устранение происходит путем внесения соответствующих поправок, но никак не принудительной отменой более позднего нормативного правового акта. В то же время, при создании корпорации могут быть нарушены положения нормативных актов, имеющих высшую юридическую силу - Конституции РФ и федеральных конституционных законов, например, конституционный принцип поддержания конкуренции и недопущения экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию (ст. 8, 34). В подобной ситуации, при наличии таких нарушений, если они носят неустранимый характер, закон о создании корпорации должен признаваться противоречащим Конституции РФ и не подлежащим применению.

Другие основания для принудительного прекращения деятельности юридического лица, указанные в ст.61 ГК РФ (осуществление деятельности без надлежащего разрешения (лицензии) либо деятельности, запрещенной законом, либо с иными неоднократными или грубыми нарушениями закона или иных правовых актов) гипотетически могут служить причиной для ликвидации государственной корпорации. Так, АСВ занимается страхованием, выполняет функции конкурсного управляющего, профессионального оценщика¹. Несмотря на то, что указанные виды деятельности являются лицензируемыми, государственная корпорация вправе их осуществлять без специального разрешения. В то же время, нельзя исключать ситуацию, что корпо-

¹ См. ст. 15 Федерального закона от 23.12.2003 № 177-ФЗ «О страховании вкладов физических лиц в банках Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2003. № 52. Ст. 5029

рация в процессе своей деятельности будет заниматься иной лицензируемой деятельностью, не предусмотренной в законе о ее создании (например, АСВ будет осуществлять аудиторскую деятельность) или осуществлять деятельность, запрещенную законом, либо с иными неоднократными или грубыми нарушениями закона или иных правовых актов. Будет ли в таком случае основанием для принудительной ликвидации корпорации? Исходя из принципа приоритета ГК РФ над другими законами, ответ должен быть положительный.

К тому же, по сути, принудительная ликвидация является санкцией, применение которой должно подчиняться всем принципам юридической ответственности. Для корпорации закон не делает исключение, следовательно, корпорация несет самостоятельную ответственность за свою деятельность.

Можно сделать вывод, что **принудительная ликвидация государственной корпорации возможна лишь в следующих случаях:**

- *допущенных при его создании грубых нарушений Конституции РФ или федеральных конституционных законов, если эти нарушения носят неустранимый характер,*
- *осуществления корпорацией без лицензии деятельности, подлежащей лицензированию, если право на осуществление подобной деятельности не предоставлено законом о ее создании;*
- *осуществления деятельности, запрещенной законом, либо с иными неоднократными или грубыми нарушениями закона или иных правовых актов.*

Специальным основанием ликвидации юридического лица является **признание его несостоятельным (банкротом)**. Однако в отношении государственных корпораций в ст. 65 ГК РФ определено, что на данные некоммерческие организации положения Федерального закона от 26.10.2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» не распространяются, если иное не установлено законом, предусматривающим их создание.

В настоящее время, круг субъектов-должников, не подпадающих под действие указанного закона, определен в ст. 65 ГК РФ¹. Нам представляется не целесообразным исключение из числа потенциальных банкротов государственных корпораций, поскольку, корпорации - это мощные экономические структуры, использующие огромные средства федерального бюджета, которые, по сути, монополизировали отдельные сферы экономики. Это еще раз подтверждает, что корпорациям предоставлен особый льготный режим функционирования.

На основании изложенного, возникает закономерный *вопрос о субъекте, в чью компетенцию входит принятие решение о принудительной ликвидации корпорации*. В соответствии с п.2 ч.1 ст. 33 Арбитражного процессуального кодекса РФ² споры о ликвидации организаций подлежат рассмотрению арбитражными судами.

Ввиду того, что для корпорации введена уникальная процедура создания, первоначально возникает ошибочное суждение, что, по сути, принудительная ликвидация будет представлять собой отмену или признание недействующим того федерального закона, на основании которого функционирует корпорация.

Однако, исходя из смысла гражданского законодательства, принудительная ликвидация корпорации будет означать не аннулирование закона, а ликвидацию конкретного юридического лица, созданного в установленном порядке, запись о котором содержится в Едином государственном реестре юридических лиц.

Таким образом, мы приходим к выводу, что принудительное прекращение деятельности корпорации должно происходить в порядке, аналогичном для всех иных организаций, т.е. по решению арбитражного суда.

Также не урегулированным в законодательстве остается **вопрос о судьбе имущества корпорации, оставшегося после ликвидации**. Законы о

¹ Так, не могут быть признаны банкротом казенное предприятие, учреждение, политические партии и религиозные организации

² Собрание законодательства РФ. 2002. № 30. ст. 3012

корпорациях АСВ, Внешэкономбанк, РоснаноТех, Олимпстрой в отношении такого имущества ничего не говорят, т.е. решение данного вопроса отдается на откуп закона о ликвидации корпорации. Лишь в отношении Росатом законодатель установил, что при ликвидации корпорации имущество поступает в собственность Российской Федерации.

Касательно Фонда содействия реформированию ЖКХ определено, что средства, полученные в результате реализации его имущества с публичных торгов, оставшиеся после удовлетворения требований кредиторов к Фонду, перечисляются в федеральный бюджет. Однако, п.16 ст. 25 ФЗ «О Фонде содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства» устанавливает, что имущество Фонда, не проданное на повторных (третьих) торгах, по решению правления Фонда в течение 30 дней со дня завершения расчетов с кредиторами списывается на убытки Фонда. Такое правило, на наш взгляд, с одной стороны, включает в себя определенные скрытые возможности для злоупотребления правами при проведении торгов с целью сокрытия имущества; с другой стороны, с позиции действующего законодательства подобная норма выглядит, по крайней мере, странно. Так и не ясно, какова же все-таки будет дальнейшая судьба нераспроданного имущества. Представляется необходимым указанный п.16 ст. 25 ФЗ «О Фонде содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства» исключить.

В связи с этим, необходимо дополнить ФЗ «О некоммерческих организациях» императивной нормой, в соответствии с которой имущество корпорации после ее ликвидации должно переходить в федеральную собственность. Таким образом, государство как учредитель корпорации само сможет определять юридическую судьбу оставшегося имущества, в т.ч. создавая другую государственную корпорацию или пополняя свой имущественный взнос в ней.

Подобная практика уже существует в нашей стране. Так, в 2004 г. на основании федерального закона корпорация АРКО ликвидирована. Все денежные средства, оставшиеся после удовлетворения требований кредиторов

к первой российской государственной корпорации, а также денежные средства, полученные в результате реализации имущества АРКО с публичных торгов, ликвидационной комиссией были переданы государственной корпорации АСВ в качестве вноса Российской Федерации в имущество указанной корпорации.

Д.Ю. Лялин полагает, что раз государство имеет возможность использовать имущество корпорации по своему усмотрению после ликвидации последней, значит, Российская Федерация, передавая имущество в собственность корпорации, сохраняет на него определенные имущественные права, пусть даже и в очень завуалированной форме¹. В данном случае, имеющаяся у государства возможность определять дальнейшую юридическую судьбу имущества ликвидированной корпорации больше напоминает правомочия собственника имущества, закрепленного за организацией на праве хозяйственного ведения или оперативного управления либо обязательственные права требования учредителей к хозяйственному обществу.

Однако, корпорация – субъект права собственности, следовательно, государство теряет возможность каких-либо притязаний на переданное корпорации имущество. Оставление за бывшим собственником отдельных правомочий противоречит всей цивилистической доктрине. Несомненно, данный теоретический вопрос нуждается в дальнейшем научном осмыслении.

Е.В. Субботина

Правовой статус товарищества собственников жилья²

С появлением права собственности на жилье в многоквартирных домах и в результате приватизации и строительства новых домов на долевых началах с финансовым участием будущих жильцов стали возникать товарищества собственников жилья (далее - ТСЖ) для управления жилым фондом. Это явление потребовало законодательного оформления и новой документальной подготов-

¹ См.: Лялин Д.Ю. Право собственности государственных корпораций: монография / Под ред. Е.В. Блинковой. Юрист, М., 2005

² Статья подготовлена при финансовой поддержке РГНФ, проект № 08-03-85302а/У

ки при создании, регистрации и организации деятельности малоизученного юридического лица.

С принятием ЖК РФ институт товариществ собственников жилья претерпел существенные изменения. Многие недостатки старого законодательства в новом ЖК РФ устранены, что позволяет исключить значительное количество спорных отношений в деятельности ТСЖ. Однако в настоящее время большое количество ТСЖ не может в полном объеме реализовать возможности, предусмотренные новым федеральным законодательством. Это объясняется сложными, довольно жесткими договорными отношениями с коммунальными предприятиями, слабой информированностью и низкой компетенцией председателей правления, а также самих собственников жилья. Не увидели новых изменений в жилищном законодательстве не только органы управления ТСЖ, но и надзорные органы.

В соответствии со ст. 135 ЖК РФ товариществом собственников жилья признается некоммерческая организация, объединение собственников помещений в многоквартирном доме для совместного управления комплексом недвижимого имущества в многоквартирном доме, обеспечения эксплуатации этого комплекса, владения, пользования и в установленных законодательством пределах распоряжения общим имуществом в многоквартирном доме. Часть 1 ст. 2 Федерального закона «О некоммерческих организациях» устанавливает, что некоммерческой организацией является организация, не имеющая извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности и не распределяющая полученную прибыль между участниками.

Из приведенных определений следует, во-первых, что предметом и целями деятельности товарищества собственников жилья являются управление комплексом недвижимого имущества в многоквартирном доме, обеспечение эксплуатации этого комплекса, владение, пользование и в установленных законодательством пределах распоряжение общим имуществом в многоквартирном доме. Кроме того, предмет и цели деятельности товарищества собственников

жилья определяются с учетом положений ст. 137, 138 ЖК РФ, закрепляющих права и обязанности таких товариществ.

На это важно обратить внимание, поскольку товарищество собственников жилья, как и другие некоммерческие организации, обладает не общей, а специальной (или уставной, целевой) правоспособностью - п. 1 ст. 49 ГК РФ. Специальная правоспособность предполагает, что обладающее такой правоспособностью юридическое лицо вправе осуществлять лишь те виды деятельности, которые прямо указаны в его учредительных документах и соответствуют установленным в этих документах предмету и целям деятельности данного юридического лица. Поэтому предмет и цели деятельности товарищества собственников жилья должны быть четко определены в его уставе.

ТСЖ не вправе совершать сделки, противоречащие целям и предмету его деятельности, определенным законом или иными правовыми актами, а также уставом товарищества. Такие сделки являются ничтожными на основании ст. 168 ГК РФ. При определении правоспособности ТСЖ важно обратить внимание на то, что полномочия товарищества по распоряжению общим имуществом в многоквартирном доме прямо ограничены законодательством. Товарищество может распоряжаться общим имуществом в многоквартирном доме только путем передачи его в пользование (возмездное или безвозмездное) с соблюдением требований ст. 36 ЖК РФ и ст. 246 ГК РФ. Отчуждать общее имущество в многоквартирном доме не вправе ни товарищество собственников жилья, ни его члены - ч. 4 ст. 37 ЖК РФ.

По общему правилу, установленному в ч. 4 ст. 135 ЖК РФ, товарищество собственников жилья создается без ограничения срока его деятельности. Однако Жилищный кодекс в диспозитивной норме допускает возможность создания такой некоммерческой организации также на определенный срок, установленный в ее уставе (например, для достижения конкретной хозяйственной цели, после чего товарищество подлежит прекращению).

Товарищество собственников жилья может быть создано в любом многоквартирном доме, как находящемся полностью в частной собственности, так и в

таким, где часть квартир находится в государственной или муниципальной собственности, а часть - принадлежит гражданам или юридическим лицам. Кроме того, в соответствии с ч. 2 ст. 136 ЖК товарищество собственников жилья может быть создано при объединении: 1) нескольких многоквартирных домов, помещения в которых принадлежат различным (не менее чем двум) собственникам помещений в многоквартирном доме, с земельными участками, расположенными на общем земельном участке или нескольких соседних (граничащих) земельных участках, сетями инженерно-технического обеспечения и другими элементами инфраструктуры; 2) нескольких расположенных близко зданий, строений или сооружений - жилых домов, предназначенных для проживания одной семьи, дачных домов с приусадебными участками или без них, гаражами и другими расположенными на общем земельном участке или нескольких соседних (граничащих) земельных участках объектами, сетями инженерно-технического обеспечения и другими элементами инфраструктуры. В соответствии с ч. 1 ст. 139 ЖК в строящихся многоквартирных домах товарищество собственников жилья может быть создано лицами, которым будет принадлежать право собственности на помещения в таких домах. Правда, на практике, как правило, застройщик заключает договор с управляющей организацией, которая обеспечивает жизнедеятельность дома в тот период, когда он фактически уже заселяется, но застройщиком еще юридически не оформлено окончание строительства.

Таким образом, приведенное в ст. 135 ЖК РФ определение товарищества собственников жилья указывает на то, что таким товариществом признается «объединение собственников помещений в многоквартирном доме». Одновременно ст. 136 ЖК РФ допускает создание ТСЖ не только в одном многоквартирном доме. Указанные в данной статье два случая объединения прежде были предусмотрены ст. 5 ФЗ «О товариществах собственников жилья», но при этом общее определение товарищества собственников жилья как некоммерческой организации было более универсальным. Следовательно, что касается случаев создания товариществ, указанных в п. 1 и 2 ч. 2 ст. 136 ЖК РФ, то со-

вершено очевидно, что такие товарищества собственников жилья никак не могут являться объединениями собственников помещений в многоквартирном доме, как это предусмотрено общим определением, установленным в ст. 135 ЖК РФ.

Характеризуя статус ТСЖ, следует учитывать, что требования ФЗ «О некоммерческих организациях» не распространяются на товарищества собственников жилья, что неблагоприятно влияет на отношения этой организации с налоговыми органами.

К настоящему времени регулирование подобных отношений осуществляется на основании сложившейся судебной практики в отношении каждого установленного вида налога и по каждой операции ТСЖ по отдельности.

Так, вопросы взимания налога на добавленную стоимость по операциям, связанным с предоставлением жилых помещений в пользование, а также с их обеспечением коммунальными услугами, с их содержанием, эксплуатацией и ремонтом общего имущества многоквартирных домов решены постановлением Пленума ВАС РФ от 05.10.2007 г. № 57¹.

Основной вывод, предлагаемый к использованию ВАС РФ, заключается в том, что при характеристике отношений с участием налоговых органов и товариществ собственников жилья следует исходить из статуса ТСЖ. В рамках правоотношений оказания услуг, связанных с эксплуатацией, содержанием и ремонтом жилых помещений и общего имущества в многоквартирных домах (в том числе коммунальных услуг), ТСЖ не является хозяйствующим субъектом с самостоятельными экономическими интересами, отличными от интересов членов ТСЖ. Соответствующие обязательства ТСЖ перед организациями, непосредственно оказывающими услуги (выполняющими работы), не могут быть большими, чем в случае заключения этими организациями прямых договоров с жильцами - членами ТСЖ, в связи с чем при реализации услуг по регулируемым ценам (тарифам), например услуг по энергоснабжению, ТСЖ опла-

¹ Вестник ВАС РФ. 2007. № 11.

чивает такие услуги, предназначенные жильцам, по тарифам, утвержденным для населения, а не для юридических лиц.

Таким образом, ТСЖ, заключая договоры на оказание коммунальных услуг, на эксплуатацию, содержание и ремонт жилых помещений и общего имущества в многоквартирных домах, а также трудовые договоры со специалистами, выступает в имущественном обороте не в своих интересах, а в интересах членов ТСЖ.

В связи с этим ТСЖ не представляют соответствующих налоговых деклараций и не исчисляют сумму НДС по операциям, связанным с обеспечением жилых помещений коммунальными услугами и с содержанием, эксплуатацией и ремонтом общего имущества многоквартирных домов.

Подход ВАС РФ представляется правильным, учитывая позицию Верховного Суда РФ, выраженную в Обзоре судебной практики ВС РФ за IV квартал 2006 г.¹: собственники жилых помещений, не являющиеся членами ТСЖ, не имеют возможности самостоятельно оплачивать коммунальные услуги непосредственно оказывающим их организациями.

В ч. 6 ст. 155 ЖК РФ установлено, что не являющиеся членами товарищества собственников жилья либо жилищного кооператива или иного специализированного потребительского кооператива собственники помещений в многоквартирном доме, в котором созданы товарищество собственников жилья либо жилищный кооператив или иной специализированный потребительский кооператив, вносят плату за жилое помещение и коммунальные услуги в соответствии с договорами, заключенными с ТСЖ либо жилищным кооперативом или иным специализированным потребительским кооперативом. То есть ЖК РФ прямо регулирует порядок внесения платы за жилое помещение и коммунальные услуги собственниками жилых помещений, не являющимися членами товарищества собственников жилья.

Заключение собственником жилого помещения договора, содержащего условия предоставления коммунальных услуг, непосредственно с ресурсо-

¹ БВС РФ. 2007. № 8.

снабжающими организациями допускается только в случае, если собственники жилых помещений в многоквартирном доме осуществляют в силу ч. 8 ст. 155 ЖК РФ непосредственное управление таким домом.

Из изложенных выше норм следует, что собственник жилого помещения, который не является членом товарищества собственников жилья или жилищного кооператива, созданных в многоквартирном доме, не вправе заключать договоры, содержащие условия предоставления коммунальных услуг, непосредственно с ресурсоснабжающими организациями, а должен вносить плату за коммунальные услуги в соответствии с договором, заключенным между ним и товариществом собственников жилья либо жилищным кооперативом или иным специализированным потребительским кооперативом, устанавливающими порядок внесения обязательных платежей и (или) взносов, связанных с оплатой коммунальных услуг.

Особенности правоспособности ТСЖ, как отмечено в упомянутом Обзоре судебной практики ВС РФ, оказывают влияние на порядок исполнения договоров на оказание коммунальных услуг собственникам жилых помещений.

Согласно п. 1 ст. 546 ГК РФ энергоснабжающая организация вправе отказаться от исполнения договора в одностороннем порядке по основаниям, предусмотренным ст. 523 названного Кодекса, за исключением случаев, установленных законом или иными правовыми актами, когда абонентом по договору энергоснабжения выступает юридическое лицо. В силу п. 1 ст. 548 ГК РФ правила, предусмотренные ст.ст. 539-547 ГК РФ, применяются к отношениям, связанным со снабжением тепловой энергией через присоединенную сеть, если иное не установлено законом или иными правовыми актами.

Отношения, связанные с предоставлением услуг по теплоснабжению, урегулированы Правилами предоставления коммунальных услуг гражданам, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 23 мая 2006 г. № 307 «О порядке предоставления коммунальных услуг гражда-

нам»¹. Как указано в п. 4 Правил, коммунальные услуги предоставляются потребителю на основании договора, заключаемого исполнителем с собственником жилого помещения в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Исполнителем могут быть управляющая организация, товарищество собственников жилья, жилищно-строительный, жилищный или иной специализированный потребительский кооператив, в обязанности которых входит заключение в силу подп. «в» п. 49 Правил договора с ресурсоснабжающими организациями или самостоятельное производство коммунальных ресурсов, необходимых для предоставления коммунальных услуг потребителям, а при непосредственном управлении многоквартирным домом собственниками помещений - иная организация, производящая или приобретающая коммунальные услуги.

Потребителем согласно данным Правилам является, в частности, гражданин, использующий коммунальные услуги для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, которому в соответствии с п. 9 Правил должно быть обеспечено бесперебойное отопление жилого помещения в течение отопительного периода в зависимости от температуры наружного воздуха.

Следовательно, в обязанности ТСЖ (ЖСК) входит заключение договора на подачу тепловой энергии и оплата услуг по ее предоставлению, в связи с чем вышеназванные организации будут являться посредниками между теплоснабжающей организацией и гражданами, которые проживают в многоквартирном доме и являются непосредственными потребителями.

Данные Правила не предусматривают возможности приостановления или прекращения предоставления тепловой энергии в случае неполной оплаты коммунальных услуг потребителем или при наличии задолженности по оплате, в то время как эта возможность установлена при наличии задолжен-

¹ СЗ РФ. 2006. № 23. Ст. 2501.

ности по оплате за подачу потребителю горячей воды, электрической энергии и газа (подп. «д» п. 50 Правил).

Таким образом, действующее законодательство не предусматривает нормы, в соответствии с которой допускалось бы прекращение подачи тепловой энергии всему дому, если созданное в нем ТСЖ (ЖСК) имеет задолженность перед теплоснабжающей организацией по оплате коммунальных услуг.

Отождествление статуса ТСЖ и его членов представляется неправильным и может привести к противоречивым последствиям. Так, Е.В. Ермолаева предлагает распространить выводы ВАС РФ по аналогии на иные налоги: ТСЖ могло бы не платить единый социальный налог с заработной платы штатных работников, граждане-члены ТСЖ обязаны уплачивать налог на доходы с физических лиц с суммы, получаемых от сдачи части общего имущества в аренду¹.

Более правильной представляются доводы судебных инстанций, рассматривающих взимание и расходование платежей как уставную деятельность ТСЖ². Товарищество вправе заниматься только теми видами деятельности, которые указаны в его учредительных документах и соответствуют целям его создания. Объектом уставной деятельности ТСЖ является общее имущество, а обязанностями, определяющими уставную деятельность ТСЖ, являются управление общим имуществом, обеспечение его эксплуатации, владения, пользования.

В рамках устава ТСЖ вправе заключать договоры на управление и (или) обслуживание и эксплуатацию общего имущества, передавать на договорных началах материальные и денежные средства лицам, выполняющим для товарищества работы и предоставляющим ему услуги, совершать иные действия и заключать сделки, отвечающие целям и задачам Товарищества, в

¹ См.: Ермолаева Е.В. Товарищества собственников жилья и НДС // Жилищно-коммунальное хозяйство: бухгалтерский учет и налогообложение. 2007. № 11.

² См., например: постановление ФАС Поволжского округа от 19.10.2007 г. по делу № А57-11024/06-33

том числе, осуществлять роль заказчика на работы по эксплуатации, техническому и капитальному ремонту жилфонда. Самостоятельное управление общим имуществом в многоквартирном доме, обеспечение его эксплуатации и распоряжение им в пределах, установленных действующим законодательством, - все это входит в уставную деятельность товарищества, не является услугой независимо от того, каким способом эта деятельность осуществляется – силами самого ТСЖ либо с привлечением сторонней организации.

К уставной деятельности ТСЖ (так же как и к уставной деятельности любой некоммерческой организации) неприменимо понятие «деятельность для собственных нужд», так как уставная деятельность некоммерческой организации направлена на достижение общественных благ; уставная деятельность ТСЖ не является услугой. Товарищество не выступает на рынке соответствующих товаров работ или услуг как продавец товаров, а соответственно и не может являться плательщиком НДС.

Платежи граждан, проживающих в управляемых товариществом многоквартирных домах, на содержание и ремонт жилья, фактически являются целевыми взносами, обеспечивающими осуществление товариществом уставной деятельности, связанной с содержанием общего имущества входящих в состав Товарищества многоквартирных домов. Между ТСЖ и лицами, проживающими в многоквартирных домах, не заключаются договоры подряда либо возмездного оказания услуг. Выполняя функции по управлению, содержанию и ремонту многоквартирных домов за счет поступающих в ТСЖ взносов, товарищество не выполняет работы и не оказывает услуги проживающим в домах гражданам, а в интересах собственников квартир и за их счет выполняет свою законную обязанность по содержанию и ремонту общего имущества, находящегося в долевой собственности. Товарищество лишь производит аккумулирование денежных средств жильцов, поступающие от них в виде целевых взносов на содержание и ремонт жилья в целях для последующей оплаты организациям - поставщикам услуг, указанные средства

не связаны с реализацией товаров (работ, услуг), в связи с чем, не подлежат обложению налогом на добавленную стоимость.

Окончательная редакция постановления Пленума ВАС РФ № 57 не совпадает с той, которая была предложена в проекте постановления, обсуждавшийся последовательно 17.05.2007 г. и 05.07.2007 г. В частности, из текста постановления был исключен вывод о статусе ТСЖ: ТСЖ, заключая договоры на оказание соответствующих услуг, эксплуатацию и ремонт жилых помещений и общего имущества в многоквартирных домах, выступает в имущественном обороте не в своих интересах, а от имени и в интересах членов ТСЖ. Соответственно в рассматриваемой сфере отношений налоговый статус ТСЖ как элемент его правового статуса произведен от правового (налогового) статуса граждан – членов ТСЖ. Поскольку в силу ст. 143 НК РФ граждане не являются плательщиками НДС, не являются плательщиками данного налога по указанным операциям и ТСЖ.

Исключение указанных положений оправданно, поскольку ТСЖ является самостоятельным субъектом права – некоммерческой организацией, объединением собственников помещений. Отношения товарищества с собственниками жилых помещений основываются на началах членства, а не представительства, сущность которых заключается в выступлении одного субъекта от имени и в интересах другого (ст. 182 ГК РФ).

Налоговое законодательство не содержит определения понятия «услуги по предоставлению в пользование жилых помещений», поэтому в соответствии с нормами ст. 11 НК РФ указанное понятие применяется в том значении, в каком оно используется в гражданском и жилищном законодательстве.

Как следует из содержания п. 2 ст. 676 ГК РФ, расходы по эксплуатации жилого дома, а также по ремонту общего имущества наймодатель несет за счет платы за жилье. В ст. 154 ЖК РФ установлено, что плата за жилое помещение для нанимателя жилого помещения, включает в себя плату за пользование жилым помещением и плату за содержание и ремонт жилого помещения, которая включает в себя плату за услуги и работы по управлению многоквартирным

домом, содержанию, текущему, капитальному ремонту общего имущества в многоквартирном доме.

Определение налогооблагаемой базы по налогу на имущество ТСЖ также явилось предметом судебных разбирательств. Общее имущество многоквартирного дома в силу ст. 290 ГК РФ и ст. 36 ЖК РФ принадлежит собственникам жилых помещений на праве общей долевой собственности в этом доме в силу закона. Это имущество имеет особый правовой статус, фактически исключено из имущественного оборота. На общее имущество не оформляются правоустанавливающие документы, они не являются самостоятельным объектом правоотношений. Общее имущество многоквартирного дома (межквартирные лестничные площадки, лестницы, лифты, технические этажи и т.п.) фактически исключается из налогообложения.

Общее имущество в ТСЖ находится в долевой собственности членов товарищества, доля каждого домовладельца в праве общей собственности пропорциональна доле принадлежащих ему помещений. Стоимость жилых и нежилых помещений, находящихся в общей долевой собственности граждан и входящих в состав жилого дома, учитывается в бухгалтерском учете ТСЖ за балансом. Физические лица самостоятельно уплачивают соответствующие имущественные налоги¹.

Расчет налога на имущество физических лиц производится исходя из стоимости квартиры. Суды указывают, что в стоимость 1 кв.м. жилья входит стоимость общего имущества (входит стоимость инженерных сетей и сооружений), поэтому исполнение требования об уплате налога на имущество в отношении нежилых помещений фактически привело бы к двойному налогообложению одних и тех же объектов².

О.В. Сушкова

Ноу-хау или коммерческая тайна?

¹ Определение ВАС РФ от 24.09.2008 г. № 12193/08 // СПС «КонсультантПлюс».

² Постановление ФАС ПО от 11.04.2006 г. № А72-7134/05-14/15 // СПС «КонсультантПлюс».

Разработка правовой базы защиты субъектов инвестиционной деятельности началась менее 10 лет назад¹. Существенное значение в формировании нормативной базы России имеет изучение зарубежного опыта. Анализ зарубежного законодательства (далее – ЗС) показывает, что основным является обеспечение противодействия несанкционированному доступу к конфиденциальной информации, то есть коммерческой тайне (далее – КТ).

Формирование российского законодательства, регулирующего вопросы защиты информации, составляющей КТ испытывает определенное влияние опыта и практики ведущих государств мира. В связи с этим необходимо рассмотреть некоторые вопросы правового регулирования защиты КТ в ЗС.

В литературе и на практике встречаются различные термины, применяемые в этой области, в частности, такие как, производственная тайна, деловая, конфиденциальная информация (далее – КИ), промышленная тайна (далее – ПТ), торговый секрет (далее – ТС), секрет фирмы, «ноу-хау» (далее – НХ) и др. Обозначают они не что иное, как секреты хозяйствующего субъекта в смысле известного определения КТ (п.12 ст.1225 ГК РФ)². Подобное разнообразие употребляемой терминологии объясняется, как правило, отсутствием в законодательстве ведущих государств специальных актов, регулирующих защиту информации, составляющей КТ.

При рассмотрении опыта законодательного регулирования зарубежных стран и установления правового режима национальной безопасности мы кратко остановимся на вопросах определения сущности данного вопроса, касаясь лишь немного континентального права. А подробнее этот вопрос будет показан на примере стран Азии, а именно Японии, так как это государство является наиболее прогрессивным в рассматриваемом нами вопросе.

Так, например, в *Австралии* законом предусматривается уголовно-правовая и гражданско-правовая ответственность лиц, виновных в разглашении коммерческой тайны или производственных секретов, включая неправо-

¹См.: Зинов В.Г. Управление интеллектуальной собственностью: Учеб. пособ. М.: Дело, 2003. С.271, 276-277.

² ГК РФ (часть четвертая) от 18.12.2006г. №230-ФЗ //СЗ РФ. 2006. №52 (ч.1). Ст.5496.

мерное использование документов, полученных от партнеров в доверительном порядке¹.

В Австрии закрытой считается информация, отвечающая определенным критериям: охрана при помощи специальных мер; наличие особых условий хранения; ограничение круга лиц, имеющих право доступа к данной информации; наличие защиты от свободного хождения внутри предприятия; особый коммерческий интерес предприятия в сохранении тайны; установление ответственности непосредственных носителей коммерческой тайны — служащих предприятия (фирмы)².

Попытки сформулировать понятие "ноу-хау" были предприняты также *в английской правовой* доктрине и в ряде конкретных судебных решений. Вместе с тем в английском праве и судебной практике не сложилось единого мнения о понятии и характере "ноу-хау". Важное значение имеют личные точки зрения судей и конкретные обстоятельства рассматриваемого дела. Большинство судов под термином "ноу-хау" склонно понимать техническую информацию (иногда коммерческую, финансовую и т.д.), секретную или не-секретную, которая предназначается исключительно для промышленных и коммерческих целей и имеет в отношении правовой охраны меньшее значение, чем изобретение или секретный процесс. Кроме того, в английском праве нет легального определения торгового секрета. Отсутствует какое-либо удовлетворительное определение или характеристика торгового секрета в судебных решениях и немногочисленных комментариях по этому вопросу. В правовой литературе этот термин используется в основном для отграничения информации коммерческого или производственного характера от информации личного характера. В настоящее время охрана "ноу-хау" и торговых секретов строится на базе прецедентного права (Закона о кражах 1968 г.³).

¹ Некоторые вопросы организации защиты коммерческой тайны предприятия. М., 1991. С. 12.

² См.: Рошин А.П. Защита коммерческой тайны и благоприятные условия для предпринимательства // Эко. 1993. № 6. С. 139.

³ См.: Ионова О.В. Обеспечение права на секреты производства ("ноу-хау"). М., 1994. С. 27.

В отсутствии ясных и подробных нормативных положений, регулирующих правоотношения, связанные с "ноу-хау", английские суды при рассмотрении дел основываются на теории квази-договора (договор на основе конклюдентных действий) или нарушении конфиденциальности.

Таким образом, *в Великобритании* отношения конфиденциальности строятся на основе отраженных в договоре обязательств отношений работодателя с его работниками. Соглашения об условиях конфиденциальности могут предшествовать заключению договоров между партнерами, являться их составной частью, а также действовать после их прекращения. Иными словами, подобные вопросы регулируются нормами договорного права, деликтного права, судебными прецедентами и отдельными нормативными актами.

В Египте нормативное регулирование защиты коммерческой тайны посредством специального законодательного акта не осуществляется. В каждой организации функционирует своя система защиты коммерческой информации. Здесь к нормам законодательства, обеспечивающим благоприятные условия для предпринимателей, следует отнести запреты: оставлять у себя подлинники служебных документов; осуществлять работу у третьей стороны без согласия администрации; получать подарки, вознаграждения, комиссионные и другие подношения при выполнении служебных обязанностей; нарушать правила безопасности, установленные решением администрации¹.

В Италии большое внимание уделяется регулированию отношений непосредственно между работником и работодателем. Так, например, понятие "долг верности" по итальянскому праву (ст. 2105 ПС Италии) означает запрет наемному работнику развешивать к своей или чужой выгоде конкурентную деятельность в отношении работодателя, передавать, разглашать либо использовать каким-то образом знания относительно организации или

¹ См.: Рощин А.П. Защита коммерческой тайны и благоприятные условия для предпринимательства. С. 143.

продуктивных методов предприятия, если это может принести ущерб предприятию¹.

Соединенные Штаты Америки (США) имеют наиболее совершенное законодательство в области защиты информации. Еще в 1979 г. здесь был принят и действует Федеральный Единообразный закон (ФЕЗ) о торговых секретах. Следует подчеркнуть, что основная масса нормативного материала о коммерческой тайне (используется термин "trade secret" — торговый секрет) приходится на уровень отдельных штатов. ФЕЗ о торговых секретах одобрен не всеми штатами, однако законодательство штатов находится под влиянием ФЕЗ и в целом соответствует ему. В соответствии с законом к *коммерческой тайне* относится информация, которая имеет самостоятельную экономическую стоимость благодаря тому, что не является общеизвестной или доступной людям, которые могут ее использовать в коммерческих целях; является объектом разумных усилий по защите.

Помимо ФЕЗ, торговые секреты затрагивают еще целый ряд нормативных актов. Например, ст. 2055 титула 15 гл. 47 Свода законов США "Безопасность потребительской продукции" устанавливает обязанность Комиссии по безопасности потребительской продукции не разглашать сведения, составляющие торговый секрет или иную конфиденциальную информацию лица, ставшие известными ей в связи с ее деятельностью.

Определение торгового секрета содержится в ч. 4 ст. 1 ФЕЗ: "Торговый секрет" означает информацию, включающую формулу, образец, сборник (компиляцию), программу, прибор, метод, технику или процесс, которая (i) обладает независимой экономической ценностью, действительной или потенциальной, в силу ее неизвестности иным лицам, которые могут получить выгоду от ее обнаружения и использования, и, (ii) в отношении которой, обладатель принимает меры для поддержания секретности. Определение торгового секрета и его необходимые признаки в целом аналогичны определению

¹ См.: Кузьмин А.Э. Правовая защита коммерческой тайны // Правоведение. 1992. № 5. С. 51.

коммерческой тайны, содержащемуся в ст. 139 ГК РФ¹. Субъектами прав на торговый секрет в соответствии с ч. 3 ст. 1 ФЕЗ являются физические лица ("natural person"), юридические лица ("corporation"), объединения юридических лиц ("business trust"), товарищества ("partnership"), совместные предприятия ("joint venture"), правительство и правительственный отдел или агентство ("government, governmental subdivision or agency") или любые другие юридические или коммерческие образования. Подобный перечень в российском законодательстве можно вывести только с помощью систематического толкования норм ГК, а в американском перечне субъектов наблюдается необъяснимое смешение субъектов разного рода. Например, содержится указание на коммерческий характер лиц, которые могут обладать торговым секретом ("коммерческие образования", в оригинале — "commercial entity"), и в то же время среди субъектов упоминаются правительство и его агентства, конфиденциальная информация которых относится, скорее, к государственной тайне и регулируется нормами публичного права. Единообразный закон предусматривает судебную форму защиты прав лица на торговый секрет.

ФЕЗ в качестве способа защиты прав лица называет возмещение убытков в ст. 3 "Убытки". Так, ст. 3 Закона определяет, что убытки могут включать как реальный ущерб от незаконного присвоения ("actual loss"), так и незаконное обогащение от данных действий ("unjust enrichment"). Однако вместо возмещения убытков суд вправе применить возложение обязанности уплатить разумное вознаграждение ("royalty") за неразрешенное обнаружение или использование торгового секрета. В случае особо злостного поведения виновного лица, причинителя убытков, суд вправе применить меру ответственности в виде возмещение убытков в двойном размере.

В Германии под *коммерческой тайной* понимают информацию, обладающую следующим набором обязательных признаков: 1) доступностью данной информации известному ограниченному кругу лиц, т.е. ее секретно-

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (с изм и доп. от 23.12.2003 г.) // Собрание законодательства РФ.1994. № 32. Ст.3301.

стью; 2) наличием у владельца тайны оправданного экономического интереса в отношении ее сохранения. Обязательное выделение такого признака объясняется главным образом необходимостью ограничения произвола владельца тайны (в российском законодательстве возможность самостоятельности администрации хозяйствующего субъекта не ограничена. Все зависит от разумного использования администрацией предоставленных ей прав); 3) волей владельца к сохранению информации в тайне от непосвященных лиц.¹

К коммерческой и производственной тайнам здесь отнесены коммерческие замыслы, коммерческие цели фирмы, расчеты цен, компьютерные программы, картотеки клиентов и т.д.

При этом ответственным за разглашение коммерческой или производственной тайны считается любой сотрудник фирмы, которому были доверены или стали известны в силу существующих служебных отношений коммерческие и производственные секреты фирмы. Посторонние или третьи лица также несут ответственность за нарушение тайны предпринимательской деятельности (подстрекатели и пособники разглашения секретов фирмы либо понуждающие к деяниям, направленным на разглашение секретов). Помимо указанного, законодательство Германии признает виновными и незаконно завладевшими секретами с помощью технических средств или изъятие предмета, в котором воплощен секрет.

Защита коммерческой и производственной тайн в Германии предусмотрена и в отношениях между фирмой и судебным органом при ведении судебного процесса. В частности, ГПК Германии предусматривает гарантии защиты секретов во время судебного разбирательства. При этом участник процесса имеет право отказаться от дачи показаний².

Для французского законодательства характерно определение должностных лиц, имеющих право доступа к тайне предпринимательства. Именно поэтому законодательство применяет понятие *профессиональной тайны*, т. е.

¹ См.: Кузьмин А.Э. Правовая защита коммерческой тайны. С. 47.

² См.: Роцин А.П. Указ. соч. С. 140—142.

сущность защиты тайны увязывается с должностным положением, статусом, который дает возможность физическому лицу стать носителем профессиональных секретов в силу занимаемой должности, положения или в результате выполнения порученной ему функции постоянного или временного характера¹.

Предусматривается ответственность за разглашение профессиональной тайны для лиц (адвокаты, врачи, нотариусы, государственные и негосударственные служащие), которые в силу занимаемых должностей, либо выполнения постоянных или временных поручений, имеют доступ к нормам третьих лиц².

По законодательству Финляндии в случае разглашения или передачи конкуренту либо третьим лицам коммерческих секретов могут применяться соответствующие параграфы закона о неправомерных действиях в коммерческой деятельности, закона о трудовых соглашениях, а также УК.³ При этом под *коммерческой тайной* здесь понимаются подлежащие сохранению в тайне сведения об информационной технологии производства, схемы и чертежи отдельных узлов и готовых изделий, или другие данные, которые, попав в руки конкурента или третьих лиц, могут причинить ущерб деятельности фирмы или содействовать успеху конкурента⁴.

В Швейцарии законодательные нормы содержатся в самых различных актах: уголовном кодексе, трудовом праве, патентном законе, законе о налогообложении, законе о недобросовестной конкуренции и др. При этом в законодательстве содержатся только основные принципы, остальные вопросы, включая предметы и процессы, составляющие объект тайны, решаются руководством организации, предприятий и фирм. Клиента⁵.

¹ См.: Рощин А.П. Указ. соч. С. 140.

² Там же. С. 141.

³ Некоторые вопросы организации защиты коммерческой тайны предприятия. С. 11.

⁴ См.: Рощин А.П. Указ. соч. С. 140.

⁵ См.: Куршаков Д. Банковская тайна // Закон. 1998. № 2. С. 65.

Английское know-how ("ноу-хау") стало словом ежедневного пользования и в *японских деловых кругах*, хотя соответствующее законодательство еще не разработано. В связи с внесением в закон *Японии* о пресечении недобросовестной конкуренции 1934 г. № 14 изменений в июне 1990 г.¹ появилась возможность охранять деловые секреты нормами о пресечении недобросовестной конкуренции. Согласно толкованию положений закона под *деловым секретом* понимается информация о способах производства, продажи или любая иная информация о технологии или бизнесе, которая неизвестна публике.

Однако в Японии нет ни законов, ни каких-либо других нормативных актов, предусматривающих ответственность за разглашение коммерческой тайны. Там эта проблема решается следующим образом: на департаменты кадров, имеющиеся в каждой японской фирме, возлагается контроль за неукоснительным соблюдением режима секретности, который основывается на кодексе поведения служащих. В нем содержатся положения, запрещающие передавать посторонним лицам сведения, содержащие коммерческую тайну; заключать сделки, которые могут подорвать доверие к компании со стороны клиентов; устраиваться без разрешения руководства на работу по совместительству; умышленно наносить экономический ущерб; давать и получать взятки².

В то же время защиту прав на деловые секреты, возможно, производить на основе принципов общего деликта, который в соответствии со ст. 709 ГК Японии означает следующее: "Лицо, которое умышленно или неосторожно нарушило право другого лица, обязано возместить вред, который возник в результате таких действий"³. Также имеется возможность защиты служебных деловых секретов нанимателя от незаконного присвоения их служащими после истечения срока службы. Наниматель может путем договора обязать своего служащего не раскрывать информацию, которую он приобрел в течение

¹ См.: Ионова О.В. Правовая охрана деловых секретов за рубежом. М., 1993. С. 8.

² См.: Соловьев Э. Коммерческая тайна и ее защита. М., 1995. С. 8.

³ См.: Ионова О.В. Обеспечение права на секреты производства. С. 18.

срока службы. Типовое соглашение о служебных изобретениях, подготовленное Патентным ведомством Японии, содержит такой пункт: "Изобретатели и служащие отдела по изобретениям и патентам должны сохранять тайну содержания изобретений и других материалов, относящихся к изобретениям и интересам компании на необходимый период времени".

Согласно ст. 3 (1) Закона о временных мерах, касающихся штрафов (№ 251 от 1948 г.), различные штрафы, предусмотренные в УК Японии, увеличиваются в 200 раз.

Законы Японии, которые регулируют профессиональную деятельность, содержат сходные положения. Для адвокатов Закон об адвокатуре (Закон № 205 от 1949 г.) предусматривает следующее: "Адвокат или лицо, которое ранее было адвокатом, имеет право и обязанность сохранения в секрете любых фактов, которые стали ему известны при осуществлении своей деятельности. При условии, что это не будет являться предметом каких-либо противоположных правовых предписаний" (ст. 23)¹.

Согласно ГПК Японии свидетель освобождается от дачи показаний по материалам, затрагивающим деловые секреты. Статья 281 (1) Кодекса предусматривает, что свидетель может отказаться давать показания, если они касаются технической или профессиональной секретности.

Следует отметить, что японский бизнес менее всего страдает от утечки информации. Это связано с присущей этой стране системой "пожизненного найма" и воспитанием у сотрудников чувства патернализма, когда они считают себя членами одной семьи.

Помимо изложенного, необходимо подчеркнуть, что во многих странах разглашение коммерческой тайны является основанием для увольнения работника, как утратившего доверие предпринимателя².

Законодательство России в области информационного права в целом сформировано и учитывает положительный опыт развитых зарубежных

¹ См.: Ионова О.В. Правовая охрана деловых секретов за рубежом. С. 20.

² Некоторые вопросы организации защиты коммерческой тайны предприятия. М., 1991. С. 14.

стран. Вместе с этим действующие в настоящее время нормативные правовые акты нуждаются в уточнениях и дополнениях с учетом интенсивного развития информационных технологий и повышения их значимости для роста экономического благосостояния государства в целях защиты прав и законных интересов, как отдельных граждан, так и общества в целом.

Подводя итоги, можно дать некоторые практические рекомендации защиты коммерческой информации субъектам экономической деятельности.

Первое необходимое условие — это определение самого перечня сведений, составляющих коммерческую тайну.

Второе необходимое условие — это кадровое обеспечение режима ограниченного доступа к информации. *Третьим*, завершающим этапом является обеспечение системы действенного контроля за соблюдением режима коммерческой тайны. И последнее, что необходимо еще раз подчеркнуть, — это решающая роль человеческого фактора в защите информации¹.

Однако, НХ тоже непосредственным образом может охраняться в качестве КТ. Положения этого объекта гражданских правоотношений наиболее остро сегодня обсуждается в рамках принятого законодательства об интеллектуальной собственности. Так, ст.1465 ГК РФ следующим образом закрепляет НХ – секретом производства (НХ) признаются сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и другие), в том числе о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, а также сведения о способах осуществления профессиональной деятельности, которые имеют действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам, к которым у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и в отношении которых обладателем таких сведений введен режим КТ². При этом, стоит заметить некоторое сходство понятий «КТ» и «НХ». Тогда почему законода-

¹ См.: Демидов В.А. Роль человеческого фактора в защите информации // Актуальные проблемы безопасности информационного пространства. С. 35—37.

² ГК РФ (часть четвертая) от 18.12.2006г. №230-ФЗ //СЗ РФ. 2006. №52 (ч.1). Ст.5496.

тель повторяется при выделении признаков этих двух объектов гражданского оборота (не берется во внимание ст.139 ГК РФ)?

Думаю, этот вопрос еще предстоит решить как законодателям, так и правоприменителям при внедрении части четвертой ГК РФ в хозяйственную деятельность.

А.Ю. Суюндукова

Прекращение крестьянского (фермерского) хозяйства по гражданскому праву России

Особенность правового статуса крестьянского (фермерского) хозяйства (далее КФХ) рассматриваемого современным российским гражданским законодательством как объединение граждан, связанных родством и (или) свойством, имеющих в общей собственности имущество и совместно осуществляющих производственную и иную хозяйственную деятельность, основанную на их личном участии, предопределила и специфику его прекращения.

Под прекращением КФХ в соответствии с ныне действующим законодательством понимается его ликвидация – это прекращение существования субъекта права без перехода прав и обязанностей к другому лицу. В ст. 21 Федерального закона от 11 июня 2003 г. № 74-ФЗ «О крестьянском (фермерском) хозяйстве» определен исчерпывающий перечень оснований его прекращения:

- 1) в случае единогласного решения членов фермерского хозяйства о прекращении фермерского хозяйства;
- 2) в случае, если не осталось ни одного из членов фермерского хозяйства или их наследников, желающих продолжить деятельность фермерского хозяйства;
- 3) в случае несостоятельности (банкротства) фермерского хозяйства;

4) в случае создания на базе имущества фермерского хозяйства производственного кооператива или хозяйственного товарищества;

5) на основании решения суда.

Указанные в Законе «О крестьянском (фермерском) хозяйстве» от 2003 г. основания прекращения КФХ значительно отличаются от закрепленных в Законе «О крестьянском (фермерском) хозяйстве» от 1990 г. Из данного перечня изъяты такие основания как неиспользование земельного участка в сельскохозяйственных целях в течение одного года; использование земельного участка методами, приводящими к деградации земли; изъятие земельного участка в установленном законом порядке для государственных и общественных нужд; то есть те основания, которые так или иначе связаны с владением, пользованием и распоряжением земельным участком, поскольку в настоящем законе организация хозяйства не связывается с наличием в ведении его членов земельного участка¹.

В литературе все основания прекращения фермерского хозяйства традиционно в зависимости от субъекта проявления инициативы подразделяются на две группы. К первой группе относятся основания прекращения фермерского хозяйства по желанию самих его участников, то есть на добровольной основе – это единогласное решение членов фермерского хозяйства о прекращении; в случае, когда не осталось ни одного из членов фермерского хозяйства или их наследников, желающих продолжить его деятельность; создание на базе имущества фермерского хозяйства производственного кооператива или хозяйственного товарищества.

Ко второй группе относятся основания прекращения по решению арбитражного суда, то есть принудительно: в случае несостоятельности фермерского хозяйства; на основании решения суда.

¹ Ушанева Л.М. Особенности правового статуса крестьянского (фермерского) хозяйства // Российское право на современном этапе: Апрель 2003 г. Материалы региональной научно-практической конференции студентов и молодых ученых. Ростов-на-Дону: РИНХ, 2003. С. 15–16.

Необходимо отметить, что основания прекращения фермерского хозяйства во многом сходны с основаниями прекращения юридического лица, закон назвал лишь один специфический случай, присущий только для КФХ как особого субъекта права без образования юридического лица – это если не осталось ни одного из членов хозяйства или их наследников, желающих продолжить ее деятельность. То есть деятельность последнего прекращается, если все члены выбыли из ее состава, в том числе, в случае если у члена крестьянского хозяйства нет наследников ни по закону, ни по завещанию, либо ни один из наследников не принял наследства, или все наследники лишены завещателем наследства, или же правопреемники не желают продолжить фермерство.

В Законе «О крестьянском (фермерском) хозяйстве» ничего не говорится о реорганизации, то есть прекращении КФХ с переходом прав и обязанностей к другому лицу.

Однако Н.Н. Мельников отмечает возможность частичного правопреемства: «Поскольку в состав фермерского хозяйства входит не только имущество, включая земельные участки, здания, сооружения, оборудование, инвентарь, сырье, продукцию, но и права требования, долги, другие исключительные права, а также члены хозяйства, имеет место правопреемство, однако которое не может быть названо универсальным. Универсальное правопреемство предполагает передачу того объема прав, которым обладает субъект¹.

Согласимся с мнением тех авторов, которые придерживаются позиции возможности реорганизации КФХ. Но при этом сделаем оговорку, что поскольку КФХ осуществляет деятельность только как предприниматель без образования юридического лица его преобразование невозможно.

Однако в ГК РФ имеются и такие способы правопреемства как выделение, разделение, слияние, присоединение. Закон прямо не предусматривает объединение или присоединение хозяйства, но и не запрещает его, следова-

¹ Мельников Н.Н. Научно-практический комментарий к законодательству о крестьянско-фермерском хозяйстве // Подготовлен для системы КонсультантПлюс, 2004

тельно, правопреемство возможно, если только это не приведет к увеличению численности хозяйства свыше установленного предела, то есть количества трех семей или (и) если число лиц, не являющихся членами семьи - пяти человек.

При этом мнения цивилистов разделились относительно вопроса допустимости таких способов реорганизации как выделение и разделение. Такие авторы как Л.И. Корчевская, Г.В.Чубуков, А.А. Погребной пишут, что «при выходе из хозяйства с целью создания другого хозяйства можно требовать не денежной компенсации, а выделения доли в натуре»¹. Ю.К Толстой, Н.Н. Мельников, В.П. Мозолин, А.И. Масляев пишут о действии в отношении фермерского хозяйства принципа неделимости имущества²

Автор исследования придерживается позиции недопустимости такого способа реорганизации как выделение и разделение, потому, как и в п. 2 ст. 258 ГК РФ, в п.1 ст. 9 Закона «О крестьянском (фермерском) хозяйстве» строго регламентировано, что имущество и основные средства производства при выходе из хозяйства одного из членов разделу не подлежат, а гражданин в случае выхода его из фермерского хозяйства имеет право на денежную компенсацию, соразмерную его доле в праве общей собственности на имущество фермерского хозяйства.

При рассмотрении оснований прекращения КФХ особую полемику среди цивилистов вызывает вопрос о ликвидации КФХ в случае создания на базе ее имущества производственного кооператива или хозяйственного товарищества. То есть здесь встает вопрос о том требуется ли ликвидировать КФХ для создания производственного кооператива или хозяйственного това-

¹ Корчевская Л.И. Наследование в крестьянском (фермерском) хозяйстве // Правоведение. 1993. № 1. С. 41; Чубуков Г.В., Погребной А.А. Право частной собственности крестьянина-фермера // Государство и право. 1993. № 7. С. 67.

² Комментарий к гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / В. А. Егизаров, В. В. Залесский, Н. И. Клейни др.; Отв. ред. О. Н. Садиков; Науч. ред. М. Ю. Тихомиров; Юридический центр научных исследований и правовой информации. М.: ЮРИНФОРМЦЕНТР, 1996. С. 300; Мельников Н.Н. Научно-практический комментарий к законодательству о крестьянско-фермерском хозяйстве // Подготовлен для системы КонсультантПлюс, 2004. Гражданское право. Часть первая: учебник / Отв. Ред. В.П. Мозолин, А.И. Масляев. М.: Юристъ, 2007. С. 335.

рищества или же здесь имеет место реорганизация в виде слияния или присоединения.

Так Ю.К. Толстой пишет, что поскольку товарищество или кооператив образуются не на базе фермерского хозяйства, а на базе их имущества, то образование на базе имущества хозяйства юридического лица не может быть названо реорганизацией¹.

Т.А.Гусева, В.В. Панкратов указывают на отсутствие однозначного вывода о ликвидации КФХ, когда на базе его имущества создаются товарищество или кооператив, и, прежде всего в том, случае, когда регистрируется хозяйственное товарищество или производственный кооператив, создаваемых на базе хозяйства, зарегистрированного в качестве юридического лица до 01.01.1995².

К.И. Скловский же отмечает, что созданные хозяйственное товарищество или кооператив не являются правопреемниками хозяйства, поскольку последнее не является юридическим лицом. Поэтому не требуется предварительного выдела (раздела) имущества хозяйства, а оно вносится как единый объект собственности. Имущество, полученное от КФХ хозяйственным товариществом или кооперативом, становится собственностью вновь созданного юридического лица, а бывшие члены хозяйства приобретают статус учредителей (участников) товарищества (кооператива)³.

В связи с указанными выше разнообразием понимания данного вопроса, автором предлагается проанализировать в сравнении положения Федерального закона от 8 декабря 1995 г. № 193-ФЗ «О сельскохозяйственной

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Части первой (постатейный). 3-изд, испр. и доп.и перераб. / Отв. редактор О.Н.Садиков. М: Юридическая фирма КОНТРАКТ: Издательский Дом ИНФРА М, 2005. С. 220.

² Гусева Т.А., Панкратов В.В. Особенности нового порядка государственной регистрации индивидуальных предпринимателей, а также крестьянских (фермерских) хозяйств // Судебно-арбитражная практика Московского региона. Вопросы правоприменения. М.: Фонд «Правовая поддержка», 2004. № 2. С. 68–79.

³ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Части первой (постатейный) / Под ред. С.П. Гришаева, А.М. Эрделевского // Подготовлен для системы КонсультантПлюс, 2006.

кооперации»¹ и закона «О крестьянском (фермерском) хозяйстве». Так исходя из смысла п. 4 ст. 21 Закона «О крестьянском (фермерском) хозяйстве» хозяйство прекращается, если на базе его имущества создается коммерческое юридическое лицо - кооператив. Но анализ ст. 3 ФЗ «О сельскохозяйственной кооперации» позволяет говорить о том, что для создания сельскохозяйственной кооперации не требуется предварительной ликвидации фермерского хозяйства, а наоборот данные кооперативы создаются главами КФХ, которые существуют в момент создания артели. В п. 4 ст. 4 этого же закона указывается о недопустимости передачи в паевой фонд коопхоза земельных участков, находящиеся в собственности членов крестьянских (фермерских) хозяйств. То есть не все имущество, используемое в деятельности КФХ, передается вновь созданному юридическому лицу, земельные участки остаются у учредителей фермерского хозяйства.

Таким образом, необходимо отметить, что создание на базе КФХ производственного кооператива или товарищества не всегда требует ликвидации фермерского хозяйства.

При образовании на базе фермерского хозяйства хозяйственного товарищества может быть создано как полное товарищество, так и товарищество на вере. При этом цивилисты отмечают то, что члены хозяйства становятся полными товарищами². Однако при создании полного товарищества необходимо, чтобы его участниками были или индивидуальные предприниматели или коммерческие юридические лица. В данном случае индивидуальным предпринимателем будет только глава фермерского хозяйства, что касается вхождения всего хозяйства в качестве учредителя хозяйственного товарищества, то это невозможно в силу осуществления им деятельности без образования юридического лица. Поэтому даже если члены хозяйства пожелают в

¹ ФЗ РФ от 8 декабря 1995 г. № 193-ФЗ «О сельскохозяйственной кооперации» // СЗ РФ. 1995. № 50. Ст. 4870; 1997. № 10. Ст. 1120; 1999. № 8. Ст. 973; 2003. № 24. Ст. 2248; 2006. № 45. Ст. 4635; № 52. Ст. 5497; 2007. № 27. Ст. 3213.

² Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Части первой (постатейный). 3-изд, испр. и доп. и перераб. / Отв. редактор О.Н.Садиков. М: Юридическая фирма КОНТРАКТ: Издательский Дом ИНФРА. М, 2005. С. 55.

последствии стать участниками товарищества им придется также зарегистрироваться в качестве индивидуальных предпринимателей или создать командитное товарищество.

Необходимо отметить еще об одном пробеле законодательства, связанным с отсутствием образования на базе фермерского хозяйства хозяйственного общества, хотя возможно было вообще предусмотреть отдельно такой способ прекращения деятельности хозяйства в связи со сходством прежде всего минимального количества участников, которые могут создать оба этих вида субъекта права, так как для образования производственного кооператива необходимо как минимум пять членов, а для хозяйственного товарищества - не менее двух. Если же состав участников ограничивался только одним членом, то создание на базе его имущества кооператива или товарищества вообще не возможно¹.

Конечно, хотя законодатель ввел ограниченный перечень юридических лиц, которые можно создать на базе имущества КФХ, руководствуясь, скорее всего тем, что и в производственных кооперативах и хозяйственных товариществах требуется, прежде всего, личное участие членов в их деятельности.

Новацией по сравнению с ранее действующим Законом «О крестьянском (фермерском) хозяйстве» является введение такого основания прекращения деятельности фермерского хозяйства, как решение суда, что обуславливалось практической необходимостью, поскольку судами отклонялись иски, в частности, налоговых органов о ликвидации фермерских хозяйств.

Прекращения фермерского хозяйства по решению суда возможно только в двух законных случаях:

1. банкротства фермерского хозяйства, об этом специально указано и в пп. 3 п.1 ст. 21 Закона «О крестьянском (фермерском) хозяйстве», и в ст. 317 - 223 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)»².

¹ Андреев Ю.Н. Правовой статус крестьянских (фермерских) хозяйств // Законность. 1997. № 8. С. 51.

² ФЗ РФ от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190; 2004. № 35. Ст. 360; 2005. № 1 (часть 1). Ст. 18; 2005. № 1 (часть 1).

2. неоднократного либо грубого нарушения им законов или иных нормативных правовых актов, регулирующих отношения, возникающие в связи с государственной регистрацией индивидуальных предпринимателей. Об этом говорится в Федеральном законе от 23 июня 2003 г. № 76-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О государственной регистрации юридических лиц», где установлено, что регистрирующий орган вправе обратиться в суд с требованием о прекращении деятельности физического лица в качестве индивидуального предпринимателя в принудительном порядке в случае грубого нарушения законодательства.

В.А. Курило С.А.Карелина М.В., Телюкина В.Н. Ткачев Калинина Л. и другие авторы, занимающиеся исследованием несостоятельности (банкротства) КФХ, отмечают наличие специфики процедур банкротства фермерского хозяйства¹.

При этом одни из них усматривают специфику банкротства фермерского хозяйства с позиций принадлежности последнего к сельскохозяйственным товаропроизводителям. Так, например, Л. Калинина отмечает, что Закон «О несостоятельности (банкротстве)» устанавливает ряд особенностей при осуществлении процедуры банкротства предприятий сельского хозяйства, которые позволяют учитывать специфику правового положения и деятельности данного субъекта права².

Ст. 46; 2005. № 44. Ст. 4471; 2006. № 30. Ст. 3292; 2006. № 52 (1 ч.). Ст. 5497; 2007. № 7. Ст. 834; 2007. № 18. Ст. 2117; 2007. № 30. Ст. 3754; 2007. № 41. Ст. 4845; 2007. № 49. Ст. 6079; 2007. № 30. Ст. 3753; 2007. № 48 (2 ч.). Ст. 5814; 2007. № 49. Ст. 6078.

¹ Калинина Л. Правовое регулирование несостоятельности (банкротства) сельскохозяйственных организаций // *Хозяйство и право*. 1998. № 7. С. 117–119; Курило В.А. Правовое регулирование банкротства в сельском хозяйстве // *Право Беларуси*. 2002. № 5. С.69; Карелина С.А. Правовое регулирование несостоятельности (банкротства): Учебно-практическое пособие. М.: Волтерс Клувер, 2006. 360с.; Телюкина М.В., Ткачев В.Н. Внешнее управление имуществом сельскохозяйственного производителя // *Журнал российского права*. 2001. № 1. С. 79-82; Безбородых В.И. Некоторые вопросы несостоятельности (банкротства) индивидуальных предпринимателей и крестьянского (фермерского) хозяйства // *Профессионал. Научно-методический информационный журнал. Алексеевка: Алексеевский филиал БелГУ*, 2006. № 2. С. 81–84.

² Калинина, Л. Правовое регулирование несостоятельности (банкротства) сельскохозяйственных организаций. // *Хозяйство и право*. 1998. № 7. С. 117–119.

Другие же отмечают наличие отличительных черт банкротства КФХ с точки зрения соотношения «юридическое лицо – индивидуальный предприниматель - КФХ».

Так, В.А. Курило указывает на наличие особенностей банкротства сельскохозяйственных организаций и особенностей банкротства КФХ¹. С.А. Карелина устанавливает, что даже если КФХ состоит из одного человека, к нему будут применяться не статьи об индивидуальном предпринимателе, а специальные нормы ГК РФ о КФХ, исключения из общего правила, что подтверждает мысль об отношении к данному хозяйству как к особому субъекту конкурсных отношений, который не является субъектом гражданского права².

По мнению автора необходимо поддержать обе позиции, поскольку и первая, устанавливающая специальную правоспособность КФХ, а вторая, устанавливающая специфику правового статуса фермерского хозяйства, оказывает влияние на правовое регулирование банкротства данного субъекта права.

В отличие от банкротства индивидуальных предпринимателей, к которым в соответствии с п. 2 ст. 27 Закона «О несостоятельности (банкротстве)» применяются только конкурсное производство и мировое соглашение, к КФХ применяются все процедуры банкротства: наблюдение; финансовое оздоровление, внешнее управление; конкурсное производство; мировое соглашение³.

Однако принадлежность КФХ к сельскохозяйственным производителям накладывает определенный отпечаток на такие процедуры банкротства КФХ как финансовое оздоровление и внешнее управление.

Так, например, согласно п. 2. ст. 92 Закона «О несостоятельности (банкротстве)» совокупный срок финансового оздоровления и внешнего управле-

¹ Курило В. А. Правовое регулирование банкротства в сельском хозяйстве // Право Беларуси. 2002. № 5. С.69.

² Карелина С.А. Правовое регулирование несостоятельности (банкротства): Учебно-практическое пособие. М.: Волтерс Клувер, 2006. 360 с.

³ Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» (постатейный) / Авт. кол.: В. В. Витрянский, С. Е. Андреев, С. А. Денисов и др.; Под ред. В.В. Витрянского. М.: Издательство «Статут», 2003. С. 840.

ния не может превышать два года, но имеется специальная норма - ст. 219 - об увеличении данного срока на три месяца. Внешнее управление должно вводиться только до окончания соответствующего периода сельскохозяйственных работ с учетом времени, необходимого для реализации произведенной или произведенной и переработанной сельскохозяйственной продукции.

При этом необходимо отметить, что для осуществления внешнего управления вводится фигура внешнего управляющего, которым может быть любой гражданин, в том числе не соответствующий требованиям, предъявляемым к внешнему управляющему, указанным в ст. 20 Закона «О несостоятельности (банкротстве)». Кроме того, полномочия внешнего управляющего могут быть осуществлены главой фермерского хозяйства, что невозможно при осуществлении процедур несостоятельности в отношении других субъектов гражданского права, поскольку ст. 94 вышеуказанного закона, решая вопрос о последствиях введения внешнего управления указывает на прекращение полномочия руководителя должника и переходе управления делами должника на внешнего управляющего. Поэтому согласие внешнего управляющего на осуществление полномочий внешнего управляющего главой хозяйства лучше всего отражать в доверенности, где бы четко устанавливались его права и обязанности, поскольку по общему правилу внешний управляющий остается ответственным за убытки, причиненные действиями главы кредиторам.

В случае признания хозяйства банкротом формируется конкурсная масса, в которую включаются имущество, находящееся в собственности самого хозяйства: находящееся в общей собственности членов КФХ недвижимое имущество, в том числе насаждения, хозяйственные и иные постройки, мелиоративные и другие сооружения, племенной, молочный и рабочий скот, птица, сельскохозяйственные и иные техника и оборудование, транспортные средства, инвентарь и другое приобретенное для фермерского хозяйства на общие средства его членов имущество, а также право аренды земельного участка и иные принадлежащие хозяйству и имеющие денежную оценку

имущественные права. Имущество, принадлежащее главе и членам хозяйства на праве собственности, а также иное имущество, в отношении которого доказано, что оно приобретено на доходы, не являющиеся общими средствами, не включается в конкурсную массу. Вопрос о том, является ли имущество совместной собственностью членов может быть разрешен на основе правоустанавливающих документов, договоров на приобретение этого имущества, налоговых деклараций, других материалов.

Особенность проведения торгов в отношении имущества КФХ является то, что преимущественное право приобретения имущества хозяйства имеют лица, занимающиеся производством сельскохозяйственной продукции и владеющие земельными участками, непосредственно прилегающими к принадлежащему хозяйству земельному участку.

В ст. 223 Закона «О несостоятельности (банкротстве)» предусмотрены последствия признания фермерского хозяйства банкротом, где указывается с момента принятия решения о признании его банкротом и об открытии конкурсного производства государственная регистрация главы в качестве индивидуального предпринимателя утрачивает силу. Формулируя положения статьи, законодатель, очевидно, исходил из того, что в силу п. 2 ст. 23 ГК РФ регистрация КФХ одновременно является и регистрацией его главы в качестве индивидуального предпринимателя. При этом заслуживает внимания ст. 5 Федерального закона «О крестьянском (фермерском) хозяйстве», в соответствии с которой фермерское хозяйство считается созданным со дня его государственной регистрации в порядке, установленном законодательством Российской Федерации.

Авторы, занимающиеся исследованием банкротства КФХ, отмечают сложившуюся противоречивую позицию законодателя в этом вопросе. Так М.В. Телюкина пишет: «§ 3 расположен в главе «Банкротство гражданина», то есть имеется в виду банкротство индивидуального предпринимателя - главы крестьянского (фермерского) хозяйства. По сути, речь идет об отношениях, гораздо более сложных, нежели при банкротстве гражданина, в том числе

предпринимателя. Представляется, что применительно к банкротству крестьянских (фермерских) хозяйств мы можем рассматривать несостоятельность неправосубъектного образования. Таким образом, крестьянское (фермерское) хозяйство, не будучи субъектом гражданского права (юридическим лицом), является субъектом конкурсного права»¹.

О.А. Наумов также отмечает, что «в юридическом смысле под банкротством крестьянского (фермерского) хозяйства, не являющегося юридическим лицом, в настоящее время можно понимать банкротство главы крестьянского (фермерского) хозяйства. Такой вывод следует, к примеру, из содержания ст. ст. 1, 2, 202, 218, п. 2 ст. 231 Закона о банкротстве»². Л.А. Лысенко пишет при разрешении вопроса о банкротстве необходимо иметь и то, что банкротом признается не столько глава фермерского хозяйства, но и все фермерское хозяйство, в состав которого входят и остальные члены семьи³.

И их высказывания вполне оправданы, поскольку если мы обратимся к ст. 223 Закона «О несостоятельности (банкротстве)» о последствиях признания крестьянского (фермерского) хозяйства банкротом, то увидим такую формулировку «С момента принятия решения о признании крестьянского (фермерского) хозяйства банкротом и об открытии конкурсного производства государственная регистрация главы крестьянского (фермерского) хозяйства в качестве индивидуального предпринимателя утрачивает силу. Арбитражный суд направляет копию решения о признании крестьянского (фермерского) хозяйства банкротом и об открытии конкурсного производства в орган, зарегистрировавший главу крестьянского (фермерского) хозяйства в качестве индивидуального предпринимателя». Однако поскольку в силу ст.1

¹ Телюкина, М.В. Комментарий к Федеральному закону от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (постатейный) // Подготовлен для системы КонсультантПлюс, 2003.

² Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» (постатейный) /Авт. кол.: В. В. Витрянский, С. Е. Андреев, С. А. Денисов и др. ; Под ред. В.В. Витрянского. М.: Издательство «Статут», 2003. С. 840.

³ Лысенко Л.А. О правовом статусе сельскохозяйственных организаций и крестьянских (фермерских) хозяйств в российском банкротом законодательстве. // Северо-кавказский юридический вестник. Ростов-на-Дону. 2002. № 2. С. 94–103.

Закона «О крестьянском (фермерском) хозяйстве» фермерское хозяйство, кроме случаев, когда оно создано одним гражданином, представляет собой объединение граждан, связанных родством и совместно осуществляющих производственную и иную хозяйственную деятельность.

Таким образом, на основании вышеизложенного можно сделать следующие выводы:

1. все основания прекращения КФХ даны в ст. 21 Закона «О крестьянском (фермерском) хозяйстве» и не подлежат расширительному толкованию, следовательно, не применяются положения прекращения юридических лиц,

2. создание на базе имущества фермерского хозяйства производственного кооператива или хозяйственного товарищества не всегда ведет к прекращению КФХ,

3. в отношении КФХ возможна реорганизация в виде слияния и присоединения,

4. решение суда о банкротстве КФХ влечет прекращение деятельности не только глав КФХ, но и всего фермерского хозяйства.

А.И. Фарафонов

К вопросу о сущности полномочий коммерческого представителя

Коммерческое представительство осуществляется на основании договора, заключенного в письменной форме и содержащего указания на полномочия представителя, а при отсутствии таких указаний – также и доверенности (п. 3 ст. 184 ГК РФ).

Однако, «едва ли есть еще институт гражданского права, который породил бы такую путаную терминологию, как институт представительства. Одни и те же термины имеют разное значение, причем понятия, которым они соответствуют, в науке точно еще не установлены. Особенно неясным является

термин «полномочие». Он имеет несколько значений, и каждое из них и поныне вызывает разногласия»¹.

Полномочием признано и наделение лица правом осуществлять деятельность от имени представляемого с непосредственным результатом для последнего, и документ, уполномочивающий другое лицо.

Относительно самой юридической природы полномочия можно выделить пять концепций: концепцию проявления правоспособности, концепцию юридических фактов, концепцию субъективного права, концепцию субъективной обязанности и концепцию абсолютного права.

По мнению цивилистов, придерживающихся концепции проявления правоспособности, полномочия представителя – особый правовой феномен, не являющийся ни правоспособностью, ни субъективным правом. Полномочия представителя в рамках данной концепции выступают как «проявление гражданской правоспособности, заключающееся в возможности совершить действие от имени другого лица»².

Сторонники концепции юридических фактов, исходят из того, что полномочие представителя – юридическое действие, которое может совершить представитель от имени представляемого, или юридический факт, определяющий границы присоединения к правоспособности представляемого дееспособности представителя³.

Концепция субъективного права построена на понимании полномочия представителя как сложного по строению субъективного права, основным элементом состава которого является «полномочие на собственные положительные действия как возможность осуществить юридическую деятельность от имени представляемого в отношении третьих лиц с непосредственным правовым результатом для представляемого»⁴.

¹ Рясенцев В.А. Понятие и юридическая природа полномочия представителя в гражданском праве. Методические материалы. Вып. 2. М., ВЮЗИ, 1948. С. 3.

² Там же. С. 7.

³ См.: Невзгодина Е.Л. Представительство по советскому гражданскому праву // Советское государство и право. 1978. № 3. С. 32.

⁴ Там же. С. 35.

Концепция субъективной обязанности определяет полномочие как субъективную обязанность представителя совершить определенные юридические действия от имени представляемого, которому корреспондирует субъективное право представляемого на представительство – право требования от представителя определенных юридических действий¹.

Согласно концепции абсолютного права полномочие представителя – это право представителя, существующее вне правоотношения, поскольку представитель может действовать по отношению к неопределенному кругу лиц, которые не несут перед ним никаких обязанностей².

Представляется, что все изложенные выше взгляды в той или иной мере отражают сущность представительства. Однако, в наибольшей степени к правильному пониманию правовой природы представительства приближаются лишь концепции субъективного права и субъективной обязанности, в рамках которых полномочие представителя рассматривается как субъективное право и, соответственно, обязанность, характеризующиеся, прежде всего, тем, что они являют собой возможность приобретения или осуществления прав или обязанностей представляемого по отношению к третьим лицам.

С точек зрения концепций субъективного права и субъективной обязанности хорошо понятна природа отношений между представителем и представляемым. Однако в отношениях представительства участвует ещё и третье лицо, у которого нет обязанности, противостоящей праву представителя совершить с ним сделку от имени представляемого. Таким образом, при рассмотрении полномочий представителя в контексте отношений между ним и контрагентом, они не могут быть признаны субъективным правом, поскольку им не противостоит какая-либо обязанность.

Для правильного понимания сущности отношений складывающихся между представителем и контрагентом представляемого, и природы полномочия представителя в этих отношениях, представляется целесообразным,

¹ Там же. С. 36.

² См.: Андреев В.К. Представительство в гражданском праве. Калинин, 1978. С. 87.

обращение к категории динамической правоспособности, сформулированной советскими правоведом на основе немецкой школы права.

Так, по мнению М.М. Агаркова, термин «право» не всегда обозначает право в субъективном смысле: в некоторых случаях праву одной стороны соответствует не обязанность другой стороны, а только связанность. Полномочие есть ничто иное, как проявление правоспособности, которую следует понимать динамически.

«Гражданская правоспособность, – как пишет ученый, для каждого данного лица в каждый определенный момент означает возможность иметь определенные конкретные права и обязанности в зависимости от его взаимоотношений с другими лицами»¹.

С этих позиций право представителя совершать сделки от имени представляемого является не субъективным правом, а секундарным, поскольку ему не корреспондирует никакая обязанность третьего лица – контрагента по сделке. Право совершать сделки является проявлением способности иметь гражданские права.

Следует отметить, что «динамическое понимание правоспособности подразумевает существование двух ее видов: абстрактной правоспособности (возможность иметь права и обязанности в принципе) и конкретной (возможность иметь права и обязанности в связи с обладанием конкретным имуществом), что ведет к размыванию единого понятия правоспособности и невозможности ее отграничения от субъективных прав»².

Представитель обладает правом совершать сделки от имени представляемого, то есть полномочия представителя есть ничто иное, как субъективное право на реализацию правоспособности представляемого. Наделение его полномочиями происходит в рамках обязательства, содержанием которого является обязанность представляемого принять на себя права и обязанности

¹ Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2-х т. Т. I. М., Центр ЮрИнфоР, 2002. С. 285.

² Орешин Е.И. Правовая природа полномочия представителя // Журнал российского права, 2007. № 2.

юридических действий, совершенных от его имени представителем, которой корреспондирует право представителя совершать юридические действия от имени представляемого.

С учетом изложенного, полномочие коммерческого представителя представляет собой субъективное право на реализацию правоспособности представляемого на заключение договоров в сфере предпринимательской деятельности.

Следует отметить, что пределы полномочий являются теми пределами, в рамках которых коммерческий представитель вправе реализовать правоспособность представляемого.

Так, в зависимости от степени определенности, с которой в договоре, содержащем указания на полномочия коммерческого представителя, или доверенности указан контрагент представляемого, полномочия представителя можно охарактеризовать как абсолютное или как относительное субъективное право.

Если полномочия коммерческого представителя не содержат указания на совершение сделки с конкретным лицом (лицами), то они носят абсолютный характер.

Если полномочия коммерческого представителя имеют указания на совершение сделки с определенным лицом (лицами), прямо указанными в их основании, то их следует признать относительными.

Необходимо отметить, что положения о пределах полномочий коммерческого представителя прямо закреплены в правовых системах зарубежных стран.

Так, согласно праву США и Англии, полномочия агента бывают прямыми и подразумеваемыми. Под прямыми понимаются полномочия, согласованные с принципалом. Подразумеваемые полномочия не согласовываются с

представляемым, а подразумеваются в соответствии с обычаями торгового оборота¹.

Полномочия представителя осуществляются в интересах лица, на возникновение, изменение и прекращение гражданских прав и обязанностей которого оно дано. При этом, наделение полномочием представителя совершать юридические действия от имени представляемого не влечет утраты представляемым права совершать соответствующие действия от своего имени. Иначе это бы противоречило правовой природе представительства, поскольку наделение представителя субъективным правом происходит в порядке надельного, а не переносающего правопреемства².

Другим не менее важным, как в практическом, так и в теоретическом плане, вопросом является вопрос об определении круга действий, на совершение которых может быть уполномочен коммерческий представитель. В этой связи вызывает вопросы терминология норм, регулирующих отношения коммерческого представительства. Так, в п. 1 ст. 184 ГК РФ речь идет о договорах в сфере предпринимательской деятельности, а в п. 3 ст. 184 ГК РФ говорится о торговых сделках.

Однако, договор и сделка, как справедливо отмечает С.А. Кузнецов, не являются синонимами³.

В соответствии с действующим гражданским законодательством Российской Федерации, сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей (ст. 153 ГК РФ), а договором – соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей (п. 1 ст. 420 ГК РФ).

¹ См.: Тынель А., Функ Я., Хвалеи В. Курс международного торгового права. Мн., 2000. С. 276.

² См.: Черепяхин Б.Б. Избранные труды по гражданскому праву. М., «Статут», 2001. С. 320.

³ См.: Кузнецов С.А. Коммерческое представительство по российскому гражданскому праву: Дисс. ...канд. юрид. наук. Самара, 2004. С. 37-38.

Представляется, что подобная неопределенность с понятийным аппаратом ст. 184 ГК РФ говорит в пользу того, что коммерческий представитель может совершать от имени и в интересах представляемого им предпринимателя любые действия, направленные на возникновение правовых последствий в сфере предпринимательской деятельности последнего, а не только заключать хозяйственные договоры и совершать торговые сделки.

Такой подход основан на диспозитивном методе регулирования гражданских правоотношений, к каковым, относятся и коммерческое представительство.

Сказанное в наибольшей степени соответствует как правовой природе коммерческого представительства, так и тем историческим предпосылкам, которые лежат в основании возникновения данного института.

«Распорядитель есть торговый представитель, а потому, его власть, его оправданность перед третьими лицами, может обнимать только торговые действия, т. е. лишь те, которые признал таковыми закон. Действия по недвижимости, действия дарственного характера, как неторговые, уже своим характером изъяты из власти распорядителя»¹.

Положения ст. 184 ГК РФ надлежит толковать в том смысле, что коммерческий представитель не только заключает от имени и в интересах представляемого им предпринимателя договоры в сфере предпринимательской деятельности, но и совершает иные прямо не предусмотренные ст. 184 ГК РФ действия, в т.ч. вступает в переговоры относительно возможных в будущем сделок, в сфере его предпринимательской деятельности.

А.В. Филиппенко

Членство в товариществе собственников жилья²

¹ Цитович П.П. Очерк основных понятий торгового права. М., Центр ЮрИнфоР, 2001. С. 112.

² Исследование выполнено при фин. поддержке РГНФ в рамках научно-исследовательского проекта РГНФ «Товарищество собственников жилья как инструмент реформы жилищно-коммунального хозяйства», проект №08-03-85 302 а/У

Для обеспечения благоприятных и безопасных условий проживания граждан, надлежащего содержания общего имущества в многоквартирном доме, решения вопросов пользования данным имуществом, предоставлении коммунальных услуг гражданам, проживающим в таком доме необходимо управление многоквартирным домом. Согласно ч.2 ст.161 Жилищного кодекса РФ¹ одним из способов управления многоквартирным домом является управление товариществом собственников жилья.

Товарищество собственников жилья, согласно ст. 135 ЖК РФ, представляет собой некоммерческую организацию - объединение собственников помещений в многоквартирном доме для совместного управления и обеспечения эксплуатации комплекса недвижимого имущества в данном доме, владения, пользования и в установленных законодательством пределах распоряжения общим имуществом в данном доме.

Членство в товариществе собственников жилья возникает у собственника помещения в многоквартирном доме на основании заявления о вступлении в товарищество собственников жилья. Если в многоквартирном доме создано товарищество собственников жилья, лица, приобретающие помещения в этом доме, вправе стать членами товарищества после возникновения у них права собственности на помещения. Соответственно, членами товарищества собственников жилья могут быть физические лица, юридические лица, Российская Федерация, субъект Российской Федерации или муниципальное образование, имеющие на праве собственности жилое или нежилое помещение в данном многоквартирном доме.

Членство в товариществе собственников жилья носит добровольный характер. Добровольность членства товарищества собственников жилья означает невозможность принудительного членства в нем. Данное правило в полной мере учитывает Постановление Конституционного Суда РФ "По делу о проверке конституционности пунктов 1, 3 и 4 статьи 32 и пунктов 2 и 3 ста-

¹ Далее ЖК РФ

тью 49 Федерального закона от 15 июня 1996 г. "О товариществах собственников жилья" в связи с запросом Советского районного суда города Омска" от 3 апреля 1998 г. № 10-П¹, которым были признаны не соответствующими ст. 30 Конституции РФ отдельные положения в настоящее время утратившего силу ФЗ "О товариществах собственников жилья", в частности, после организации товарищества все лица, приобретающие помещение в кондоминиуме, становились членами товарищества немедленно после возникновения у них права собственности на помещение.

В соответствии со ст. 30 Конституции РФ каждый имеет право на объединение и невозможно принуждение к вступлению в какое-либо объединение. Применительно к товариществу собственников жилья как объединению это означает невозможность принудительного членства в нем, несмотря на решение большинства объединиться в товарищество.

Следовательно, некоторые домовладельцы могут оставаться вне данного объединения, не утратив с ним иных правовых связей. Эти собственники не освобождаются от участия в несении необходимых расходов, связанных с содержанием и эксплуатацией многоквартирного дома.

В свою очередь, товарищество собственников жилья не вправе нарушать права собственников помещений, отказавшихся от членства в товариществе, устанавливая преимущества и льготы по владению и пользованию общим имуществом многоквартирного дома только для членов товарищества собственников жилья либо налагая на собственников помещений в многоквартирном доме, не являющихся членами товарищества собственников жилья, дополнительные обязанности, выходящие за рамки возмещения необходимых затрат по управлению многоквартирным домом и его эксплуатации.

Заявление о вступлении в члены товарищества собственников жилья является единственным условием возникновения членства в товариществе собственников жилья у собственника помещения в многоквартирном доме, в ко-

¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 3 апреля 1998 г. // СЗ РФ. 1998. №15. Ст.1794.

тором создано данное товарищество. По общему правилу, данное заявление должно быть письменным, хотя требований к форме данного заявления закон не предъявляет. Письменная форма заявления позволяет выявить волю лица, написавшего заявление, а также обуславливается необходимостью документирования деятельности товарищества собственников жилья, как для внутренней отчетности, так и для отчетности перед налоговыми и иными контролирующими органами. Помимо заявления собственник подтверждает свое право собственности на жилое или нежилое помещение в данном многоквартирном доме. Данное заявление от имени несовершеннолетних собственников помещений в многоквартирном доме вправе подавать законные представители, то есть их родители, усыновители, опекуны или попечители. В статьях 21,27 Гражданского кодекса РФ установлены два исключения из общего правила приобретения дееспособности: вступление в брак до достижения совершеннолетия и эмансипация. Заявления от имени недееспособного лица подается его опекуном, а от имени ограниченно дееспособного - его попечителем.

После подачи заявления в соответствии с п. 7 ст.148 ЖК РФ правлением товарищества собственников жилья заявитель вносится в список членов товарищества собственников жилья.

В соответствии с п.2 ст.151 ЖК РФ средства товарищества собственников жилья состоят, в частности из обязательных платежей, вступительных и иных взносов членов товарищества собственников жилья.

Согласно п. 3 ст.143 ЖК РФ членство в товариществе собственников жилья прекращается с момента подачи заявления о выходе из членов товарищества или с момента прекращения права собственности члена товарищества на помещение в многоквартирном доме. Следовательно, ЖК РФ не предусматривает возможность исключения из товарищества собственников жилья. В данную норму возможно внесение изменений, а именно предоставление общему собранию членов товарищества собственников жилья права исключать из членов товарищества собственников жилья лиц за грубое неис-

полнение ими лежащих на них обязанностей, предусмотренных ЖК РФ или уставом товарищества собственников жилья. При этом необходимо четко определить порядок подобного исключения из членов товарищества собственников жилья:

- решение должно приниматься на общем собрании членов товарищества собственников жилья;
- в результате неисполнения обязанности, предусмотренной ЖК РФ или уставом, наступили негативные последствия для товарищества собственников жилья в целом, а также для его членов;
- определить в уставе перечень негативных последствий;
- определить последствия исключения из товарищества собственников жилья, например, запретить определенное время восстановление в членах товарищества собственников жилья, быть членом правления, а также председателем правления.

Внесение данных изменений позволит установить ответственность члена товарищества собственников жилья перед товариществом собственников жилья, а также перед остальными членами товарищества собственников жилья.

С.Ю. Филиппова

Пределы и перспективы использования медиации в разрешении корпоративных конфликтов

Медиация – это процесс разрешения конфликта путем переговоров между конфликтующими субъектами при участии нейтрального третьего лица – посредника, не имеющего права выносить собственное решение по спорному вопросу. Медиация рассматривается как один из наиболее перспективных альтернативных способов разрешения юридического конфликта, поскольку именно посредством медиации удастся выработать решение, в максимальной степени удовлетворяющее интересы всех участников конфликта и основанного на автономии сторон.

С формальной стороны целью медиации является заключение соглашения о внесудебном разрешении спора. С позиций же содержательных, целью медиации является оказание помощи участникам конфликта в выработке максимально удовлетворяющего интересы сторон решения о прекращении конфликта и минимизации его негативных последствий.

Для исследования возможностей, которые дает медиация в части разрешения корпоративных конфликтов, обратимся к основным свойствам медиации, обуславливающие ее функциональные возможности.

Можно выделить следующие принципы осуществления медиации: добровольность, конфиденциальность, беспристрастность посредника, сотрудничество и равноправие сторон.

Под добровольностью следует понимать невозможность понуждения к участию в примирительной процедуре. Отмечу, что принцип добровольности медиации характерен именно для российской правовой системы, поскольку для многих иностранных правовых порядков установлен обширный перечень случаев обязательного применения примирительных процедур, в том числе, медиации. Речь, в частности о праве Великобритании, Австралии, Аргентины, Германии, Канады, Франции, Испании.

Беспристрастность подразумевает незаинтересованность посредника в исходе медиации. Обеспечивается это, в частности, особыми условиями соглашений с медиаторами, в соответствии с которыми расходы на медиацию независимо от ее результативности стороны по общему правилу, несут поровну. Именно необходимость обеспечения беспристрастности посредника зачастую называют основным препятствием для возложения функций медиатора на адвоката, по роду своей деятельности оказывающего профессиональную правовую помощь своему клиенту. Беспристрастность (или нейтральность) медиатора имеет важнейшее значения для обеспечения автономии сторон при принятии решения. Воля профессионального посредника не должна подменять собой воли сторон. В основе соглашения должно быть именно понимаемое и принимаемое каждым участником конфликта решение,

в котором «результат совпал бы с фактической, действительной волей сторон договора»¹.

Конфиденциальность медиации предполагает неразглашение информации, полученной медиатором в ходе предварительных бесед или кокусов с каждой из конфликтующих сторон, а также невозможность ссылаться на любую информацию, полученную в процессе медиации в суде при последующем разрешении спора (при неудаче примирительных процедур).

Сотрудничество сторон предполагает активную роль всех участников конфликта.

В литературе выделяют и иные принципы медиации. Это полный контроль сторон за результатом процедуры, неконфронтационный характер переговоров, обширный круг возможных взаимоприемлемых решений спора². Представляется, что последние два свойства не являются типичными и основополагающими для медиации, потому не могут быть отнесены к числу ее принципов. Процедура медиации как раз предполагает специальные способы действия в случае конфронтации между сторонами и невозможности продуктивных совместных переговоров в связи с этим. Речь идет о возможности проведения кокусов – конфиденциальных бесед посредника с каждой из сторон поочередно, которые могут проводиться как по собственной инициативе посредника, так и по инициативе конфликтующих сторон. Кроме того, возможно применение медиации вовсе без совместных встреч сторон, исключительно через посредника (консилиация). В таком случае принятие согласованного решения замедляется, несколько осложняется, но не исключается. Обширный круг возможных решений, как видится, не является принципом медиации, а принципом соглашения, полученного в результате медиации. Данное свойство медиации ни что иное, как развитие принципа свободы договора применительно к конкретной сфере.

¹ Фар П. Оговорки о медиации в общих условиях совершения сделок // Медиация в нотариальной практике. М., 2005. С. 258.

² См.: Давыденко Д. Медиация как примирительная процедура в коммерческих спорах: сущность, принципы, применимость // Хозяйство и право. 2005. № 5. С. 107.

В литературе можно обнаружить неоднозначное отношение к перспективам использования медиации для разрешения юридических конфликтов. По мнению М.Н. Кузьминой, медиация, как и иные «альтернативные» способы разрешения юридических конфликтов «вряд ли способны быть эффективными в России». Связано это, по мнению этого автора с тем, что в России «судебное разбирательство имеет краткие сроки (2,3 месяца), экономически выгодно, так как размер госпошлины невысок и не повышается в зависимости от судебной инстанции, судебное решение ... более исполнимо, нежели взаимное соглашение». Единственным стимулом, способствующим развитию медиации в России является желание снизить нагрузку в судах¹. Приведенные аргументы, как представляются, не вполне соответствуют действительности. Так, упомянутые М.Н. Кузьминой сроки судебного разбирательства, видимо, включают в себя лишь срок, необходимый для принятия решения судом первой инстанции. Вместе с тем существующий механизм обжалования судебного акта удлиняет этот срок в несколько раз. Так, только для рассмотрения дела в арбитражном суде первой, апелляционной и кассационной инстанции с соблюдением всех предусмотренных АПК РФ процессуальных сроков, требуется 9 месяцев. Экономическая выгодность участия в судебном процессе также не вполне соответствует действительности. Помимо госпошлины, стороны несут и иные судебные расходы (например, расходы на оплату судебной экспертизы, услуг представителя), несут они и временные затраты, которые также могут быть выражены в деньгах. Все эти расходы могут быть существенно снижены при применении примирительных процедур, в т.ч. медиации. Что же касается лучшей исполнимости судебного решения, чем соглашения сторон, то это тоже по меньшей мере спорно, и во всяком случае не подтверждено доказательствами. В частности, Д. Давыденко делает противоположное суждение, указывая, что характерной для медиации является малая вероятность «несоблюдения достигнутого соглашения по

¹ См.: Кузьмина М.Н. Юридический конфликт: теория и практика разрешения. М., 2008. С. 222-223.

сравнению с решением, вынесенным судьей или арбитром, поскольку стороны являются «соавторами» этого соглашения»¹.

По справедливому выражению П. Астахова, «лучшая форма существования права – это диалог, переговоры, мирное решение спора»². В отличие от иных форм воздействия на конфликт, медиация не ставит цели выявить неправого и наказать его, или защитить нарушенное право одного из участников конфликта. В медиации наличие конфликта между участниками воспринимается всеми субъектами конфликта и внешним для них лицом – медиатором, как некая данность, часть объективной реальности, которая мешает всем удовлетворять их интересы. В связи с этим целью медиации является совместный поиск решения, в максимальной степени позволяющего удовлетворить интересы всех лиц.

Как справедливо подчеркивает Г. Хекшен, в рамках достижения соглашения при применении медиации, «стороны не связаны своими первоначальными позициями в конфликте, в особенности своими требованиями, что позволяет найти наиболее оптимальное решение спора»³.

Рассмотрев принципы медиации вообще, обратимся к вопросу о применимости такого способа разрешения юридического конфликта к корпоративным конфликтам. В целом, все положительные моменты медиации, распространятся и на корпоративный конфликт, как частный случай юридического конфликта. Особенности корпоративного конфликта заключается в частности в том, что его возникновения не является неожиданным для сторон – конфликт, а точнее, его переход из латентной в открытую стадию предопределен изначально – самой сущностью корпоративных правоотношений, возникающих в ситуации заведомого противоречия интересов их субъектов. Вместе с тем участники изначально приняли решение о создании корпора-

¹ Давыденко Д. Медиация как примирительная процедура в коммерческих спорах: сущность, принципы, применимость // Хозяйство и право. 2005. № 5. С. 108

² Астахов П. Противодействие рейдерским захватам. М., 2007. С. 69.

³ Хекшен Г. Медиация и корпоративное право // Медиация в нотариальной практике (Альтернативные способы разрешения конфликтов) / Отв. ред. К.Г. фон Шлиффен, Б. Вегманн. М., 2005. С. 209.

ции, приобретении акций (доли), т.е. вошли в общность, имею единую цель, но различные, во многом, противоположные интересы. Участники заинтересованы в поддержании долгосрочного характера отношений, а это предполагает систематический поиск выхода из возникающих противоречий. Главным недостатком судебного разрешения корпоративного конфликта является причинение вреда репутации корпорации при возникновении подобного судебного разбирательства, а тем самым, независимо от исхода дела, негативные последствия понесут все его стороны.

По справедливой оценке Г. Хекшена, корпоративные конфликты приводят к снижению эффективности деятельности корпорации, оттоку капитала, под угрозу ставятся и личные отношения между участниками, а также третьими лицами, от чего страдает и экономика в целом¹.

Исследование основных корпоративных конфликтов, произошедших, и продолжающихся в настоящее время в России, показывает, что фактически единственным эффективным способом выхода из них является достижение соглашения между участниками. Непосредственное достижение соглашения между участниками корпоративного конфликта, а в частности, сам процесс переговоров сильно затруднен различными факторами, не имеющими правового значения, но вместе с тем препятствующими сторонам в конструктивном решении проблемы. Именно подключение независимого посредника во многом облегчает процедуру переговоров.

В настоящее время в Российской практике опыт применения медиации для разрешения корпоративных конфликтов невелик, хотя интерес к этой возможности существует. Создано несколько специальных организаций, занимающихся посредничеством в разрешении, в том числе, корпоративных споров. Это в частности, Объединенная служба медиации (посредничества) при РСПП, Коллегия посредников-примирителей при ТПП России, аналогичные службы имеются при отдельных акционерных обществах (например, при АО «Газпром»).

¹ См. Хекшен Г. Медиация и корпоративное право С. 210.

Для использования медиации при разрешении корпоративных конфликтов существуют некоторые объективные пределы. Рассмотрим их.

Некоторую часть корпоративных споров составляют споры об обжаловании решений общего собрания акционеров по отдельным вопросам. С формальных позиций участниками такого корпоративного конфликта становится с одной стороны – несогласный с решением общего собрания акционер, а с другой – само акционерное общество. В том случае, когда предъявление подобного иска становится одной из форм конфликтных действий акционера в рамках иного конфликта, что бывает сравнительно часто (в известных корпоративных конфликтах в ГК «Норильский никель», ОСАО «ИНГОССТРАХ» заявлялось множество исков об оспаривании решений общих собраний акционеров, однако сущность конфликта была глубже и не касалась конкретных решений общих собраний; иными словами, здесь оспаривание решений было лишь формой конфликтных действий участников) использование медиации для его разрешения вполне возможно и оправдано. В таком случае стороны сосредоточатся на разрешении своих разногласий по существу, и после выработки взаимоприемлемого решения, процедурный вопрос определения судьбы поданного иска об обжаловании решения общего собрания акционеров будет естественным образом разрешен, например, путем отказа от иска или, напротив, признания иска – полностью или частично.

В том же случае, когда предъявленный иск адекватен содержанию конфликта, применение медиации для его разрешения невозможно. Связано это с тем, что отменить решение общего собрания может только суд или общее собрание: опосредовано – путем принятия другого решения по тому же вопросу. Сама по себе возможность добровольной отмены решения общего собрания акционеров законом не предусмотрена. В связи с исключительным установлением компетенции общего собрания акционеров и запретом принимать решения по вопросу, не отнесенному к компетенции общего собрания, общее собрание не вправе принять решение об отмене своего предыдущего решения. Никакой иной орган общества не вправе отменить решение

общего собрания акционеров – по тем же мотивам – в силу исключительности компетенции общего собрания. Это делает проведение медиации в подобной ситуации невозможным – цель – заключение соглашения об урегулировании конфликта заведомо недостижима. Общество, независимо от результатов переговоров, не сможет внести изменение в решение общего собрания, с которым не согласен участник. Какую бы волю в процессе внесудебного урегулирования конфликта не высказало бы общество, - ее не удастся облечь в форму, обязательную для исполнения общим собранием акционеров.

Общее собрание – орган, принявший решение, не может стать субъектом переговоров, и субъектом соглашения, достигаемого в ходе этих переговоров. Любые решения, которые могли бы быть приняты в отношениях между обществом и одним из акционеров, не имеют силы в отношениях общества со всеми другими акционерами, кредиторами общества и иными лицами, которые могли бы иметь собственный интерес в конфликте. Это свойство медиации известно в мировой практике применения медиации и соответствует общему учению о действии любого договора. «Медиация нацелена на баланс интересов сторон. По общему правилу в отношении третьих лиц результаты медиации не действуют»¹. Следовательно, использование медиации для разрешения корпоративных конфликтов, связанных с несогласием с определенными решениями общего собрания акционеров отдельного акционера нецелесообразно.

Таким образом, можно обозначить такие пределы использования медиации в корпоративных конфликтах, как: *1) применение медиации возможно лишь по тем вопросам, по которым в принципе допустимо заключение соглашения. 2) медиация возможна только между правосубъектными участниками корпоративного конфликта.*

Вместе с тем, множество корпоративных конфликтов связаны с управлением корпорацией. Типичный пример – неизбежный конфликт, возникаю-

¹ Хекшен Г. Медиация и корпоративное право С. 227.

щей в «мертвозакрытой» корпорации (состоящей из двух участников, имеющих пакеты акций (долю), размер которых составляет $\frac{1}{2}$ часть уставного капитала. Законными средствами конфликт этот неразрешим, ибо при противоречии воле двух владельцев пакетов акций, ни одно решение не может быть принято. В этой ситуации целью медиации оказывается отнюдь ни облегчение работы суда, а преодоление неразрешимой кризисной ситуации в компании.

Следует установить допустимость включения оговорки о медиации в учредительные документы по российскому праву и о возможности отнесения расходов на медиацию во всех случаях, независимо от причин обращения за ней на хозяйственное общество.

Установление в учредительных документах оговорки о медиации является в достаточной степени спорным с позиций его соответствия правовым нормам. Во-первых, необходимо выявить, не нарушает ли включение подобной оговорки конституционного права на судебную защиту (ст. 46 Конституции РФ). Полагаю, что включение оговорки о медиации, равно как и третейской оговорки не умаляют права на судебную защиту, поскольку при недостижении соглашения в процессе переговоров, возможность обращения в суд у лица сохраняется. Кроме того, медиация предполагает добровольность на каждом этапе ее проведения, что означает возможность сторон в любое время отказаться от продолжения медиации. Это правило нашло отражение в ст. 16 проекта ФЗ «О примирительной процедуре с участием посредника (медиации)», но даже в отсутствие специального закона неуклонно соблюдается при использовании медиации, поскольку основано на одном из принципов медиации.

Во-вторых, следует разрешить вопрос о допустимости включения подобной оговорки именно в учредительные документы корпорации. Содержание учредительных документов определяется законодательно двумя способами. С одной стороны, в законе устанавливаются сведения, которые непременно должны содержаться в них (например, п. 3 ст.11 ФЗ «Об акционерных

обществах» определяет обязательное содержание Устава акционерного общества), с другой стороны, исходя из общей дозвоительности и диспозитивности гражданско-правового регулирования отношений, закон позволяет включать в устав общества и другие положения, не противоречащие закону. Использование медиации в целом не противоречит закону, поэтому и с этих позиций включение в учредительные документы хозяйственного общества оговорки о медиации допустимо.

В-третьих, следует выяснить последствия включения подобной оговорки в учредительные документы, обратившись к действию учредительных документов. В связи с этим следует отметить принципиальные различия в содержании устава акционерного общества и общества с ограниченной ответственностью.

Устав акционерного общества – его единственный учредительный документ. Отсутствие у акционеров обязанности подчиняться положениям устава неоднократно замечалось многими авторами. Устав акционерного общества порождает исключительно обязанности самой организации обеспечить внутреннюю структуру в соответствии с заявленной в уставе, а также содержит сведения, необходимые контрагентам организации для вступления с ней в правоотношения (о фирменном наименовании, месте нахождения, размере уставного капитала, порядке совершения крупных сделок и сделок с заинтересованностью). В связи с этим помещение оговорки о медиации в устав акционерного общества сделало бы ее обязательной только для самого общества, но не для акционеров, тогда как одной из сторон в корпоративном конфликте, как правило, является именно акционер. В таком случае установление этой оговорки в уставе представляется нецелесообразным (не способствующим разрешению поставленной задачи), поскольку не вызывает ожидаемого действия – не связывает общество, участника и членов органов управления взаимной обязанностью обращения за медиацией.

Принципиально иная ситуация складывается в обществе с ограниченной или дополнительной ответственностью. Ст. 9 ФЗ «Об обществах с огра-

ниченной ответственностью» прямо допускает установление в уставе общества обязанностей для участников, причем помимо обязанностей, прямо названных в законе, в уставе могут предусматриваться и иные обязанности участников. Пункт 2 ст. 9 ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» устанавливает, что подобные условия включаются в устав только по единогласному решению общего собрания участников. Таким образом, в обществе с ограниченной или дополнительной ответственностью по решению общего собрания участников, принятому единогласно, в устав может быть включена оговорка о медиации, и тогда она будет иметь силу как для самого общества, так и для участников.

Обязанности для участников (учредителей) порождаются учредительным договором или договором о создании акционерного общества, но если первый является учредительным документом, а значит обязателен не только для заключивших его учредителей общества с ограниченной ответственностью, но и для самого общества, то договор о создании акционерного общества учредительным документом не является, а потому обязанности самого общества не порождает. Более того, он обязателен лишь для учредителей, но не для акционеров, приобретших акции у учредителей или при дополнительном выпуске акций. Договор о создании акционерного общества действует до исполнения всех обязательств сторонами, а значит – не более чем, в течение года после регистрации акционерного общества¹. Тем самым включение оговорки о медиации в договор о создании акционерного общества также оказывается нецелесообразным, поскольку не приводит к возникновению соответствующей обязанности ни у акционерного общества, ни у акционеров, не являющихся учредителями.

Таким образом, несмотря на принципиальную непротиворечивость оговорки о медиации закону и возможности включения ее в учредительные документы организации, к правовым последствиям, ожидаемым от такого

¹ Таков максимальный срок оплаты уставного капитала акционерного общества в соответствии со ст. 34 ФЗ «Об акционерных обществах».

включения – т.е. возникновения обязанности у всех участников потенциального корпоративного конфликта обратиться к профессиональному посреднику при возникновении конфликта – оно приводит не всегда. В учредительном документе акционерного общества такая оговорка не порождает ожидаемых последствий. В обществах с ограниченной и дополнительной ответственностью, имеющим учредительный договор в качестве учредительного документа, положения его обязательны для всех субъектов потенциального конфликта, потому оговорка о медиации, внесенная в устав или учредительный договор общества приведет к ожидаемому эффекту.

Что же касается установления обязанности общества во всех случаях нести расходы, связанные с медиацией, то никаких препятствий для ее установления в уставе нет. Включенная в устав, норма о необходимости возмещения расходов на медиацию, приведет к возникновению обязанности общества возместить соответствующие расходы.

Таким образом, для акционерного общества возможно в уставе установить обязанность общества нести расходы на медиацию, но невозможно установить действующую для акционеров оговорку о медиации, в учредительных документах общества с ограниченной или дополнительной ответственностью можно предусмотреть и оговорку о медиации, и любое распределение расходов на нее – по усмотрению сторон.

Медиация как таковая оказывается безразличной праву, поскольку никакие юридически значимые действия в рамках медиации не осуществляются. В проекте ФЗ «О примирительной процедуре с участием посредника (медиации)» не содержится регламентации собственно деятельности медиатора – содержащиеся там положения касаются квалификационных требований к медиаторам, взаимодействия медиаторов с судом, а также возможности использования медиации вообще. В проекте имеется норма, в соответствии с которой, что все переговоры и суждения, высказанные в ходе примирительных процедур, при их безуспешности не могут использоваться сторонами в судебном процессе для доказывания юридически значимых обстоятельств

дела (ст. 15 проекта). Даже при отсутствии такой нормы в писаном праве, она существует в виде правового обычая. Почти все внутренние документы медиаторов (регламенты, положения, проекты договоров с клиентами и пр.), изученные автором, содержат подобные оговорки. Следует полагать, что широкое распространение такого правила привело к становлению соответствующей обычной нормы. Потому, доказательства, представленные в суде или арбитражном суде, основанные на переговорах в процессе медиации должны считаться недопустимыми – полученными с нарушением норм права.

Подводя итоги, следует отметить, что возможности применения медиации для разрешения корпоративных конфликтов в настоящее время недооценены. Никаких объективных препятствий к повсеместному ее использованию нет, даже в ситуации отсутствия специального законодательства, посвященного медиации. Осторожность, с которой к медиации и ее результату – акционерному соглашению относятся корпоративные юристы во многом вызвана общим опасением действовать исходя исключительно из принципа свободы договора, вне нормативного правового регламентирования общественных отношений. Вместе с тем отдельные виды корпоративных конфликтов иначе, как посредством достижения взаимоприемлемого соглашения неразрешимы, в связи с этим использование медиации для получения такого соглашения можно рассматривать как, безусловно, конструктивный способ преодоления кризисной ситуации в корпорации, вызванной противоречиями между ее участниками (акционерами).

Несмотря на общую положительную оценку применения медиации в корпоративных конфликтах, следует отметить наличие объективных пределов ее использования, за рамками которого она становится бездейственной.

О.А. Халабуденко

**Договор как юридическая конструкция
в контексте предмета гражданского права**

Наука гражданского права основывается на том представлении, что совокупность правовых норм, установленных законодателем в интересах общества в целом или в интересах отдельных лиц – есть право в объективном смысле (объективное право). С объективным правом тесно связано право в субъективном смысле – субъективное право. Причем юридические нормы, составляющие суть объективного права и субъективные права – есть «две стороны права: объективная и субъективная»¹.

Наличие двух аспектов – субъективного и объективного – единой правовой ипостаси служит основой формирования представления о предмете права как совокупности правовых норм, регулирующих однородную группу отношений, что с неизбежностью порождает дискуссию о содержании названных составляющих предмета права.

Понятие «норма права» - полисемантическое. С одной стороны, норму права следует отличать от нормы закона, а с другой – понимать, что всякая норма это не только правило поведения, но и логическое суждение имплицитного типа². Причем, собственно о нормах права как предмете права в объективном смысле речь идет лишь в первом случае, во втором – нормы права служат предметом научного изучения.

Отличие права и закона – традиция, уходящая корнями в глубокое прошлое и покоящаяся на том фундаменте, который во всякую эпоху позволяет отличить право от неправа. Норма права есть объективная закономерность социальной действительности. В том случае, когда такая закономерность находит отражение в законе, можно утверждать, что норма права и норма закона – совпадающие по содержанию, но разные по форме понятия. Если же в нормах закона норма права не находит отражения, то есть основание такой закон считать неправовым. Отличие права от закона прослеживается не только качественно, но и количественно. Объем содержания права (*ius*) всегда шире закона (*lex*). Закон (приказ) лишь санкционирует право,

¹ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. 3-е изд. СПб., 1894.

² Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики/ Под общ. ред. В.А. Белова. М., 2007. С. 96.

придавая тем самым ему общеобязательную юридическую силу, но право законами не ограничивается. Определяя содержание права, М.Т. Цицерон писал: «право состоит из следующих частей: из природы, закона, судебного решения, из справедливого и доброго, и из соглашения»¹. Причем право, по мысли римского юриста, не ограничивается внешней по отношению к лицу волей: «Из соглашения право происходит, если кто-либо о чем-либо согласится между собой; если что-либо между кем-либо будет заключено». Таким образом, еще одним отличием нормы права от нормы закона является круг лиц, на который, соответственно, нормы распространяют свое действие. В случае, когда норма права отлична от закона, ее действие ограничивается кругом лиц, «подчиненных носителям конкретного права»².

«Суверенная сила договора»³ находит свое закрепление в ранних буржуазных кодификациях: соглашения, заключенные надлежащим образом, имеют силу закона для тех, кто их заключил (ст. 1134 ФГК)⁴. Находит она отражение, правда, менее уверенное, и в новейших гражданско-правовых кодификациях, преимущественно в принципах свободы договора и его надлежащего исполнения.

Отсюда следует, что предмет гражданского права, понимаемый как совокупность норм объективного права, собственно данными нормами не исчерпывается, в него включаются и такие правовые конструкции, содержанием которых являются субъективные права и обязанности сторон.

Представление о предмете права как совокупности норм восходит к юридическому позитивизму. Первичным элементом и логическим основанием для юридического позитивизма служит догма права, которая по мысли В.О. Лобовикова является «не только особым участком явлений социальной

¹ Цит. по: Кофанов Л.Л. *Lex et ius: возникновение и развитие римского права в VIII- III вв. до н.э.* М., 2006. С. 180.

² Кофанов Л.Л. *Lex et ius: возникновение и развитие римского права в VIII- III вв. до н.э.* М., 2006. С. 187.

³ Жюллио де ла Морандьер Л. *Гражданское право Франции.* М., 1958. С. 113.

⁴ ФГК – Французский гражданский кодекс. Цит. по: *Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона)/Пер. с франц. В. Захватаева/Отв. ред. А. Довгерт. К., 2006.*

действительности, но и ее особым миром. Важнейшая черта этого особого мира заключается в том, что право представляет собой логическую систему. На уровне догмы права своеобразие права как логической системы характеризуется ее глубоким единством с формальной логикой или шире – математической (символической) логикой»¹. Недаром О. Шпенглер заметил, что «правовое мышление ближайшим образом родственно математическому»² мышлению. В конечном итоге признание родства права с формализованными математическими системами дает возможность обнаружить логическую порочность позитивистского логоцентризма, во всей своей полноте проявившаяся в юридическом позитивизме. Доказанные К. Геделем теоремы неполноты и непротиворечивости «свидетельствуют о том, что право не может быть замкнутой формальной непротиворечивой системой»³, единственным содержанием которой являются нормы.

В этих условиях и возникает идея о необходимости определения предмета права правоотношениями, которые регулируются нормами права. «Общепринятое» определение правоотношения как общественного отношения, урегулированного нормами права, предполагает наличие в нем некоего содержания, отличного от юридического. Тем не менее, очевидно, что «общественное» не есть обязательно «фактическое», право есть также явление социальное. Признав данную очевидность, в определении правоотношения появляется непреодолимая логическая порочность. Правоотношение – это такое общественное отношение, содержанием которого являются права и обязанности. Отсюда следует, что любые попытки каким-либо непротиворечивым образом увязать фактическое отношение с юридическим, – значимым, достойным защиты с точки зрения правопорядка, – безрезультатны. Фактические и юридические отношения представляют собой разнородные категории,

¹ Лобовиков В.О. Математическое правоведение. Ч. 1. Естественное право. Екатеринбург, 1998. С. 17.

² Шпенглер О. Закат Европы. Очерки морфологии мировой истории. Т. 2./Пер. с нем. И.И. Маханькова. М., 2004. С. 69.

³ Честнов И.Л. Методология и методика юридического исследования: Учебное пособие. СПб., 2004. С. 31.

объединение элементов их составляющих в единое, да еще логически непротиворечивое целое просто-напросто не возможно.

Признание предметом гражданского права гражданских правоотношений (вещных, исключительных, обязательственных, корпоративных) предполагает отыскание ответа на вопрос об объекте правоотношения¹. Основная ошибка в понимании природы правоотношения, на наш взгляд, закрадывается тогда, когда правоотношение начинают отождествлять с формой, в которую облекается некое фактическое общественное отношение. В действительности правоотношение и есть форма, содержанием которого выступают права и обязанности участников – субъектов данного общественного отношения. Этим содержанием правоотношение и исчерпывается! Форма включать объект не может хотя бы потому, что названные категории не образуют диалектической оппозиции.

Дальнейший ход рассуждений в значительной степени определяется тем, какое по своей природе благо можно признать в качестве объекта субъективного права. Если мы, следуя Б. Виндшейду, воспримем в качестве единственно верной формулу, согласно которой все права существуют между лицами, а не между лицом и вещью, то объектом субъективного права следует признать лишь право требования. Если же мы последуем за Г. Дернбургом и увидим в субъективном праве участие в благах жизни, то должны будем согласиться, что «это участие выражается, прежде всего, в правах на вещи»².

Приняв позицию Б. Виндшейда, мы должны будем согласиться и с доводами О.С. Иоффе о том, что «объектом правового воздействия является

¹ По поводу данного вопроса в специальной литературе сложился целый ряд «стройных и непротиворечивых теорий» от признания «объектом правоотношения» единого «правового (юридического) объекта» (См.: Белов В.А. Объект субъективного гражданского права, объект гражданского правоотношения и объект гражданского оборота: содержание и соотношение понятий. // Объекты гражданского оборота: Сборник статей/ Отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2007) до наделения самостоятельным смыслом «объекта субъективного права, объекта юридической обязанности и объекта собственно правоотношения» (См.: Сенчищев В.И. Объект гражданского правоотношения: Общее понятие//Актуальные проблемы гражданского права: Сб. статей. М., 1998; Чеговадзе Л.А. Структура и состояние гражданского правоотношения. М., 2004).

² См.: Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. С.-Петербург, 1911.

поведение участников правоотношений, а вещи лишь определяют известную форму поведения, которая при прочих условиях объективно может и должна получить законодательное закрепление»¹. В таком случае объектом субъективного права следует признать то, в отношении чего возникает это субъективное право, а вещью – материальным предметом – следует считать то, по поводу чего (в связи с чем) возникает правоотношение. При данном подходе к решению проблемы объекта права материальный предмет, по поводу которого возникает то или иное правоотношение, находится за пределами правоотношения. Однако «вынесение» материального объекта за пределы правоотношения не снимает вопроса о месте такого объекта среди других явлений правовой действительности. Кроме того, возникает закономерный вопрос о том, не приводит ли это к отрицанию существования вещных прав.

Возможным выходом из создавшегося положения является признание теории, согласно которой существуют два рода объектов прав (Е.Р. Бирлинг, Ф.В. Тарановский, поздний О.С.Иоффе)². Теория двух родов объектов может быть признана приемлемой, если признать отсутствие у правоотношения какого-либо самостоятельного объекта. В противном случае следовало бы признать, что объект первого рода – «юридический объект» - совпадает с содержанием правоотношения. В действительности именно так и происходит, но логически утверждение об отождествлении «объекта и содержания правоотношения» будет неверным, поскольку эти понятия относятся к разному классу явлений.

Возможным решением проблемы объекта права, на наш взгляд, является признание того, что правоотношение как таковое лишено объекта, его содержанием являются субъективные права и обязанности сторон, объектом которых является действие или воздержание от действия. В таком случае ма-

¹ Иоффе О.С. Правоотношение по советскому гражданскому праву. Л., 1949. С. 90.

² Суть данной теории заключается в том, что объектом первого рода, «юридическим объектом», признается вид поведения (действие), объектом второго рода - «объект юридического объекта» (материальный объект) - является вещь.

териальный объект следует признать не объектом правоотношения, а объектом правовой конструкции более высокого порядка чем правоотношение.

Однако данный подход, приемлемый для прав обязательственных, создает определенные сложности при попытке определить объект вещного права. Действительно, либо нам придется признать, что вещные права есть категория надуманная, поскольку отсутствует основной признак таких прав – отношение лица к вещи, либо признать, что всякое вещное право может существовать не в системе абсолютных, как это принято считать, а лишь относительных правоотношений.

Утверждение о том, что вещные права – категория несуществующая, имеет своим логическим пределом право собственности, объектом которой выступает материальный предмет (*res corporalis*)¹. Отказывая в признании вещных прав, мы в конечном итоге должны признать отсутствие права собственности как самостоятельного субъективного права или признать его личным правом, «*meum esse*».

Крайняя противоположная точка зрения по данному вопросу выражена Г.В.Ф. Гегелем, утверждавшим, что «собственность, чья сторона наличного бытия или внешности не есть только вещь, а содержит в себе момент некоей (и, следовательно, другой) воли, осуществляется посредством договора как процесса»². В таком случае собственность может рассматриваться как «опосредованная форма договора», предметом же договора «является единичная внешняя вещь...»³.

Однако, как это обычно и случается, крайние точки зрения остались «в области «чистой» теории». Компромиссная же позиция нашла отражения в германской пандектистике, согласно которой изложение правового материа-

¹ Еще Д.И. Мейер, отмечая тенденцию перехода вещных прав в обязательственные, заметил: «быть может, нынешние наши вещные права заменятся впоследствии правами на действия, но вещные права все-таки будут существовать всегда, например, право собственности...». (См.: Мейер Д.И. Русское гражданское право. М., 2003. С. 259).

² Гегель Г.В.Ф. Философия права. Пер. с нем. : Ред. и сост. Д.А. Керимова и В.С. Нерсесянц; Авт. вступ. ст. и примеч. В.С. Нерсесянц. М., 1990. С. 128.

³ Цит. соч. С. 94, 129.

ла делится на структурные части, важнейшими из которых являются вещные и обязательственные права. Причем, если систематизация вещных прав в пандектной системе осуществляется по принципу объема правомочий лица (от максимально полного права собственности до ограниченных вещных прав), то систематизация обязательственных прав – по основанию их возникновения (договор, деликт, неосновательное обогащение и ведения чужих дел без поручения). Основанием же выделения обязательственных и вещных прав в пандектной системе выступает объект: объектом вещного права изначально признается материальный предмет (§ 90 ГГУ¹), лишь как исключение допускается, что определенные права требования могут воплощаться в ценных бумагах.

Отмеченная многими исследователями противоречивость построения правового материала в пандектной системе² компенсируется удобством его изложения в ней. Несмотря на очевидные недостатки германской пандектики, данная система послужила основой для построения гражданско-правовых законов многих государств мира, в том числе и стран СНГ.

Определение предмета гражданского права как группы однородных правоотношений ставит перед исследователями еще один требующий своего разрешения закономерный вопрос, а именно вопрос о функции, которую призвано выполнять правоотношение. В специальной литературе распространенной является точка зрения, что правоотношение есть метод (средство)

¹ ГГУ – Германское гражданское уложение. Цит. по: Гражданское уложение Германии: Ввод. закон к Гражд. Улож.; Пер. с нем.; науч. редакторы – А.Л. Маковский [и др.]. М., 2004.

² Пандектная система, отмечает Г.Ф. Шершеневич, «допускает нарушение основных условий научной классификации, которая должна а) обнимать весь материал, подлежащий изучению данной науки, и б) обладать единством в признаках объединения и различия» (Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула, 2001. С.70). Характеризуя пандектную систему, Н.Л. Дювернуа делает следующее замечание: «Всматриваясь ближе в эту систему, мы видим, что в результате она разрывает все, что в жизни представляется цельным... обладания вещами, обязательственные связи по несущественному признаку объекта притязания. Не объект права (действие, деньги, вещь) характеризует жизненное отношение, из коего вытекло право лица, а, наоборот, самое это право лица квалифицируется так или иначе, смотря по свойству отношения, из коего оно возникло» (Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. Т.1: Введение. Учение о лице/ М.: Зерцало, 2004. С. 231).

правового регулирования¹ или шире - средство регулирования социального взаимодействия².

Такой подход к определению правоотношения представляется неверными хотя бы потому, что если права и обязанности и регулируются нормами объективного права, то происходит это непосредственно, необходимости в каком-либо «посреднике» между законом и поведением субъекта нет³. Другая точка зрения на функцию правоотношения заключается в том, что правоотношение рассматривается в качестве средства конкретизации норм объективного права. В этой связи Л.С. Явич отмечает, что смысл правоотношения заключается «в конкретизации и индивидуализации в нем норм объективного права в виде субъективных прав и юридических обязанностей»⁴. С данным утверждением можно согласиться при условии, что речь идет о нормах права, а не о нормах закона. Таким образом, складывается представление, что правоотношение есть научная абстракция, удобная для постижения права - форма, в которой существуют вполне определенные категории – субъективное право и юридическая обязанность. Как верно замечает В.А. Белов и А.Б. Бабаев: «... правоотношения не существуют – они только мыслятся»⁵.

Такое представление о правоотношении позволяет сделать ряд выводов. В частности, правоотношение как категория системностью обладать не может. Правоотношение как «юридический научный прием»⁶ в силу хотя бы своей природы, не может быть членимо ни на какие составляющие его элементы! Будучи абстракцией, правоотношение, тем не менее, не утрачивает свойства объективизации, способность к которой обусловлена реально-

¹ См.: Строгович М.С. Избранные труды: В 3 т. Т. 1 Проблемы общей теории права. М., 1990. С.83; Толстой Ю.К. К теории правоотношения. Л., 1959. С.19-21.

² Чеговадзе Л.А. Структура и состояние гражданского правоотношения. М., 2004. С.6-179.

³ Пушкин А.А. Спорные вопросы учения о гражданском правоотношении//Вопросы государства и права: Сборник статей Харьковского юридического института. Вып. 2. М., 1974. С.20.

⁴ Явич Л.С. Общая теория права. Л., 1976. С.207-208.

⁵ Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики/ Под общ. ред. В.А. Белова. М., 2007. С.210.

⁶ Там же. С. 211.

стью правовых явлений, составляющих содержание правоотношения. Реальность же содержания правоотношения задается тем, что субъективное право и юридическая обязанность – суть такие явления правовой действительности, которые способны быть определенными (урегулированными) нормами объективного права¹. Следовательно, всякое правоотношение может найти объективацию лишь в рамках определенной юридической конструкции².

Разработка и последующее закрепление в нормах права моделей поведения достигается посредством свойства субъективного права к абстрагированию. Под абстрактным субъективным правом понимается элемент объективного права, выраженный в институтах права. В противоположность же субъективному праву правоотношение как определенная наличная связь между субъектами права «всегда конкретно»³.

Следовательно, нельзя согласиться с мнением С.С. Алексеева о том, что гражданское правоотношение «должно быть определено как юридическая конструкция, когда все ее элементы образуют устойчивое строение...»⁴. Правоотношение как мыслимая наличная связь между субъектами всегда предельно конкретно и способно к объективизации в рамках той или иной юридической конструкции исключительно за счет отличительных свойств, которыми последняя обладает. Такими свойствами юридической конструкции как системность, модельность, нормативная типологизированность правоотношение в силу самой его природы не обладает. Действительно, можно утверждать, что в праве существует система договорных типов, но нельзя – что существует система правоотношений!

¹ Халабуденко О.А. Традиции и новеллы обязательственного права: опыт Республики Молдова и других государств СНГ// Закон и жизнь, № 6, 2008. С.31.

² См.: Чеговадзе Л.А. Структура и состояние гражданского правоотношения. М., 2004; Халабуденко О.А. Юридические конструкции в гражданском праве: методологический аспект//Закон и жизнь, № 4, 2006.

³ Сулейменов М.К. Субъективное гражданское право и средства его обеспечения в Республике Казахстан //Юрист, № 10 (52), 2005г. - http://www.zakon.kz/magazine/archive/2005_10_28.asp

⁴ Алексеев С.С. Юридические конструкции – ключевое звено права//Цивилистические записки. Межвузовский сборник научных трудов. М., 2001. С.8.

Представляется, что юридическая конструкция и есть то явление права, в фокусе которого объективное право преломляется в право субъективное. Юридическая конструкция есть та «форма-идея», в которой находит свое единение норма объективного права с субъективным правом и корреспондируемой ему обязанностью. Вне определенной юридической конструкции правоотношение вообще существует лишь как идеальное явление, позволяющее воспринять наличную правовую связь между субъектами правового общения¹.

Исходя из анализа предмета гражданского права видно, что основной юридической конструкцией, опосредующей правовое бытие гражданско-правовых отношений, является договор. Принято считать, что понятие «договор» является полисемантическим. Чаще всего договор отождествляют с двух или многосторонней сделкой, рассматривая его как юридический факт, причем сделка и договор рассматриваются как родовидовые категории: «всякий договор есть сделка, но не всякая сделка – договор» (п. 1 ст. 154 ГК РФ²; п. 1 ст. 155 ГК Республики Беларусь³; п. 2 ст. 202 ГК Украины⁴). Однако этим действующие кодификации гражданского права не ограничиваются. К договору как соглашению двух или нескольких лиц, направленному на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей (ч. (1) ст. 666 ГК РМ⁵; п. 1 ст. 420 ГК РФ; п. 1 ст. 626 ГК Украины) предусматрива-

¹ Н.М. Коркунов, характеризуя юридическую конструкцию, пишет: «Основной прием юридической конструкции заключается в том, что отношения юридические, существующие между людьми, объективируются, рассматриваются как самостоятельные существа, возникающие, изменяющиеся в течение своего существования и, наконец, прекращающиеся. Затем в организации, в структуре этих отношений различают их субъектов, т.е. лиц, между которыми возникают правоотношения, их объекты, т.е. силы, пользование которыми служит поводом установления отношений. Наконец, в содержании отношений различают два элемента: право и соответствующую праву обязанность». (Цит. по: Хвостов В.М. Система римского права. М., 1996. С.48).

² Цит. по: Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая от 30.11.94. (СЗ РФ, 1994, № 32; 2005, № 43).

³ Цит. по: Гражданский кодекс Республики Беларусь с актами законодательства и судебной практики. Мн., 2005.

⁴ Цит. по: Гражданский кодекс Украины. Х., 2003.

⁵ Цит. по: Гражданский кодекс Республики Молдова. Закон Республики Молдова № 1107-XV от 6.06.2002 //Официальный монитор № 82-86 от 22.06.2002.

ется соответствующее применение правил о сделках. Другими словами, по смыслу закона к сделке применяются соответствующие правила о сделках.

Утверждение о том, что сделка и договор суть понятия буквально тождественные, вызывает определенные возражения. Сделка, в том числе и двусторонняя - есть правомерный волевой поведенческий акт, направленный на определенный правовой результат. Сделкой признается выражение лицом своей воли, направленной на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей (ст. 195 ГК РФ).

Заключение договора предполагает соглашение в форме волеизъявления каждой из сторон. В актах волеизъявления проявляется общее намерение сторон заключить договор. Как отмечает Я. Шапп, «ядром понятия «сделки» как волеизъявления является направленная на наступление правового результата воля, признаваемая со стороны правопорядка в качестве основания для такого результата»¹. Таким образом, сделка, объективизированная в форме соглашения, есть юридический факт, опосредующий возникновение соглашения. Заметим, что далеко не каждое соглашение порождает договор. Действительно, если договор есть соглашение, имеющее предметом установление правоотношения, то что следует понимать под соглашением, направленным на прекращение правоотношения? Не может же соглашение, направленное на прекращение правоотношения, устанавливать новое правоотношение²!

Суть соглашения сводится к «определению позиций сторон относительно существенных элементов договора»³. Однако одной только воли, направленной на наступление правового результата, явно недостаточно для того, чтобы вызвать такой правовой результат. Воля должна реализовываться в одном из признанных правопорядком типовых актах правовой сделки, со-

¹ Ян Шапп Система германского гражданского права: учебник/Пер. с нем. С.В. Королева. М., 2006. С. 200.

² В этой связи обращает на себя внимание замечание, сделанное М.И. Брагинским: «Объем обоих понятий – «договор» и «соглашение» - не всегда совпадают. Если договор – это соглашение, то не всякое соглашение представляет собой договор» (Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 2002. С. 147).

³ Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии./Пер. с нем. М., 2001. С. 43.

стоящим из совокупного состава сделки *lato sensu*. Из сказанного следует, что собственно договор в германской пандектистике не отождествляется со сделкой, а рассматривается как типовой акт сделки, правовое средство, позволяющее проявить волю вовне в известной типологизированной форме. Другими словами, договор может рассматриваться как одно из основных юридико-технических средств, с помощью которого волеизъявление находит свое выражение в определенной типологизированной юридической форме.

Отметим также, что в рамках одного договора могут осуществляться несколько сделок, ибо волевые действия не ограничиваются направленностью на установление правоотношения, но наряду с юридическими поступками они, для определенных договорных типов, служат способом исполнения договорного обязательства. Так, для договоров по оказанию услуг (фактических действий) способом исполнения служит юридический поступок, а для договоров опосредующих ситуации правопреемства, в частности, предполагающих в виде *modus solvendi* передачу вещи в собственность, переход прав требований, совершение индоссамента – способом исполнения обязательства является волеизъявление стороны (сторон) договора.

Итак, исключение буквального отождествления сделки и договора, по сути, снимает проблему признания договора в качестве юридического факта. Договор как самостоятельная правовая категория не может в принципе отождествляться с юридическими фактами. Всякий договор, являясь «законом для лиц, его заключивших», обладает нормативным характером. Фактические и нормативные явления, хотя и не исключают совпадения, но все же отнюдь не тождественны. Как правило, факт, породив право, прекращает свое существование, договор же своего бытия не прекращает в течение всего периода существования права им установленного. Нормативность договора задается известным единством воли лиц, вступивших в него, направленной на типовой результат, признаваемый правопорядком (нормой права). Представление же о договоре как о юридическом факте приводит к отождествлению его с «юридическими» предпосылками, обуславливающими возникновение и дви-

жение правоотношения, такими как норма объективного права и правосубъектность лица.

При попытке определить соотношение понятий «договор» и «правоотношение» возникает еще один вопрос: если договор (соглашение) есть лишь юридический факт, то почему нормы, связанные с ним, располагаются в гражданских кодексах в соответствующих разделах, являющихся составными частями книг, посвященных общим положениям об обязательствах (правоотношениях)? Одним из объяснений данного парадокса является то, что обязательство вообще для своего проявления вовне ищет и неизбежно находит определенную юридическую конструкцию. Такой конструкцией в праве является, прежде всего, договор.

Действительно, такие элементы договора как форма, срок относятся к тем юридически значимым признакам договора, которые характеризуют его как сделку. Однако регулирование этих элементов, наряду с общими нормами о сделках, осуществляется специальными нормами, содержащимися в соответствующих разделах, посвященных отдельным типам договорных обязательств. В свою очередь, элементами договорного обязательства, как впрочем, всякого иного правоотношения, являются субъекты с присущими им правами и обязанностями – содержанием правоотношения. Объект правоотношения (имущественное предоставление) собственно в правоотношение не включается. Находясь за пределами правоотношения, объект - есть то, по поводу чего вступают в правоотношения субъекты права. Тем не менее, именно природа материального объекта определяет тип договора, в который вступают участники отношения в качестве сторон договора.

Таким образом, в понятие договор следует включить результат согласования воли двух сторон (*essentialia negotii*), те элементы договора, которые определяют его действительность с точки зрения правопорядка, материальный объект по поводу которого возникает правоотношение, а также субъективные права и обязанности его участников, направленные на единый право-

вой результат¹. В таком понимании договор собственно и должен рассматриваться как юридическая конструкция *sui generis*, к которой соответствующим образом применимы правила о сделках и обязательствах.

Однако представление о договоре как юридической конструкции, содержание которой образует системное единство элементов, ее составляющих, может встретить известное возражение. Суть таких возражений сводится к отмеченному выше и неверному, на наш взгляд, отождествлению разных по своей природе правовых явлений: сделки, договора и юридического факта, рассматриваемых некоторыми исследователями как единая причина возникновения правоотношения - следствия данной причины².

Представление о том, что сделка (юридический факт) и правоотношение ею устанавливаемое - есть явления, которые во всех случаях следует неукоснительно различать, восходит к германской пандектистике. Известно, что необходимость разграничения понятий сделки, с одной стороны, и правоотношения, с другой, в германском праве обусловлена жестким и последовательным разграничением вещных и обязательственных отношений. Такое разграничение приводит к ситуации, когда в рамках одной сделки (*lato sensu*) заключается несколько договоров, один из которых (обязательственный) направлен на установление обязательства о передаче вещи, а другие (распорядительные) связанные с передачей вещей и, соответственно, денег в собственность. Разграничение же обязательственного и вещного начала вызвано необходимостью защиты добросовестного приобретателя в случае признания основной («обязательственной») сделки недействительной.

Заметим, что институциональная система в принципе не знает проблемы соотношения договора и правоотношения, поскольку договор и договорное обязательство здесь рассматривается как нечто единое; титул III ФГК так

¹ Примечательна в этой связи точка зрения, высказанная Р.О. Халфиной, что в понятие «договор» помимо согласования воли двух или нескольких лиц должны быть включены их взаимные права и обязанности. (См.: Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М., 1950. С.50).

²См. напр.: Белов В.А. К вопросу о соотношении понятий обязательства и договора // Вестник гражданского права. 2008. №1.

и называется «О договорах или договорных обязательствах в общем». Кроме того, институциональная система не знает проблем с вещно-правовыми эффектами договоров, устанавливая так называемую «консенсуальную» модель перехода права собственности¹.

Принципиальное разграничение вещных и обязательственных прав, заметим, в полной мере свойственно лишь германскому праву и доводится в нем до своего логического предела: «обязательственный» договор порождает право требования (притязание), «вещный» - создает вещное право, *traditio* обеспечивает фактическую передачу владения вещью, что и определяет момент приобретения права собственности. Принцип абстрактности означает, что обязательственный договор и распорядительная сделка (вещный договор) отделены друг от друга так, что их действительность проверяется с разных позиций: соответственно, действительность распорядительной сделки напрямую не связывается с действительностью обязательственного договора.

Очевидно, что «весьма искусственная конструкция вещного договора»² является не самым удачным правовым средством, обуславливающим переход вещных прав от одного лица к другому. Во-первых, система *traditio* в правовых порядках стран СНГ закреплена на диспозитивных началах, предполагающих возможность изменить момент перехода права собственности соглашением сторон (ч. (1) ст. 322 ГК РМ; п. 1 ст. 238 ГК РК³; п. 1 ст. 334 ГК Украины; п. 1 ст. 223 ГК РФ); во-вторых, «вещный» договор опосредует переход прав на движимую вещь, тогда как переход прав на недвижимые вещи определен моментом их государственной регистрации. В этой связи согласимся с мнением Е.А. Суханова, что попытки использовать конструкцию вещного договора основываются «на достаточно искусственном разрыве «обязательствен-

¹ Статья 1583 ФГК предусматривает, что в отношении сторон, договор купли-продажи является заключенным, а право собственности перешедшим, в силу закона, от продавца к покупателю с того момента, когда было достигнуто соглашение о покупаемой вещи и о цене, хотя бы вещь и не была еще предоставлена, а цена не была уплачена.

² Сарбаш С.В. Исполнение договорного обязательства. М., 2005. С. 79.

³ Цит. по: Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая и Особенная части). Алматы, 2005.

но-правового эффекта (исполнения договорного обязательства по отчуждению вещи) и «вещно-правового эффекта (перехода вещного права собственности)»¹.

Тем не менее, ограничивать договор конструкцией, связанной исключительно с обязательственными отношениями будет, неверно². В договоре могут непосредственно воплощаются вещные отношения в случаях конститутивного правопреемства³. Речь идет о правах на чужую вещь (*iura in re aliena*), точнее об ограниченных вещных правах. Несмотря на различное свое происхождение, основанием возникновения большинства ограниченных вещных прав чаще всего является договор.

Объектом договора об установлении ограниченных вещных прав являются недвижимые вещи либо права требования, связанные с ними⁴. Особенность таких договоров заключается в характере отношений, складывающихся между собственником и правообладателем; в них *essentialia negotii* «определяется непосредственно законом, а не договором»⁵. Если обязательственные отношения возникают, как правило, на основе свободы договора, то для вещных прав действует принцип «принудительности выбора типа договора»⁶. Тем не менее, можно выделить признак, сближающий их: договор, устанавливающий ограниченные вещные права, равно как и договор, в котором воплощаются обязательственные начала, порождают относительные правоотношения, в первом случае – вещные, во втором – обязательственные. Лишь в

¹ Суханов Е.А. Кодификация законодательства о вещном праве. (В кн.: Кодификация Российского частного права. Под ред. Д.А. Медведева. М., 2008. С. 86).

² Еще Ф.К. Савиньи отмечал: «Что касается гражданского права, то договор представляется определяющим началом во всех его отделах: в семейственных отношениях, в вещном праве и в обязательственном» (Савиньи Ф.К. Обязательственное право /Предисловие докт. юрид. наук, проф. В.Ф. Попондопуло. Перевод с немецкого В. Фукса и Н. Мандро. Спб., 2004. С.374).

³ Суть конститутивного правопреемства заключается в том, что лицо, передающее право, устанавливает для правопреемника другое право, которое ограничивает затем право лица передающего. (См.: Хвостов В.М. Система римского права. М.,1996. С. 140-141).

⁴ Например, суперфиций согласно ч. (1) ст. 443 ГК РМ может быть предметом договора имущественного найма.

⁵ Суханов Е.А. Ограниченные вещные права//Хозяйство и право, №1, 2005. С. 7.

⁶ Ян Шапп. Цит. соч. С. 93.

отношениях с третьими лицами установленные в пользу правообладателя вещные права могут быть признаны абсолютными.

В ряде случаев договор - юридическая конструкция - может включать как обязательственные, так и вещные отношения. Такая ситуация характерна, например, для договора имущественного найма, а также для тех договоров, которые основываются на модели имущественного найма, прежде всего для лизинга. Обязательственная составляющая конструкции таких договоров устанавливается волей сторон в пределах норм объективного права. В то же время данные договоры устанавливают для нанимателя (лизингополучателя) права, характерные именно для вещных отношений: право следования, абсолютный характер защиты владения и пользования. Едва ли в данном случае есть основания утверждать, что названные договоры воплощают «смешанные вещно-обязательственные отношения», скорее, следует признать, что в рамках одной юридической конструкции могут возникать как вещные, так и обязательственные отношения, к которым, разумеется, будут применимы соответствующие природе этих прав способы защиты.

Существуют договоры, которые направлены на регулирование отношений собственности иным, чем это свойственно для собственности как абсолютного права, образом. Так, основу договора простого товарищества составляют отношения совместной собственности, причем такие отношения можно признать вещными относительными правоотношениями; их особенностью является общность имущественных прав, возникающих у товарищей¹. Схожая ситуация, при которой между сторонами договора устанавливаются вещные относительные правоотношения, характерна и для соглашений между сосособственниками о порядке осуществления принадлежащих им правомочий.

Наконец, существует договор, который непосредственно устанавливает отношения собственности, как правило, не предусматривая при этом каких-

¹ См. подробнее: Сулейменов М.К. Субъективное гражданское право и средства его обеспечения в Республике Казахстан //Юрист, № 10 (52), 2005г. - http://www.zakon.kz/magazine/archive/2005_10_28.asp

либо обязательственных прав. Речь идет о дарении, строящемся по модели договора-обещания (promise). Так, согласно ч. (2) ст. 827 ГК РМ предоставление по договору дарения может состояться без согласия другой стороны. В таком случае лицо, осуществившее предоставление, может назначить разумный срок для заявления о принятии дара. По истечении этого срока дарение считается принятым. Данное правило распространяется на реальный договор дарения, объектом которого являются движимые вещи. В таком договоре право собственности у одаряемого возникает, минуя обязательственное отношение; установление обязательственного отношения между дарителем и одаряемым представляется излишним для целей этого договора.

Из вышеизложенного следует, что договор как юридическая конструкция в предмете гражданского права занимает особое место. Являясь средством воплощения субъективных прав и обязанностей, договор не позволяет исчерпать предмет гражданского права совокупностью норм объективного права. Сущность договора заключается в том, что он является особого рода юридической конструкцией, содержание которой образует системное единство элементов ее образующих.

Ж.В. Хацук

Проблемы повышения эффективности использования специальных знаний в гражданском судопроизводстве

Использование специальных знаний – одно из существенных средств, обеспечивающих выполнение требований ГПК, направленных на реализацию целей и задач гражданского судопроизводства.

Вместе с тем деятельность сведущих лиц (экспертов и специалистов) регламентирована законом. Поэтому имеются основания рассмотреть проблемы выявления, устранения и предупреждения нарушений действующего законодательства в связи с использованием (неправильным использованием или не использованием) специальных знаний сведущих лиц для самостоятельного рассмотрения.

Речь идет, в первую очередь, о возможных судебных ошибках и путях их устранения. Как заметил Г.А. Жилин, «судебная ошибка по гражданскому делу есть не что иное, как несовпадение результата процессуальной деятельности суда с целевыми установками судопроизводства...»¹.

Судебная ошибка – это погрешность в деятельности управомоченного субъекта (суда), нарушающая нормы процессуального и (или) материального права, не достигающая целей гражданского судопроизводства, в результате которой акт правосудия либо отдельное процессуальное действие становится неправомерным².

Опасность ошибок в судебной работе обусловлена как сложностями выяснения действительных взаимоотношений участвующих в деле лиц, так и сложностью правоприменения. Цена же судебной ошибки велика. Ошибочное решение означает, что правосудие не осуществлялось правомерно, либо вообще не осуществилось, что нарушенные или оспариваемые субъективные права и законные интересы граждан не защищены. Более того, в ряде случаев, «суд сам нарушает права заинтересованных лиц своим ошибочным решением»³ [3,С.303].

Поэтому одной из задач отраслевой науки и практики является разработка и внедрение в повседневную практику комплекса мероприятий, направленных на неукоснительное соблюдение требований процессуального закона, регламентирующих порядок использования специальных знаний, соблюдение прав и законных интересов участников процесса, определяющих, в конечном итоге, допустимость полученных доказательств, обоснованность судебного решения.

Здесь велика роль как специальных процессуальных средств, направленных на выявление и устранение ошибок (судебные инстанции: апелляционная; кассационная; надзорная), так и общих – осуществляемых судом первой инстанции (восполнение недочетов, пересмотр определений, пересмотр решений).

¹ Жилин Г.А. Целевые установки гражданского судопроизводства и проблема судебной ошибки // Государство и право. 2000. №3. С. 51.

² Тришина Е.Г. Проблема судебного контроля в гражданском судопроизводстве: Автореф. дис... канд. юрид. наук. Саратов, 2000. С. 11.

³ Видуэт М.А., Зайцев И.М. Гражданский процесс России: Учебник. М., 1999. С. 303.

Судебная система включает в себя два вида юрисдикционных органов. Одни рассматривают и разрешают дела по существу (в отдельных случаях исправляют собственные ошибки), а другие – осуществляют контроль за деятельностью нижестоящих судов. Для судов апелляционной, кассационной и надзорной инстанций – это основной вид работы.

Судебный надзор – это одна из функций вышестоящего суда, направленная на проверку законности судебных постановлений нижестоящих судов, а также исправление судебных ошибок.

При этом понятие «устранение судебных ошибок» шире понятия «судебный надзор», так как оно охватывает и деятельность суда первой инстанции. Возникает необходимость разрешения проблемы преюдиции.

К решению, как правоприменительному акту, закон предъявляет требования законности и обоснованности. Как правильно пишет И.Н. Балашова: «... нельзя исключать необоснованность из оснований к возбуждению надзорного производства и отмене судебного постановления в порядке надзора, так как данное понятие тесно взаимосвязано с законностью и является наравне с ней обязательным требованием, предъявляемым к судебному решению»¹.

Невыполнение данных требований, в том числе и при «неправильном» использовании специальных знаний, независимо от причины образует судебные ошибки.

Причины судебных ошибок различны.

И.М. Зайцев подразделяет причины судебных ошибок на три группы: недостаточная юридическая квалификация судьи (судей); недобросовестное отношение суда (судьи) к выполнению служебных обязанностей при разбирательстве конкретного дела; совершение ими неправомерных действий².

¹ Балашова И.Н. Проблемы пересмотра судебных постановлений в порядке надзора в гражданском судопроизводстве: Автореф. дис... канд. юрид. наук. Саратов, 2004.

² Зайцев И.М. Причины и условия совершения судебных ошибок и проблемы их предупреждения // Реализация процессуальных норм органами гражданской юрисдикции. Свердловск, 1988. С. 69-71.

Т.А. Жилин, соглашаясь с отнесением судебной ошибки к виновному противоправному поведению, отмечает, что выделение третьей группы противоречит позиции автора о противоправности всех судебных ошибок¹.

Злоупотребления в сфере правосудия, по мнению автора, вряд ли можно назвать судебной ошибкой.

Ученый предлагает выделять следующие основные причины судебных ошибок: пробелы в профессиональной подготовке и недостаточный опыт работы судьи; недостатки в сфере индивидуальных психологических свойств личности судьи; небрежность и упущения в работе².

Названные причины взаимосвязаны. Например, истоки пробелов в профессиональной подготовке, небрежность в работе кроются в индивидуальных особенностях личности судьи. В то же время индивидуальные особенности личности не позволяют постоянно повышать профессиональные знания, развивать практические навыки. Накопленный опыт также может приводить к судебным ошибкам. У некоторых судей формируется стереотипное мышление, являющееся барьером к получению нового знания и адекватному восприятию информации. Однако все они имеют и отличительные черты, поэтому их выделение представляется обоснованным, так как позволяет принимать меры по их предупреждению и своевременному выявлению. Если на небрежность судьи повлиять крайне сложно, то пробелы в профессиональной подготовке и недостаточный опыт работы судьи могут быть отчасти компенсированы путем организации целенаправленного взаимодействия со сведущими лицами. Недостатки в сфере индивидуальных психологических свойств личности судьи могут быть нивелированы путем проведения психологических тренингов судейского корпуса и другими методами, осуществляемыми за рамками собственно судопроизводства.

На основе обобщения и анализа судебной практики представляется возможным выделить типичные судебные ошибки, влекущие за собой отмену решений суда первой инстанции: игнорирование ходатайств сторон (их представите-

¹ Жилин Г.А. Целевые установки гражданского судопроизводства и проблема судебной ошибки // Государство и право. 2000. №3. С. 52.

² Там же.

лей) о производстве дополнительной или повторной экспертизы, участии специалиста, допросе эксперта или специалиста; вынесение решения в условиях дефицита или противоречивости доказательственной информации; не привлечение сведущих лиц в случаях, когда по обстоятельствам дела требуются специальные знания в науке, искусстве, технике или ремесле; нарушение материальных и процессуальных прав участников судебного разбирательства и иных лиц, участвующих в деле.

Рассмотрим следующий пример.

Гражданин Н. продал принадлежащую ему однокомнатную квартиру в г. Гродно гражданке З. Прокурор Октябрьского района г. Гродно обратился в суд с заявлением в интересах Н., в котором просил признать договор купли-продажи квартиры недействительным, ссылаясь на то, что гражданин Н. страдает психическим заболеванием (состоит на учете в психоневрологическом диспансере) и при заключении договора купли-продажи не мог оценивать совершаемые им действия.

Решением Октябрьского районного суда г. Гродно требования прокурора удовлетворены.

Удовлетворяя требования прокурора о признании недействительным договора купли-продажи квартиры, суд указал, что гражданин Н. не мог, понимать характер и значение совершенной сделки ввиду нарушения критических способностей, сославшись на акт судебно-психиатрической экспертизы. Однако из данного заключения усматривается, что у Н. имеется хроническое психическое заболевание, но для решения вопроса о способности его во время удостоверения договора купли-продажи квартиры понимать значение своих действий или руководить ими необходимо производство стационарной судебно-психиатрической экспертизы.

Стационарную судебно-психиатрическую экспертизу суд не назначил. Сведений об отказе Н. от прохождения стационарной судебно-психиатрической экспертизы в деле нет. Дело разрешено по существу на основе иных доказательств по делу (свидетельские показания; письменные до-

казательства – справка о нахождении на учете в психоневрологическом диспансере; заключение экспертизы в части наличия у Н. хронического психического заболевания)¹.

Суд не вправе был строить решение только на предположении о том, что гражданин Н. не мог понимать значение своих действий и руководить ими в силу психического заболевания. Наличие у лица психического заболевания – это только повод для производства соответствующей экспертизы. У психически больных могут долгие годы быть сохранены интеллектуальная и волевая сферы, что не позволяет делать вывод об их недееспособности. Поэтому, хотя дееспособность и недееспособность являются юридическими понятиями, «... установление психического состояния, допускающего либо исключаящего способность гражданина выполнять предъявляемые к нему законом требования, является прерогативой только судебно-психиатрической экспертизы»².

Более того, если факт недееспособности лица не представилось возможным установить, в том числе и экспертным путем, следует исходить, как отмечалось, из презумпции дееспособности гражданина³.

Можно также отметить ряд ошибок, которых можно было бы избежать при рациональной организации труда и правильной тактике судебных действий: неэффективное использование специальных знаний сведущих лиц (ошибки при назначении экспертизы в классе, роде, видах экспертных исследований; неправильная постановка задания эксперту; производство амбулаторной экспертизы в ситуации, когда требуется стационарная экспертиза); производство допросов экспертов в судебном заседании с использованием элементов «психологического давления» со стороны суда или одной из сторон; небрежное ведение протокола судебного заседания (применение речевых оборотов и терминов,

¹ Дело 21-7012/2006 г. // Архив Октябрьского районного суда г. Гродно.

² Волков В.Н. Судебная психиатрия: Курс лекций. М., 1998. С. 56.

³ Мохов А.А. Презумпция дееспособности лица, достигшего установленного законом возраста и ее применение в судебной практике // Арбитражный и гражданский процесс. 2004. № 12. С. 6-10.

которые не могли быть использованы стороной, экспертом, иными участниками; отсутствие необходимых подписей, фамилий, дат и проч.).

Надлежащая юридическая квалификация рассматриваемых правоотношений неразрывно связана с правильным установлением их фактического состава, которое возможно лишь в условиях соблюдения процедуры, установленной в нормах гражданского процессуального права, и эффективным применением отдельных процессуальных норм и институтов.

Большое значение приобретает создание обстановки бесконфликтного и конструктивного взаимодействия суда и других субъектов процесса для выяснения фактических обстоятельств дела. Действующее законодательство уже сегодня предусматривает ряд положений, направленных на выполнение этой задачи. В дальнейшем это направление необходимо развивать в рамках науки гражданского процессуального права. Здесь еще раз отметим необходимость законодательной регламентации правил доказывания, надлежащего криминалистического, тактического обеспечения процесса доказывания.

Как отмечает Т.В. Жукова, «... знания, полученные в результате криминалистического поиска и исследования источников в гражданском процессе ... обеспечивают получение доказательственной информации и служат одним из оснований вынесения судебного решения»¹.

Проверка правильности актов правосудия, когда использовались специальные знания, включает в себя: разъяснены ли сторонам их процессуальные права и обязанности в связи с ходатайством об использовании специальных знаний (экспертиза, участие специалиста), а также в случае назначения экспертизы судом; реализовано ли право сторон сформулировать круг вопросов, подлежащих разрешению путем применения специальных знаний; реализовано ли право сторон предлагать кандидатуру сведущего лица (лиц); реализовано ли право на отказ от экспертизы, от прохождения экспертизы, с разъяснением последствий такого отказа, если таковые допустимы; реализо-

¹ Жукова Т.В. О применении криминалистического исследования документов в гражданском и арбитражном процессах. М., 2000. С. 26.

вано ли право сторон на ознакомление с результатами проведенного исследования (экспертизы); реализовано ли право сторон на формулирование дополнительных вопросов, уяснение сущности ответов на поставленные вопросы; реализовано ли право сторон на полное, всестороннее исследование доказательств, в том числе с применением специальных знаний?

Недоработки в доказывании могут повлечь отмену решений и определений, не вступивших в законную силу.

В качестве оснований к отмене судебного акта в кассационном порядке выступают: неправильное определение юридически значимых обстоятельств; недоказанность обстоятельств, имеющих значение для дела, которые суд считает установленными; несоответствие выводов суда, изложенных в решении, обстоятельствам дела.

Суд кассационной инстанции может, как исследовать новые доказательства и вынести решение по существу, так и направить дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции.

Фактически, в современных условиях суд кассационной инстанции, в основном, проводит контрольную оценку исследованных судом первой инстанции доказательств и установленных им фактов и выносит свое властное суждение по вопросу о законности и обоснованности обжалованного судебного решения.

В порядке надзора к основаниям отмены судебных актов относят: неправильное применение или толкование норм материального права; существенное нарушение норм процессуального права, повлекшее вынесение незаконного решения, определения, постановления суда.

Естественно, что исход дела во многом зависит от следующих взаимосвязанных факторов: общей эрудиции и грамотности изложения заявленных требований; формы изложения; степени вовлеченности и эффективности использования при подготовке заключения специальных знаний. Существенную роль в этих условиях могут оказать органы прокуратуры имеющимися в

их арсенале средствами и способами с целью обеспечения законности на различных стадиях гражданского судопроизводства.

Таким образом, соблюдение правил доказывания и правил использования специальных знаний различными участниками процесса не теряет своей актуальности на всех стадиях гражданского судопроизводства.

Учитывая проблемы, возникшие последнее время в Республике Беларусь и связанные с продолжительностью производства экспертиз, Лукашенко А.Г. особое внимание уделил этому вопросу при анализе работы судов, отмечая, что «Необходимо, наконец, организовать четкое взаимодействие различных судебно-экспертных учреждений. Повысить эффективность их работы. Решить проблему своевременности и оперативности производства судебных экспертиз.»¹.

А.Р. Шаяхметова

Основания освобождения от ответственности исполнителя медицинских услуг

В соответствии с п. 1 ст. 401 ГК РФ, лицо, не исполнившее обязательства либо исполнившее его ненадлежащим образом, несет ответственность при наличии вины (умысла или неосторожности), кроме случаев, когда законом или договором предусмотрены иные основания ответственности.

В качестве ненадлежащего исполнения обязательства можно квалифицировать ситуации, когда должник исполнил свое обязательство в полном объеме, но ненадлежащим образом. Факт неисполнения обязательства, безусловно, имеет место, когда должник к сроку, когда обязательство должно быть исполнено, не приступил к его исполнению².

Однако в связи с тем, что медицинская деятельность носит профессиональный характер и является деятельностью предпринимательской необходимо обратить внимание на п. 3 ст. 401 ГК РФ, т.е. если иное не предусмот-

¹ Лукашенко А.Г. Работа судов // Судебный вестник. 2008. №2 . С.5.

² Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 2-е изд. М.: Статут, 2005. С. 618.

рено законом или договором, лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств.

Под непреодолимой силой в теории гражданского права понимаются чрезвычайные, непредотвратимые при данных условиях обстоятельства, имеющие внешний характер по отношению к деятельности должника, возникшие после заключения договора и влекущие за собой нарушение договорного обязательства¹.

Непреодолимая сила характеризуется такими свойствами, как чрезвычайность и непредотвратимость.

Главную роль в возникновении такого конкретного «стечения обстоятельств» играет не сама по себе деятельность правонарушителя и не само по себе субъективное его состояние, а влияние на его деятельность внешнего обстоятельства, причинно с ней не связанного².

Закон не относит к числу таких обстоятельств - нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров и отсутствие у должника необходимых денежных средств.

Однако в силу диспозитивности данной нормы можно говорить, что такие случаи могут быть закреплены сторонами в договоре, кроме случаев устранения или ограничения ответственности за умышленное нарушение обязательства.

В.В. Витрянский отмечает, что хотя норма п. 3 ст. 401 ГК РФ является диспозитивной, безусловным препятствием для включения в договор условия об освобождении должника от ответственности за неисполнение или ненад-

¹ Коршунова Н.П. Обстоятельства, освобождающие от ответственности за нарушение договора: Автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. М., 2007. С. 11.

² Товмасын А.Р. Обязательства по возмещению вреда, причиненного недостатками товара: Автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. М., 1999. С.23.

лежащее исполнение обязательств служит императивная норма п. 1 ст. 393 ГК РФ об обязанности должника возместить кредитору убытки, причиненные нарушением обязательства, а также положение п. 2 ст. 9 ГК РФ¹.

Какие же обстоятельства могут служить основанием для освобождения исполнителя от ответственности.

Как полагает В.В. Витрянский «поскольку по общему правилу должник, не исполнивший обязательства либо исполнивший его ненадлежащим образом, несет ответственность при наличии вины (умысла или неосторожности), отсутствие вины является обстоятельством, освобождающим должника от ответственности за нарушение обязательства².

В свою очередь Е.Л. Невзгодина считает, что основаниями освобождения от ответственности здесь могут быть лишь уже указанная в ГК непреодолимая сила и правомерный риск (и это следует специально указать в законе). Доказывать же только отсутствие вины юридически бессмысленно³.

Действительно, применительно к ответственности при оказании медицинских услуг уместно говорить не об отсутствии вины, а о правомерности или неправомерности риска. Т.к. при любом медицинском вмешательстве исполнитель осознанно идет на риск, выбирая способы и методы лечения.

Риск признается обоснованным, когда теоретические данные медицинской науки обосновывают эту возможность, реальная ситуация (материально-техническое обеспечение, высокий профессиональный уровень исполнителя) создает предпосылки для использования таких методов, а поставленная цель не могла быть достигнута иными действиям врача, не связанными с риском⁴.

¹ Шелютто М.Л. Предпринимательские договоры (Обзор ежегодных научных чтений памяти профессора С.Н. Братуся) // Журнал российского права. 2008. № 1. С. 23.

² Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 2-е изд. М.: Статут, 2005. – С. 759.

³ Невзгодина Е.Л. Проблемы ответственности исполнителя при оказании платных медицинских услуг. Актуальные проблемы гражданского права и процесса: Сборник материалов Международной научно-практической конференции. Вып. 1 / Отв. ред. Д.Х. Валеев, М.Ю. Чельшев. М.: Статут, 2006. С. 154.

⁴ Сергеев Ю.Д., И.Г. Ломакина, Л.В. Канунникова. Проблемы гражданско-правовой ответственности при оказании медицинской помощи // Российский судья. 2005. № 9. С. 13.

В своей работе А.В. Серова относит медицинский риск к виду профессионального риска и предлагает закрепить в Основах законодательства об охране здоровья граждан определение медицинского риска. Категория профессионального риска медицинских работников должна рассматриваться в рамках обоснованного риска, так как является разновидностью последнего¹.

Правовым основанием для обоснованного риска являются угрожающая опасность правоохраняемым благам или возможность достижения социально значимого эффекта, фактическим основанием – возможность выбора между традиционными (нерискованными) и рискованными средствами².

Хотелось бы выразить некоторые сомнения в части фактического основания, т.к. у исполнителя медицинской услуги не всегда возникает право на выбор рискованного либо нерискованного средства. Возможно, что характер заболевания пациента не позволяет использовать для оказания услуги менее щадящие способы, соответственно исполнитель на свой страх и риск выбирает оптимальный вариант, хотя он и сопряжен с риском.

Поэтому при определении обоснованного риска необходимо исходить не только от выбора исполнителя, но и индивидуальных особенностей самого пациента с учетом добровольного информированного согласия.

Правомерно суждение К. Лиховидова, о том, что применяемое в гражданском праве понятие риска в определенных случаях является условием дифференциации объема гражданско-правовой ответственности³.

Пределы правомерного причинения вреда здоровью в рамках договора на оказание медицинских услуг обусловлены целью медицинской услуги, качеством и безопасностью ее реализации, а также согласием на нее пациента⁴.

¹См.: Серова А.В. Профессиональный риск медицинских работников как вид обоснованного риска. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1999. С. 20.

² Серова А.В. Указ. соч. С. 7.

³ Лиховидов К. Риск как условие дифференциации объема и мер юридической ответственности // Законность. 2001. № 12. С. 34.

⁴ Егоров К.В. Правомерное и неправомерное причинение вреда в сфере медицинской деятельности: гражданско-правовой аспект. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Казань, 2006. С. 8.

Что касается возмещения вреда, причиненного обоснованным риском, то мы придерживаемся мнения В.В. Кваниной о том, что бремя несения неблагоприятных имущественных последствий риска должно взять на себя государство, создав в этих целях специальные фонды, а медицинские учреждения должны быть освобождены от ответственности¹.

Целесообразно, в силу специфики медицинской деятельности введение специального медицинского законодательства, в котором следует не сводить к минимуму или иным образом ограничивать ответственность медиков, а закрепить дополнительные основания освобождения от ответственности исполнителя медицинских услуг. Одновременно с этим необходимо определить последствия причинения такого вреда для пациента и порядок восстановления его здоровья, устранения иных негативных для него последствий медицинского воздействия².

Ю.А. Звездина в своей работе к обстоятельствам, исключающим ответственность медицинских работников, относит: врачебную ошибку и противоправное поведение пациента³.

Однако по нашему мнению противоправное поведение пациента может служить основанием для снижения размера возмещения. Что касается врачебной ошибки, то трактовать ее однозначно как основание освобождения от ответственности в силу существования различных точек зрения представляется не совсем верным. Так как определить правомерность либо неправомерность врачебной ошибки зачастую очень сложно.

Таким образом, считаем, что основаниями освобождения от ответственности могут быть указанная в ГК РФ непреодолимая сила и правомерный риск.

¹ Кванина В.В. Договор на оказание возмездных медицинских услуг. Учебное пособие. – Челябинск: Изд-во ЮУрГУ, 2002. С. 76.

² Сергеев Ю.Д., Ломакина И.Г., Канунникова Л.В. Проблемы гражданско-правовой ответственности при оказании медицинской помощи. С. 14.

³ Звездина Ю.А. Гражданско-правовая ответственность за причинение вреда при оказании медицинских услуг. Автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2001. С. 7-8.

**Новейшие тенденции защиты персональных
данных работника в российском трудовом праве**

Начало 21 века в нашей стране было ознаменовано дальнейшим совершенствованием и развитием трудового законодательства, новым этапом которого стало принятие и введение в действие с 1 февраля 2002 года Трудового кодекса Российской Федерации (ТК РФ), законодательно закрепившего права и обязанности работников и работодателей, существенно изменившего взаимоотношения между ними. Будучи основным кодифицированным источником трудового права, ТК РФ впервые в нашем законодательстве о труде установил новый правовой институт-институт защиты персональных данных работника.

Включение в ТК РФ главы 14 «Защита персональных данных работника» стало результатом как происшедших за последние годы перемен в жизни страны, так и признанием общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации, влиянием их на изменение и совершенствование методов правового регулирования труда, законодательное закрепление государственных гарантий трудовых прав и свобод работников.

В Российской Федерации только за последние два года принят ряд новых федеральных законов, постановлений и распоряжений правительства РФ, в которых установлены принципы работы с персональными данными, защиты информации, ее сбора, хранения, использования и распространения, лицензирования деятельности в этой области. Приняты следующие законодательные акты: Федеральный закон от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных», Федеральный закон от 27.07.2006 № 149 «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», а также постановление Правительства РФ от 15.08.2006 № 504 «О лицензировании деятельности по

разработке и (или) производству средства защиты конфиденциальной информации» и др.

Федеральным законом от 27.07.2006 № 152-ФЗ, целью которого является обеспечение защиты прав и свобод человека и гражданина при обработке его персональных данных, в том числе защиты прав на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, установлено, что законодательство Российской Федерации в области персональных данных основывается на Конституции РФ и международных договорах РФ и состоит из настоящего федерального закона и других определяющих случаи и особенности обработки персональных данных федеральных законов.

На основании и во исполнении федеральных законов государственные органы в пределах своих полномочий могут принимать нормативные правовые акты по отдельным вопросам, касающимся обработки персональных данных, которые не должны содержать положения, ограничивающие права субъектов персональных данных. Указанные нормативные правовые акты подлежат официальному опубликованию, за исключением нормативных правовых актов или отдельных их положений, содержащих сведения, доступ к которым ограничен федеральными законами.¹

Статья 90 ТК РФ в новой редакции Федерального закона от 30.06.2006 № 90-ФЗ гласит: «Лица, виновные в нарушении норм, регулирующих получение, обработку и защиту персональных данных работника, привлекаются к дисциплинарной и материальной ответственности в порядке, установленном настоящим Кодексом и иными федеральными законами, а также привлекаются к гражданско-правовой, административной и уголовной ответственности в порядке, установленном федеральными законами». В зависимости от того, насколько противоправные действия (поведение) работника представляют общественную опасность, определяется вид и мера ответственности.

¹ Иванов С.А. Российское трудовое право: история и современность // Государство и право. 2007.

За нарушение работником установленного порядка работы с конфиденциальными данными работодатель вправе применить к нему дисциплинарное взыскание (ст.192 ТК РФ), вплоть до увольнения. Статьей ТК РФ предусмотрено, что трудовой договор может быть расторгнут работодателем в случае однократного грубого нарушения работником трудовых обязанностей, выразившегося в разглашении государственной, коммерческой, служебной и иной охраняемой законом тайны, ставшей известной работнику в связи с исполнением им трудовых обязанностей (п. «в»).

Наряду с федеральными законами, регламентирующими дисциплинарную ответственность отдельных категорий работников (государственных служащих, прокурорских работников. Муниципальных служащих и др.), за нарушение правовых норм, которые регулируют обработку и защиту персональных данных работников, значительное внимание этим вопросам уделено в уставах и положениях о дисциплине. В соответствии с ними дисциплинарной ответственности подлежат работники, виновные в неисполнении или ненадлежащем исполнении трудовых обязанностей. В связи с этим субъектами дисциплинарной ответственности за нарушение норм, регулирующих обработку и защиту персональных данных, могут быть только работники, к трудовым обязанностям которых относятся применение, исполнение, использование и соблюдение указанных правовых норм.

В соответствии с введенными в действие с 1 июля 2002 года Кодексом РФ об административных правонарушениях (КоАП РФ) предусмотрены различные меры взыскания для лиц, нарушивших установленные правила работы с информацией. Так, в статье 13.11 КоАП законодательно закреплено, что «нарушение установленного законом порядка сбора, хранения, использования или распространения информации о гражданах (персональных данных)- влечет за собой предупреждение или наложение административного штрафа на граждан в размере от трех до пяти минимальных размеров оплаты труда; на должностных лиц- от пяти до 10 минимальных разме-

ров оплаты труда; на юридических лиц- от 50 до 100 минимальных размеров оплаты труда».

В другой статье КоАП (ст. 13.14) предусмотрено, что разглашение информации с ограниченным доступом лицом, получившим доступ к такой информации в связи с исполнением служебных или профессиональных обязанностей, влечет за собой наложение административного штрафа на граждан в размере от пяти до 10 минимальных размеров оплаты труда; на должностных лиц- от 40 до 50 минимальных размеров оплаты труда.

В случае нарушения установленного законодательством порядка защиты персональных данных работника предусмотрена также материальная ответственность.

Вопросы гражданско-правовой ответственности предусмотрены в Гражданском кодексе РФ. В соответствии с пунктом 2 статьи 139 «лица, незаконными методами получившие информацию, которая составляет служебную или коммерческую тайну, обязаны возместить причиненные убытки. Такая же обязанность возлагается на работников, разгласивших служебную или коммерческую тайну вопреки трудовому договору...»

Уголовная ответственность за незаконные действия. Нарушающие права личности в области защиты персональных данных, установлена в Уголовном кодексе РФ (УК РФ). Так, согласно статье 137 УК РФ «Нарушение неприкосновенности частной жизни», незаконное собирание или распространение сведений о частной жизни лица, составляющих его личную или семейную тайну, без его согласия либо распространение этих сведений в публичном выступлении, публично демонстрирующемся произведении или средствах массовой информации, если эти деяния совершены из корыстной или иной личной заинтересованности и причинили вред правам и законным интересам граждан,- наказываются штрафом в размере от 200 до 500 минимальных размеров оплаты труда или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от двух до пяти месяцев, либо обязательными работами на срок от 120 до 180 часов, либо исправительны-

ми работами на срок до года, либо арестом на срок до четырех месяцев (ч.1). Те же деяния, совершенные лицом с использованием своего служебного положения,- наказываются штрафом в размере от 500 до 800 минимальных размеров оплаты труда или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от пяти до восьми месяцев, либо лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок от двух до пяти лет, либо арестом на срок от четырех до шести месяцев (ч.2).

В статье 140 УК РФ установлено, что неправомерный отказ должностного лица в предоставлении собранных в установленном порядке документов и материалов, непосредственно затрагивающих права и свободы гражданина, либо предоставление гражданину неполной или заведомо ложной информации, если эти деяния причинили вред правам и законным интересам граждан,- наказываются штрафом в размере от 200 до 500 минимальных размеров оплаты труда или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от двух до пяти месяцев либо лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок от двух до пяти лет.

Глава 28 УК РФ «Преступления в сфере компьютерной информации» устанавливает уголовную ответственность:

-за неправомерный доступ к охраняемой законом компьютерной информации, то есть информации на машинном носителе, в электронно-вычислительной машине (ЭВМ), системе ЭВМ или их сети, если это деяние повлекло уничтожение, блокирование, модификацию либо копирование информации, нарушение работы ЭВМ, системы ЭВМ или их сети (ст. 272);

-за создание программ для ЭВМ или внесение изменений в существующие программы, заведомо приводящих к несанкционированному уничтожению, блокированию, модификации либо копированию информации, нарушению работы ЭВМ, системы ЭВМ или их сети, а равно использование

либо распространение таких программ или машинных носителей с такими программами (ст.273);

-за нарушение правил эксплуатации ЭВМ, системы ЭВМ или их сети лицом, имеющим доступ к ЭВМ, системе ЭВМ или их сети, повлекшее уничтожение, блокирование или модификацию охраняемой законом информации ЭВМ, если это деяние причинило существенный вред (ст. 274).

В соответствии со статьей 42 Федерального закона от 27.07.2004 №79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» гражданский служащий, виновный в нарушении норм, регулирующих получение, обработку и передачу персональных данных другого гражданского служащего, несет ответственность согласно этому и другим федеральным законам.

Положением о персональных данных государственного гражданского служащего Российской Федерации и ведение его личного дела, утвержденным указом президента РФ от 30.05.2005 № 609, подчеркивается, что гражданские служащие, уполномоченные на ведение и хранение личных дел гражданских служащих, могут привлекаться в соответствии с законодательством Российской Федерации к дисциплинарной и иной ответственности за разглашение конфиденциальных сведений, содержащихся в указанных личных делах, а также за иные нарушения установленного порядка ведения личных дел гражданских служащих.

Становление и развитие новой самостоятельной комплексной отрасли российского права- информационного права, появление первых исследований и учебников по данной дисциплине в 1997-2001 годах способствовали разработке теории и практики информационных правоотношений в области труда, благодаря чему стало возможным формирование принципов правовой защиты персональных данных, получивших законодательное закрепление в ТК РФ.

Критерии оценки наследственного имущества

15 июня 2005г. был принят закон «О признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации и внесении изменений в некоторые акты Российской Федерации в связи с отменой налога с имущества, переходящего в порядке наследования или дарения».¹

Данный закон распространяется только на тех лиц, чьи правоотношения возникли уже после 1 января 2006г., т.е. если наследство открылось или договор дарения заключен после этой даты.

Закон встречен с одобрением, как прогрессивный и цивилизованный, освобождающий от уплаты налога на наследование и дарение десятки миллионов наших граждан. И действительно, новый закон освобождает многих людей от бремени уплаты налога на наследование, получаемое ими от близких родственников, таких как супруги, родители и дети (в том числе усыновители и усыновленные), дедушки, бабушки и внуки, полнородными или неполнородными (имеющими общих мать или отца) братьями и сестрами. Законом также установлен перечень объектов, переходящих в порядке наследования или дарения, налог с которых отменен. Это недвижимое имущество, транспортные средства, акции и паи. Перечень является закрытым, расширительному толкованию не подлежит, в силу чего объекты, освобожденные от налогообложения будут определяться в рамках ст.130 КГ РФ.

Однако налог не единственный платеж при оформлении наследства. Чтобы нотариус выдал свидетельство о праве на наследство, необходимо уплатить госпошину.

31 декабря 2005г. вступил в действие еще один Федеральный закон Российской Федерации № 201-ФЗ «О внесении изменений в главу 25 части второй Налогового кодекса Российской Федерации и Федеральный закон «О

¹ См. Российская газета. 2005. 2 июля.

признании утратившими силу некоторых законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации»¹.

За выдачу свидетельства о праве на наследство пошлина взимается со стоимости всего имущества, переходящего в порядке наследования, на день открытия наследства. Временем открытия наследства признается день смерти наследодателя.

При определении размера пошлины за выдачу свидетельства о праве на наследство в соответствии с действующим законодательством, не принимаются в расчет и не включаются в стоимость переходящего по наследству имущества:

Жилые дома, а также земельный участок, на котором расположен жилой дом, квартиры, комнаты если наследники проживали совместно с наследодателем на день смерти наследодателя и продолжают проживать в этом доме, квартире после его смерти; имущество лиц, погибших в связи с выполнением ими государственных или общественных обязанностей либо с выполнением долга гражданина Российской Федерации по спасению человеческой жизни, охране государственной собственности и правопорядка, а также имущество лиц, подвергшихся политическим репрессиям.

В тех случаях, когда имеется несколько наследников (в том числе наследников по закону, по завещанию и имеющих право на обязательную долю в наследстве), пошлина исчисляется с доли наследства, причитающейся каждому наследнику. Если по заявлению наследников свидетельство о праве на наследство выдается на часть наследственного имущества, пошлина исчисляется со стоимости той части имущества, которая указывается в выдаваемом свидетельстве.

В свидетельствах о праве на наследство, выдаваемых нотариусом в соответствии с формами, утвержденными Приказом Министра юстиции РФ от 10.04.2002г. № 99 (с изменениями и дополнениями, согласно Приказа Мин-

¹ См.: Российская газета. 2005. 31 декабря.

юста РФ от 28.07.2003г. № 180)¹ в обязательном порядке должна быть указана стоимость наследственного имущества.

Определение стоимости наследственного имущества является обязательным и важным моментом; во-первых, наследственные отношения – это имущественные отношения, регулируемые нормами гражданского права и имеющие стоимостной характер; во-вторых, стоимость наследственного имущества потенциально имеет значение, как для самих наследников, так и для кредиторов наследодателя, а также для заинтересованных лиц, в том числе для государства.

Нотариусы, требуя справки о рыночной стоимости объекта ссылаются на закон «Об оценочной деятельности в Российской Федерации» и новый Жилищный кодекс, при этом отказываются совершать нотариальные действия без такой оценки. С чем это связано. Во-первых, существующее законодательство не имеет четких формулировок. Как видно, в самом законе (НК РФ), закреплены двойные стандарты, с одной стороны инвентаризационная (балансовая) стоимость, которая во много раз ниже рыночной, а с другой – рыночная. Порядок определения стоимости недвижимого имущества (за исключением земельных участков) для целей налогообложения, ни Кодексом, ни другими федеральными законами не установлен, для исчисления размера государственной пошлины за выдачу свидетельства о праве на наследство. Во-вторых, доходы нотариуса напрямую связаны со стоимостью имущества. В-третьих, чем выше указанная оценка, тем больше государственная пошлина, от которой, новый закон никого не освобождает.

Размер государственной пошлины за выдачу свидетельства о праве на наследство, а значит и валовый доход нотариуса, зависит от стоимости наследственного имущества.

Обратимся к ставкам государственной пошлины, взимаемой при оформлении наследства или дарения. Статья 333.24 НК РФ устанавливает размеры государственной пошлины за совершение нотариальных действий.

¹ См.: Российская газета. 2004 24 апреля.

По сравнению с ранее действовавшим Законом РФ «О государственной пошлине» размер данного сбора значительно понизился. Рассмотрим это на примере выдачи свидетельства о праве на наследство.

Размер тарифов на основании закона «О государственной пошлине» от 20.06.1991г. ¹(в ред. от 19.07.1997г. 3 105-ФЗ)²: наследникам первой очереди – 1% от стоимости наследуемого имущества; другим наследникам – 2% от стоимости наследуемого имущества. Размер действующих тарифов на основании Налогового Кодекса РФ, предусматривающего размеры государственной пошлины за совершение действий, требующих обязательной нотариальной формы: детям, в том числе усыновленным, супругу, родителям, полнородным братьям и сестрам наследодателя – 0,3% стоимости наследуемого имущества, но не более

100 000руб.; другим наследникам – 0,6% стоимости наследуемого имущества, но не более 1 000 000руб.

Как видим, размер сбора понизился с 1% до 0,3% и с 2% до 0,6% соответственно, и появился верхний предел взыскиваемого сбора.

Что касается налога, то лица, не являющиеся близкими родственниками или в отношении имущества, не вошедшего в перечень, налог будет составлять 13%. Государственная пошлина при регистрации договора дарения составит 500руб. Как видно из приведенных тарифов, дарение является более выгодным, нежели наследование, во всяком случае исходя из материальной выгоды.

Следует отметить, что на сегодняшний день отсутствует единообразие в вопросах правового регулирования оснований определения стоимости наследственного имущества, и, прежде всего, недвижимого имущества.

В период действия Закона РСФСРФ «О государственной пошлине» от 09.12.1991г.,³ стоимость жилого дома, квартиры, дачи, гаража и иных строе-

¹ См.: Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации 1991. № 11. Ст.521.

² См.: Российская газета. 1997. 26 июля.

³ См.: Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации 1991. № 11. Ст.521.

ний, помещений, сооружений определялась органами технической инвентаризации (БТИ), а в местностях, где техническая инвентаризация не проведена – органами местного самоуправления или страховыми организациями (п.4 ст.4).

С 01.01.2005г. вступила в силу глава 25.3 «Государственная пошлина» Налогового Кодекса РФ». В соответствии с п.8 ст.333.25 НК РФ, стоимость недвижимого имущества (за исключением) земельных участков) определяется как органами, имеющими лицензию на оценку недвижимости, так и органами по учету объектов недвижимости по месту их нахождения (БТИ); стоимость земельных участков – как организациями, имеющими лицензию на оценку земельных участков, так и местными органами власти; стоимость транспортных средств, как организациями имеющими лицензию на оценку транспортных средств, так и судебно-экспертными учреждениями органа юстиции.

На основании п.6 ст.333.25 НК РФ оценка стоимости наследуемого имущества производится исходя из стоимости наследуемого имущества на день открытия наследства.

Таким образом, ни в Законе РСФСР от 09.12.1991г. № 2005-1

«О государственной пошлине»¹, ни в Налоговом Кодексе РФ, методика определения стоимости и вид применяемой оценки недвижимого имущества указаны не были. Все это привело к различному толкованию законодательства в подходе к определению базовой оценки при исчислении нотариального тарифа за выдачу свидетельства о праве на наследство.

Полагается, что плательщик государственной пошлины с учетом местных особенностей для исчисления размера государственной пошлины вправе воспользоваться на выбор как рыночной стоимостью, определяемой организациями, получившими в установленном порядке лицензию на осуществление оценочной деятельности (независимыми оценщиками), так и инвентари-

¹ См.: Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации 1991. №11. Ст.521.

зационной стоимостью, определяемой организациями по учету объектов недвижимого имущества.

По мнению Федеральной нотариальной палаты, цена наследственного имущества должна определяться исходя из его рыночной стоимости, и БТИ и иные организации, имеющие лицензию на оценочную деятельность, должны производить оценку объектов недвижимости по единой методике, т.е. по рыночной стоимости, т.к. вполне естественно, что одни и те же объекты не могут оцениваться по разному, в зависимости от того, какая организация проводит оценку.

Данная позиция обосновывается прежде всего тем, что основание применения оценки объектов по их рыночной стоимости содержится в абзаце первом ст.7 Федерального закона РФ «Об оценочной деятельности» от 29.07.1998г. № 135-ФЗ,¹ устанавливающим, что «в случае, если в нормативном правовом акте, содержащем требование обязательного проведения оценки какого-либо объекта оценки, либо в договоре оценке объекта оценки (далее – договор) не определен конкретный вид стоимости объекта оценки, установлению подлежит рыночная стоимость данного объекта».

Согласно абзацу второму указанной статьи, данное правило подлежит применению и в случае использования в нормативном правовом акте не предусмотренных Федеральным законом «Об оценочной деятельности в РФ» или стандартами оценки терминов, определяющих вид стоимости объекта оценки, в том числе терминов «действительная стоимость», «разумная стоимость», «реальная стоимость» и других.

Закон в полном объеме распространяется не только на организации, получившие в установленном порядке лицензии на осуществление оценочной деятельности (независимые оценщики), но и на органы БТИ, поскольку они как государственные унитарные предприятия также имеют лицензию на оценочную деятельность.

¹ См.: Российская газета. 1998. 6 августа.

Документом, в котором отражается итоговая величина стоимости имущества, является отчет об оценке объекта оценки. Именно этот документ является основанием для исчисления размера нотариального тарифа за совершение нотариальных действий. В ст.12 Федерального закона от 29.07.1998г. № 135-ФЗ указано, что «итоговая величина стоимости объекта оценки признается достоверной только в случае, если она указана в отчете, составленном оценщиком по основаниям и в порядке, установленном этим Федеральным законом».

Данное положение нашло свое отражение и в информационном письме Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30.05.2005г. № 92,¹ где сказано, что «В силу ст.12 Закона об оценочной деятельности отчет независимого оценщика, составленный по основаниям и в порядке, которые предусмотрены названным законом, признаются документом, содержащие сведения доказательственного значения, а итоговая величина рыночной или иной стоимости объекта оценки, указанная в таком отчете, - достоверной и рекомендуемой для целей совершения сделки с объектом оценки».

В качестве обязательных требований, предъявляемых к отчету об оценке объекта оценки, ст.11 указанного закона, называет необходимость указания в отчете определенных сведений: нумерацию отчета постранично, прошивание отчета и скрепление его печатью и подписью оценщика. Никакой иной, упрощенной формы отчета оценщика об оценке объекта оценки Федеральный закон не предусматривает. Также не установлена упрощенная форма отчета об оценке объекта оценки и Стандартом оценки, обязательным к применению субъектами оценочной деятельности, утвержденными Постановлением Правительства Российской Федерации от 06.07.2001г. № 519². Для проведения оценки отдельных видов объектов оценки законодательством Российской Федерации могут быть определены специальные формы отчетов. Однако на настоящий момент таких форм нет.

¹ См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2005. № 7.

² См.: Российская газета. 2001. 24 июля.

Сведения об авторах

ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВАЯ СЕКЦИЯ

Абдакимова М.Ю. старший преподаватель Карагандинского государственного университета им. Е.А. Букетова (Казахстан)

Алексеева К.О. студентка юридического факультета Курского государственного технического университета

Аникин С.Б. доцент кафедры административного и муниципального права ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», к.ю.н.

Бадин А.В. консультант информационно-аналитического отдела Аппарата уполномоченного по правам человека в Самарской области

Бекишева С.Р. доцент кафедры теории государства и права Дагестанского государственного университета, к.ю.н., доцент

Богатырева И.Н. нотариус г. Самары

Богдановская В.А. старший преподаватель кафедры конституционного и международного права Казанского государственного технического университета им А.Н. Туполева, к.ю.н.

Бурдина Е.В. доцент кафедры гражданского права и процесса Мордовского государственного университета им Н.П. Огарева, к.ю.н., доцент

Воронцова Е.В. ст. преподаватель Курского государственного технического университета

Гироль С.В. старший преподаватель кафедры учета, анализа и аудита Европейского университета г. Киев (Украина)

Горлова С.В. преподаватель кафедры «Права» Челябинского филиала Московского педагогического государственного университета, к.ю.н.

Каргаполов В.Е. заместитель директора по учебно-производственной работе Ханты-Мансийского педагогического колледжа, к.п.н.

Козявин А.А. доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики ГОУ ВПО «Курский государственный технический университет», к.ю.н.

Кудрявцев В.Л. зав. каф. «Права» ЧФ МПГУ, канд. юрид. наук, доц.

Мазейна Ю.В. ассистент кафедры экономики и права Шадринского государственного педагогического университета, Аспирант кафедры теории государства и права и конституционного права Челябинского государственного университета

Матненко А.С. доцент кафедры государственного и муниципального права Омского государственного университета им. Ф.М. Достоевского, к.ю.н.

Мельничук В.М. студентка юридического факультета Курского государственного технического университета

Мещерякова Т.Р. старший преподаватель кафедры права Магнитогорского государственного технического университета им. Г.И. Носова

Пеленицына М.В. доцент Волгоградского государственного университета, к.ю.н.

Петров А.Ю. доцент кафедры конституционного и административного права ЮУрГУ, к.ю.н.

Поздняков М.Л. помощник судьи в Красноярском краевом суде

Попова И.И. преподаватель Челябинского юридического колледжа

Правдюк А.Л. ассистент кафедры правоведения Винницкий государственный аграрный университет (Украина)

Радченко О.Д. старший научный сотрудник отдела финансово-кредитной и налоговой политики Национальный научный центр «Институт аграрной экономики» УААН, к.э.н. (Украина)

Редкоус В.М. доцент кафедры конституционного и международного права Международная Академия бизнеса и управления (г. Москва), к.ю.н., доцент

Семенова Е.В. соискатель кафедры конституционного права и теории государства и права юридического факультета ЧелГУ, старший преподаватель кафедры правовых дисциплин Шадринского государственного педагогического института

Спицина В.А. преподаватель Карагандинского государственного университета (Казахстан)

Султанов А.Р. начальник юридического управления ОАО «Нижекамскнефтехим», судья третейского энергетического суда, член Ассоциации по улучшению жизни и образования

Титова Н.В. заместитель начальника следственного отдела Кировского РО ДГУ УМВД Украины в Донецкой области (Украина)

Филатова А.В. руководитель центра независимой правовой экспертизы, доцент кафедры административного права и государственного строительства Поволжской академии государственной службы им. П.А. Столыпина, к.ю.н., доцент

Черкасов К.В. заведующий кафедрой государственно-правовых дисциплин Поволжского филиала Российской правовой академии Министерства юстиции РФ, к.ю.н., доцент

Шолойко А.С. аспирант ННЦ «Институт аграрной экономики» УААН (Украина)

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВАЯ СЕКЦИЯ

Богустов А.А. старший преподаватель кафедры гражданского и международного права «БИП — институт правоведения» (Беларусь)

Воронцова И.В. доцент Саратовской государственной академии права к.ю.н., доцент

Гаврилов Е.В. стажер Арбитражного суда Красноярского края

Дорохина Е.Г. ведущий научный сотрудник Института перспективных научных исследований при ООН РАН, к.ю.н.

Иванова Л.А. зав. кафедрой права Магнитогорского государственного технического университета им. Г.И. Носова, к.ю.н., доцент

Исупова И.Р. преподаватель Челябинского юридического колледжа

Колесников А.Л. директор по информации, аналитике и PR ООО РИА «АИСТ», член союза журналистов РФ, преподаватель кафедры менеджмента и маркетинга МОУ ВПО «ЮУПИ», г. Челябинск

Колесникова Л.Г. зав. каф.«менеджмента и маркетинга» МОУ ВПО «ЮУ-ПИ», г.Челябинск

Макарова Ю.Н. старший преподаватель кафедры юридических дисциплин Альметьевского филиала Академии управления «ТИСБИ», аспирант Академии управления «ТИСБИ»

Малюшин К.А. преподаватель кафедры гражданского процесса УрГЮА, аспирант кафедры гражданского процесса УрГЮА

Михайленко Ю.А. зав. кафедрой правоведения Алтайского государственного университета, к.ю.н., доцент

Можарова Н.А. ассистент кафедры права Магнитогорского государственного технического университета им. Г.И. Носова

Панков К.Ю. юрисконсульт ООО «Санрайз Раша»

Подкатилина М.Л. студентка Московской государственной юридической академии

Подшивалов Т.П. аспирант кафедры гражданского права и процесса, юрисконсульт ООО «КОМТЕХ-Челябинск»

Рашидова А.И. старший преподаватель кафедры гражданского права РГПУ им. А.И. Герцена

Рубанова Н.А. старший преподаватель кафедры права Магнитогорского государственного технического университета им. Г.И. Носова

Сахарова И.В. старший преподаватель кафедры теории государства и права Южно-Российского государственного университета экономики и сервиса, г. Шахты

Семёнов А.В. председатель комитета государственного заказа Тульской области, к.ю.н.

Серёгина Т.А. студентка Тульского филиала Московского университета МВД России

Субботина Е.В. доцент Магнитогорского государственного технического университета им. Г.И. Носова

Сушкова О.В. старший преподаватель кафедры предпринимательского, гражданского и арбитражного процесса Российской правовой академии Министерства юстиции РФ

Суюндукова А.Ю. ассистент Сибайского института (филиала) Башкирского государственного университета

Фарафонов А.И. юрисконсульт Дзержинского ПСФ ОАО «СПК Мосэнерго-строй»

Филиппенко А.В. старший преподаватель кафедры права Магнитогорского государственного технического университета им. Г.И. Носова

Филиппова С.Ю. доцент кафедры гражданского права Российской Академии правосудия, к.ю.н.

Халабуденко О.А. доцент кафедры частного права Международного независимого университета Молдовы, доктор права, доцент (Молдова)

Хацук Ж.В. зав. кафедрой гражданского и международного права «БИП-Институт правоведения», к.ю.н., доцент (Беларусь)

Шаяхметова А.Р. ассистент кафедры гражданского права Института права Башкирского государственного университета

Яковлева О.В. преподаватель Челябинского юридического колледжа

Ященко В.А. старший преподаватель ЧФ МПГУ в г. Челябинске

Содержание

ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВАЯ СЕКЦИЯ

Абдакимова М.Ю. Особенности международных соглашений Республики Казахстан с международными организациями	3
Аникин С.Б. Совместное ведение Российской Федерации и её субъектов в системе государственного управления	10
Бадин А.В. Соотношение понятий «административная юстиция» и «административный процесс»	19
Бекишева С.Р. Обеспечение прав и свобод личности как показатель эффективности правовой системы (на материалах Республики Дагестан)	25
Богатырева И.Н. Понятие и правовое значение современного российского нотариата	29
Богдановская В.А. Правоприменение в России: обзор проблем и пути преодоления	34
Бурдина Е.В. Задачи совершенствования судебной системы на современном этапе	44
Воронцова Е.В. Актуальные проблемы национальной безопасности в России	52
Гироль С.В. Нормативное регулирование учётной политики	60
Горлова С.В. Суды специальной юрисдикции в России и за рубежом.....	64
Каргаполов В.Е. Пути совершенствования законодательного процесса в РФ	72
Козявин А.А. , Алексеева К.О., Мельничук В.М. Место и функции прокуратуры в современном российском государстве.....	79
Кудрявцев В.Л. Некоторые проблемы становления концепции конституционно-правового института квалифицированной юридической помощи в Российской Федерации	89
Кудрявцев В.Л. Некоторые аспекты содержательной характеристики конституционного права на получение квалифицированной юридической помощи в Российской Федерации	101

Мазейна Ю.В. Современное конституционное правосознание как целостная система.....	115
Матненко А.С. Конституционно-правовые основания участия органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления в финансировании федеральных программ	119
Мещерякова Т.Р. Особенности привлечения товариществ собственников жилья к административной ответственности за нарушение правил содержания и ремонта жилых домов.....	127
Пеленицына М.В. Основные формы осуществления правовым государством функций гаранта основных прав и свобод человека и гражданина.....	133
Петров А.Ю. Административные процедуры в некоторых государствах-участниках СНГ	144
Поздняков М.Л. Эффективность правосудия и судебная система.....	154
Попова И.И. Особенности развития российского федерализма	162
Правдюк А.Л. Правовое поле идентификации животных в Украине	181
Радченко О.Д. Становление нормативного регулирования учёта в малых предприятиях сельского хозяйства Украины	185
Редкоус В.М. Сравнительный анализ законодательств России и Украины в области обеспечения национальной безопасности.....	191
Семенова Е.В. Необходимость правового образования населения в Российской Федерации	202
Спицина В.А. Деятельность правительства Республики Казахстан в области туризма	205
Султанов А.Р. Проблемы совершенствования открытости правосудия с учётом правовых позиций Европейского Суда по правам человека	214
Титова Н.В. Некоторые аспекты привлечения к административной ответственности по законодательству Украины.....	226
Филатова А.В. Изменения в нормативном правовом регулировании административных процедур контрольно-надзорного характера	230

Черкасов К.В. Некоторые вопросы функционирования общественных приёмных полномочных представителей Президента Российской Федерации в Федеральных округах	239
Шолойко А.С. Украинское законодательство в сфере сельскохозяйственного страхования	245

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВАЯ СЕКЦИЯ

Богустов А.А. Сущность бездокументарных ценных бумаг в праве Республики Польша	251
Воронцова И.В. Надлежащее оформление судебных повесток как одна из проблем российской судебно-правовой системы	257
Гаврилов Е.В. Компенсация нематериального вреда, причинённого юридическим лицам субъектами власти	260
Дорохина Е.Г. Проблемы совершенствования законодательства о банкротстве	270
Иванова Л.А. Особенности содержания общего имущества товарищества собственников жилья	277
Исупова И.Р. Прощение долга как основание прекращения обязательств	286
Колесников А.Л., Колесникова Л.Г. К вопросу о дефиниции «потребитель» как основополагающей для формирования системы менеджмента качества в вузе	292
Макарова Ю.Н. Правовой статус кредитора по кредитному договору.....	295
Малюшин К.А. Проблемы принципов гражданского исполнительного права РФ.....	303
Михайленко Ю.А. Об общих положениях трудового законодательства....	314
Можарова Н.А. Субъекты прав на средства индивидуализации участников гражданского оборота.....	325

Панков К.Ю. , Горлова С.В. Некоторые аспекты лжесвидетельства в гражданском процессе	335
Подкатилина М.Л. Особенности производства экспертиз по делам о патентных спорах	341
Подшивалов Т.П. Теоретическая характеристика вещных исков.....	344
Рашидова А.И. Порядок оформления завещания.....	356
Рубанова Н.А. К вопросу о взимании земельного налога	359
Сахарова И.В. Каким быть закону о лизинге?.....	363
Семёнов А.В., Серёгина Т.А. Правовые вопросы ликвидации государственных корпораций по законодательству России.....	374
Субботина Е.В. Правовой статус товарищества собственников жилья.....	381
Сушкова О.В. Ноу-хау или коммерческая тайна?.....	392
Суюндукова А.Ю. Прекращение крестьянского (фермерского) хозяйства по гражданскому праву России.....	403
Фарафонов А.И. К вопросу о сущности полномочий коммерческого представителя	415
Филиппенко А.В. Членство в товариществе собственников жилья	421
Филиппова С.Ю. Пределы и перспективы использования медиации в разрешении корпоративных конфликтов.....	425
Халабуденко О.А. Договор как юридическая конструкция в контексте предмета гражданского права	437
Хацук Ж.В. Проблемы повышения эффективности использования специальных знаний в гражданском судопроизводстве	455
Шаяхметова А.Р. Основания освобождения от ответственности исполнителя медицинских услуг	463
Яковлева О.В. Новейшие тенденции защиты персональных данных работника в российском трудовом праве	468
Яценко В.А. Критерии оценки наследственного имущества	474
Сведения об авторах	481

**АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА, ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ И ПРАВОВЫХ
ТЕОРИЙ В РОССИИ И ЗА РУБЕЖОМ**

**Материалы Международной научно-практической конференции
(20 ноября 2008 г.)**

ТОМ ВТОРОЙ

Государственно-правовая секция

Гражданско-правовая секция

Подписано в печать 30.01.2009 г.

Формат 60x90/16. Усл.-печ.л 30,75

Тираж 500 экз. Заказ № 74. Бумага офсетная

Отпечатано в типографии «Фотохудожник»
г. Челябинск, ул. Свободы, 155/1, тел. (351) 237-17-43

