ИНСТИТУТ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
И СРАВНИТЕЛЬНОГО
ПРАВОВЕДЕНИЯ
ПРИ ПРАВИТЕЛЬСТВЕ
РОССИЙСКОЙ
ФЕДЕРАЦИИ

THE INSTITUTE OF LEGISLATION AND COMPARATIVE LAW
UNDER THE GOVERNMENT OF THE RUSSIAN FEDERATION

INSTITUTIONS OF CIVIL LAW AND MODERNIZATION OF THE ECONOMY

Materials of the V Annual scientific readings devoted to the memory of professor S.N. Bratys (Moscow, October 25, 2010)

MOSCOW
2011

**ИНСТИТУТ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ
ПРИ ПРАВИТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

ИНСТИТУТЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА И МОДЕРНИЗАЦИЯ ЭКОНОМИКИ

*Материалы V Ежегодных научных чтений
памяти профессора С.Н. Братуся
(Москва, 25 октября 2010 г.)*

МОСКВА
2011

УДК 347.1(058)
ББК 67.404.я5
И71

Редакционная коллегия:
Н.Г. Доронина (ответственный редактор)
М.Я. Булошников (ответственный секретарь), *В.Н. Литовкин, О.В. Гутников, М.Л. Шелютто*

Редакторы:
Л.С. Колобова, В.В. Иванчикова

И71 **Институты гражданского права и модернизация экономики.** Материалы V Ежегодных научных чтений памяти профессора С.Н. Братуся (Москва, 25 октября 2010 г.) / Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации / отв. ред. Н.Г. Доронина. — М.: Юстицинформ, 2011. — 328 с.

ISBN 978-5-7205-1127-2 (в пер.).

Материалы содержат доклады и научные сообщения ведущих юристов, выступивших 25 октября 2010 г. на V Ежегодных научных чтениях, посвященных памяти профессора С.Н. Братуся.

Materials contain reports and scientific speeches of leading lawyers, appeared on October, 25th, 2010 on V Annual scientific readings devoted to the memory of professor S.N. Bratys.

УДК 347.1(058)
ББК 67.404.я5

ISBN 978-5-7205-1127-2 (в пер.)

© Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2011

ДОКЛАДЫ

Б.С. Братусь,
член-корреспондент Российской академии образования, профессор, доктор психологических наук, заведующий кафедрой общей психологии факультета психологии МГУ им. М.В. Ломоносова

ПРОФЕССОР ПРАВА, ПОБОРНИК СПРАВЕДЛИВОСТИ

Особый интерес к любой заметной фигуре, будь то ученый, политик, мыслитель или художник, вполне понятен. Ведь хочется проникнуть в природу его таланта и успеха, раскрыть условия и причины долголетия его дел и творений. При этом мы ставим себя на его место, ищем черты сходства. И вдруг с удивлением обнаруживаем, что такие черты есть: один, оказывается, пил, второй кого-то обманывал, третий в лихую минуту черно ругался и т.п. С каждым случается что-нибудь подобное, значит, мы совсем как они. На этом нередко исследование жизненного пути общепризнанных кумиров прекращается, и обыватель получает полную, как говорили раньше, сатисфакцию или удовлетворение. В нынешнее время такого рода исследований и разоблачений особенно много — ими полны газеты, журналы, телевидение.

Но есть и другой вид интереса, когда мы готовы понять чью-то особую судьбу во всей ее неоднозначности, сложности (подчас трагичности) не для того, чтобы принизить до нас сегодняшних, а чтобы увидеть наши завтрашние возможности. Если кто-то смог, вопреки обстоятельствам, слабостям и ошибкам, то почему не могу я? «Оставь любопытство толпе, — призывал Пушкин, — и будь заодно с гением».

В конце XIX в. в России начали выходить две серии биографий выдающихся ученых и общественных деятелей. Первая, получившая наиболее широкую известность, выходила с 1890 г. в издательстве Ф. Павленкова и называлась «Жизнь замечательных людей» (в 1935 г. серия была возобновлена М. Горьким). Издание другой подобной, но менее известной серии было предпринято акционерным издательским обществом «Ф.А. Брокгауз — И.А. Ефрон», и называлась она «Образы человечества». Надо признать, что второе название более верно определяло место и роль тако-

го рода биографических изысканий в нравственном сознании общества. Действительно, восприятие следует фиксировать не на особости и замечательности описываемых лиц (что подспудно, по контрасту рождает мысли о нашей собственной обыкновенности, «незамечательности», незамеченности на фоне других, а следовательно, об исторической периферийности, отделенности от судеб замеченных и замечательных), а на том, что они сумели наиболее полно и ярко воплотить, явить собой образ Человечества, полномочными (другое дело, далеко не всегда достойными) представителями которого являемся и все мы.

К науке, к воспитанию личности ученого сказанное имеет вполне определенное касательство. «Если те профессора, что студентов учат / Горемыку-школяра насмерть не замучат, / Если не сведут с ума римляне и греки, / Написавшие тома для библиотеки» — так студенты средневековых университетов да и всех последующих, вплоть до нынешних, поначалу относились и относятся к профессорам, читающим лекции, и к томам на полках (теперь еще и на электронных носителях), которые надобно уныло штудировать, вместо того чтобы предаваться утехам юности. Но римляне и греки, равно как ученые и поныне (если они действительно ученые), пишут не для того, чтобы пополнить библиотеки и замучить «горемыку-школяра». Они пишут и рассуждают, чтобы приблизиться к познанию Истины в том ее преломлении, которое отражается, светит, проблескивает в их профессиональной области. Надо ли говорить, что юриспруденция относится к изначально классическим областям. Первые университеты, появившиеся почти тысячу лет назад, включали три факультета — философский, медицинский и юридический. Задачей первого было познать замысел, задачу, возможности разума и души человека; второго — строение, организацию, болезни его тела; третьего — правила (право), законы общественной жизни, взаимоотношений друг с другом, с обществом, государством, между государствами. Именно с этих семян началось культурное поле европейской науки и образования, и теперь на его, ставших уже необъятными, просторах (и далеко не только, конечно, европейских) вырастают и цветут все новые, подчас диковинные, растения и гибриды.

Эти вступительные размышления были необходимы, чтобы сформулировать для читателей (и для автора тоже), в чем смысл и оправдание в данном научном издании нижеследующих личных заметок. Это штрихи к портрету ушедшего ученого, которые могут дополнить представление о том, каковы бывают вблизи, с расстояния сыновнего взгляда те делатели, сеятели, радетели на ниве науки (в данном случае — юридической), которые еще не столь давно учили школяров (нынешних профессоров) и писали тома для библиотек.

Начать придется с эпизодов биографии. Мой отец Сергей Никитич Братусь родился 19 октября (6 октября по старому стилю) 1904 г. в г. Конотопе Черниговской губернии в семье акцизного чиновника Никиты Павловича Братуся и его супруги Мелании Афанасьевны (урожденная Полетика). Никита Павлович (1864 г.р.) из малороссийских казаков, родился

и вырос в крестьянской казачьей семье, в деревне Дептовка под Конотопом, где фамилия Братусь была очень распространенной. По одному из толкований (для всех Братусей, конечно, лестному) фамилия означает «брат всем (усим)».

Никита Павлович в роду первый интеллигент: в юности расказаковался (вышел из казацкого сословия), чтобы поступить в Учительскую семинарию и стать учителем народной школы или, как говорили тогда, народным учителем. После ее окончания успешно работал в школе, но был заподозрен в чтении запрещенной социал-демократической литературы и уволен. Подозрение было верным — дед не только тайно «почитывал», но и одно время даже прятал в Дептовке находившихся на нелегальном положении. В числе их был, например, известный в будущем меньшевик Дейч, и на чердаке, по рассказам отца, долгое время оставались письма к нему разных корреспондентов, в частности, Веры Засулич, которая писала (с явной неприязнью) о новом лице в социал-демократическом движении — Владимире Ульянове.

Итак, Никита Павлович был удален из учительства, лишился военной брони (народных учителей в армию не брали) и попал в солдаты, где отслужил полный тогдашний срок, после чего стал сначала чиновником, а затем местным земским деятелем (выбранным от крестьянской курии). Когда он встретился с бабушкой — Меланией Афанасьевной Полетика (1868 г.р.), был уже вдовцом — первая жена умерла, оставив ему двоих сыновей. У бабушки тоже к тому времени было двое сыновей-близнецов. Вместе они нажили еще двоих сыновей — Сергея (моего отца) и Александра. Всего шестеро — как говорил дед бабушке, «мои, твои и наши». А если с позиций моего отца, то двое единокровных братьев (Владимир и Василий), двое единоутробных (близнецы Юрий и Николай) и один родной (Александр).

Бабушка была из старого дворянского рода Полетика, идущего от петровских времен (правда, его обедневшей, так называемой ровенской ветви). От обоих отец взял свое. У него была крестьянская фигура — он был крепок, коренаст, любил землю, подолгу возился (без особого, однако, успеха) на даче с плодовыми деревьями, кустами, клубникой, требовал участия в земледелии и от нас — сыновей. В то же время от всего технического был далек, и домашняя техника (скажем, фотоаппарат или пишущая машинка) его не любила, порой начинала барахлить и даже ломаться от одного его присутствия. От бабушки он унаследовал породистое лицо, хороший французский (она обучила ему детей), любовь к истории и художественной литературе, строгость, даже скрытность своего мира. Бабушка, будучи совсем старенькой, закрывала на ключ свой платяной шкаф с парой платьев. Отец тоже всю жизнь запирал письменный стол, шкаф, по возможности кабинет. Это была не подозрительность к домашним, но — если можно так сказать — бережение своего мира. Отец был не сентиментален, не выспрен. Высшая форма его одобрения, скажем оценка каких-то моих достижений, была следующая — «разумно».

Братья отца прошли разные жизненные пути. Один стал экономистом, другой — паразитологом, третий — военным, четвертый — журналистом, пятый — историком. Но все были интересными, яркими людьми, отразившими, как и отец, в своих судьбах ход XX в. Взять, например, единоутробных — Юрия и Николая Полетиков. Первый — блестящий журналист, литератор, входивший в известный литературный кружок «Серапионовы братья», автор первого в России критического исследования об Эрнесте Хемингуэе, затем 1937 г., арест, Колыма, возвращение больным туберкулезом, героические попытки восстановить себя, сотрудничество с «Новым миром» (отдельные критические статьи, записки, стихи, в которых помню горькие строки: «Выйти в колос мне не дано / Умру — пустое зерно»). Второй — Николай Полетика — пятнадцатилетним гимназистом знаменитой Первой киевской гимназии (ее закончили М. Булгаков, К. Паустовский и др.) встречает Первую мировую войну и задается вопросом, как эта (теперь мы знаем, роковая для всего XX в.) война могла начаться на фоне дружбы и родства будущих непримиримых врагов. Став историком, он посвятил этому дальнейшую жизнь, и в 1930-х гг. выходит при содействии А.М. Горького его фундаментальный труд, переизданный спустя 30 лет, в 1964 г. и ставший классическим, который так и называется «Начало Первой мировой войны». Гимназистом Коля встретил на улице цыганку, которая нагадала ему, что он проживет долгую жизнь и будет похоронен в Святой земле. Через 60 лет по настоянию жены он с семьей уезжает в Израиль, где преподает историю в Иерусалимском университете и пишет книгу воспоминаний. Похоронен в ограде монастыря святой Марии Магдалины. (Этот эпизод о переезде брата в Израиль не лишний здесь — он аукнулся в судьбе отца.)

Однако восстановим хронологию событий. В 1917 г. грянула революция. Конотопскую коммерческую гимназию, где учились младшие дети, преобразовали в экономическую школу, которую отец закончил в 1921 г. Вокруг шла гражданская война, разруха, кровавая смена властей — все то, что позднее М. Булгаков опишет в знаменитой «Белой гвардии» («Дни Турбиных»). Об этом есть и в книге моего дяди Николая Полетики «Воспоминания», где он подробно описывает гражданскую войну на Украине, очевидцем которой был в те годы, что и М. Булгаков (книга была издана в конце жизни Николая Полетики в «ИМКА-пресс» в Париже, а затем — уже после его смерти — в Иерусалиме).

В 1923 г. на перекладных несколько суток отец едет в Киев к брату Николаю, тогда студенту исторического факультета Киевского университета, и поступает в Киевский институт народного хозяйства на юридический факультет. Отец упомянул как-то в разговоре со мной, что пришел сдавать документы босым — приличной обуви не было, а в старой и стоптанной не хотелось. При этом он не жаловался на бедность и обстоятельства, а както легко, даже весело намекнул, что в этом был и некоторый эпатаж молодости. Вообще время его жизни в Киеве было, несмотря на трудности, насыщенным и ярким, у него появилось много знакомых. Он посещал ли-

тературные поэтические кружки, писал стихи, публично их читал, увлекался историей (особенно историей французской революции), философией. Позже всегда вспоминал о Киеве с удовольствием, любил этот город, одно время (в конце 1950-х) даже хотел переехать жить в Киев. Отец с детства знал украинский язык, мог читать и говорить на нем.

Получив диплом Киевского института народного хозяйства, поступил в аспирантуру Института советского права Российской ассоциации научных институтов общественных наук (РАНИОН). После успешного окончания аспирантуры был направлен по распределению преподавателем в Казанский юридический институт. Там он женился на Тамаре Васильевне Павловой, и в 1932 г. у них родился сын Лель. В 1934 г. С.Н. Братусь переезжает с семьей в Ленинград. Но семейная жизнь не сложилась, вскоре брак распался. В 1936 г. отец переезжает в Москву и начинает работать во Всесоюзном институте юридических наук (ВИЮН), с которым отныне будет связана вся его жизнь и где он пройдет путь от рядового сотрудника до директора. Как писала мать в своих воспоминаниях, менялись названия Института, его адреса, но Братусь всегда оставался в нем, сохраняя ему верность до самой смерти[1].

В 1937 г. отец как сотрудник ВИЮНа был направлен в Саратов, где незадолго до того была репрессирована вся кафедра гражданского права и преподавать было практически некому. Впоследствии, по свидетельству матери, отец считал, что командировка в Саратов уберегла его от Колымы. В Москве в то время «органы» искали «казанский след», по которому в ссылки и лагеря отправлялись многие, с кем встречался и работал отец в Казани, в их числе, например, мать писателя В. Аксенова — Е. Гинзбург, автор известного романа (позднее инсценированного театром «Современник») «Крутой маршрут». Судьба уберегла его от этого «маршрута».

В 1938 г. отец возвращается в Москву, работает в ВИЮНе и по совместительству в Военно-юридической академии. В это же время он женится вторично на аспирантке Московского юридического института Рахиле Лазаревне Эдельштейн. Жилищные условия отца — комната в общежитии для слушателей Военно-юридической академии в Алексеевском студгородке (вблизи нынешнего ВВЦ). В 1940 г. родился сын Александр.

В июне 1941 г. началась Великая Отечественная война. Отца сразу призвали в ополчение, и он с близорукостью в восемнадцать диоптрий был направлен рядовым в район подмосковного Волоколамска. Судьба оберегла его и на этот раз. Однажды всех ополченцев построили, и ефрейтор зычно прокричал: «Которые здесь кандидаты наук и доценты — три шага вперед». Их, согласно приказу командования, отправили обратно в Москву. Малая часть научной интеллигенции была таким образом спасена, остальные, совершенно не готовые к войне, практически безоружные

[1] См.: *Эдельштейн-Братусь Р.Л.* О Сергее Никитиче Братусе // Проблемы современного гражданского права. — М., 2000. — С. 17.

были обречены на массовую (и бессмысленную с военной точки зрения) гибель в рядах народного ополчения.

ВИЮН был эвакуирован в г. Чкаловск (перед этим и позднее, после войны — в Оренбург). Соседями родителей оказалась семья музыкантов, где долговязый подросток Слава Растропович целыми днями выводил гаммы на виолончели.

В 1942 г. отца направили на «трудовой фронт» в оренбургские степи на уборку урожая, где он работал подручным комбайнера. Стояла нестерпимая жара, воду подвозили в бочке, из которой все и пили. Несмотря на крестьянскую закваску, было очень тяжело. И тут судьба вновь смягчилась — он был вызван в Чкаловск в качестве оппонента по диссертации К.С. Юдельсона. Спасительная телеграмма гласила: «Рабочего Брата отпустить для срочной научной работы».

Однако мытарства не окончились — отец тяжело заболел (болезнь Боткина). Жизнь его вновь оказалась под угрозой, и мать с превеликим трудом выходила его в условиях войны и эвакуации. Причиной болезни была та самая бочка с водой под палящим солнцем оренбургской степи, из которой пил «рабочий Брат». С тех пор отец никогда не пил сырой воды, тщательно мыл руки, когда не было такой возможности (скажем, в поезде) — протирал их тройным одеколоном, фрукты и овощи промывал в нескольких водах и обязательно под конец ошпаривал кипятком. Исключение не могла составить даже его порция клубники из собственного огорода — и здесь она мылась трижды, после чего ошпаривалась кипятком. Получалась чуть ли не кашица — зато чистая, не заразная.

В 1943 г. — возвращение из эвакуации в Москву и защита докторской диссертации, бóльшая ее часть была написана при свете керосиновой лампы в Чкаловске. На защите один из оппонентов сказал: «Давно известно, что когда говорят пушки — музы молчат. Но эта докторская диссертация свидетельствует о другом: несмотря на пальбу пушек, автору удалось сказать глубокое и новое слово в науке».

В 1945 г. незадолго до окончания войны родился сын Борис (автор этих строк), которого за неимением детской кроватки поместили в картонную коробку в той же комнате общежития Алексеевского студгородка. В 1946 г. отцу дали комнату в коммунальной квартире в центре Москвы. Комнату перегородили фанерой надвое, в одной половине жили трое детей (к тому времени к нам переехал и Лель — сын от первого брака), в другой, которая служила и кабинетом, жили отец с матерью. В 1952 г. отцу дали двухкомнатную квартиру в высотном доме у Красных Ворот, что было по тем временам неслыханным подарком и удачей. Одна из двух комнат стала, конечно, отцовским кабинетом, с годами все более превращавшимся в лабиринт из книг, которые переполняли многочисленные полки, лежали горой на подоконнике, на полу, постепенно завоевывая прихожую, коридор.

В 1950 г. отец приобрел дачный участок в подмосковной Валентиновке. Отец и мать очень любили это место, жили там практически все лето. Там выросли их дети и внуки.

Теперь, после беглой прорисовки биографического фона, можно перейти к описанию некоторых личных свойств и образа жизни отца.

Начнем с его обычного рабочего дня, как он мне виделся где-то так в годах 60-х прошлого века. Отец выходил из дома примерно в девять утра. Как правило, в спешке, потому что всегда кто-то звонил по телефону и отец, забыв о времени, подробно, четко и громко (профессорская лекторская привычка) разъяснял свою позицию, потом, уже подойдя к входной двери, он вспоминал о какой-то нужной ему сегодня статье или бумаге, возвращался в кабинет, искал, снова звонил телефон, разговор, опять возвращение. Наконец хлопала входная дверь. Но часто это было не все — через короткое время поворачивался ключ в замке, и он возвращался, вспомнив, что забыл что-то. Третье возвращение было возможным, но уже маловероятным. Квартира затихала.

Немудрено, что отец опаздывал, но, как многие опаздывающие, честно старался точно распределять время, каждый раз, однако, ошибаясь в расчетах. Так, перед намеченной встречей или даже поездкой на вокзал, видя, что у него образуется час-полтора свободного времени, мог, например, пойти по делам или отправиться на почту, чтобы оттуда отправить ответы своим многочисленным корреспондентам (почтовому ящику на улице он почему-то не доверял), в результате задерживался и опаздывал к встрече, едва поспевал к поезду. Нереальность его расчетов времени распространялась и на других. Скажем, волнуясь о том, что мать задерживается, например, с дачи, он рассуждал: «Она обещала выехать в шесть, плюс 15 минут до станции, плюс 10 минут ожидания поезда, плюс 45 минут поезд, плюс 20 минут на метро. Ну, хорошо, — делая щедрую, в его понимании, уступку реальности, — накинем на все непредвиденное еще 40 минут, но все равно уже час, как ее нет». То, что жизнь всегда вносит коррективы в эти точные расчеты, он как-то систематически не учитывал. Интересно, что отец любил часы, у него было их несколько штук, и ценил их точность.

Так вот, во второй (а то и в третий) раз захлопывалась утром за отцом входная дверь, и теперь ожидать его можно было примерно к девяти вечера. Иногда он возвращался домой не один, а с каким-нибудь коллегой, скажем с С.С. Алексеевым из Свердловска, О.С. Иоффе, А.А. Собчаком из Ленинграда, Б.Б. Черепахиным из Саратова или еще с кем-то другим из множества маститых или молодых юристов, которые бывали в нашем доме. Причем матери он мог сообщить о визите гостя порой буквально за полчаса. «Сережа, — восклицала она, — но у нас же дома ничего нет для приема». На что отец вопрошал: «Хлеб есть? Сыр есть? Масло есть? Колбаса есть?» «Ну, есть», — отвечала мать. «Так что же еще надо?» — недоумевал отец. Но мать, на самом деле, умела за самое короткое время соорудить нечто к столу. Сам отец был непритязательным, любил простую еду, например, жареную картошку, квашеную капусту (годам к восьмидесяти научился ее квасить), мясо, рыбу. Самым лучшим блюдом для него был летний салат из огурцов, помидоров и лука, заправленный подсол-

нечным маслом или сметаной. Каждый раз, когда его подавали на стол, он провозглашал: «Пища богов!»

Поужинав, отец уходил в кабинет и допоздна работал. Вообще, я както не припомню его дома занятым праздным просмотром телевизионных программ, пустым разговором, пролистыванием иллюстрированного журнала и т.п. Работа для него была не просто службой в Институте, Арбитражных комиссиях, Торгово-промышленной палате, Верховном Суде, не просто чтением лекций, выступлениями на конференциях, написанием книг — работа была служением и жизнью. У меня было ощущение, что он работает всегда. Когда мне было лет четырнадцать, мы поехали с ним отдыхать на озеро Ильмень, на турбазу, и он при мне разговаривал с отдыхающим там сталеваром, который, узнав, что он профессор, спросил о его зарплате. Отец назвал сумму, сталевар удивился и обиделся — он-то в горячем цеху вкалывает, а получает меньше. Отец спросил: «Вот Вы сейчас на отдыхе думаете о своей работе?» «Нет», — ответил сталевар. «А я думаю о ней все время, и сейчас на отдыхе тоже, и даже ночью», — сказал отец. Сталевар задумался и, как мне тогда показалось, понял.

Так вот, отец работал все время, он никогда не говорил: «пойду почитаю» или «пойду позанимаюсь». Всегда только «пойду работать». И не важно, что было сейчас предметом работы — окучивание грядок, чтение книги или газеты. Скажем, газеты он читал внимательно, словно научную литературу, делал вырезки, после чего писал перед заголовком газеты знак «Z», и лишь тогда она могла быть использована в домашнем хозяйстве. Как правило, при этом ни одного целого газетного листа в доме не оставалось.

Я где-то прочел воспоминания сына об отце — ученом-генетике. Там было сказано, что отец воспитал сына тонкой полоской света под дверью его кабинета. Проснется сын, глянет — светится полоска, заснет, опять проснется — она все светится. Так было и со мной. Отец не назидал, не читал нотаций — он работал и тем самым воспитывал. Главное его наследие и вклад в мою жизнь — это с детства представленный, явленный образ ученого труженика.

Еще одна очень важная черта отца — умение сосредоточиться, сконцентрироваться, уйти из мира внешнего в мир внутренний. Когда ему предстояло писать книгу или статью, то, как правило, он откладывал это до самых последних сроков. И вот, когда редактор в панике, и рукопись надо было сдать еще вчера, он садился, оставляя побоку все другие заботы и обязанности. Сев за стол утром, он вставал из-за него поздним вечером, гулял в одиночестве (если дело было на даче), был собран и как бы отгорожен от всех. Помню, он рассказывал, как в Институте собрали аспирантов, чтобы маститые профессора поведали им, как они пишут свои ученые труды. Все говорили о составлении картотеки, долгой подготовительной стадии, размеренном плане и т.п. Когда очередь дошла до отца, он сказал, что, к сожалению, не строит план работы и не собирает картотеку, поэтому его опыт вряд ли заслуживает подражания — он начинает работать над кни-

гой лишь тогда, когда полностью погружается и сосредотачивается только на ее написании.

Надо сказать, отец не был лишь отстраненным от мира, сухим ученым — он любил природу, художественную литературу, стихи (сам писал их в юности), классическую музыку, дружеское застолье. При этом был несентиментальным, избегал открытого проявления эмоций — внешне спокойный и сдержанный, внутри он был человеком глубоко чувствующим и ранимым. Обидевшись на домочадцев мог подолгу как бы не замечать их. Это действовало посильнее любых скандалов, холодность отца была нестерпима. Иногда он срывался — начинал ходить из угла в угол и взволнованным голосом характеризовать происходящее как, на его взгляд, безобразное, неинтеллигентное, несправедливое. Когда аргументы заканчивались, шел в свою комнату, потом опять возвращался и добавлял что-то новое к уже сказанному, и так по нескольку раз.

Но главным поводом для волнений была, конечно же, наука. Он отстаивал свое понимание, смело выступал в защиту и поддержку многих молодых и талантливых ученых (часть из которых стали впоследствии известными деятелями науки). Вообще он болел за юриспруденцию как за нечто живое и родное. Приведу лишь два примера. Возглавлявшийся отцом ВНИИСЗ — Всесоюзный научно-исследовательский институт советского законодательства (ВИЮН) располагался в ветхом деревянном двухэтажном здании. Помню шаткую, аварийную, можно сказать, деревянную лестницу на второй этаж (о ней упомянул как-то в беседе и профессор Е.А. Суханов. Будучи аспирантом, он с опаской поднимался и спускался по ней). Наискосок от этой «избушки» на Плющихе стояло мощное здание военной академии, и отец, проходя мимо этого циклопического сооружения, как-то с горечью сказал мне: «Вот сравни отношение государства к военным и к нам — юридической науке».

И второй пример — из домашней жизни. Во время семейного застолья один из близких родственников сказал, что порядка в стране нет, потому что юристы плохо разрабатывают законы. Как же взволновался отец (а было ему тогда уже за семьдесят), как он долго не мог успокоиться, уходил, возвращался, продолжая доказывать ложность и пагубность такого утверждения, отсутствия в нем всякой справедливости. Справедливость — одно из ключевых слов для понимания личности отца. Он мог встать на сторону чужого человека (иногда против близкого ему), если считал, что справедливость на стороне этого чужого. Я часто слышал от него: audiatur et altera pars («следует выслушать и другую сторону»).

Ему часто писали письма из мест заключения (хотя к уголовному праву он касательства не имел). Переписка порой шла годами, и отец помогал не только словом, но и делом, ходатайством, своими деньгами. Я сам видел письма из мест заключения, на которых вместо адреса было написано: Москва, Кремль, профессору Братусю. И ничего — доходили.

Он был крайне щепетилен, всячески избегая просьб и одолжений, никогда не выпячивал своих званий и авторитета. Невозможно было пред-

ставить, чтобы он воспользовался чем-то в ущерб другим, оттесняя кого-то локтями. Но в то же время он всегда отстаивал честь и достоинство. В статье 7 Основ гражданского законодательства, которую с таким трудом и усилием «пробивал» отец, говорится о защите чести и достоинства. Помню, как он сетовал, что большинство не поддерживает включение этой статьи, мол, в случае ее принятия все суды будут завалены соответствующими исками и т.п. Отец победил, причем судебной практики по статье ряд лет не было вообще, зато сейчас гражданско-правовые нормы о защите чести и достоинства остро востребованы. Отец недаром тратил силы, чтобы дать юридическую возможность для удовлетворения потребности отстаивать честь и достоинство.

За исключением нескольких давнишних друзей отец был с окружающими на «Вы», всегда держал дистанцию, отстраняя от себя проявления как панибратства, так и хамства. Причем делал это решительно. Однажды, например, ему позвонил на работу какой-то высокий чин и в начальственном духе стал выговаривать, что уже несколько раз звонит, а отца нет в рабочем кабинете. На что отец ответил: «К вашему сведению, я ученый, а не чиновник, обязанный отсиживать свои часы при телефоне». По тем временам ответ смелый и жесткий, особенно если учесть, что отец тогда был директором института (ВНИИСЗ). Вообще, и это заслуживает отдельного упоминания, директорство ничего принципиально не изменило в нем. Мне говорили его старые сослуживцы, что в этом плане он был единственным в своем роде. Да и окончание его директорства было экстраординарным. Он сам подал в отставку, заявив об этом намерении на своем триумфальном шестидесятилетнем юбилее. Начальству это решение явно не понравилось: как так, ведь в номенклатуру (а директор — единица уже номенклатурная) входят, перемещаются в ее пространстве не по своей воле, а здесь — свободное решение, люди рвутся на эту вершину, а он уходит. Но отец был тверд — он ученый, а директорство мешает ему заниматься наукой.

Или вот пример дистанцирования от панибратства. Аспирант из Грузии пригласил его на ужин в ресторан «Арагви». Отец ответил отказом: «Спасибо, но я никак не могу принять Вашего приглашения — Вы мой аспирант, а я Ваш научный руководитель. Вот Вы напишете работу, защитите кандидатскую диссертацию, потом спустя время напишете докторскую диссертацию, станете профессором, и тогда мы с Вами вполне сможем как-нибудь пойти вместе в ресторан, поужинать и выпить по рюмочке коньяка, а счет оплатить пополам».

В профессиональном юридическом кругу С.Н. Братуся уважали и любили; его слово, поддержка, мнение были необыкновенно важны и ценимы. В юности, отчасти поэтому я не пошел по юридической стезе, казалось, что если поступлю на юридический, то всю жизнь буду слышать: «Это сын Сергея Никитича», и все, чего я ни достигну, будет отнесено за счет влияния отца. Да и отец, надо сказать, никогда не уговаривал, не сулил помощи и протекции. Зато, когда моя дочь Мария пошла на юридиче-

ский, на кафедру гражданского права, был все же очень доволен — юридическая традиция оказалась не прерванной в семье (старший сын окончил юрфак, но затем пошел по специфической дипломатической части, средний — окончил механико-математический факультет, младший — психологический факультет МГУ).

Несомненен был и международный авторитет отца, значимость его научно-общественной деятельности за рубежом. Как только сталинский железный занавес чуть приоткрылся, отца как ученого стали командировать за границу. Первой поездкой в 1956 г. стал Китай, потом Албания, европейские страны, Америка. В США в начале 1960-х он пробыл несколько месяцев, участвуя как эксперт по гражданскому праву в очень важном судебном процессе. Согласно сложившемуся прецеденту, в США все завещанное недвижимое имущество родственникам в СССР не передавалось на том основании, что в СССР не было частной собственности на недвижимость. Для того чтобы сломать этот прецедент, и привлекли отца к разбору очередного дела о наследстве умершего в США бывшего гражданина России, который оставил завещание на движимое и недвижимое имущество своим родственникам в СССР.

Процесс был выигран, прецедент сломан, а поскольку в США прецедентное право, это означало, что все подобные судебные иски после него должны были решаться в пользу СССР, то есть с передачей по наследству и движимости, и недвижимости. По общему признанию участников, роль отца как цивилиста была в этой победе едва ли не решающей. Отец вернулся полный впечатлений, несколько раз собиралось застолье, где он рассказывал о неведомой тогда большинству жизни в далекой Америке, ее дорогах, людях, нравах. Нам с братом привез по модной трикотажной рубашке, но главное — настоящие джинсы Levi's.

Однако с 1974 г. все командировки и зарубежные контакты внезапно оборвались. Иностранные партнеры и друзья недоумевали: такой известный юрист, член международных союзов, председатель Внешнеторговой арбитражной комиссии (ВТАК) отказывается от всех приглашений, ссылаясь то на дела, то на здоровье, то на климат, да и с поста председателя ВТАК срочно уходит — что-то совсем неладное с профессором. Но все объяснялось советской действительностью. Семидесятишестилетний заслуженный профессор истории Николай Полетика с семьей уехал на жительство в Израиль (я упоминал об этом выше), и поэтому его семидесятилетний брат — заслуженный профессор права был отстранен от столь нужной науке и стране международной деятельности, поскольку отныне анкета видного юриста стала не столь чиста в ответе на один из ее обязательных вопросов, а именно: «Есть ли у вас родственники за границей?» Отца с тех пор не выпускали даже на отдых с матерью в Болгарию.

Но, несмотря на полный обрыв прямых связей, добрая память об отце, уважение к нему оставались у его бывших зарубежных партнеров еще долгие годы. Я смог убедиться в этом, когда летом 1990 г. тяжело заболела моя младшая дочь Сашенька и потребовалось лечение за границей. Как и у всех

советских людей, никакой валюты в семье никогда не было и в помине, и отец обратился в Международную ассоциацию юристов. За очень короткое время было собрано сорок тысяч долларов, по тем временам сумма просто фантастическая. Сашеньку удалось вывезти в Германию на лечение, но болезнь оказалась смертельной...

Моя мать Рахиль Лазаревна Эдельштейн-Братусь была моложе отца на десять лет, родилась в Сибири, выросла на Дальнем Востоке в Благовещенске. В начале 1930-х приехала в Москву и поступила на юридический факультет МГУ. На одном из госэкзаменов в аудиторию зашел какой-то незнакомый парень в косоворотке, сел в комиссию, стал переговариваться с экзаменаторами и задавать вопросы студентам. «Какой-то нахал из профкома, наверное», — подумала моя будущая мать. «Молодым нахалом из профкома» был мой будущий отец, к тому времени уже доцент, а выглядел он всегда очень молодо и сохранял моложавость до самых преклонных лет, что было не только подарком природы, но и следствием его здорового образа жизни. Каждое утро отец делал гимнастику, любил прогулки, работу в саду, летом активно плавал «в великой русской реке» Клязьме (так он шутливо именовал подмосковную речушку, протекающую около нашей дачи).

Мама была по характеру своему чуть ли не антиподом отцу: он закрыт, она — открыта, он сдержан, она — эмоциональна, он — переживает внутри, она — склонна к выплеску наружу, он объективен, она — пристрастна и т.п. Эта разница приводила порой к серьезным столкновениям, но постепенно они научились сглаживать углы, относясь к размолвкам с доброй иронией. Мама была удивительной рассказчицей, передавала события очень эмоционально, живо, красочно, причем, увлекаясь, могла что-то для яркости добавлять, дорисовывать и от себя. Отец нередко восклицал: «Просто художественный театр на дому». Или такая семейная сценка: мать приготовила отцу какое-то особое блюдо. Он его с аппетитом съедает, продолжая увлеченно говорить на какую-то интересующую его тему. Мать не выдерживает: «Что же ты не говоришь, как тебе это блюдо, я же так старалась, я столько времени потратила!» «Вполне съедобно», — отвечает отец. «И это все, что можешь мне сказать?» «Ну, а что, по-твоему, — удивляется отец, — я должен кататься по полу и визжать от восторга?»

Но чем больше проходило времени, тем больше мои родители становились замечательным взаимодополняющим единым целым. Мать всегда гордилась отцом и ставила его (а значит, его работу, его науку) впереди всех семейных забот и нужд. Она была женой профессора, обеспечивающей все для того, чтобы он мог работать. И в то же время она не растворялась полностью в отце и его работе. У нее были отдельный круг друзей и своя работа, которую она очень любила, — скромная должность юриста роддома и женской консультации. Она помогла за долгие годы тысячам людей в получении пособий, жилплощади, усыновлениях, да и просто добрым словом и утешением. В последние годы жизни отца, когда он уже не мог ходить, ее опека и забота были просто героическими, самозабвен-

ными. После его кончины она привела в порядок архивы, написала статью об отце, способствовала посмертным изданиям, поставила на могиле отца достойный памятник. Когда она спросила меня, какую надо сделать надпись, я посоветовал: «Профессор права, поборник справедливости». Она решила: «Оставим только «Профессор Сергей Никитич Братусь». Так его именовали при жизни, и этого достаточно. Братусь — это не только его фамилия, это уже его почетное звание в юридическом мире». Теперь и в вечности под этим выбранным матерью гранитным камнем они с отцом навсегда вместе.

***

Через жизнь моего отца, через жизнь этого поколения интеллигенции проступает весь XX в., уходящий ныне за поворот времени и на наших глазах становящийся историей. В своем подростковом дневнике отец писал, как в гимназии по случаю взятия Перемышля директор отменил занятия и все гимназисты собрались в актовом зале для совершения торжественного молебна со здравицей русскому войску и императорскому дому. Советской власти еще нет. А в 1990-е, когда он пишет последние работы, ее уже нет. Люди этого поколения застали падение одной империи, зарождение, рассвет и упадок другой, пережили все — войны, голод, кровавый террор, лагеря, демагогию, произвол, они менялись вместе с временами, ошибались, гнулись, шли на компромиссы, совершали и героическое, и постыдное. Один из них — Владимир Соколов — в конце горько посетовал: «Я устал от двадцатого века, / От его окровавленных рек. / И не надо мне прав человека, / Я давно уже не человек».

И мы не вправе кинуть камень, а должны восхититься, что благодаря подвигу и жизнестойкости этого поколения интеллигенции наука, искусство, мысль не были прерваны, культура не угасла, огонь ее был пронесен сквозь шквальные ветры XX в. В известной степени они нам пример, укор и ободрение. Мужи прошлого, несмотря ни на что стремившиеся утверждать честь, достоинство и справедливость, глядят нам вослед. Не посрамим их безмолвных ожиданий!

Е.Ю. Валявина,
кандидат юридических наук,
Первый заместитель Председателя ВАС РФ

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ЗАЩИТЫ ПРАВ СУБЪЕКТОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В СОВРЕМЕННЫХ УСЛОВИЯХ (В ПРАКТИКЕ АРБИТРАЖНЫХ СУДОВ)

Поиск субъектами предпринимательской деятельности эффективных путей восстановления нарушенных прав и охраняемых законом интересов определяет тенденцию использования ими способов защиты гражданских прав, не поименованных в ст. 12 Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ). Зачастую пересмотр сложившихся и в теории, и в практике правовых позиций инициируют сами участники арбитражного процесса, заявляющие исковые требования, которые вписываются в привычные рамки. Высший Арбитражный Суд РФ (далее — ВАС РФ), со своей стороны стремится формировать практику таким образом, чтобы сторона не просто выиграла процесс, но и в действительности восстановила свою имущественную сферу.

Одним из примеров таких способов защиты гражданских прав, выработанных судебной практикой арбитражных судов, является восстановление корпоративного контроля. Данный способ защиты появился как результат усилий, направленных на предоставление участникам корпоративных отношений реальной возможности противодействия рейдерским захватам бизнеса. Впервые это понятие введено в правоприменительную практику в 2008 г. Президиумом ВАС РФ[1]. Теперь этот способ защиты широко применяется судами нижестоящих инстанций.

Причиной появления такого подхода стала неэффективность применения к корпоративным спорам исключительно обязательственных или вещно-правовых способов защиты. С учетом отсутствия в законодательстве специальных способов защиты прав участников юридических лиц Президиум ВАС РФ, опираясь на общий способ защиты гражданских прав в виде восстановления положения, существовавшего до нарушения права, применил специальный способ защиты корпоративных прав — восстановление корпоративного контроля. Несмотря на некоторые минусы такого решения, данная попытка для многих споров стала единственно возможным эффективным средством защиты нарушенных корпоративных прав.

В то же время любой, вновь создаваемый судебной практикой способ защиты, чтобы быть действенным, должен органично вписываться как в

[1] Постановления Президиума ВАС РФ от 3 июня 2008 г. № 1176/08 и от 10 июня 2008 г. № 5539/08 // www.arbitr.ru

гражданско-правовые, так и в процессуальные рамки. Например, Федеральным законом от 19 июля 2009 г. № 205-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты»[1] в Арбитражный процессуальный кодекс РФ (далее — АПК РФ, Кодекс) внесены поправки, устанавливающие исключительную подсудность корпоративных споров (ч. 4.1 ст. 38 АПК РФ), определяемую местом нахождения юридического лица, в отношении которого развивается конфликт.

Одним из первых дел, рассмотренных Президиумом ВАС РФ после принятия вышеуказанных поправок, стало дело № 2334/10 от 29 июня 2010 г., в котором определение подсудности зависело, прежде всего, от квалификации спора в качестве корпоративного.

Истец (банк) обратился в Арбитражный суд (АС) города Москвы по правилам о договорной подсудности с требованием о взыскании задолженности по облигационному займу в связи с ненадлежащим исполнением заемщиком обязательств по возврату займодавцу определенной денежной суммы.

Арбитражный суд города Москвы, передавая дело по подсудности в Арбитражный суд г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области, исходил из того, что спор является корпоративным и в силу этого подлежит рассмотрению в соответствии с ч. 4.1 ст. 38 АПК РФ в арбитражном суде по месту нахождения эмитента, зарегистрированного г. Санкт-Петербурге. Суды апелляционной и кассационной инстанций оставили без изменения определение суда первой инстанции.

Президиум ВАС РФ, не согласившись с судами, удовлетворил жалобу заявителей и направил дело в Арбитражный суд г. Москвы. В постановлении сделан вывод о том, что к настоящему спору не применяются положения ч. 4.1 ст. 38 АПК РФ об исключительной подсудности, поскольку он не относится к корпоративным спорам, предусмотренным ст. 225.1 АПК РФ. Подсудность по такому спору может быть определена в соответствии со ст. 37 Кодекса по соглашению сторон. К тому же и истец, и ответчик не возражали против рассмотрения дела в суде, указанном в Решении о выпуске ценных бумаг (АС Москвы). Заключение договора займа путем выпуска и продажи облигаций допустимо, исходя из ст. 816 ГК РФ.

Данное дело представляет интерес не только в связи с оценкой применимости к спорным отношениям новых норм об исключительной подсудности, но и по причине того, что всеми судебными инстанциями рассматривался вопрос о подсудности, в то время как споры о подсудности не допускаются (ч. 4 ст. 39 АПК РФ). Данное правило получило ограничительное толкование, так как обязывает только суд, в который направлено дело, рассмотреть его по существу. При этом стороны не лишены права на обжалование определения суда о передаче дела в другой суд.

Отсутствие в законодательстве четких критериев, позволяющих отнести тот или иной спор к числу корпоративных, вызывает у судов определенные

[1] СЗ РФ. — 2009. — № 29. — Ст. 3642.

трудности, связанные с конкуренцией норм о других видах исключительной подсудности. Так, Президиумом ВАС РФ 7 сентября 2010 г. рассмотрен спор[1], связанный с признанием договора об ипотеке нежилого помещения недействительным по мотиву несоответствия сделки положениям ст. 45 и 46 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (с изм.)[2].

Истцы, мотивируя свои требования тем, что спорная сделка заключена с нарушением порядка совершения сделок с заинтересованностью и крупных сделок, обратились в АС Вологодской области. Они полагали, что требование о признании договора недействительным по такому основанию относится к корпоративным спорам (п. 3 ст. 225.1 АПК РФ) и должно рассматриваться по месту нахождения юридического лица. Один из участников процесса также считал, что спор подлежит рассмотрению по месту регистрации юридического лица, сделка которого оспаривается, — в АС Саратовской области.

Учитывая, что кроме требования о признании сделки недействительной в иске содержалось и другое требование — снять обременение в виде ипотеки недвижимого имущества (офиса, расположенного в г. Санкт-Петербурге), АС Вологодской области определением передал дело по подсудности в АС Санкт-Петербурга и Ленинградской области (по месту нахождения заложенного недвижимого имущества). Суд первой инстанции руководствовался ч. 1 ст. 38 АПК РФ и постановлением Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 г. № 54 «О некоторых вопросах подсудности дел по искам о правах на недвижимое имущество»[3]. Суд счел, что спор подлежит рассмотрению по месту нахождения заложенного недвижимого имущества, поскольку в случае удовлетворения заявленных требований и принудительного исполнения решения возникнет необходимость государственной регистрации прекращения обременения недвижимости. Такую же позицию занял Четырнадцатый арбитражный апелляционный суд и ФАС Северо-Западного округа, в который обжаловалось определение суда первой инстанции. Президиум ВАС РФ рассмотрел дело в целях формирования единообразной судебной практики и согласился с выводами судов, посчитав, что в данном случае подлежит применению правило об исключительной подсудности споров о недвижимом имуществе (ч. 1 ст. 38 АПК РФ).

Какие же из двух норм об исключительной подсудности приоритетны в данном случае? В основе определения исключительной подсудности обычно лежит предмет требования, специфика которого определяет место рассмотрения спора. Определяющим в указанном деле явилось то обстоятельство, что заявленные истцом требования преследовали единую цель — устранить зарегистрированное обременение недвижимости ипо-

---

[1] Постановление Президиума ВАС РФ от 7 сентября 2010 г. по делу ВАС-6470/10 // www.arbitr.ru.

[2] СЗ РФ. — 1998. — № 7. — Ст. 785.

[3] Вестник ВАС РФ. — 2006. — № 11.

текой, то есть, по сути, рассматриваемый спор являлся спором о правах на недвижимость. Это и предопределило выводы суда надзорной инстанции в части установления подсудности.

Такая позиция соответствует постановлению Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 г. № 54, которым определено, какие иски относятся к искам о правах на недвижимое имущество. Кроме прямого перечисления споров в постановлении также указано, что по месту нахождения недвижимого имущества рассматриваются дела, в которых удовлетворение заявленного требования и его принудительное исполнение влечет необходимость государственной регистрации возникновения, ограничения (обременения), перехода, прекращения прав на недвижимое имущество или внесение записи в ЕГРП в отношении сделок, подлежащих государственной регистрации.

Данная проблема нашла отражение и в совместном постановлении Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав»[1]. В пункте 52 постановления указано, что оспаривание зарегистрированного права или обременения может быть осуществлено путем предъявления иска о признании права или обременения отсутствующим.

Актуальной остается проблема выбора надлежащего способа защиты прав на недвижимость и влияние на выбор норм об исковой давности. В отдельных случаях, пытаясь избежать неблагоприятных для себя последствий, сторонами избираются способы защиты, не отвечающие в полной мере содержанию спорных отношений и цели восстановления нарушенного права. Нередко истцами вместо виндикационных предъявляются иски о признании права собственности, негаторные иски, поскольку это позволяет избежать применения сроков исковой давности. Неслучайно в судебной практике можно найти примеры расширения основ негаторного иска (например, государственная регистрация права собственности ответчика рассматривается истцом как препятствие к осуществлению права собственности). Кроме того, негаторные иски предъявляются и в случае отказа по ранее заявленному виндикационному иску.

Настало время найти ответы на вопросы, поставленные судебной практикой. Насколько свободны в выборе альтернативных способов защиты субъекты спорных отношений? Императивные или диспозитивные начала преобладают в установленных законодательством способах защиты? Предопределен ли выбор законом или действует свобода усмотрения?

Рассмотренное Президиумом ВАС РФ 21 сентября 2010 г. дело[2] отражает еще одну наметившуюся в практике тенденцию: предъявлять иск о

---

[1] Вестник ВАС РФ. — 2010. — № 6.

[2] Постановление Президиума ВАС РФ от 7 сентября 2010 г. по делу ВАС-6436/09 // www.arbitr.ru

признании права собственности или негаторный иск в случае отказа по ранее заявленному виндикационному иску.

Общество с ограниченной ответственностью «Каско-Берег» обратилось в Арбитражный суд Камчатского края с иском к обществу с ограниченной ответственностью «Алезар» и Управлению Федеральной регистрационной службы по Камчатскому краю о признании недействительным зарегистрированного за ответчиком права собственности на нежилые помещения; об обязании Управления Федеральной регистрационной службы по Камчатскому краю погасить в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним (далее — ЕГРП) запись о регистрации за ООО «Алезар» права собственности на указанные нежилые помещения, а также о признании за ООО «Каско-Берег» права собственности на упомянутые помещения.

В отношении спорного имущества были совершены последовательно три сделки: два договора купли-продажи в 2003 г. и соглашение об отступном в 2004 г. Государственная регистрация перехода права собственности производилась за каждым приобретателем имущества в соответствии с заключенными договорами.

Первый договор купли-продажи признан недействительным решением суда общей юрисдикции от 21 июля 2006 г., соглашение об отступном — решением арбитражного суда от 7 мая 2008 г. Второй договор купли-продажи, заключенный между гражданином (продавцом) и ООО «Алезар» (покупателем) в 2003 г., не оспаривался истцом в судебном порядке. Выводы о ничтожности всех сделок, совершенных со спорным имуществом, содержались в решении суда от 7 мая 2008 г.

Общество с ограниченной ответственностью «Каско-Берег» обратилось с иском (в рамках другого дела) к ООО «Алезар» об истребовании спорного имущества из незаконного владения, однако решением от 27 мая 2008 г. ему было отказано в удовлетворении исковых требований по причине пропуска срока исковой давности, о применении которого заявил ответчик. Судом было установлено, что истец узнал о выбытии спорных помещений в 2003 г., а в суд обратился только в 2008 г., то есть по истечении общего трехлетнего срока исковой давности.

В данном деле ООО «Алезар» (ответчик) также заявило о пропуске истцом срока исковой давности. На момент подачи иска право собственности на имущество было зарегистрировано за ООО «Алезар» (в 2007 г.) на основании судебного решения, которым признано недействительным соглашение об отступном и применены последствия его недействительности.

При разрешении спора возник вопрос, надлежащий ли способ защиты избрал истец (ООО «Каско-Берег»), предъявив иск о признании за ним права собственности на спорное имущество, если учитывать, что зарегистрированное за ответчиком право собственности на недвижимое имущество могло быть оспорено только способами, предусмотренными гражданским законодательством, решением от 27 мая 2008 г. По другому делу арбитражный суд отказал ООО «Каско-Берег» в иске об истребова-

нии спорных помещений из владения ООО «Алезар» по основанию пропуска срока исковой давности.

Суд первой инстанции отказал в иске о признании права собственности со ссылкой на решение суда по виндикационному иску. Суд апелляционной инстанции удовлетворил исковые требования, исследовав вопрос о фактическом владении спорным помещением и установив, что они фактически находятся в непрерывном владении ООО «Каско-Берег» и из его владения по ничтожным сделкам не выбывали. Суд счел возможным применить к иску о признании права собственности на имущество положения ст. 208 ГК РФ, согласно которым на требования собственника об устранении всяких нарушений его права, хотя бы эти нарушения не были соединены с лишением владения, исковая давность не распространяется. ФАС Дальневосточного округа и ВАС РФ согласились с данным постановлением.

Такое решение проблемы соотношения виндикационного иска и иска о признании права собственности соответствует позициям, изложенным в совместном постановлении Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22, в п. 57 которого разъясняется применение ст. 208 ГК РФ к случаям, когда нарушение права истца путем внесения недостоверной записи в ЕГРП не связано с лишением владения. На такой иск, направленный на оспаривание зарегистрированного права, исковая давность не распространяется.

Достаточно часто на разрешение Президиума ВАС РФ ставится вопрос об оценке избранного истцом способа защиты своего права собственности (оперативного управления) на недвижимость. Это касается исков о признании недействительным зарегистрированного права собственности на земельный участок или иные объекты недвижимости.

Позиция Президиума ВАС РФ первоначально была изложена в нескольких постановлениях по конкретным делам[1], а в дальнейшем закреплена в п. 52 постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/20. Правовая позиция основывается на системном толковании положений ГК РФ о способах защиты нарушенных прав и Федерального закона от 21 июля 1997 г. № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (с изм.)[2] (далее — Закон о регистрации), устанавливающих возможность оспаривания зарегистрированного права собственности.

Статьей 11 ГК РФ закреплена судебная защита нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов. Защита гражданских прав осуществляется перечисленными в ст. 12 ГК РФ способами, причем эта статья также содержит указание на возможность применения иных способов, предусмотренных в законе.

---

[1] Например, постановления Президиума ВАС РФ от 10 февраля 2009 г. № 15148/08, от 28 апреля 2009 г. № 15148/08 // www.arbitr.ru

[2] СЗ РФ. — 1997. — № 30. — Ст. 3594.

Согласно абз. 2 п. 1 ст. 2 Закона о регистрации государственная регистрация является единственным доказательством существования зарегистрированного права. При этом зарегистрированное право на недвижимое имущество может быть оспорено только в судебном порядке.

Поскольку ни в ГК РФ, ни в Законе о регистрации, ни в иных законах не предусмотрен такой способ защиты, как признание недействительным зарегистрированного права на недвижимое имущество, оспаривание такого права может происходить лишь с использованием установленных гражданским законодательством способов защиты, применяемых с учетом характера и последствий соответствующего правонарушения.

Типичных примеров таких дел можно привести достаточно много, правда, интерес представляют формулировки исковых требований. Например, в деле № А51-8254/2008-3-14 Арбитражного суда Приморского края индивидуальные предприниматели обратились в суд с иском к крестьянскому (фермерскому) хозяйству «Нива» о применении последствий недействительности ничтожной сделки, а именно: о признании недействительным зарегистрированного права собственности крестьянского (фермерского) хозяйства «Нива» на земельный участок, выделенный для эксплуатации и обслуживания объектов производственного комплекса.

Отказывая в удовлетворении искового требования, суд кассационной инстанции исходил из отсутствия такого способа защиты, как признание недействительным зарегистрированного права. В передаче данного дела в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора было отказано определением ВАС РФ[1] со ссылкой на соответствие выводов судов правовой позиции, изложенной в постановлении Президиума ВАС РФ от 28 апреля 2009 г. № 15148/08.

Вышеописанные ситуации требуют от судов внимательного подхода к определению реальных мотивов и оснований предъявления иска, дабы противодействовать злоупотреблению материальными и процессуальными правами.

Актуальной в последнее время становится защита преимущественного права арендатора на получение в собственность занимаемого им по договору аренды объекта недвижимости. Такое право предоставлено Федеральным законом от 22 июля 2008 г. № 159-ФЗ «Об особенностях отчуждения недвижимого имущества, находящегося в государственной собственности субъектов Российской Федерации или в муниципальной собственности и арендуемого субъектами малого и среднего предпринимательства, и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (с изм.)[2] (далее — Закон № 159-ФЗ).

С экономической точки зрения передача недвижимого имущества в частную собственность арендаторов означает сокращение находящихся в распоряжении государства объектов. В этой обстановке, чтобы удер-

[1] Определение ВАС РФ от 29 марта 2010 г. № ВАС-2908/10 // www.arbitr.ru

[2] СЗ РФ. — 2008. — № 30 (ч. 1). — Ст. 3615.

жать недвижимость в государственной или муниципальной собственности и сохранить возможность получения дохода от сдачи в аренду, полномочные государственные (муниципальные) органы создают разные препятствия на пути передачи объектов в частную собственность. Это приводит к увеличению числа споров о защите прав арендаторов, имеющих право выкупа.

Одна из объективных причин нарушения прав арендаторов кроется в отсутствии государственной регистрации договоров аренды, заключаемых на срок менее года и возобновляемых на неопределенный срок. В соответствии с п. 2 ст. 609 ГК РФ договор аренды недвижимого имущества подлежит государственной регистрации, если иное не установлено законом. В силу п. 2 ст. 651 ГК РФ договор аренды здания и сооружения, заключенный на срок менее года, не подлежит государственной регистрации. При этом имущество можно считать находящимся во временном владении и (или) пользовании арендатора непрерывно в течение двух и более лет до дня вступления в силу Закона № 159-ФЗ. Названный Закон допускает в качестве условия получения преимущественного права на приобретение помещения — владение и (или) пользование не только в соответствии с одним договором, но и несколькими договорами аренды такого имущества[1].

Договор аренды недвижимого имущества может оказаться незарегистрированным по причине заключения его до введения в действие ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», а также в связи с невозможностью регистрации ввиду отсутствия регистрации первичного права муниципальной собственности на сданное в аренду недвижимое имущество. Отсутствие государственной регистрации не отменяет предусмотренных законом прав арендаторов, добросовестно выполняющих обязанности по уплате арендной платы, на получение занимаемых помещений в собственность.

Особенность одного из рассмотренных Президиумом ВАС РФ дел[2] состояла в том, что занимаемое предпринимателем с 2005 г. нежилое помещение (используемое под магазин) в 2009 г. было закреплено на праве оперативного управления за муниципальным учреждением.

Предприниматель направил в адрес компетентного органа заявление о включении в прогнозный план приватизации муниципального имущества на 2009 г. нежилого помещения (магазина), а также о предоставлении ему преимущественного права на выкуп арендуемого помещения, так как он является добросовестным арендатором[3]. Отказ в удовлетворении его заяв-

---

[1] Примером из судебной практики может быть дело ВАС-5153/10, рассмотренное Президиумом ВАС РФ 5 октября 2010 г. // www.arbitr.ru

[2] Дело ВАС-5153/10.

[3] В соответствии с ч. 2 ст. 9 Федерального закона от 22 июля 2008 г. № 159-ФЗ субъект малого или среднего предпринимательства, соответствующий установленным ст. 3 этого Закона требованиям (далее — заявитель), по своей инициативе вправе направить в уполномоченный орган заявление о соответствии условиям отнесения к категории субъектов ма-

ления послужил причиной обращения в арбитражный суд с иском к Комитету по управлению имуществом о признании недействительным договора о закреплении муниципального имущества на праве оперативного управления занимаемого им помещения.

В данном деле, как и во многих других аналогичных, прослеживается соблюдение формальностей, связанных с заключением договора, подписанием акта приема-передачи, регистрацией права оперативного управления, хотя фактически помещение остается несвободным. Это и служит отправной точкой подобных споров.

Президиум ВАС РФ отменил 5 октября 2010 г. постановление кассационного суда и оставил в силе решение и постановление апелляционного суда, которыми требования заявителя были удовлетворены.

В рассмотренном деле закрепление спорного помещения на праве оперативного управления за учреждением произведено после вступления в силу Федерального закона от 22 июля 2008 г. № 159-ФЗ, что создало препятствия в реализации предпринимателем преимущественного права выкупа этого помещения. Кроме того, исходя из положений подп. 3 п. 2 ст. 1 этого Закона, действия уполномоченных органов в данном случае не соответствовали положениям п. 1 ст. 10 ГК РФ и могут оцениваться как действия, имеющие своей целью исключительно воспрепятствование реализации субъектами малого и среднего предпринимательства права на приобретение арендуемого объекта[1].

Арендные отношения могут служить не только одним из условий приобретения права собственности на имущество. Они оказывают серьезное влияние на разрешение споров о собственности, особенно когда сторонами спора выступают субъекты государственной и муниципальной собственности. В спорах об истребовании имущества из незаконного владения решается вопрос о фактическом владении собственника. При этом фактическое владение публичного собственника трудно представить иначе, чем передачу принадлежащего имущества по договору аренды или в оперативное управление. Зачастую оба спорящих собственника представляют в суд доказательства заключения договора аренды с разными субъектами предпринимательской деятельности.

лого или среднего предпринимательства, установленным ст. 4 Федерального закона «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации», и о реализации преимущественного права на приобретение арендуемого имущества, не включенного в утвержденный в соответствии с ч. 4 ст. 18 Федерального закона «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации» перечень государственного или муниципального имущества, предназначенного для передачи во владение и (или) в пользование субъектам малого и среднего предпринимательства.

[1] Такое разъяснение дано в п. 5 информационного письма ВАС РФ от 5 ноября 2009 г. № 134 «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об особенностях отчуждения недвижимого имущества, находящегося в государственной собственности субъектов Российской Федерации или в муниципальной собственности и арендуемого субъектами малого и среднего предпринимательства, и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Вестник ВАС РФ. — 2009. — № 12.

Распространение в таких спорах получили договоры аренды, оформленные, например, в 2010 г., но с оговоркой, что их действие распространяется на период 2008—2009 гг. Хотя законодатель допускает такую возможность (п. 2 ст. 425 ГК) в спорах о праве собственности с участием публичных субъектов на стороне арендодателя. Чтобы исключить злоупотребления правами, таким доказательствам необходимо давать оценку с учетом конкретных обстоятельств дела, а также доказательств, представленных другой стороной.

Спор о признании права собственности за муниципальным образованием, на первый взгляд кажется спором с частным лицом. Но его разрешение оказывает влияние и на отношения федеральной собственности, если предприниматель получил имущество в результате распорядительного акта субъекта федеральной собственности, например заключив договор на основании проведенного аукциона. Так, в рассмотренном Президиумом ВАС РФ 5 октября 2010 г. деле № ВАС-5740/09 Департамент имущества города Москвы (далее — Департамент) предъявил иск к ООО «Билд» (далее — Общество) о признании права собственности города Москва на нежилые помещения, в том числе несколько подвалов, а также о признании недействительным зарегистрированного права собственности ООО «Билд» на эти нежилые помещения.

Право собственности Российской Федерации на спорное имущество было зарегистрировано в 2006 г. До этого Министерство имущества Российской Федерации с участием балансодержателя заключило несколько договоров аренды указанных нежилых помещений с различными юридическими лицами (с 1998 по 2001 г., а также с 2001 г.).

В результате проведенных торгов с ООО «Билд», победителем торгов в 2008 г., был заключен договор купли-продажи, на основании акта приема-передачи имущество передано покупателю. В договоре купли-продажи указаны обременения нежилых помещений правами третьих лиц в виде аренды по договорам от 1997 и 2001 гг. Результаты торгов, а также договор купли-продажи в установленном законом порядке не оспорены, недействительными не признаны[1].

Вместе с тем в отношении недвижимого имущества были также заключены договоры аренды, в которых на стороне арендодателя выступали Москомимущество и балансодержатель. В одном из договоров от 1992 г. сроком по 31 декабря 2017 г. предусматривалось гарантированное право выкупа через год.

Арбитражными судами, за исключением апелляционного суда, требования Департамента были удовлетворены. Судами был сделан вывод о том, что применительно к данному спору оспаривание зарегистрирован-

[1] В силу п. 1 ст. 449 ГК РФ публичные торги могут быть признаны недействительными по иску заинтересованного лица в случае нарушения правил, установленных законом. В пункте 44 совместного постановления Пленума ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 разъяснено, что споры о признании таких торгов недействительными рассматриваются по правилам, установленным для признания недействительными оспоримых сделок.

ного права на недвижимое имущество происходит совместно с использованием установленного гражданским законодательством способа защиты — признания права собственности города Москвы на недвижимое имущество. Срок исковой давности, о применении которого было заявлено ответчиком, признан судом не пропущенным.

Президиум ВАС РФ оставил в силе постановление апелляционного суда, который пришел к выводу, что истцом избран ненадлежащий способ защиты нарушенных прав, поскольку вопрос о праве собственности на спорное имущество мог быть разрешен только путем предъявления виндикационного иска в порядке ст. 223, 302 ГК РФ. Постановление кассационного суда противоречило правовой позиции, определенной в постановлении Президиума ВАС РФ от 10 февраля 2009 г. № 15148/08 по применению норм права, регулирующих избрание надлежащих способов защиты нарушенного права лица, считающего себя собственником имущества, но не владеющего им.

Кроме того, иск об истребовании имущества, предъявленный к лицу, в незаконном владении которого это имущество находилось, но у которого к моменту рассмотрения дела в суде отсутствует, не может быть удовлетворен. Если во время судебного разбирательства по иску об истребовании имущества из чужого незаконного владения спорное имущество было передано ответчиком другому лицу во временное владение, суд по правилам ч. 2 ст. 46 АПК РФ привлекает такое лицо в качестве соответчика. В подобных делах в качестве соответчиков должны быть привлечены юридические лица (арендаторы), в фактическом владении которых на момент рассмотрения дела в суде находится спорное имущество. Указанная правовая позиция изложена в п. 32 постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22. Ранее данная правовая позиция была также отражена в постановлении Президиума ВАС РФ от 28 апреля 2009 г. № 15148/08.

Приведенные выше примеры из судебной практики являются доказательством того, что выработанные судами критерии защиты прав субъектов предпринимательской деятельности помогают оперативно реагировать на изменение экономических отношений, а также обеспечивать в этих условиях действенную и эффективную защиту прав участников гражданского оборота. Законодательство в силу объективных причин может отставать от стремительно изменяющихся экономических отношений, но нет никаких препятствий для того, чтобы законодатель использовал предложенные практикой пути решения многих правовых проблем.

В.В. Витрянский,
доктор юридических наук,
профессор, заслуженный юрист РФ,
заместитель председателя ВАС РФ

РОЛЬ ИНСТИТУТОВ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА В МИНИМИЗАЦИИ ПОСЛЕДСТВИЙ ЭКОНОМИЧЕСКОГО КРИЗИСА

Трудно представить, чтобы перед гражданским правом в целом, его институтами или перед его основным кодифицированным актом — Гражданским кодексом РФ ставилась задача по осуществлению специальных мер, направленных на минимизацию последствий экономического кризиса. Решение текущих проблем — задача законов чрезвычайных, законов-реформ.

Цель гражданского права — определение и поддержание в актуальном состоянии стабильных правил имущественного оборота. В этом смысле лучшее средство минимизации последствий экономического кризиса — наличие современного развитого гражданского законодательства, а также предсказуемой судебной практики его применения.

В настоящее время осуществляется реформа гражданского законодательства. Начало реформы было положено принятием Указа Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации»[1]. Согласно данному Указу совершенствование гражданского законодательства должно осуществляться в следующих целях:

а) дальнейшее развитие основных принципов гражданского законодательства Российской Федерации, соответствующих новому уровню развития рыночных отношений;

б) отражение в ГК РФ опыта его применения и толкования судом;

в) сближение положений ГК РФ с правилами регулирования соответствующих отношений в праве Европейского Союза;

г) использование в гражданском законодательстве РФ новейшего положительного опыта модернизации гражданских кодексов ряда европейских стран;

д) поддержание единообразия регулирования гражданско-правовых отношений в государствах — участниках СНГ;

е) обеспечение стабильности гражданского законодательства.

Среди обозначенных в Указе № 1108 целей совершенствования гражданского законодательства невозможно обнаружить какие-либо цели, связанные с преодолением последствий кризиса.

[1] СЗ РФ. — 2008. — № 29 (ч. 1). — Ст. 3482.

На основе названного Указа Президента РФ Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства была разработана и после широкого обсуждения юридической общественностью одобрена Концепция развития гражданского законодательства РФ[1].

На основе Концепции началась работа по подготовке законопроекта о внесении изменений и дополнений в ГК РФ. Сегодня эта работа находится на завершающем этапе.

В связи с этим у нас имеется возможность рассмотреть некоторые из предлагаемых к внесению в ГК РФ положений, в том числе и с точки зрения их эффективности в условиях кризисных явлений в экономике.

Как и предусматривалось Концепцией, в законопроекте содержатся некоторые положения, направленные на укрепление нравственных начал гражданско-правового регулирования.

В частности, в статье, посвященной принципам гражданского законодательства (ст. 1 ГК РФ), появятся два новых положения:

1) при установлении, осуществлении и защите гражданских прав, а также исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно;

2) никто не вправе извлекать преимущества из своего незаконного или недобросовестного поведения.

Очевидно, требование добросовестности поведения, предъявляемое к участникам оборота, особенно актуально в период кризисных явлений в экономике, когда бремя дополнительных трудностей в равной степени и в равной мере должны нести все участники оборота.

Юридические последствия недобросовестного поведения выражаются, в частности, в том, что заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав теперь будет квалифицироваться как одна из форм злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ).

Предлагается упорядочить систему объектов гражданских прав. В этих целях вносятся изменения в ст. 128 ГК РФ. Редакция этой статьи будет выглядеть следующим образом: «К объектам гражданских прав относятся вещи, включая наличные деньги и документарные ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права; результат работ и оказание услуг; охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации; нематериальные блага.

К безналичным денежным средствам и бездокументарным ценным бумагам применяются правила об обязательствах, если иное не установлено законом, иными правовыми актами или не вытекает из существа названных объектов гражданских прав».

Именно в эпоху кризиса, когда банки зачастую приостанавливают операции по банковским вкладам и банковским счетам, наиболее ощутима

[1] Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. — М., 2009.

разница между наличными и безналичными денежными средствами. Бездокументарные ценные бумаги по содержанию (совокупность прав) не отличаются от своих документарных аналогов. Однако при осуществлении и защите указанных прав вряд ли возможно применение режима вещей. Значит, требуется не приравнивать бездокументарные ценные бумаги к вещам, а, признав их обязательственно-правовую природу, разрабатывать характерные для них способы осуществления и защиты соответствующих прав (обязательное страхование банковских вкладов, восстановление корпоративного контроля и т.п.).

Необходимо упорядочить систему объектов недвижимости, которые в эпоху кризиса могут служить едва ли не единственным твердым обеспечением кредита.

Помимо традиционных объектов недвижимости, а именно: земельные участки, участки недр и все, что прочно связано с землей, т.е. объекты, перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно, в т.ч. здания, сооружения, объекты незавершенного строительства, — к недвижимым вещам должны быть отнесены жилые и нежилые помещения, выделенные в установленном порядке в качестве самостоятельных объектов гражданских прав.

В качестве недвижимой вещи, участвующей в обороте как единый объект, признается единый имущественный комплекс — совокупность объединенных единым назначением зданий, сооружений и иных аналогичных объектов, неразрывно связанных физически и технологически либо расположенных на едином земельном участке, если объединение указанных объектов в одну недвижимую вещь отражено в едином государственном реестре прав на недвижимое имущество.

Особого внимания заслуживает правило о том, что земельный участок и находящееся на нем здание, сооружение, объект незавершенного строительства, принадлежащие на праве собственности одному лицу, признаются единым объектом и участвуют в гражданском обороте как одна недвижимая вещь.

Все озвученные положения предлагается включить в ст. 130 ГК РФ, определяющую перечень объектов недвижимости.

Напротив, такой имущественный комплекс, как предприятие (ст. 132 ГК РФ), не признается объектом недвижимости, но сохраняет статус единого объекта оборота, а также особый правовой режим. В частности, сведения о сделках с предприятием будут подлежать обязательной публикации, а сами сделки — нотариальному удостоверению.

Основная особенность правового режима недвижимости состоит в том, что вещные права на объекты недвижимости, ограничения этих прав, их возникновение, изменение и прекращение подлежат государственной регистрации в Едином государственном реестре (ст. 131 ГК РФ).

Надо сказать, что помимо специальных правил о государственной регистрации прав на недвижимость в ГК РФ (раздел 1 «Общие положения») появится ст. 8^1 «Государственная регистрация прав на имущество», опре-

деляющая общие правила государственной регистрации прав, закрепляющих принадлежность объекта гражданских прав определенному лицу в тех случаях, когда необходимость такой регистрации предусмотрена законом. Согласно этой статье государственная регистрация прав на имущество осуществляется государственным органом, определенным законом, на основе принципов проверки законности оснований государственной регистрации, публичности и достоверности государственного реестра.

Интересно и еще одно положение этой статьи: если иное не установлено законом, сделка, влекущая возникновение, изменение или прекращение прав, которые подлежат государственной регистрации, должна быть нотариально удостоверена.

В законопроекте предлагаются серьезные меры, направленные на упорядочение системы юридических лиц и правоотношений, связанных с их созданием, реорганизацией и ликвидацией. Особое внимание уделено укреплению защиты прав кредиторов действующих, реорганизуемых и ликвидируемых юридических лиц. Данное обстоятельство имеет важное значение в том числе в деле минимизации негативных последствий экономических кризисов.

Помимо традиционного деления юридических лиц на коммерческие и некоммерческие организации в законопроекте закрепляется также деление юридических лиц с точки зрения их организационной структуры на корпорации (построенные на началах членства) и некорпоративные юридические лица. К первым относятся хозяйственные общества и товарищества, производственные кооперативы и большинство некоммерческих организаций, а ко вторым — унитарные предприятия, фонды, учреждения, а также религиозные организации (ст. 65 ГК РФ).

Это позволило урегулировать в общем виде структуру управления и статус органов управления корпораций, а также ряд их внутренних отношений: оспаривание решений общих собраний и иных коллегиальных органов управления, условия выхода либо исключения участников из состава корпорации и т.п.).

В частности, в текст общих положений о юридических лицах включены статьи о правах и обязанностях участников (членов) корпорации (ст. 65^2) и об управлении в корпорации (ст. 65^3).

В целом общие положения о юридических лицах значительно расширены за счет детальных правил о создании юридических лиц и их государственной регистрации, реорганизации и ликвидации юридических лиц, а также о гарантиях и защите прав их кредиторов.

Такой подход соответствует положению Концепции развития гражданского законодательства РФ о необходимости сохранения основополагающей роли общих норм ГК РФ о юридических лицах, исключающей возможность создания и функционирования отдельных законов общего характера, составляющих дополнительный уровень регулирования «между» ГК и законами об отдельных видах юридических лиц (например, о некоммерческих организациях, о реорганизации юридических

лиц и т.п.). Гражданско-правовая регламентация в этой сфере должна остаться «двухуровневой» (ГК и специальные законы об отдельных видах юридических лиц)[1].

Так, в ст. 51 ГК РФ включены положения о том, что юридическое лицо подлежит государственной регистрации в государственном органе юстиции в порядке, определяемом законом о государственной регистрации юридических лиц.

До государственной регистрации юридического лица, изменений его устава или до включения иных данных в Единый государственный реестр юридических лиц орган юстиции обязан провести проверку законности оснований государственной регистрации достоверности данных, включаемых в реестр. В случае использования типового устава такая проверка осуществляется в упрощенном порядке, предусмотренном законом о государственной регистрации юридических лиц.

Всякое лицо, добросовестно полагающееся на данные Единого государственного реестра юридических лиц, вправе исходить из того, что они соответствуют действительным обстоятельствам.

Юридическое лицо обязано возместить убытки, причиненные другим участникам оборота вследствие непредставления, несвоевременного представления недостоверных данных о нем в реестр.

Предусмотрены законопроектом и определенные меры, направленные на упорядочение участия в обороте различных оффшорных компаний. В статье 51 ГК РФ появится положение о том, что юридическое лицо, зарегистрированное на территории иностранного государства, предоставляющего льготный режим налогообложения или не требующего раскрытия информации при проведении финансовых операций, может осуществлять предпринимательскую деятельность на территории РФ лишь при условии депонирования в уполномоченном государственном органе юстиции достоверной информации о своих учредителях (участниках) и выгодоприобретателях. Депонированная информация может быть раскрыта самим юридическим лицом или на основании решения суда. Риск последствий депонирования недостоверной информации несет соответствующее юридическое лицо.

Значительно расширены и детализированы положения о гарантиях прав кредиторов реорганизуемого юридического лица (ст. 60 ГК РФ), в том числе за счет введения правил о солидарной ответственности участвовавших в реорганизации юридических лиц и их учредителей (участников), а также членов коллегиальных органов управления.

К примеру, если кредитору, потребовавшему от реорганизуемого юридического лица досрочного исполнения обязательства или его прекращения и возмещения убытков, такое исполнение не представлено, убытки не возмещены и не предложено достаточное обеспечение исполнения

---

[1] Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. — М., 2009. — С. 47.

обязательства, юридические лица, образовавшиеся в результате реорганизации (разделение, выделение), несут перед таким кредитором солидарную ответственность.

При реорганизации в форме слияния или присоединения солидарную ответственность по обязательствам должника несут также лица, принявшие решение о реорганизации (участники, члены коллегиальных органов, руководитель).

Если разделительный баланс не позволяет определить правопреемника по обязательству юридического лица, а также в случае недобросовестного распределения активов и обязательств юридических лиц вновь созданные юридические лица несут солидарную ответственность по такому обязательству.

В случае признания судом решения о реорганизации юридического лица недействительным юридические лица, образованные в результате реорганизации, и участники юридического лица, голосовавшие за принятие решения о реорганизации, обязаны солидарно возместить убытки участнику реорганизованного юридического лица, голосовавшему против такого решения или не принимавшему участие в голосовании, а также кредиторам юридического лица.

В случае утраты должником корпорации права участия в ней в результате злонамеренно проведенной ее реорганизации данная реорганизация может быть признана судом несостоявшейся по иску такого участника. В результате юридические лица, существовавшие до реорганизации, восстанавливаются с одновременным прекращением вновь созданных юридических лиц, а участники признаются обладателями долей участия в том размере, в котором доли принадлежали им на момент реорганизации.

В Гражданском кодексе РФ (ст. 50) теперь будет содержаться исчерпывающий перечень организационно-правовых форм как коммерческих, так и некоммерческих организаций.

Коммерческие организации могут создаваться в организационно-правовых формах хозяйственных товариществ и обществ, производственных кооперативов, государственных и муниципальных унитарных предприятий.

Некоммерческие организации — в организационно-правовых формах потребительских кооперативов, общественных организаций граждан, ассоциаций и союзов, фондов, учреждений, религиозных организаций.

Это означает, в частности, что в отношении многочисленных и разнообразных некоммерческих организаций в их уставах (теперь все юридические лица, за исключением товариществ, должны будут иметь устав в качестве единственного учредительного документа), а в некоторых случаях (государственные корпорации) — в законах об их создании должно быть указано, в какой организационно-правовой форме они выступают в имущественном обороте.

Упрочению положения субъектов гражданских правоотношений и в целом укреплению имущественного оборота, в том числе и в эпоху эконо-

мических кризисов, будет способствовать и новая система правового регулирования вещных прав, предлагаемая законопроектом.

Раздел II ГК РФ будет иметь название «Вещное право» и состоять из четырех подразделов: «Владение»; «Общие положения о вещных правах»; «Право собственности»; «Ограниченные вещные права».

Включение в ГК РФ норм о владении как фактической позиции позволило разработать свод правил о владельческой защите.

В Кодексе наконец появилось определение вещного права как субъективного гражданского права, а также общие для всех вещных прав правила, отражающие признаки (свойства) всякого вещного права.

В подраздел о праве собственности помимо общих положений и традиционных глав о приобретении, прекращении права собственности и об общей собственности включены специальные правила о праве собственности на земельные участки и иные природные объекты, о праве собственности на здания и сооружения, о праве собственности на жилье и нежилые помещения.

Применительно к вещным правам на земельные участки в законопроекте реализовано положение Концепции о необходимости изъять и поместить в ГК с необходимой их переработкой гражданско-правовые нормы, содержащиеся в Земельном кодексе РФ[1].

В частности, сформулировано понятие земельного участка как объекта права собственности: участок поверхности земли, границы которого описаны и удостоверены в установленном порядке, прошедший кадастровый учет. Право собственности на земельный участок ограничивается его целевым назначением, а также экономическими и природоохранными требованиями. В законопроекте предусмотрены правила, касающиеся ограничений права собственности на земельный участок в публичных интересах (с изъятием из ЗК РФ норм о «публичном сервитуте») и в интересах соседей (так называемое соседское право).

В законопроекте реализована модель единого объекта недвижимости, который возникает при совпадении в одном лице собственника земельного участка и собственника находящегося на нем недвижимого имущества.

Если принять во внимание развернутый перечень ограниченных вещных прав на земельные участки, предусмотренный законопроектом, то очевидно, что реализация этих законоположений превратит земельный участок в полноценный объект имущественного оборота, и это обеспечит развитие кредита.

В законопроекте предлагается закрытый перечень ограниченных вещных прав:

право пожизненного наследуемого владения земельным участком;

право постоянного (бессрочного) пользования земельным участком;

право постоянного владения и пользования земельным участком (эмфитевзис);

---

[1] Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. — М., 2009. — С. 84.

право застройки земельного участка (суперфиций);
сервитут;
право личного пользовладения (узуфрукт);
ипотека;
право приобретения чужой недвижимой вещи;
право вещных выдач;
право оперативного управления.

Для развития кредита, а стало быть, и для минимизации негативных последствий экономических кризисов особое значение будет иметь изменение правового регулирования ипотеки. Зарегистрированное залоговое право на недвижимость предлагается признать вещным правом, со всеми вытекающими последствиями.

Более того, допускается и такой вид ипотеки, как независимая ипотека, когда при установлении залогового права на недвижимость можно ограничиться лишь указанием на срок существования ипотеки и на предельную сумму, которая может быть получена залогодержателем из заложенного имущества. При независимой ипотеке залогодержатель вправе самостоятельно определять, какое обязательство залогодателя или третьего лица считается обеспеченным такой ипотекой.

Предметом ипотеки могут быть не только недвижимые вещи или доли в праве собственности на них, но и право застройки земельного участка, а также право постоянного владения и пользования земельным участком.

И наконец, еще одно направление реформы гражданского законодательства (в части общих положений об обязательствах и договорах) — стабильность договора.

В законопроект включены правила, исключающие возможность для стороны, принявшей от контрагента полное или частичное исполнение обязательства, добиваться признания договора недействительным.

В случае признания договора, исполнение которого связано с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, по требованию одной из сторон недействительным стороны будут вправе своим соглашением определить последствия недействительности договора, а правила ст. 167 ГК РФ будут применяться лишь субсидиарно.

По-новому теперь будет решаться вопрос о признании договора незаключенным в случаях, когда сторонами не было достигнуто соглашение по одному из существенных условий договора и данное условие не может быть определено по правилам, предусмотренным законодательством. При рассмотрении спора о признании договора незаключенным по требованию одной из сторон суд по заявлению другой стороны будет вправе признать договор заключенным и определить соответствующее условие договора с учетом необходимости обеспечения баланса интересов обеих сторон.

Кроме того, сторона, принявшая от контрагента исполнение обязательства или иным образом подтвердившая действие договора, будет лишена права требовать признания этого договора незаключенным.

Предусмотрены также определенные ограничения осуществления предусмотренного законом или договором права на отказ от договора (исполнения договора). В случаях когда при наличии оснований для отказа от договора сторона, имеющая право на такой отказ, подтверждает действие договора, в том числе путем принятия от другой стороны предложенного последней исполнения обязательства, последующий отказ от договора по тем же основаниям не допускается.

Приведенные примеры норм, предлагаемых к включению в ГК РФ, конечно же, не направлены специальным образом на минимизацию негативных последствий экономического кризиса. Но одно несомненно: действие указанных норм в будущем позволит в значительной мере ослабить влияние экономических кризисов на имущественный оборот.

В.П. Мозолин,
доктор юридических наук, профессор
(МГЮА)

МОДЕРНИЗАЦИЯ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ В ЭКОНОМИЧЕСКОМ ИЗМЕРЕНИИ

Под модернизацией права собственности понимается необходимость дальнейшего совершенствования и развития научной доктрины и законодательства, относящихся к правовому регулированию имущественных и неимущественных отношений в нашей стране.

Действующее законодательство о праве собственности было принято в начальный период перехода страны к рыночной экономике и с тех пор по основным параметрам существенно не изменялось.

С одной стороны, это служит убедительным доказательством соответствия его основных положений потребностям развития современной экономики. С другой стороны, в нем четко выявились отдельные положения и пробелы, требующие внесения в законодательство необходимых изменений и дополнений, теоретически обоснованных юридической наукой.

К сожалению, в Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации вопрос о совершенствовании права собственности обойден стороной.

По своей юридической природе основополагающие нормы о праве собственности относятся к особой разновидности внеотраслевых (реперных) правовых норм[1]. Отдельного гражданско-правового или какого-либо иного отраслевого понятия права собственности (административного, налогового, уголовного или другого) не существует.

Законом предусматривается лишь единое публично-частное понятие права собственности, основанное на положениях Конституции Российской Федерации и сопровождающих их нормах гражданского и в ряде случаев других ветвей (отраслей) права, определяющих отдельные элементы данного понятия.

Конституцией РФ регулируются положения о формах собственности, равным образом признаваемых и защищаемых в стране (ч. 2 ст. 8); о собственности на землю и другие природные ресурсы, которые могут находиться в частной, государственной, муниципальной и иных формах собственности (ст. 9 и 36); о праве частной собственности с указанием правомочий собственника и определенного правового режима их осуществления (ст. 35); о полномочиях Российской Федерации и субъектов Российской

[1] См.: *Мозолин В.П.* Роль гражданского законодательства о регулировании комплексных имущественных отношений // Журнал российского права. — 2010. — № 1. — С. 26—31.

Федерации, связанных с правовым регулированием и осуществлением права собственности на имущество, находящееся в государственной собственности (ст. 71, 72, 73); об управлении органами местного самоуправления муниципальной собственностью (ст. 132) и устанавливаются общие правила по обеспечению законности и правопорядка в стране (п. «б» ч. 1 ст. 72), в соответствии с которыми «признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина являются обязанностью государства» (ст. 2).

В Гражданском кодексе РФ содержатся нормы, конкретизирующие положения Конституции РФ о содержании права собственности, о возможности отчуждения его и использования другими лицами (ст. 209 и др.), вводятся нормы об основаниях приобретения и прекращения права собственности, о гражданско-правовых способах защиты права собственности, детально излагаются положения, определяющие правовое положение субъектов права собственности по предусматриваемым законом формам собственности с учетом предоставляемых им субъективных прав на различные виды объектов права.

В административном и уголовно-правовом законодательстве предусматриваются нормы о присущих данным отраслям особенностях ответственности за нарушение закона.

В итоге образуется единое межотраслевое понятие права собственности, основанное на господствующем (приоритетном) в нем положении конституционных правовых положений и норм.

Базируется оно на положениях ст. 15 Конституции РФ, согласно которым «Конституция Российской Федерации имеет высшую конституционную силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации. Законы и иные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции Российской Федерации».

Применение данного понятия в отдельных сферах общественных отношений, регулируемых различными отраслями российского законодательства, производится с учетом особенностей права собственности, присущего каждой соответствующей отрасли законодательства.

Положение о единстве права собственности, основанное на межотраслевых правовых нормах, содержащихся в Конституции РФ, Гражданском кодексе РФ и других федеральных законах, в его формализованном выражении идентично тем определениям понятия права собственности, которые даются в современной российской доктрине права. По мнению Г.А. Гаджиева, «существует одно единое право собственности, предполагающее, что у всех субъектов права, признаваемых собственниками, имеются одинаковые полномочия, и государство должно обеспечивать равную защиту прав всех собственников, в том числе путем отказа от неоправданных ограничений объектного состава имущества, которое может принадлежать публичным собственникам»[1].

[1] Право собственности: актуальные проблемы / отв. ред. В.Н. Литовкин, Е.А. Суханов, В.В. Чубаров. — М., 2008. — С. 14.

«Право собственности как комплексный правовой институт (разрядка моя. — *В.М.*), прежде всего, конкретизируется нормами гражданского права. Вне всякого сомнения, любое субъективное право, определяемое в гражданском праве как право собственности, является одновременно и субъективным конституционным правом собственности»[1].

При этом нельзя, однако, не заметить, что концепция единства права собственности обосновывается Г.А. Гаджиевым ее связью с понятием комплексности института права собственности, что, на наш взгляд, вряд ли следует считать в данном случае правильным.

Как следствие, невозможно признать убедительными выводы о том, что конституционное понятие права частной собственности трактуется шире, чем гражданское правовое[2]. Не приходится уже говорить о том, что утверждение Г.А. Гаджиева о различии между публично-правовой (конституционно-правовой) концепцией права собственности и цивилистической концепцией[3] практически полностью девальвирует отстаиваемое им понятие «единое право собственности».

Основной причиной указанного противоречия в формировании понятия единого права собственности, по нашему мнению, стало комплексное включение в него, продолжающее свое самостоятельное существование, конституционных и гражданско-правовых норм.

Предлагаемая же наша концепция единого права собственности, наоборот, основана на образовании на базе данных норм новой разновидности правовых норм внеотраслевого характера. В результате такого образования создается качественно новое понятие единого права собственности, исключающее саму возможность какого-либо противопоставления цивилистических правовых норм нормам конституционного права. В случае же принятия Федеральным Собранием РФ законов, противоречащих конституционным нормам права о собственности, такие нормы в установленном Конституцией Российской Федерации порядке должны признаваться Конституционным судом Российской Федерации антиконституционными.

Кстати, никакого расхождения в «широте» между цивилистическими нормами права, содержащимися в действующем ГК РФ и в Конституции РФ, посвященными возникновению и прекращению права собственности, как и праву собственности на вещи и имущественные права, в настоящее время не существует. Проблема состоит лишь в том, что «глубина» правового регулирования отношений, связанных с правом

---

[1] Право собственности: актуальные проблемы / отв. ред. В.Н. Литовкин, Е.А. Суханов, В.В. Чубаров. — М., 2008. — С. 16.

[2] Там же. — С. 18; Не только в Европейском Суде, но и во многих Конституционных судах Западной Европы конституционное понятие права частной собственности трактуется шире, чем гражданско-правовое.

[3] Там же. — С. 26. Аргументы Конституционного Суда о конституционности ст. 167 ГК РФ «наглядно демонстрируют разницу между публично-правовой (конституционно-правовой) концепцией права собственности и цивилистической концепцией».

собственности на имущественные права, настоятельно требует включения в Гражданский кодекс новых конкретизирующих цивилистических норм права.

В связи с появлением наряду с имуществом новых объектов субъективных прав собственности и переходом экономики на систему двух рынков товаров (рынка вещей и рынка прав) в соответствии с п. 1 ст. 8, ст. 34, ст. 44 Конституции РФ, ст. 209 и ст. 254 ГК РФ общее межотраслевое понятие права собственности следует считать родовым понятием, применяемым ко всем названным объектам права собственности.

Особенности же правового регулирования отношений с участием отдельных видов объектов права собственности в имущественных и личных неимущественных отношениях необходимо предусмотреть в специальных гражданско-правовых нормах в ГК РФ. По нашему мнению, это нововведение должно значительно увеличить потенциал положительного воздействия права на экономику. Не приходится сомневаться в том, что в настоящее время товарный рынок в России все более и более становится обменом прав, а не вещей в их натуральном выражении. В большинстве случаев вещи следуют за правами, а не наоборот.

В целях создания полноправного субъекта права в условиях функционирования рыночной экономики, находящегося на положении собственника имущества, участвующего в торговом обороте, необходимо шире использовать сложноструктурную модель права собственности. В отличие от упрощенной модели права собственности, интенсивно ныне применяемой в России в сфере действия государственной собственности, при которой у каждой вещи может быть только один собственник, при использовании сложноструктурной модели имущество может одновременно принадлежать нескольким собственникам[1].

Горизонтальная модель данного вида права собственности в форме общей собственности широко используется и в отношениях с участием государственных организаций.

Не вызывает каких-либо серьезных возражений и возможность использования сложноструктурной модели права собственности в ее вертикальном варианте в имущественных отношениях с участием Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, объектом которых являются земля и другие природные ресурсы. Известная настороженность, однако, существует при использовании рассматриваемой модели права собственности государственными органами и организациями, наделенными правами публичного юридического лица, при осуществлении ими производственно-коммерческой деятельности. Хотя и в данной сфере функционирования экономики в стране с участием публичных юридических лиц наметился известный прогресс. Примером этому стало законодательство о государственных корпорациях (компаниях), закрепившее за указанны-

[1] См. подробнее: *Мозолин В.П.* Право собственности в Российской Федерации в период перехода к рыночной экономике. — М., 1992. — С. 39—46.

ми юридическими лицами право государственной собственности на используемое ими имущество[1].

Расширение сферы применения сложноструктурной модели права собственности на другие категории и сферы деятельности государственно-публичных юридических лиц несомненно, на наш взгляд, может способствовать повышению потенциала положительного воздействия права на экономику страны.

Проводимая модернизация права собственности в стране настоятельно требует и введения в Конституцию РФ *положения об образовании особой формы собственности, называемой всенародным достоянием*, принадлежащим российскому народу на праве собственности. Данное требование, неоднократно заявляемое юристами и экономистами в прошлом, особенно актуально в настоящее время. Оно прежде всего связано с необходимостью создания общественных фондов потребления путем направления в них всех получаемых прибылей от использования земли и других природных ресурсов и направления их на нужды бесплатного образования и медицины в стране, развитие фундаментальной науки, восстановление и развитие культуры.

Объектами данного права народной собственности помимо земли и других природных ресурсов могут быть территории и места общего пользования граждан (улицы, площади, парки, побережья рек, морей и иных больших водоемов), национальные музеи, театры, иные культурные ценности и т.д., использование и развитие которых должно осуществляться за счет финансовых отчислений от налогов, получаемых государством.

Основные функции по распоряжению имуществом, находящимся в собственности, называемым народным достоянием, могут быть возложены на общественный орган, который избирается населением страны по регионам на основе норм представительства, определяемых от числа проживающих в них граждан.

Управление указанным имуществом по договору с указанным общественным органом должно осуществляться федеративным государством в лице Правительства РФ.

В плане воздействия права собственности на экономику важное значение приобретает также рассмотрение вопроса об обязанностях собственника, прежде всего обладателя частной собственности, предусматриваемых законом.

В части 3 ст. 55 Конституции РФ, воспроизведенной в п. 3 ст. 1 Гражданского кодекса РФ, говорится об ограничениях федеральным законом прав и свобод человека и гражданина (гражданских права субъектов права в ГК РФ) только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

[1] См. подробнее: *Мозолин В.П.* Государственная корпорация vs акционерное общество // Журнал российского права. — 2010. — № 6. — С. 19—34.

В статье 209 ГК РФ при осуществлении права собственности также предписывается соблюдать права и охраняемые законом интересы других лиц.

Об охране прав и законных интересов общества в целом ни в Конституции РФ, ни в Гражданском кодексе непосредственно не говорится. Безусловно, это следует считать пробелом в действующем законодательстве. Правда в отдельных случаях при необходимости защиты прав и интересов общества можно применять ст. 10 ГК РФ о пределах осуществления гражданских прав. Можно также при этом использовать и весьма спорную концепцию секундарных прав. Но этого недостаточно.

Действия, предпринимаемые государственными органами и отдельными общественными объединениями граждан по стимулированию крупных собственников оказывать спонсорскую помощь организациям науки, образования, здравоохранения, культуры, социальным учреждениям, в большинстве случаев не дают положительного результата по сравнению с тем, что имеет место в высокоразвитых странах мира.

В Конституции РФ и Гражданском кодексе РФ должно содержаться положение о том, что собственник обязывается соблюдать наряду с правами и законными интересами других лиц и аналогичные интересы общества.

О.М. Свириденко,
кандидат юридических наук,
председатель Арбитражного суда г. Москвы

ИНСТИТУТ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ (БАНКРОТСТВА) В СИСТЕМЕ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

На протяжении длительного времени отсутствие систематизации в исследовании института несостоятельности (банкротства), важность внесения ясности в теоретические разработки и осмысления проблем несостоятельности (банкротства) как юридических, так и физических лиц в Российской Федерации, а также необходимость решения этих проблем в целях правоприменения заметно влияют на активное обсуждение в кругах ученых-юристов и практиков и насущной проблемы определения места и роли института несостоятельности (банкротства) в системе гражданского права.

Несостоятельность (банкротство) в системе современного отечественного права представляет собой институт, характеризующийся совокупностью юридических норм (институтов), содержащихся в различных отраслях права, в том числе и в отрасли гражданского права, и регулирующих правоотношения, возникающие между юридическими лицами и государством в лице его органов, гражданином и/или общественными объединениями.

В то же время существует точка зрения, согласно которой институт несостоятельности (банкротства) является межотраслевым институтом российской системы права и представляет собой совокупность правовых норм и институтов различных отраслей права, в том числе гражданского, имеющих одинаковую цель: регулирование правоотношений, связанных с возникновением, изменением и прекращением отношений, возникающих при несостоятельности (банкротстве) субъектов имущественно-стоимостного оборота.

Таким образом, современная юридическая наука применяет различные подходы к исследованию института несостоятельности (банкротства), в связи с чем отсутствует единое мнение по определению его места и роли в системе гражданского права. Множественность современных научных определений института несостоятельности (банкротства) свидетельствует о сложности уяснения его правовой сути и содержания. Это зачастую связано с тем, что ученые-юристы и практики, проводя анализ института несостоятельности (банкротства), опираются на закрепленные в Федеральном законе от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»[1] (далее — Закон о банкротстве) нормы права, которы-

[1] СЗ РФ. — 2002. — № 43. — Ст. 4190.

ми не в полном объеме урегулированы существующие проблемы правоприменительной практики. В результате сложившиеся обстоятельства требуют в последующем значительной корректировки посредством внесения в них очередных дополнений и изменений или принятия новых законов.

Устойчивая система экономических отношений любого государства не только способствует росту его экономического потенциала, но и определяет стабильность развития государства в целом.

Вместе с тем, как показывает анализ мировой практики, рыночная экономика не может эффективно функционировать при отсутствии адекватного законодательства, регулирующего экономический оборот, в том числе защищающего от последствий неэффективной деятельности его участников, выражающегося в неисполнении или ненадлежащем исполнении принятых на себя обязательств.

В этой связи банкротство различных хозяйствующих субъектов — распространенное и даже в определенной степени закономерное явление в странах с рыночной экономикой, является неотъемлемой частью отношений между хозяйствующими субъектами. Устойчивая тенденция к возникновению новых и ликвидации старых субъектов без ущерба для экономики в целом говорит о том, что процесс несостоятельности (банкротства) естественен для рыночной экономики в той степени, в какой он является необходимым.

Несостоятельность (банкротство) как механизм оздоровления экономики давно уже стала одним из основных инструментов западного рынка. Это, безусловно, радикальная мера, но в то же время последняя возможность сохранить то или иное предприятие от окончательного развала благодаря передаче управления неплатежеспособным предприятием от неэффективного собственника более эффективному.

В этом состоит неоспоримый плюс несостоятельности (банкротства): играя роль своеобразного «санитара» экономики, несостоятельность устраняет нежизнеспособные элементы рынка и тем самым освобождает дорогу наиболее эффективно действующим субъектам и способствует развитию института частной собственности.

Говоря об институте несостоятельности (банкротства) в современной России нельзя не заметить, что после длительного господства планово-распределительного типа экономической системы данный институт остается относительно новой формой экономических отношений, находясь в процессе перманентного развития и трансформаций.

На протяжении последних 18 лет развития рыночных отношений в России сегодня действует уже третий по счету закон о несостоятельности (банкротстве), что обусловлено совершенствованием и развитием экономических отношений, появлением новых организационно-правовых форм, новейших экономико-финансовых институтов. Поскольку законодательство в данной области является сравнительно новым, его развитие происходит достаточно динамично по мере обнаружения проблемных вопросов и правовых коллизий.

Представляется, что в целях дальнейшего совершенствования законодательства и эффективного устранения выявляемых недостатков и пробелов в правовом регулировании отношений, связанных с несостоятельностью (банкротством), необходим комплексный анализ как самого института банкротства, так и истории его становления в нашей стране.

Бурное развитие экономических отношений и становление института частной собственности в России, ставшие результатом проведения рыночных реформ 1991—1992 гг., позволили иначе взглянуть на проблему регулирования отношений хозяйствующих субъектов с использованием механизмов несостоятельности (банкротства). В результате в 1992 г. был принят Закон Российской Федерации «О несостоятельности (банкротстве) предприятий», основной функциональной задачей которого де-факто стала очистка экономики от формально существующих, но неэффективно работающих предприятий. В целом по признакам возбуждения дел о несостоятельности (банкротстве) с учетом использования критерия неоплатности данный Закон о банкротстве можно отнести к закону с продолжниковым уклоном.

В ходе практической апробации Закона о банкротстве 1992 г. стали очевидны его отдельные серьезные недостатки. В частности, основные критические отзывы касались фактов преднамеренных банкротств крупных, экономически и социально значимых предприятий, в том числе стратегических и градообразующих, а также увеличения границ использования процедур несостоятельности (банкротства) в недобросовестных целях, с нарушением интересов государства как кредитора и собственника.

В связи с этим возникла необходимость в переработке Закона о банкротстве 1992 г., результатом чего явилось принятие в 1998 г. нового Закона о банкротстве. Применимый для возбуждения дела о несостоятельности (банкротстве) в данном законе критерий неплатежеспособности не обеспечивал в полном объеме защиту прав и интересов субъектов гражданского оборота в области несостоятельности (банкротства). Более того, Закон о банкротстве 1998 г. в большей степени был направлен на защиту интересов кредиторов, в связи с чем в научно-публицистической литературе получил название «прокредиторский».

Принимая во внимание накопленный практический опыт применения предыдущих законов о несостоятельности (банкротстве) 1992 и 1998 гг., принятый в 2002 г. Закон о банкротстве явился следующим этапом в развитии института несостоятельности и был направлен на оздоровление экономики путем избавления от неработающих, но формально действующих предприятий. Данный Закон в связи с введением процедуры финансового оздоровления предоставлял возможность для восстановления предприятий, стабилизации платежеспособности и фактического выхода из критического состояния банкротства.

В то же время, по нашему мнению, существующая сегодня законодательная база не позволяет в полной мере обеспечивать надежную и эффективную защиту интересов собственников предприятий и не исклю-

чает возможности очередного передела собственности с использованием института несостоятельности (банкротства), что в экономически развитом обществе противоречит смыслу гражданского законодательства и обычаям делового оборота.

С учетом обзора зарубежного и отечественного законодательства, а также практики его применения можно уверенно говорить о том, что наиболее приемлемая в российских условиях модель банкротства должна в первую очередь делать акцент на соблюдение баланса интересов всех участников процесса по рассмотрению спора о несостоятельности (банкротстве). При этом возврат кредитору денежных средств, смена соответствующего собственника предприятия при одновременном сохранении его бизнеса в целом должны проходить с соблюдением интересов работников предприятий и учетом всех социально значимых вопросов.

Для реального соблюдения перечисленных выше условий необходимой представляется разработка целостной концепции несостоятельности (банкротства), ориентированной на сохранение баланса интересов должника и кредиторов, а также направленной на обеспечение в Российской Федерации прав и законных интересов личности, общества и государства в экономической сфере.

Вместе с тем центральным препятствием на пути создания целостной научной концепции несостоятельности (банкротства) на сегодняшний день остается отсутствие как унифицированного доктринального понятийного аппарата, так и законодательной основы для закрепления самого понятия «банкротство».

В отечественной юридической и экономической литературе до сих пор четко не установлены границы между финансовым и юридическим аспектами несостоятельности (банкротства), вследствие чего не учитываются особенности его проявления на различных стадиях кризиса предприятия и иных хозяйствующих субъектов.

Кроме того, неполнота урегулированности концептуальных основ нормативной правовой базы в России, во многом объясняющаяся сложностью правоотношений при осуществлении процедуры банкротства, приводит к появлению правовых коллизий, что, в свою очередь, порождает многочисленные судебные иски и, как следствие, — возникновение арбитражных процессов и т.п.

Существующие противоречия свидетельствуют не только о наличии проблемы в теоретико-методологическом исследовании сущности и содержания правового регулирования имущественных отношений при осуществлении процедуры несостоятельности (банкротства) предприятий и учреждений различной формы собственности, но и о недостаточной разработанности и эффективности действующих норм гражданско-правового регулирования таких отношений, а также их реализации уполномоченными органами.

Таким образом, центральной проблемой сегодня является отсутствие единого подхода и целостной концепции, описывающих такое явление,

как несостоятельность (банкротство) и позволяющих наиболее полно отразить сущность данного понятия.

В этих условиях необходимой представляется разработка целостной научной концепции несостоятельности (банкротства) в Российской Федерации, основанной на создании новой конструкции правовой общности материальных и процессуальных норм в рамках единого правоотношения. Раскрыта юридическая природа данной правовой общности и ее отдельных композиционных элементов, закрепленных в действующем законодательстве, с учетом практического ее применения судами, что представляет собой решение значимой теоретической задачи, имеющей существенное значение для науки гражданского права.

Анализ юридической литературы показывает, что в настоящий момент существует достаточно много различных суждений и позиций по вопросу о соотношении понятий «несостоятельность» и «банкротство». При этом единого подхода к определению этих понятий среди ученых и практиков нет.

По нашему мнению, с точки зрения юридических последствий несостоятельности и банкротства предприятия в смысле возможностей выхода из финансового кризиса, восстановления платежеспособности предприятия, направленных на его стабилизацию, данные понятия различны.

Так, несостоятельность — это такое финансово-экономическое состояние предприятия, при котором в момент возбуждения дела, а также на стадиях процедур наблюдения, финансового оздоровления, внешнего управления у предприятия отсутствует возможность в полном объеме удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам, в том числе исполнить обязанность по уплате обязательных платежей, однако имеются реальные активы и материальные возможности, а также способность в результате погашения задолженности на стадиях наблюдения, финансового оздоровления или внешнего управления восстановить платежеспособность предприятия.

В то же время банкротство — это степень несостоятельности должника, подтвержденная судебным актом (решением) о введении процедуры конкурсного производства, при которой восстановление способности по полному удовлетворению требований кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнению обязанностей по уплате обязательных платежей становится объективно невозможным.

На стадии принятия арбитражным судом заявления о признании должника несостоятельным (банкротом), не способным удовлетворять требования кредиторов по денежным обязательствам и исполнять обязанности по уплате обязательных платежей, понятие несостоятельности (банкротства) еще находится на начальном этапе своего возникновения. В этом случае критериями ее существования являются неоплатность должника-гражданина и неплатежеспособность должника — юридического лица в отношении ликвидации задолженности перед кредиторами, образовавшейся в течение трех месяцев с даты ее возникновения. Можно сказать,

что в данный период несостоятельность проявляется в форме неоплатности или неплатежеспособности должника.

К тому же указанная неспособность должника удовлетворить требования кредиторов по уплате долгов находится в положении предполагаемой к погашению. На весь период рассмотрения судом дела о несостоятельности (банкротстве) не исключается возможность восстановления платежеспособности должника.

В связи со сказанным становится понятным, почему под именем одного понятия «несостоятельность (банкротство)» действуют два взаимосвязанных между собой, но одновременно сохраняющих свою отраслевую принадлежность правоотношения — гражданское и процессуальное, образуя по существу единый материально-процессуальный правовой комплекс. Данные правоотношения возникают и прекращаются одновременно. При этом гражданское правоотношение функционирует исключительно в сфере действия процессуального правоотношения. Это означает, что отношения, связанные с несостоятельностью (банкротством), осуществляются в системе комплексных частно-публичных правоотношений, содержанием которых являются материальные, а формой — процессуальные отношения публично-правового характера.

С учетом установления комплексного характера правоотношений, возникающих при несостоятельности (банкротстве), на основе системного подхода с использованием специального юридического формально-логического метода представляется возможным выделить категорию «частно-публичные правоотношения», которые носят интегративный характер и включают в себя частноправовые и публично-правовые отношения между субъектами, участвующими в процедурах несостоятельности (банкротства), возникают на определенных фазах процесса несостоятельности (банкротства), осуществляются в рамках судебных решений и завершаются окончанием данного процесса.

По нашему мнению, можно выделить две фазы формирования частно-публичных правоотношений.

Первая фаза определяется наличием частных и публичных правоотношений между кредиторами и должником, возникающих на основе судебного решения о юридическом факте состояния банкротства и (или) решения уполномоченного органа. На этой стадии создаются необходимые организационно-правовые условия (предпосылки) для возникновения субстантивных правоотношений, складывающихся в последующем между кредиторами и должником.

Вторая фаза характеризуется преобразованием частноправовых и публично-правовых отношений в единое публичное правоотношение, которое возникает в результате установления судом правомочности субъектов в процессе несостоятельности (банкротства) и признания их кредиторами, что является основанием для формирования полного реестра требований кредиторов.

Данное отношение продолжается до момента распределения конкурсной массы между кредиторами с последующим его преобразованием из публичных в частные и публичные и прекращается с момента принятия судебного акта о завершении конкурсного производства по делу.

Остановимся более детально на обзоре и анализе композиционных элементов, закрепление которых в действующем законодательстве представляется необходимым для создания целостной научной концепции банкротства и, как следствие, дальнейшего поступательного развития института несостоятельности (банкротства) в нашей стране.

Критерий реальной неплатежеспособности является сегодня ключевым для определения процедуры несостоятельности (банкротства), подлежащей применению к должнику при рассмотрении арбитражным судом дела о несостоятельности (банкротстве). Вместе с тем в настоящее время с учетом продолжающегося процесса формирования института частной собственности столь быстрая и относительно простая процедура возбуждения дела о несостоятельности (банкротстве) с использованием критерия неплатежеспособности представляется достаточно опасной, поскольку может нанести ощутимый вред институту частной собственности.

В связи с этим необходимым представляется законодательное закрепление принципа реальной платежеспособности должника, обеспечивающего функционирование предприятия в интересах общества. Быстрая процедура возбуждения дела о несостоятельности (банкротстве) с использованием существующего в настоящее время критерия неплатежеспособности представляется достаточно опасной, поскольку это может нанести определенный вред еще формирующемуся институту частной собственности. Автор предлагает, не изменяя критерия неплатежеспособности, дополнить существующий перечень документов, необходимых для возбуждения дела о несостоятельности (банкротстве), актом судебного пристава — исполнителя о невозможности взыскания.

Анализ особенностей процессуального статуса должника позволяет сегодня ставить вопрос о наделении его правом на обращение в суд с заявлением о введении процедуры финансового оздоровления с одновременной процессуальной обязанностью представления отчета о своем финансовом состоянии, подтвержденного в обязательном порядке заключением независимого аудита с приложением документов, подтверждающих все возможные источники погашения задолженности.

Законодательное установление максимального двухлетнего срока процедуры финансового оздоровления для всех предприятий представляется довольно слабо обоснованным с точки зрения значительных различий финансово-экономических статусов и иных особенностей предприятий (стратегическое, градообразующее, фермерское хозяйство), а также их значимости для экономики страны.

Представляется обоснованным и направленным, с одной стороны, на реальное соблюдение прав и учет интересов кредиторов и должников, а с другой стороны, на предотвращение случаев так называемого банкротно-

го рейдерства (целью которого в большинстве случаев является намеренное дробление предприятия и его последующая продажа по частям) введение в рамках конкурсного производства процедуры учета мнения должника, касающейся проведения торгов (конкурса) по продаже имущества предприятия и определения способа такой продажи.

Данная процедура позволит должнику в ходе заседания изложить суду свое мнение о целесообразности распродажи имущества предприятия по частям или целиком, а суду, с учетом мнения должника, — вынести законное и объективное решение.

Представляется необходимым с точки зрения соблюдения интересов и обеспечения прав кредиторов в процессе процедуры банкротства указание в действующем Законе о банкротстве альтернативного способа участия независимого арбитражного управляющего, не являющегося членом саморегулируемой организации. В частности, арбитражный управляющий может быть зарегистрирован при арбитражном суде. При этом у сторон арбитражного спора должны быть сохранены гарантии реализации права выбора кандидатуры арбитражного управляющего, представляемой к утверждению арбитражным судом.

Принятие законопроекта о банкротстве физических лиц является логичным и необходимым шагом в развитии института несостоятельности (банкротства) и позволит усовершенствовать порядок осуществления реабилитационных процедур, применяемых в деле о несостоятельности (банкротстве), повысит привлекательность соответствующих процедур для всех заинтересованных лиц, позволит увеличить количество случаев восстановления платежеспособности должников в ходе дела о несостоятельности (банкротстве).

Вместе с тем, на наш взгляд, реальное практическое внедрение данного института может происходить лишь после того, как экономика страны преодолеет последствия мирового финансового кризиса и вновь вернется к состоянию стабильного поступательного развития. Любая же поспешная попытка реализации данного института может привести к непредсказуемым социальным последствиям, так как на сегодняшний день невозможно достоверно определить количество граждан, нуждающихся в обращении к данной процедуре, отсутствует необходимая инфраструктура, способная обеспечить рассмотрение значительного числа обращений граждан, а также отсутствует культура и понимание механизма функционирования реабилитационных процедур со стороны самих должников. Все перечисленные факторы в совокупности способны вместо реального положительного эффекта привести лишь к параличу арбитражной системы, заваленной исками граждан, а также к росту социальной напряженности в связи с неверным пониманием сути реабилитационных процедур со стороны граждан.

Предлагается создать специализированные суды по рассмотрению и разрешению споров о несостоятельности (банкротстве) с усилением полномочий суда в деле о несостоятельности (банкротстве) и приданием суду

функций не только статиста и наблюдателя, но и реального организатора процесса, осуществляющего функцию публично-правового контроля.

В этом случае, например, проведение торгов (конкурсов) по продаже имущества предприятия-должника представляется целесообразным перенести непосредственно в специализированный суд по рассмотрению и разрешению споров о несостоятельности (банкротстве), что позволит суду осуществлять функции контроля за законным и обоснованным проведением торгов по продаже бизнеса должника, поскольку в настоящее время проведение таких торгов находится вне компетенции суда. Это, в свою очередь, существенно снизит число поступающих исковых заявлений на предмет обжалования указанных торгов (конкурсов) и станет препятствием к использованию схем по затягиванию процессов по рассмотрению дел о несостоятельности (банкротстве).

Процедура банкротства в условиях рыночной экономики является важной составляющей общественных отношений в сфере экономики и права, действенным способом защиты нарушенных прав и законных интересов субъектов экономической деятельности, а также важным инструментом «саморегулирования» и «самоочищения» бизнес-среды от нежизнеспособных элементов.

Вместе с тем сегодня для эффективного функционирования данного института в Российской Федерации необходимой представляется разработка целостной научной концепции несостоятельности (банкротства), которая представляет собой научную идею о комплексе частных, публичных, субстантивных (частно-публичных) отношений, возникающих в рамках производства по делу о несостоятельности (банкротстве), регулируемых нормами материального и процессуального права, направленных на соблюдение баланса интересов должника и кредиторов, обеспечивающих стабильность экономики государства в целом. Таким образом, это предполагает процессуальный порядок рассмотрения дела о несостоятельности (банкротстве) с применением материально-правовых норм при активной организационной роли арбитражного суда, осуществляющего свои полномочия в соответствии с нормами публично-правового контроля.

А.В. Турбанов,
доктор юридических наук, генеральный директор государственной корпорации «Агентство по страхованию вкладов»

СИСТЕМА СТРАХОВАНИЯ БАНКОВСКИХ ВКЛАДОВ: СОВРЕМЕННОСТЬ И НОВЫЕ ВЫЗОВЫ

Роль институтов гражданского права в развитии нормальных рыночных отношений, безусловно, велика. Вместе с тем стимулирующие возможности таких институтов в экономике, в т.ч. переходного периода, не безграничны. Задачи модернизации экономики нередко содержат в себе новые вызовы, достойные ответы на которые невозможно дать с использованием только институтов гражданского права. Речь и пойдет о пределах их применения в развитии банковской системы страны на примере деятельности Агентства по страхованию вкладов (далее — Агентство).

В настоящее время Агентство в соответствии с федеральными законами выполняет три функции: 1) страхование банковских вкладов физических лиц; 2) предупреждение банкротства банков; 3) ликвидация несостоятельных банков.

Вот уже более 75 лет в мире действуют системы страхования депозитов, предоставляющие имущественные гарантии клиентам банков в случае несостоятельности последних. Такая система признается необходимым элементом цивилизованного правопорядка и инструментом модернизации развивающейся экономики. Россия, намереваясь следовать в русле мировой практики, еще с начала 1990-х гг. пыталась ввести у себя страхование вкладов, рассматривая его в качестве важного элемента построения рыночных отношений.

Страхование вкладов как особый вид страхования впервые было упомянуто в части второй Гражданского кодекса РФ 1996 г. (ст. 970). Предполагалось, что данный институт будет носить частноправовой характер. Вторая редакция Федерального закона «О банках и банковской деятельности» (февраль 1996 г.)[1], содержащая нормы как частного, так и публичного права, предлагала банкам страховать вклады населения, для чего им предоставлялось право создавать соответствующие фонды страхования на добровольных началах.

Вместе с тем до декабря 2003 г. страхование вкладов как институт именно гражданского права так и не заработал. Частный бизнес оказался не в состоянии самостоятельно его реализовать. В середине 1990-х гг. возникла и стала продвигаться идея введения обязательного страхования вкладов,

[1] СЗ РФ. — 1996. — № 6. — Ст. 492.

реализуемого не в виде частной, предпринимательской деятельности, а в качестве публичной функции специально созданной организации. Такой замысел долго не был законодательно закреплен. В немалой степени это объяснялось негативной позицией ряда крупнейших коммерческих банков (заметим, субъектов гражданского оборота, где, собственно, и должны использоваться институты гражданского права). Их лоббистам удавалось блокировать прохождение соответствующего законопроекта. Однако к концу 2003 г. после многочисленных согласований был принят ныне действующий Федеральный закон от 23 декабря 2003 г. № 177-ФЗ «О страховании вкладов физических лиц в банках Российской Федерации»[1], согласно которому Агентство стало организацией, осуществляющей функции по обязательному страхованию вкладов и обладающей некоторыми властными полномочиями по отношению к банкам — участникам системы страхования.

До 2004 г. конкурсными управляющими ликвидируемых банков назначались арбитражные управляющие — физические лица, действовавшие как индивидуальные предприниматели без образования юридического лица. Оказалось, что и в этой сфере частный бизнес сработал не лучшим образом.

Вследствие коммерческой ориентации индивидуальных предпринимателей зачастую нельзя было найти конкурсных управляющих для осуществления ликвидационных процедур отсутствующих должников и в иных случаях, когда объем собираемой конкурсной массы ликвидируемой кредитной организации заведомо не позволял арбитражному управляющему рассчитывать на достойное, с его точки зрения, вознаграждение.

Кроме того, «индивидуал» оказывался неспособным организовать масштабную работу по ликвидации крупных банков с большим числом кредиторов. Нередко он был подвержен неправомерному влиянию акционеров банка или наиболее сильных кредиторов. В результате «рядовые» кредиторы несли значительные убытки, связанные в том числе с неоправданно высокими расходами на ведение конкурсного производства. Так, при банкротстве Агропромбанка (1998—2002 гг.) оказалось, что затраты на содержание арбитражного управляющего и ликвидационные процедуры почти в четыре раза превысили выплаты всем кредиторам.

Указанные обстоятельства создавали значительные препятствия на пути реформирования банковского сектора и восстановления доверия к нему инвесторов и кредиторов. Именно поэтому в 2004 г. в Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. № 40-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций»[2] были внесены серьезные изменения, согласно которым функции конкурсного управляющего кредитными организациями поручались Агентству как специализированной организации, не получающей вознаграждения за осуществление указанных функций[3].

---

[1] СЗ РФ. — 2003. — № 52 (ч. 1). — Ст. 5029.

[2] СЗ РФ. — 1999. — № 9. — Ст. 1097.

[3] Федеральный закон от 22 августа 2004 г. № 121-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций» и признании

Аналогичная картина сложилась и в деле санации неблагополучных банков. Частный бизнес не был вовлечен в деятельность по предупреждению банкротства банков, несмотря на то что для этого изначально были созданы все законодательные предпосылки. Это наглядно продемонстрировал системный кризис 1998 г. В условиях нового мирового финансового кризиса государству снова пришлось взять решение этой проблемы на себя — в 2008 г. был принят Федеральный закон от 27 октября 2008 г. № 175-ФЗ «О дополнительных мерах для укрепления стабильности банковской системы в период до 31 декабря 2011 года»[1], согласно которому Агентству поручено, используя государственные средства, осуществлять санацию системообразующих банков.

Все вышеизложенное свидетельствует о том, что в отдельных сферах экономической жизни институты гражданского права не работают, если их использование предполагается лишь в рамках предпринимательской деятельности. В таком формате невозможно решить некоторые острые и масштабные проблемы. Задачи, решаемые Агентством, частный бизнес не привлекают: получение прибыли в лучшем случае проблематично, а риски очень высокие. Эти задачи не интересны частному бизнесу, и заставить его заниматься ими — значит поставить под сомнение такой основополагающий принцип рыночной экономики, как свобода экономической деятельности. Здесь нет предпринимательства как такового, поэтому в стране отсутствует рынок страхования вкладов, а также услуг по санированию и ликвидации кредитных организаций. Это неконкурентная сфера.

Уместно вспомнить положение, сформулированное С.Н. Братусем, о том, что «государство должно иметь соответствующую материальную базу, а поскольку оно существует для поддержания существующих условий производства, оно включается в господствующую систему имущественных отношений в качестве юридического лица»[2].

Возникает вопрос, в какой форме целесообразнее «заместить» частный бизнес в вышеуказанных сферах, в какую организационно-правовую форму облечь юридическое лицо, выполняющее вышеупомянутые публичные функции.

В случае с Агентством такой организационно-правовой формой была избрана государственная корпорация как форма некоммерческой организации. В последнее время в адрес государственных госкорпораций, в том числе со стороны цивилистов, раздается серьезная критика. В этой организационно-правовой форме усматривается некий юридический нонсенс. Видимо, не в последнюю очередь критика была вызвана некорректным использованием на практике указанной формы, когда в нее обле-

---

утратившими силу некоторых законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» // СЗ РФ. — 2004. — № 34. — Ст. 3536.

[1] СЗ РФ. — 2008. — № 44. — Ст. 4981.

[2] *Братусь С.Н.* Юридические лица в советском гражданском праве. Понятие, виды, государственные юридические лица. — М., 1947. — С. 45.

кались институты, действующие в конкурентной среде, т.е. по существу коммерческие организации.

Отвлечемся от споров о названии данной правовой формы, а также от отклонений, допускавшихся при ее применении. Рассмотрим наиболее существенные признаки, характеризующие Агентство по страхованию вкладов как государственную корпорацию:

учреждается государством на основании федерального закона;

имеет специальную правоспособность;

выполняет общественно значимые (публичные) функции, от исполнения которых отказаться не вправе;

владеет имуществом на праве собственности;

обладает определенными властными полномочиями по отношению к банкам, вовлеченным в его деятельность.

От фонда государственная корпорация отличается тем, что первый не может обладать властными полномочиями. Вместе с тем Агентство похоже на государственное учреждение[1], но отличается от него рядом существенных признаков. Важнейшим из них является то, что Агентство владеет имеющимся у него имуществом на праве собственности, а не на праве оперативного управления. Какова необходимость в этом? Ответ на этот вопрос обусловлен спецификой функций Агентства. Их характер не только не исключает, но и предполагает, что они могут и должны осуществляться с использованием рыночных методов.

Само содержание этих услуг требует навыков ведения бизнеса и основательного знания финансово-экономической специфики деятельности кредитных организаций и иных хозяйствующих субъектов (например, при разработке и реализации проекта санации банка, при продаже активов ликвидируемой кредитной организации).

Кроме того, заведомая непредсказуемость наступления страховых случаев и возникновения ситуаций, требующих санации отдельных банков, предполагают чрезвычайную мобильность в принятии необходимых решений. Иначе не исключены потрясения в банковской системе и социальной сфере.

Оперативное же управление имуществом, несмотря на свое наименование, характеризуется весьма ограниченной оперативностью реагирования на меняющиеся условия. В ситуации, когда собственник способен практически мгновенно приспосабливаться к изменяющейся обстановке, лицо, «оперативно управляющее» имуществом собственника, с неизбежностью теряет темп в принятии эффективных решений.

---

[1] Сходство государственной корпорации и государственного учреждения достаточно подробно комментируется в литературе. См., например: *Вовк А.А.* Осуществление и защита права собственности государственных корпораций: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. ФГОУ «Кубанский государственный аграрный университет». — Краснодар, 2010 // http://kubsau.ru/dep_diss/files/20100702vovk.pdf; *Стриханова Д.М.* О публичном статусе государственных корпораций // http://library.mephi.ru/data/scientific-sessions/2010/fulltext_t6/0-6-1.doc; *Усков О.Ю.* Юридические лица публичного права: понятие и виды // Журнал российского права. — 2010. — № 6. — С. 101, 111.

Итак, конфигурация предмета деятельности Агентства требует прав, средств и методов, характерных для ведения бизнеса, и в первую очередь — права собственности на имеющееся имущество со всеми вытекающими отсюда последствиями. Указанное право предоставляет Агентству финансовую гибкость и управленческую автономию, необходимые для достижения целей, которые перед ним поставлены государством.

Именно по такому принципу построено подавляющее большинство зарубежных систем обязательного страхования вкладов. Неудивительно, что и аналогичная российская система базируется на передовом мировом опыте и по основным параметрам соответствует международным «Основополагающим принципам для эффективных систем страхования депозитов», которые в 2009 г. разработаны по поручению «Большой двадцатки» (формат международных совещаний министров финансов и глав центральных банков, представляющих 20 крупнейших национальных экономик).

В соответствии с этими Принципами организация, отвечающая за обеспечение функционирования системы страхования вкладов, санирование и ликвидацию банков, должна:

обладать всеми полномочиями, необходимыми для выполнения функций, возложенных на нее государством, — от наличия правоспособности как участника гражданского оборота до полномочий властного характера (принцип 4);

быть политически и операционно независимой, в том числе от влияния государственного аппарата (принцип 5);

иметь механизмы, позволяющие обеспечивать быструю выплату возмещения многочисленным вкладчикам в случае наступления страхового случая (принцип 11);

осуществлять операции с собственными активами, а также активами санируемых и ликвидируемых банков на коммерческой основе, то есть, выражаясь языком цивилистики, активно использовать институты гражданского права (принцип 20). Здесь, естественно, никакие властные полномочия не используются.

Таким образом, потребности экономического развития убедительно свидетельствуют о необходимости организаций, создаваемых государством, обладающих некоторыми публичными полномочиями и владеющих имуществом на праве собственности.

По нашему мнению, модель организации, артикулированная в настоящее время как государственная корпорация, есть результат эволюции государственного учреждения, в ходе которой нащупывались правовые механизмы, позволяющие формально негосударственной структуре проводить государственную политику без финансовых и организационных обременений, свойственных функционированию государственного учреждения.

Сформировалась позиция, согласно которой Агентство по существу является юридическим лицом публичного права, институт которого следует легализовать в российском законодательстве.

Такой подход на федеральном уровне нашел отражение еще в 2006 г., когда Минэкономразвития России в своей Концепции развития корпоративного законодательства впервые предложило ввести в законодательство институт юридического лица публичного права[1].

Тема юридического лица публичного права активно обсуждается в правовой литературе. Однозначного решения она пока не нашла. Одни авторы выступают за введение такого института в научный оборот, а также в законодательство[2]. Сторонники противоположной точки зрения, среди которых как специалисты эпохи советского права, так и современные цивилисты, полагают указанную категорию излишней[3].

Вместе с тем в современной России согласно действующему законодательству наряду с Агентством существуют и иные юридические лица, выполняющие публичные функции. Они также не укладываются ни в одну из существующих организационно-правовых форм (например, Банк России, Пенсионный фонд Российской Федерации).

Принимая во внимание немногочисленность таких лиц, можно говорить об их правовой уникальности, делающей излишним, надуманным и невозможным отнесение их к какой-либо определенной организационно-правовой форме, предусмотренной гражданским законодательством. Ведь сам по себе гражданско-правовой институт организационно-правовой формы необходим для того, чтобы классифицировать многочисленных участников гражданского оборота и тем самым облегчить восприятие контрагентами их правового статуса. Но если юридические лица не являются массовыми, выполняют публичные функции и их основные черты прописаны в специальных законах об их создании, то исчезает необходимость примерять для них гражданско-правовые формы либо придумывать для них новую специальную форму.

Категория «юридическое лицо публичного права» как нельзя лучше отражает их сущность и предназначение. Не являясь органами власти, они выступают носителями государственной воли в важнейшем секторе экономики — на рынке финансовых услуг. Для реализации такой воли они

---

[1] Концепция развития корпоративного законодательства на период до 2008 года // Закон. — 2006. — № 9.

[2] См., например: *Чиркин В.Е.* Юридическое лицо публичного права. — М., 2007; *Замотаева Е.К.* К вопросу о юридическом лице как субъекте публичного права // Конституционное и муниципальное право. — 2007. — № 15. — С. 36—44; *Чантурия Л.Л.* Юридические лица публичного права: их место в гражданском праве и особенности правового регулирования // Государство и право. — 2008. — № 3. — С. 38—45; *Ефимова Л.Г.* О правовой природе госкорпораций // Хозяйство и право. — 2008. — № 8. — С. 59—62; *Курбатов А.Я.* О юридических лицах публичного права // Хозяйство и право. — 2009. — № 10. — С. 77—85.

[3] См., например: *Венедиктов А.В.* Органы управления государственной социалистической собственностью // Советское государство и право. — 1940. — № 5, 6. — С. 46—51; *Он же.* Государственная социалистическая собственность. — М.-Л., 1948. — С. 644—655; *Серова О.А.* Типы управления юридическим лицом: к постановке вопроса // ЭЖ-Юрист. — 2006. — № 2. — С. 12—14; *Суханов Е.А.* Опасные юридические лица // ЭЖ-Юрист. — 2008. — № 47. — С. 2, 3; *Болдырев В.А.* О юридических лицах публичного права // Журнал российского права. — 2008. — № 11. — С. 11—18.

наделены властными полномочиями, свойственными органам власти, и одновременно (но за пределами властных полномочий) активно используют рыночный инструментарий, в том числе необходимые институты гражданского права. Каждое юридическое лицо публичного права осуществляет уникальную общественно значимую функцию (или совокупность функций) и поэтому отличается особенным статусом.

Объективности ради надо сказать, что в свое время С.Н. Братусь не поддерживал идею юридического лица публичного права[1]. В своей работе, посвященной юридическим лицам в советском гражданском праве, он не стал углубляться в аргументацию, сославшись на исследование А.В. Венедиктова. Основная аргументация А.В. Венедиктова известна: «Буржуазное учение о юридических лицах публичного права является для нас неприемлемым по общим (читай «идеологическим». — *А.Т.*) соображениям»[2]. Но дело не только в идеологии. В то время не было потребности в таких лицах. Не было рынка. Не нужен был Центральный банк, который работает на валютной и фондовой биржах, выдает ломбардные кредиты коммерческим банкам или совершает с ними сделки РЕПО. Не было Агентства по страхованию вкладов, которое в период кризиса санирует банки с применением рыночных частноправовых инструментов, но перед этим у них принудительно списывается утраченный капитал.

И мы вновь можем обратиться к С.Н. Братусю, который рассматривал то или иное учение с учетом потребностей конкретных общественных отношений: «Средневековое учение о юридическом лице, как о persona ficta или repraesentata, столь далекое, на первый взгляд, от действительности, в конечном счете обслуживало и отражало эту действительность»[3].

Как представляется, феномен юридического лица публичного права, в том числе его роль в развитии рыночных отношений, нуждается в дальнейшем доктринальном осмыслении.

---

[1] *Братусь С.Н.* Указ. соч. — С. 63—64.

[2] *Венедиктов А.В.* Избранные труды по гражданскому праву: В 2 т. Т. II. — М., 2004. — С. 365.

[3] *Братусь С.Н.* Указ. соч. — С. 74.

Л.Г. Ефимова,
доктор юридических наук, профессор
(МГЮА)

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ДОГОВОРНЫХ КОНСТРУКЦИЙ В БЕЗНАЛИЧНЫХ РАСЧЕТАХ

В сфере безналичных расчетов заключается большое количество разнообразных договоров, которые должны быть классифицированы с учетом различных критериев:

направленность обязательства на определенный правовой результат (правовая цель, присущая этим договорам);

используемый способ расчетов;

вид безналичного имущества, которым производятся расчеты;

способ предоставления клиентом покрытия по расчетным операциям;

используемые формы безналичных расчетов.

Соответственно, может быть построена система договоров в сфере безналичных расчетов.

На схеме № 1 представлена система разнотипных договоров, обслуживающих безналичные расчеты. Все договоры, обслуживающие сферу безналичных расчетов, можно разделить на две большие категории в зависимости от направленности обязательства на определенный правовой результат (или от правовой цели, которую преследуют стороны, их совершающие). Соответственно, должны быть выделены:

договоры, непосредственно направленные на совершение или получение платежа (расчетные операции или расчетные сделки);

договоры, целью заключения которых является организация будущих безналичных расчетов и согласование условий расчетных операций, которые предполагается совершать в будущем.

Первую группу договоров следует назвать договорами о совершении безналичных расчетов. К договорам о совершении безналичных расчетов следует отнести многочисленные договоры, которые заключаются между профессиональными финансовыми посредниками и их клиентами в рамках соответствующих форм безналичных расчетов. Внутри этой группы можно выделить договоры, заключаемые в рамках различных форм безналичных расчетов — кредитового перевода (расчеты платежными поручениями), инкассо, аккредитива, карточных расчетов.

Вторую группу договоров можно назвать договорами на организацию безналичных расчетов. Они представлены на схеме № 1 укрупненно, т.е. без уточнения разновидностей договоров на организацию расчетов путем передачи безналичного имущества. Систематизация указанных видов договоров представлена на схеме № 2.

Схема № 1

Схема 2

Договоры на организацию безналичных расчетов весьма разнообразны, однако многие из них либо вообще не регулируются законодательством, либо не имеют правового регулирования на уровне федерального закона.

В Гражданском кодексе РФ есть только одна типовая юридическая конструкция договора, юридической целью которой является организация будущих безналичных расчетов. Это договор банковского счета, урегулированный гл. 45 ГК РФ. Однако наряду с договором банковского счета может быть выявлена целая группа других договоров, в которых усматривается обязанность одной стороны организовывать и выполнять в будущем безналичные расчеты для другой стороны.

Под организацией безналичных расчетов следует понимать деятельность профессиональных финансовых посредников, включая кредитные организации, направленную на создание платежной системы, т.е. создание организационно-технических предпосылок, необходимых для бесперебойного и беспрепятственного осуществления клиентских расчетов в формах, согласованных в договоре. С момента заключения договора банковского счета или иного аналогичного договора у клиента появляется возможность воспользоваться платежной системой, в которую входит банк. Заключая с клиентом договор на организацию безналичных расчетов, банк, прежде всего, обязуется обеспечить клиенту бесперебойность функционирования этой платежной системы, а также возможность совершать безналичные расчеты в тех формах, способах и тем видом имущества, которые согласовали стороны.

По способу совершения безналичных расчетов[1] можно разграничивать два типа договоров[2]:

договоры об организации расчетов путем зачета встречных требований;

договоры об организации расчетов путем передачи безналичного имущества клиента.

Независимо от способа совершения безналичных расчетов некоторые договоры на организацию безналичных расчетов могут включать в себя отношения, связанные с открытием и ведением счета клиента. При этом существуют такие договоры на организацию расчетов, в которых этот эле-

---

[1] Термин «способ расчетов» используется в банковской практике применительно к исполнению денежных обязательств. Под способом расчетов обычно понимается один из возможных вариантов надлежащего исполнения денежных обязательств: 1) расчеты наличными деньгами; 2) безналичные расчеты; 3) расчеты путем зачета (сальдо) взаимных требований. Учитывая, что расчеты по счетам осуществляются без использования наличных денег, для разграничения разновидностей договоров расчетного счета в широком смысле в качестве критерия будут использованы такие способы платежа, как безналичные расчеты и расчеты путем зачета (сальдо) взаимных требований.

[2] Схожая классификация счетов, однако без выделения ее критерия уже предлагалась в правовой литературе. Так, К. Гавальда и Ж. Стуффле пишут, что все счета, независимо от того, имеют они специальное назначение или нет, можно разделить на две категории: текущие счета (авторы имеют в виду контокоррентные счета. — *Л.Е.*) и депозитные счета (счета, которые в настоящей работе называются дебетовыми. — *Л.Е.*). См.: *Gavalda C., Stoufflet J.* Droit de la banque. — Paris, 1974. — P. 425.

мент отсутствует (договор о выдаче и использовании предоплаченной карты, договор о выдаче и использовании кредитной карты, договор эквайринга). В результате можно сделать вывод, что отношения по организации безналичных расчетов существуют независимо от отношений по ведению счета клиента. Отношения по ведению счета клиента допустимо поименовать как договор счета.

Таким образом, договор на организацию расчетов может иметь разновидности, которые включают дополнительный элемент, названный в данной работе договором счета.

Договоры на организацию расчетов путем передачи безналичного имущества предполагают, что исполнение обязательств клиентуры должно сопровождаться передачей по счетам имущества, утратившего наличную форму. Они могут быть классифицированы по различным основаниям:

1. В зависимости от вида имущества, являющегося предметом расчетных сделок, следует различать договоры на организацию расчетов денежными средствами, бездокументарными ценными бумагами и безналичными драгоценными металлами.

2. Договоры на организацию расчетов путем передачи безналичного имущества могут быть классифицированы в зависимости от способа предоставления профессиональному финансовому посреднику покрытия по расчетным операциям. Покрытием по расчетным операциям следует называть имущество, которое клиент-плательщик обязан предоставить профессиональному финансовому посреднику в качестве возмещения его расходов по совершению платежа в пользу указанного клиентом получателя.

В зависимости от способа предоставления покрытия по будущим расчетным операциям допустимо выделить:

договоры, предусматривающие, что расходы профессионального финансового посредника будут возмещаться клиентом путем предоставления посреднику права списывать суммы совершаемых им расчетных операций за счет имущества клиента, учитываемого профессиональным финансовым посредником в виде особого документа — счета;

договоры, предусматривающие, что возмещение расходов профессионального финансового посредника будет осуществляться иными, отличными от счета способами: путем передачи ему клиентом аванса на предстоящие расходы (т.н. предоплата) либо за счет банковского кредита.

Договор банковского счета является разновидностью договора на организацию расчетов денежными средствами. Этот договор урегулирован гл. 45 ГК РФ.

Договор о выдаче и использовании банковской карты заключается на практике между банком — эмитентом банковской платежной карты и держателем этой карты. Этот договор является непоименованным.

По договору о выдаче и использовании банковской карты банк-эмитент обязуется выполнять распоряжения держателя карты о совершении безналичных расчетов на основании расчетных документов, составленных с помощью специализированных технических устройств (платежных тер-

миналов, импринтеров, банкоматов и банковской платежной карты) и направленных банку-эмитенту по специальным каналам связи.

Договор о выдаче и использовании банковской карты имеет три разновидности, которые можно выделить в зависимости от вида используемой для целей безналичных расчетов платежной карты, а также от способа предоставления денежного покрытия по расчетным операциям. В соответствии с п. 1.5 Положения ЦБ РФ от 24 декабря 2004 г. № 266-П «Об эмиссии банковских карт и об операциях, совершаемых с использованием платежных карт» кредитная организация вправе осуществлять эмиссию банковских карт следующих видов: расчетных (дебетовых) карт, кредитных карт и предоплаченных карт.

При эмиссии дебетовых карт заключается договор о выдаче и использовании дебетовой карты, который является разновидностью договора о выдаче и использовании банковской карты. Способ предоставления денежного покрытия по расчетным операциям заключается в предоставлении банку права списать сумму платежей, совершенных клиентом со специального карточного счета клиента.

При выпуске кредитных карт заключается разновидность договора о выдаче и использовании банковской карты, который допустимо назвать договором о выдаче и использовании кредитной карты. Способом предоставления банку денежного покрытия по расчетным операциям является банковский кредит.

В случае выпуска предоплаченной карты заключается разновидность договора о выдаче и использовании банковской карты — договор о выпуске и использовании предоплаченной карты. Денежное покрытие по расчетным операциям передается клиентом банку заранее и учитывается банком на внутрибанковском счете.

В банковской практике Российской Федерации распространены «смешанные» кредитно-дебетовые карты. Карточные расчеты в рассматриваемом случае, как правило, осуществляются на практике на основании трех договоров: договора о выдаче и использовании банковской карты, договора банковского счета и кредитного договора.

Сторонами договора эквайринга являются торговая организация и обслуживающий ее банк-эквайер. Заключая договор эквайринга, торговая организация выражает согласие принимать банковские платежные карты определенного вида с целью составления расчетных документов и получения по ним впоследствии платежа за отпущенные потребителю товары, работы или услуги. В свою очередь, банк-эквайер обязуется получать от банка-эмитента денежные средства на основании представленных ему торговой организацией расчетных документов, составленных с помощью банковских платежных карт. Следовательно, договор эквайринга следует определить как договор на инкассирование расчетных документов, составленных с помощью банковской платежной карты.

Чековым договором, по мнению М.М. Агаркова, следует считать договор, в силу которого банк-плательщик принимает на себя обязательство

оплачивать чеки своего клиента[1]. Представляется, что содержание и правовая природа чекового договора аналогичны содержанию и правовой природе договора о выдаче и использовании банковской карты. По договору о выдаче и использовании банковской карты банк-эмитент обязуется организовать расчеты своего клиента банковскими картами, а также оплачивать составленные им с помощью банковской карты расчетные документы. По чековому договору банк-плательщик обязуется организовать расчеты своего клиента-чекодержателя с помощью выпущенных банком расчетных чеков, а также оплачивать чеки своего клиента. Таким образом, рассматриваемые договоры отличаются только инструментом платежа, т.е. согласованной в договоре формой безналичных расчетов.

Сравнительный анализ норм гл. 45 ГК РФ и, например, Положения ЦБ РФ от 16 марта 2004 г. № 253-П «О порядке депозитарного учета федеральных государственных ценных бумаг» (далее — Положение № 253-П) позволяет сделать вывод, что характер обязательств специализированной организации, открывшей клиенту счет депо, аналогичен обязательствам банка по договору банковского счета.

Положение № 253-П предусматривает несколько счетов депо, открываемых на основании различных договоров счета депо. Предмет этих договоров включает хранение и учет облигаций на соответствующем разделе счета депо. Головной депозитарий и субдепозитарии могут заключать корреспондентские счета депо. В результате складывается платежная система, допускающая возможность перевода облигаций с одного счета на другой.

Определенные черты сходства могут быть обнаружены у договора банковского счета с договором обезличенного металлического счета, правовой режим которого установлен Инструкцией Банка России от 6 декабря 1996 г. № 52 «О порядке ведения и бухгалтерского учета операций с драгоценными металлами в кредитных организациях»[2]. В отличие от договора банковского счета на обезличенных металлических счетах учитываются не безналичные деньги, а обязательственные права требования клиента к банку, выраженные в весовом количестве драгоценного металла определенного качества. В Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации предложено урегулировать только договор банковского вклада в драгоценных металлах. При этом договор обезличенного металлического счета необоснованно оставлен без внимания[3].

Таким образом, все три указанных выше договора имеют много общих черт. Во-первых, они имеют одинаковую юридическую цель. Эти договоры заключаются с целью возложения на профессионального финансового посредника деятельности по организации и осуществлению будущих безналичных расчетов клиента. Во-вторых, эти договоры предусматривают

---

[1] См.: *Агарков М.М.* Основы банкового права: Курс лекций. Учение о ценных бумагах: Научное исследование. Изд. 2-е. — М., 1994. — С. 127, 128.

[2] Вестник Банка России. — 1996. — № 68.

[3] Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. — М., 2009. — С. 138.

одинаковый механизм предоставления профессиональному финансовому посреднику аванса на предстоящие расходы по осуществлению безналичных расчетов клиента. Такой аванс предоставляется за счет имущества клиента, предварительно переданного профессиональному финансовому посреднику и учитываемого им в виде особого документа — счета отдельно от собственного имущества посредника. В-третьих, предмет всех трех договоров включает действия профессионального финансового посредника по учету постоянно меняющегося остатка счета клиента, открытого у профессионального финансового посредника (ведение счета). Выполняя обязанность по ведению счета клиента, профессиональный финансовый посредник играет роль кассира своего клиента.

Все три указанных выше договора имеют лишь одно отличие — разное по виду имущество клиента, учитываемое на счете клиента, открытом у профессионального финансового посредника.

В связи с этим представляется, что правила гл. 45 ГК РФ могут применяться по аналогии закона для регулирования правоотношений по договорам счета депо и договора обезличенного металлического счета постольку, поскольку ее нормы не противоречат специальному законодательству, регулирующему указанные разновидности договоров об организации расчетов путем передачи безналичного имущества.

Многие разновидности договора на организацию расчетов путем передачи безналичного имущества состоят из элементов различных поименованных и непоименованных договоров. Основным элементом рассматриваемой группы договоров является организационный элемент (организационные правоотношения), который определяет общую правовую цель этого договора (правовой «результат»). Как было установлено выше, общей правовой целью рассматриваемой конструкции является организация будущих безналичных расчетов.

Выяснение правовой природы основного элемента рассматриваемого договора необходимо начать с отличительных черт этого договорного вида.

Во-первых, договор на организацию расчетов путем передачи безналичного имущества подготавливает заключение его сторонами в будущем неограниченного количества расчетных операций (расчетных сделок), определяет их некоторые общие условия, а также порядок их совершения.

Во-вторых, важной особенностью любой разновидности договора на организацию безналичных расчетов является правило об отсутствии у клиента обязанности совершать те расчетные операции, которые согласованы в договоре. Однако клиент вправе обратиться к профессиональному финансовому посреднику с целью совершения необходимой ему расчетной операции. В этом случае расчетная сделка будет совершена на условиях, согласованных в рассматриваемом договоре. У профессионального финансового посредника, напротив, всегда существует обязанность произвести безналичные расчеты по требованию клиента на условиях, согласованных в договоре на организацию безналичных расчетов.

Таким образом, заключение договора на организацию расчетов путем передачи безналичного имущества не обязывает клиента совершать расчетные операции. Однако если расчетные сделки все же будут совершены, то они должны подчиняться общим условиям, согласованным в этом договоре.

В-третьих, в результате заключения договора на организацию расчетов путем передачи безналичного имущества и совершения на его базе различных расчетных сделок возникает система расчетных договоров, известная как система базового договора и договоров-приложений.

Следовательно, договор на организацию безналичных расчетов является рамочным (базовым) договором, а расчетные операции — договорами-приложениями[1].

Поэтому правовой особенностью договора на организацию безналичных расчетов как рамочного договора следует считать порождаемый им ансамбль (систему) базового договора и договоров-приложений (расчетных сделок), которые заключаются во исполнение договора на организацию безналичных расчетов, т.е. являются его исполнительскими сделками.

Являясь рамочным, договор на организацию безналичных расчетов обладает всеми правовыми характеристиками базового договора. Он является двусторонне обязывающим, консенсуальным, по общему правилу — безвозмездным, а также носит длящийся характер.

Условиями договора на организацию безналичных расчетов являются:

его предмет (формы и способы безналичных расчетов);

общие условия расчетных сделок (стоимость расчетного обслуживания, сроки и порядок их совершения, ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение расчетных операций и т.п.);

условия, организующие, облегчающие совершение расчетных сделок (порядок составления и представления расчетных документов, порядок использования нетрадиционных видов связи — интернет-банкинг, СВИФТ, платежные терминалы, банкоматы, импринтеры, банковские платежные карты и т.п.);

условия об ответственности за нарушение базового договора.

Таким образом, содержание любого договора на организацию безналичных расчетов всегда носит комплексный характер. Являясь базовым договором, договор на организацию расчетов путем передачи безналичного имущества содержит элементы различных с точки зрения правовой природы отношений, поскольку включает не только организационные условия, но и общие условия расчетных сделок. В результате договор на организацию безналичных расчетов может включать, например, организационные элементы, элементы договора поручения, комиссии, агентско-

[1] Под рамочным следует понимать договор, целью которого является организация длительных деловых связей в виде потока разнообразных деловых отношений, для достижения которой требуется заключение (как правило, между теми же сторонами) договоров-приложений, некоторые условия которых согласовываются в базовом договоре. Подробнее см.: *Ефимова Л.Г.* Рамочные (организационные) договоры. — М., 2006.

го договора. Все указанные элементы, за исключением организационных, составляют общие условия расчетных сделок (договоров-приложений).

Указанная выше комплексность договора на организацию расчетов путем передачи безналичного имущества все же не дает основания для вывода о его смешанной природе. Любой рамочный договор, в том числе договор на организацию расчетов, всегда включает в себя условия будущих договоров-приложений. Это присуще его природе и составляет его типовую особенность. Поэтому рамочный договор остается договором sui generis независимо от количества и видов общих условий договоров-приложений, которые он предваряет.

Таким образом, договор на организацию расчетов путем передачи безналичного имущества следует квалифицировать как рамочный, базовый договор, а расчетные сделки, совершаемые на его основе, — как его договоры-приложения.

ВЫСТУПЛЕНИЯ В ПРЕНИЯХ

В.Н. Литовкин,
кандидат юридических наук,
заслуженный юрист РФ (ИЗиСП)

ТВОРЧЕСКОЕ НАСЛЕДИЕ ПРОФЕССОРА С.Н. БРАТУСЯ И СОВРЕМЕННОСТЬ

С.Н. Братусь — один из крупнейших советских ученых. С его именем связано решение фундаментальных научных проблем советского права, общей теории государства и права, советского гражданского права. К нему могут быть применимы слова Г.Ф. Шершеневича, сказанные о профессоре Казанского, а потом Петербургского университета Д.И. Мейере: «Мейер посвятил всю свою жизнь исключительно делу науки, ее служению. В его лице русская наука имеет замечательного ученого и образцового по тонкости анализа цивилиста»[1].

С.Н. Братусь — признанный глава школы советской цивилистики, один из создателей концепции советского гражданского права, концепции второй кодификации советского гражданского законодательства, регулировавшего имущественные и личные неимущественные отношения, обусловленные использованием товарно-денежных экономических отношений.

В истории цивилистической науки уже не первое имя, когда ученый, достигший высот в избранной им отрасли, переходит к занятиям также и по общим вопросам теории государства и права. Такова биография Г.Ф. Шершеневича, таков жизненный путь С.С. Алексеева.

По инициативе С.Н. Братуся в ВИЮНе был создан сектор общей теории права, которому он отдал больше 20 лет. Под его руководством и при его непосредственном участии разрабатывались важнейшие теоретические проблемы того времени — соотношение права и экономики, методология воздействия права на производственные отношения в социалистическом обществе, система права, кодификация и систематизация законодательства.

Большие заслуги у С.Н. Братуся в подготовке ряда крупных международных конвенций и проведении в Москве IV Международной конференции по арбитражу, где он был докладчиком от Союза ССР.

[1] *Шершеневич Г.Ф.* Наука гражданского права в России. — М., 2003. — С. 86.

С.Н. Братусь наиболее цитируемый автор в современной литературе. Когда к его наследию не обращаются, а по всему раскладу это следовало бы делать, на произведение автора накладывается негативный отпечаток.

С.Н. Братусь вслед за А.В. Венедиктовым утверждал, что «понятие юридического лица имеет теоретическую и практическую ценность только как гражданско-правовое понятие»[1]. Деление в буржуазной доктрине и законодательстве юридических лиц на публичные и частные с точки зрения гражданско-правовых последствий является бесплодным, а наименование их таким образом для субъектов имущественных прав вообще не имеет значения. «В тех случаях, когда государство и публичные установления, — писал С.Н. Братусь, — выступают в качестве субъектов имущественных прав и обязанностей, они действуют как юридические лица гражданского права»[2]. Наличие правомочий публичной власти у органов государства или органов самоуправления не оказывает какого-либо существенного влияния на имущественную правоспособность, поскольку это другая сфера отношений, регулируемая государственным или административным правом, не связанная с понятием юридического лица, регулируемым гражданским правом.

В.Е. Чиркин в монографии[3] (а предварительно в серии своих статей в «Журнале российского права») взялся оспорить эти положения С.Н. Братуся, не называя имени оппонента, первоисточника, опередившего автора постановкой проблемы на 60 лет. Автор представляет свое видение этой проблемы и практические пути ее решения.

Ничто не вечно под луной, и развитие науки основано на том, что надо подвергать сомнению то, что было до сих пор незыблемым. Профессором В.Е. Чиркиным предлагается уйти от ограниченного цивилистического подхода в определении юридического лица и вместо него сформулировать такое определение, которое было бы пригодным для всех отраслей законодательства. Его идеи подняли волну положительных для него откликов.

Но я теряюсь в догадках в выявлении мотива, почему при таком замахе автор не назвал имя С.Н. Братуся, его работу «Юридические лица в советском гражданском праве», опередившего автора постановкой вопроса на 60 лет, антитезисом которой стала монография В.Е. Чиркина.

Это упростило выполнение автором поставленной им задачи, однако усложнило ему защиту его положений.

По нынешним меркам С.Н. Братусем написано не так уж много — чуть больше 200 научных и научно-популярных произведений. В их числе известные всем работы:

первая в советский период монографическая разработка темы, вызывающей не имеющую конца дискуссию о главном «конститутивном при-

---

[1] *Братусь С.Н.* Юридические лица в советском гражданском праве. — М., 1947. — С. 63; *Венедиктов А.В.* Органы управления государственной социалистической собственностью // Советское государство и право. — 1940. — № 5, 6.

[2] *Братусь С.Н.* Указ. соч. — С. 62, 63.

[3] *Чиркин В.Е.* Юридическое лицо публичного права. — М., 2007.

знаке первичного (основного) звена экономики товарного производства, в качестве которого выступает товаропроизводитель»[1], «Юридические лица в советском гражданском праве» (докторская диссертация С.Н. Братуся);

«Субъекты гражданского права» и «Предмет и система советского гражданского права»[2] — две из 15 книг, составивших «Курс советского гражданского права», подготовленный в невероятно короткие сроки учеными, трудившимися совместно с С.Н. Братусем;

персональная монография «Юридическая ответственность и законность»;

работа, созданная коллективно сотрудниками Института, соавтором и ответственным редактором которой был С.Н. Братусь, — «Судебная практика в советской правовой системе»[3]. В коллективной монографии одни соавторы разделяли исходные теоретические взгляды на роль и значение судебной практики, другие же остались при своем мнении. Для С.Н. Братуся было характерно уважать свободу научных позиций, свободу творчества, не проявлять насилия, чтобы обратить коллег в свою веру.

Кстати сказать, последняя названная коллективная работа своим заголовком напоминает о том, что в подходе к творческому наследию С.Н. Братуся надлежит учитывать конкретные исторические условия его деятельности — в советской правовой системе.

Отрицательный ответ, который мы находим в этой монографии на вопрос, является ли судебная практика источником права (кроме руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда, за которыми признавался нормативно-правовой характер), базировался исключительно на сущности советской правовой системы.

Исторические перемены в постсоветской правовой системе приводят к принципиально иным выводам. К ним относятся:

признание самостоятельности судебной власти при разделении властей (ст. 10 Конституции РФ);

введение судебного нормоконтроля, в т.ч. возможность признания неконституционным закона посредством конституционного судопроизводства (ст. 125 Конституции РФ);

закрепление права граждан на судебную защиту (ст. 46 Конституции РФ).

В юридической литературе отмечается: «Уже сейчас... есть основания признать, что судебная практика является источником права. На нынешнем этапе этот тезис безусловно охватывает судебную практику в обобщенном виде, в виде постановлений вышестоящих судебных органов. Но и другие судебные решения стали источником права»[4].

---

[1] *Рахмилович В.А.* Избранное. — М., 2005. — С. 63.

[2] *Братусь С.Н.* Субъекты гражданского права. — М., 1950; Предмет и система советского гражданского права. — М., 1963.

[3] *Братусь С.Н.* Юридическая ответственность и законность. — М., 1976; Судебная практика в советской правовой системе / отв. ред. С.Н. Братусь. — М., 1975.

[4] *Лившиц Р.З.* Судебная практика как источник права // Журнал российского права. — 1997. — № 6. — С. 55.

Многие работы С.Н. Братуся переведены на иностранные языки, рецензировались в иностранных изданиях, рекомендованы студентам и аспирантам, включены в перечни обязательной литературы кандидатского минимума для аспирантов и соискателей.

К сожалению, Институт переиздал только одну работу С.Н. Братуся «Предмет и система советского гражданского права», а в антологии классической юридической литературы, выпускаемой издательством «Статут», не нашлось места для произведений С.Н. Братуся.

В исследовании С.Н. Братусем имущественных отношений просматривается политэкономическое начало. Нужно отметить, что оно имело место и в русской дореволюционной цивилистике в трудах профессора Московского университета К.П. Победоносцева и других ученых этого периода.

По мнению Л.З Слонимского, «теория гражданского права без политико-экономических основ — это здание без фундамента, постройка без почвы, система понятий без положительного содержания»[1].

По собственному признанию С.Н. Братуся, когда он занялся природой имущественных отношений, это понятие в юридической литературе мало было исследовано, в т.ч. и в учебниках ВИЮНа 1938, 1944 и 1950 гг.

С.Н. Братусь придерживался взглядов основоположников марксизма: «Право собственности — это право присвоения вещи своей властью и в своем интересе. Но предполагает отношение лица к вещи как своей»[2]. И производственные, и правовые отношения рассматривались им как действия сознательные и волевые[3]. Однако позднее он сделал вывод, что «нельзя... собственность... определять в двух аспектах — в экономическом и юридическом. Это единая экономико-юридическая категория»[4].

Данное положение не встретило единодушной поддержки в юридической литературе, хотя экономический аспект отношений собственности существует в юридической оболочке. По мнению В.П. Мозолина, «было бы неправильным замыкать понятие собственности в рамках какой-либо одной группы общественных отношений, будь то экономические отношения или юридические, хотя первые в этом сочетании и являются определяющими. Собственность — это более многомерное понятие, чем названные выше две категории отношений в их совокупности»[5].

Е.А. Суханов обращает внимание на необходимость четкого разграничения сферы действия политэкономических и юридических конструкций и на политэкономические догмы, на которых основано понимание отношений собственности в юридической науке и которые далеко не бесспор-

---

[1] Цит. по кн.: *Шершеневич Г.Ф.* Наука гражданского права в России. — М., 2003. — С. 147.

[2] *Братусь С.Н.* Юридические лица в гражданском советском праве (понятие, виды, государственные юридические лица). — М., 1947. — С. 58.

[3] См.: *Братусь С.Н.* Предмет и система советского гражданского права. — С. 38—49.

[4] *Братусь С.Н.* О соотношении социалистической собственности и права оперативного управления // Советское государство и право. — 1986. — № 3. — С. 21.

[5] *Мозолин В.П.* Право собственности в Российской Федерации в период перехода к рыночной экономике. — М., 1992. — С. 7, 8.

ны. В частности, право собственности регулирует не отношение лица к вещи, а отношения между людьми по поводу вещи. Если это так, то каким образом, спрашивает Е.А. Суханов, «можно объяснить... мнение о том, что собственность как присвоение есть... по существу именно отношение лиц к вещам»[1].

Так, как поставлена проблема, ее нет. Когда гражданское право требует от собственника выполнения им его прямых обязанностей как собственника вещи, по-прежнему регулируется отношение между людьми по поводу вещи.

Это отношение служит мотивом в законотворчестве, и не только в указанной отрасли права, но именно гражданское законодательство преследует цель установить такое отношение собственника к принадлежащему имуществу как своему, которое и рождает настоящего хозяина и расчетливого коммерсанта.

С.Н. Братусь — фигура, воплощающая в себе реализацию тех задач и функций, которые стояли перед Институтом в целом. Как до войны, так и после даже не возникал вопрос, кто доктринально будет возглавлять кодификацию гражданского законодательства в стране и кто будет возглавлять работу по кодификации в Институте. Это, естественно, Институт, это, естественно, С.Н. Братусь.

Кодификация по своей природе — это юридическая модернизация права в концентрированной форме, прорыв в праве, подготовленный в науке и практикой.

Перейдя в 1936 г. в Институт, он был загружен с коллегами работой над проектом ГК Союза ССР, подготовкой первого полноценного учебника гражданского права в двух томах, изданного в 1938 г., а после нового разграничения предметов ведения между Союзом ССР и союзными республиками в 1957 г. руководил доктринальной подготовкой головных актов гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик — Основ первого поколения и республиканских ГК второго поколения. Исторически разрыв между двумя кодификациями гражданского законодательства составил чуть больше 40 лет.

С.Н. Братусь — непосредственный разработчик, составитель Основ гражданского законодательства 1961 г., на финальной публичной стадии проекта — заместитель председателя рабочей группы, образованной Комиссией законодательных предположений Совета национальностей Верховного Совета СССР. После принятия Основ он исполнял обязанности председателя Консультативной комиссии при Президиуме Верховного Совета СССР по рассмотрению проектов ГК союзных республик и даче соответствующих рекомендаций в 1963—1964 гг. Могу свидетельствовать как очевидец, как один из участников разработки проекта ГК РСФСР 1964 г., рассматривавшегося Комиссией под руководством С.Н. Братуся.

[1] *Суханов Е.А.* Гражданское право России — частное право. — М., 2008. — С. 17, 18.

Принимая во внимание наукоемкость процесса кодификации, С.Н. Братусь руководствовался стратегией именно предварительного теоретического исследования как общих вопросов кодификации, так и отраслевого предмета. Об этом он говорил на заседании Ученого совета ВИЮНа в 1957 г.[1] Однако поставленный директивными органами в жесткие условия той самой «нетерпеливости Отечества»[2], о которой писал Председатель Конституционного Суда РФ В.Д. Зорькин, прежде всего свойственной советской эпохе (а теперь и постсоветскому периоду), С.Н. Братусь вынужден был отступать от правила, нарушать стратегию, но одновременно принимая меры к восполнению недоделанного.

Если перенестись на полвека назад, мы окажемся на обсуждении этих вопросов на продолжавшейся несколько дней сессии Ученого совета ВИЮНа. Она проходила за две недели до принятия союзного Закона от 11 февраля 1957 г. «Об отнесении к ведению союзных республик законодательства об устройстве судов союзных республик, принятия гражданского, уголовного и процессуальных кодексов»[3]. С.Н. Братусь выступил с докладом «О кодификации республиканского гражданского законодательства». «Мы обсуждаем вопрос о республиканском законодательстве, — говорил он, — как научные работники и вправе высказывать соображения по данному вопросу»[4].

Будущий Председатель Конституционного Суда РФ, а тогда научный сотрудник ВИЮН кандидат юридических наук В.А. Туманов обратил внимание присутствующих на то, что «мы не исследовали подробно содержания тех или иных видов источников права и не можем выдвигать никаких критериев по целому ряду вопросов, — что надо регулировать в порядке законодательном, а что в порядке подзаконных актов. Необходимо проделать чрезвычайно серьезную работу, чтобы выяснить, что было урегулировано за многие годы в порядке текущей подзаконной нормотворческой деятельности и не следовало ли многое из этого урегулировать в законодательном порядке, в частности в Кодексе»[5].

В ответном слове С.Н. Братусь сказал: «Боюсь, что мы еще отодвинем лет на двадцать кодификацию, так как пока что каких-либо плодотворных результатов в области разработки этих проблем представителями общей теории государства и права не видно»[6].

Время до официальной кодификации еще оставалось, и поэтому последовали соответствующие плановые задания. В ответ на критику научные сотрудники опубликовали в «Трудах» Института серию статей. Потом

---

[1] ВИЮН. Научная сессия, посвященная вопросам кодификации советского республиканского законодательства. 31 января — 2 февраля 1957. — М., 1957. — С. 158.

[2] *Зорькин В.Д.* Право эпохи модерна // Российская газета. — 2010. — 25 июня.

[3] Ведомости Верховного Совета СССР. — 1957. — № 4. — Ст. 63.

[4] ВИЮН. Научная сессия, посвященная вопросам кодификации советского республиканского законодательства. 31 января — 2 февраля 1957. — М., 1957. — С. 154.

[5] Там же. — С. 151.

[6] Там же. — С. 158.

вышли книги и были защищены диссертации: в 1967 г. была опубликована монография А.В. Мицкевича «Акты высших органов Советского государства», а в 1968 г. он защитил докторскую диссертацию на эту тему — «Юридическая природа актов правотворчества высших органов государственной власти и управления СССР»; тогда же А.Ф. Ноздрачев защитил кандидатскую диссертацию «Нормативные акты министерств и ведомств СССР»; в 1975 г. увидела свет одноименная монография М.Н. Николаевой. Тема заинтересовала и С.Н. Братуся, который впоследствии совместно с И.Ф. Казьминым и В.И. Поповой опубликовал статью о ведомственных актах[1].

С самого начала доклада С.Н. Братусь задает залу риторический вопрос: «Нецелесообразно ли в новых условиях... вернуться к тем принципам, на которых было построено соотношение общесоюзного и республиканского законодательства в области гражданского... ранее — до принятия Конституции СССР 1936 года? Как известно, Конституция СССР 1924 года относила к ведению Союза ССР лишь принятие Основ гражданского и других отраслей законодательства, сохраняя за союзными республиками их суверенные права по принятию соответствующих кодексов...»[2]

Перераспределение предметов ведения между союзной Федерацией и ее членами — вопрос скорее политический. Но потребовался в данном случае ответ сугубо юридический: как в таких условиях обеспечить единство гражданского законодательства, составляющее основополагающий принцип, от которого, как говорил С.Н. Братусь, отказываться не можем. Речь шла об установлении правильного соотношения между общесоюзным и республиканским гражданским законодательством, чтобы не нарушить единство функционирования товарно-денежного оборота.

При обсуждении его доклада Ю.К. Толстой, Р.О. Халфина, отец и сын Дозорцевы выразили сомнение в целесообразности издания республиканских ГК, исходя из единства гражданского оборота и единства социально-экономической основы регулирования имущественных отношений, требующих сохранения конституционной нормы 1936 г., предусматривающей принятие ГК Союза ССР.

В тот период все шаги в этом направлении были первыми. Следовало проинвентаризировать и мобилизовать все гарантии, обеспечивающие такое единство республиканского и союзного законодательства на практике.

В этом контексте С.Н. Братусь предложил в докладе: «В Основах гражданского законодательства должны быть сформулированы в общем виде важнейшие гражданско-правовые институты, которые в развернутом виде будут охарактеризованы в гражданских кодексах союзных республик. Но существуют и такие имущественные отношения, которые настолько свя-

---

[1] *Братусь С.Н., Казьмин И.Ф., Попова В.И.* Ведомственные нормативные акты: понятие и основные проблемы // Проблемы совершенствования советского законодательства. ВНИИ советского законодательства. Тр. 46. — М., 1989. — С. 3—16.

[2] ВИЮН. Научная сессия, посвященная вопросам кодификации советского республиканского законодательства. 31 января — 2 февраля 1957. — М., 1957. — С. 50.

заны с плановой организацией народного хозяйства и единством экономического оборота во всесоюзном масштабе, что их регулирование, как мне кажется, не может быть разделено между Союзом ССР и союзными республиками. Эти отношения должны быть отнесены к исключительной компетенции Союза ССР»[1].

К их числу Сергей Никитич отнес ряд правовых институтов, в частности перевозки (кроме автомобильного транспорта), кредитные отношения с клиентурой и между кредитными учреждениями и др. Независимо от конкретного перечня правовых институтов комбинацию совместной и исключительной компетенции одновременно применительно к одной отрасли законодательства в принципе можно считать технологической находкой. В состав совместной компетенции союзной Федерации и ее членов была встроена исключительная компетенция Федерации по определенным сферам гражданского законодательства. В окончательном виде в ст. 3 Основ гражданского законодательства приводился примерный перечень гражданских отношений, который регулировался в основном союзной Федерацией, а законодательством ее членам разрешалось регулировать эти же отношения лишь в той мере, в какой они были специально отнесены к их ведению федеральным законодательством, что больше соответствовало совместному ведению Федерации и ее субъектов. О.Н. Садиков предложил назвать такой прием «преимущественной союзной компетенцией»[2].

Очевидно, найденный законодательный прием разграничения совместного ведения мог бы быть использован и в настоящее время в интересах обеспечения единства любой комплексной отрасли, названной в ст. 72 Конституции РФ, где имеются одновременно гражданско-правовые нормы наряду с административными.

А теперь сравните с современным обеспечением единства гражданского законодательства в комплексных отраслях постсоветского законодательства, составляющих предмет совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов, где сосуществуют в одном формате нормы гражданского и административного права, где первые нормы приписаны к федеральному правотворчеству, а вторые к совместному, т.е. в одном формате образовалась асимметрия, что усложнило схему совместного ведения по сравнению со схемой, существовавшей в советский период.

Почему бы не использовать этот технологический прием, предложенный С.Н. Братусем?

Что же мы имеем?

В силу Федеративного договора — договоры о разграничении предметов ведения и полномочий между федеральными органами государственной власти Российской Федерации и субъектами РФ и Федерального закона от 4 июля 2003 г. № 95-ФЗ «Об общих принципах организации законода-

---

[1] ВИЮН. Научная сессия, посвященная вопросам кодификации советского республиканского законодательства. 31 января — 2 февраля 1957 г. — М., 1957. — С. 58.

[2] См.: *Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права. — М., 2010. — С. 168.

тельных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»[1] в этих случаях правовое поле, если оно не занято федеральным законом, свободно для проявления инициативы субъекта РФ, который вправе принимать нормативный правовой акт любого уровня, тогда как Российская Федерация считается занявшей искомое место исключительно в силу принятия по предмету совместного ведения акта не ниже уровня федерального закона.

Тем самым сохраняется возможность политической игры между Федерацией и ее субъектами на опережение: кто раньше займет свое место в правовом пространстве. Очевидно, субъектов РФ, по настойчивой инициативе которых принималась названная схема, вопрос о единстве гражданского законодательства вообще не заботил, да и вряд ли они имели какое-либо представление о возникшей асимметрии в комплексных отраслях законодательства по предметам совместного ведения, содержащих нормы гражданского права, составляющих федеральную прерогативу, и нормы административного права, составляющих предмет совместного ведения. Советское гражданское законодательство такого не знало, поскольку обе эти отрасли были с 1957 г. предметом совместного ведения Союза ССР и союзных республик. Такое двоевластие, по-моему, устраивает обе стороны. Но, как показывает история, двоевластие чревато.

Если это беспокоило советскую власть, то почему это не беспокоит постсоветскую Российскую Федерацию, выигравшую в поединке против Союза ССР «войну законов», послужившую инструментом развала союзной Федерации? Концепция развития гражданского законодательства РФ далека от этой проблемы, не предполагает какого-либо профилактического изменения ст. 3 ГК РФ в целях укрепления принципа единства гражданского права.

Спокойствие и уверенность власти в условиях асимметрии комплексных отраслей настораживает. Основополагающий принцип не может вообще быть подвергнут опасности колебания или ослабления.

Прекратили же действие договоры о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов РФ, поскольку цели ранее заключенных договоров были достигнуты. Очевидно, цели не достигнуты применительно к рассматриваемой проблеме, если ограничились только установлением всего лишь трехмесячного срока на приведение действующего нормативного правового акта субъекта РФ в соответствие с принятым позднее федеральным законом по предмету совместного ведения.

Дискуссия, в которую втянули сторонники хозяйственного права единомышленников монизма гражданского права о признании и необходимости хозяйственного права в качестве особой отрасли права в советской правовой системе и как обособленной науки, растянулась на несколько

[1] СЗ РФ. — 1999. — № 42. — Ст. 5005.

десятилетий, не заканчиваясь даже такими фактами, как неоднократные отказы законодателя от принятия Хозяйственного кодекса, а также восстановления в правах гражданского права как науки и учебной дисциплины.

Как отмечал О.С. Иоффе, «длившийся вплоть до 1938 г. период безраздельного господства учения о едином хозяйственном праве оказался малоплодотворным для разработки советской теории юридических лиц»[1].

Исключение частной собственности из структуры собственности социалистического общества, активное вмешательство советского государства и права в экономику, насаждение планово-командной экономики привели систему экономических и правовых связей в состояние, когда, говоря словами Е.А. Флейшиц, «нельзя разорвать гражданско-правовое регулирование и регулирование административное», при этом «гражданско-правовое регулирование в той или иной мере подчинено административному»[2]. И все-таки в какой мере — либо синтеза, слияния, либо расчлененного взаимодействия автономных, самостоятельных отношений? Если к тому же потерять из виду противоположность способов воздействия гражданского и административного права на поведение людей, тогда все действительно сливается в единое целое, все окрашено одним цветом.

На этот вопрос теория «хозяйственного права» отвечала положительно, ею устанавливалось слияние разнородных — организационно-властных и лишенных властных полномочий имущественных — отношений в единые хозяйственные отношения, которые регулируются единым хозяйственным правом, действие которого ограничено суженным кругом субъектов, где исключены отношения с участием граждан. Их отношения регулирует уже гражданское право, параллельно действующее с хозяйственным. Гражданско-правовая категория «юридическое лицо» утрачена и заменена неопределенным понятием «хозорган», в котором также слились противоположные функции — планово-регулирующие и хозрасчетные. Такова теоретическая модель этого права. Ее воплощением является Хозяйственный кодекс, идею которого представители этой концепции настойчиво продвигали, и даже позже второй кодификации гражданского права С.Н. Братусь отмечал (1985 г.) связь этой концепции с Хозяйственным кодексом.

Отрицательная позиция, занятая по отношению к этой концепции и ее продукту — Хозяйственному кодексу, не была только его позицией. В дискуссии, проведенной журналом «Советское государство и право», большинство ее участников высказались против обособления регулирования имущественных отношений, складывающихся между социалистическими организациями в особую отрасль хозяйственного или административно-хозяйственного права[3].

---

[1] *Иоффе О.С.* Развитие цивилистической мысли в СССР. — Л., 1973. — С. 134, 135.

[2] ВИЮН. — С. 115.

[3] Редакционная статья «О предмете советского гражданского права (к итогам дискуссии)» // Советское государство и право. — 1955. — № 5.

И дело не только в том, что это нарушило бы единство гражданского права. Хозяйственное право как теория — это суррогат (лженаука). Его концепция оправдывала и усиливала командный характер советской экономики, принося в жертву экономические методы управления производством, и потому внесла свой вклад в крах советской экономики.

Доктрина гражданского законодательства разворачивала текущее законодательство в сторону регулирования отношений способом, адекватным действию закона стоимости, развитию товарно-денежных отношений, отграничению компетенции планово-регулирующих органов управления от оперативно-хозяйственной деятельности юридического лица, снижению командного характера хозяйственного механизма. Это был основной аспект отрицания не только теории хозяйственного права, но и его воплощения в Хозяйственном кодексе. Нельзя было воплощать лженауку в закон.

В Хозяйственном кодексе был заложен еще один аспект — прикладной, о чем просили практические работники. Кодексу надлежало упорядочить хозяйственное законодательство. Но на предложенной принципиальной основе нельзя было вообще осуществить его кодификацию, поскольку игнорировалось различие взаимодействующих организационно-властных и имущественных отношений. Носителями так называемых хозяйственных прав признавались не только предприятия в целом, но и любые их подразделения и органы хозяйственного руководства, включая отделы министерств. Вне теории хозяйственного права Хозяйственный кодекс был непригоден воплотить пожелания работников народного хозяйства.

Чтобы кодифицировать акты в сфере народного хозяйства, можно было создать комплексный межотраслевой акт, содержащий нормы, подчиненные ГК, которые отсутствуют в гражданском и в административном законодательстве. Но это уже другой Хозяйственный кодекс, который расходился с доктриной сторонников Хозяйственного кодекса и не предлагался ими и не входил в их планы. Через 20 лет был издан комплексный закон — Жилищный кодекс, который был принят юридической общественностью как закономерность.

Идеи С.Н. Братуся разделялись С.А. Алексеевым, Ю.Г. Басиным, О.С. Иоффе, О.А. Красавчиковым, Р.О. Халфиной, В.Ф. Яковлевым и др. Критика хозяйственного права не утрачивает актуальности и в настоящее время. Какое-то время ее сторонники выступали за разработку Торгового (Предпринимательского) кодекса. Как обоснованно отметили М.И. Брагинский и В.В. Витрянский, «исходные позиции сторонников «хозяйственного права» остались прежними»[1].

Хозяйственный кодекс Украины, принятый в 2003 г., наряду с Гражданским кодексом Украины частично учел названную критику в адрес сторонников «хозяйственного права», включив граждан, которые, правда, выступают лишь в качестве учредителей субъектов хозяйствования

[1] *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Общие положения. — М., 1997. — С. 97.

либо осуществляют их полномочия на основе отношений собственности; исключив понятие «хозорган» и сохранив понятие «юридическое лицо», предусмотренное ГК Украины. Проблемы остались с хозяйственными отношениями, поскольку имущественные отношения регулирует ГК Украины, а Хозяйственный кодекс Украины — хозяйственные отношения, состоящие из хозяйственно-производственных, организационно-хозяйственных и внутрихозяйственных отношений. Для российского читателя — это пока загадка.

Столкновение двух концепций в определении предмета и метода гражданского права, структуры советского законодательства в силу своей бесконечности превратилось неизбежно в крайность и помимо ограниченных положительных результатов в основном задержало развитие цивилистической науки.

С.Н. Братусь в Институте был окружен единомышленниками, учениками и пользовался абсолютным научным авторитетом. Его идеи были идеями Института и отстаивались коллегами на всех уровнях и во всех случаях. В этом была особенность нашего Института. Своим научным авторитетом он защитил доктрину советского гражданского права и предотвратил проникновение в головные законодательные акты разрушительных положений хозяйственного права. Некоторые положения второй кодификации гражданского законодательства были ответом на претензии доктрины хозяйственного права.

Полагал бы целесообразным установить в Институте его бюст и присвоить Институту его имя.

О.В. Гутников,
кандидат юридических наук
(ИЗиСП)

ОПТИМИЗАЦИЯ ВИДОВ ЮРИДИЧЕСКИХЛИЦ В СООТВЕТСТВИИ С ПОТРЕБНОСТЯМИ ГРАЖДАНСКОГО ОБОРОТА

Действующая система правового регулирования юридических лиц, основы которой были заложены Гражданским кодексом Российской Федерации в 1994 г., имеет множество недостатков, на которые указывается в целом ряде документов, направленных на совершенствование гражданского и корпоративного законодательства. Среди них Концепция развития корпоративного законодательства на период до 2008 г., подготовленная МЭРТ в 2005 г.[1], Концепция совершенствования гражданского законодательства Российской Федерации, разработанная во исполнение Указа Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» и одобренная Президентом РФ Д.А. Медведевым 7 октября 2009 г. Институтом законодательства в рамках работы по подготовке концепций российского законодательства также предложена Концепция совершенствования корпоративного законодательства (законодательства о юридических лицах)[2]. Во всех этих документах в качестве одной из существенных проблем признается неудовлетворительное состояние деления юридических лиц на виды, указывается на избыточное для гражданского оборота количество организационно-правовых форм юридических лиц в российском праве.

К числу основных проблем деления юридических лиц на виды относится несовершенство критериев деления организаций на коммерческие и некоммерческие.

Одним из признаков некоммерческих организаций является запрет на распределение прибыли между участниками (ч. 1 ст. 50 ГК РФ). Однако в действующем законодательстве он не выдерживается. Например, потребительские кооперативы, будучи некоммерческими организациями, могут распределять доходы от предпринимательской деятельности между своими членами (ч. 5 ст. 116 ГК РФ). Поскольку практически ничем не ограничено право некоммерческих организаций заниматься предпринимательской деятельностью, фактически заработанная при этом прибыль

---

[1] Одобрена Правительством РФ (раздел II Протокола от 18 мая 2006 г. № 16).

[2] См.: *Гутников О.В.* Концепция развития корпоративного законодательства / Концепции развития российского законодательства / под ред. Т.Я. Хабриевой, Ю.А. Тихомирова. — М., 2010. — С. 241—270.

так или иначе «оседает» в карманах создателей (учредителей) или администрации даже тех некоммерческих организаций, которые легально не могут ее распределять. Полученные некоммерческими организациями доходы от разрешенной предпринимательской деятельности направляются преимущественно на зарплату своим участникам (работникам) и на услуги фирм-однодневок, занимающихся «обналичиванием» фиктивных расходов некоммерческих организаций, вместо того чтобы направляться на общественно полезные цели, для которых создана некоммерческая организация.

Разрешение некоммерческим организациям заниматься предпринимательской деятельностью постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых они созданы, ведет к нарушению равенства участников гражданских правоотношений. В частности, некоммерческие организации при осуществлении предпринимательской деятельности могут не соблюдать многие положения, направленные на обеспечение интересов кредиторов и минимизацию рисков этой деятельности (правила об уставном капитале, защите интересов кредиторов и т.п.).

Получается, что субъекты предпринимательской деятельности, созданные в форме коммерческих организаций, должны выполнять все повышенные требования, предъявляемые в связи с осуществлением этой деятельности (в т.ч. нести ответственность за нарушение обязательств независимо от их вины), соблюдать нормы об уставном капитале и заботиться о гарантиях интересов кредиторов, а такие же субъекты, созданные в форме некоммерческих организаций, от всего этого освобождены. Например, медицинские услуги, оказываемые гражданам за плату коммерческой организацией, рассматриваются как публичный договор со всеми вытекающими отсюда обязанностями, а те же услуги, оказываемые некоммерческими организациями, — как обычный договор, от заключения которого медицинская организация вправе отказаться.

С формально-юридической точки зрения данное положение представляет собой грубое нарушение принципа равенства участников гражданских отношений, закрепленного в ч. 1 ст. 1 ГК РФ, — ставится под сомнение системная основа действующего ГК, который построен на дифференциации правового положения лиц, участвующих в предпринимательской деятельности, и всех остальных, не являющихся предпринимателями. Не говоря уже о том, что фактически в коммерческий оборот вступают субъекты, не имеющие ни профессиональных ресурсов и опыта для ведения предпринимательской деятельности, ни имущества, гарантирующего интересы кредиторов, что крайне опасно и ведет к непоправимым имущественным и социальным последствиям.

В этой связи в законодательстве должны быть более последовательно проведены все критерии разграничения организаций на коммерческие и некоммерческие:

по целям деятельности;

по видам разрешенной предпринимательской деятельности;

по праву распределять полученную прибыль между участниками (учредителями) и имущество, остающееся после удовлетворения интересов кредиторов при ликвидации юридического лица;

по целям разрешенного использования имущества.

Только при таком подходе правовое положение коммерческих и некоммерческих организаций будет иметь юридические отличия, а само деление юридических лиц на эти две категории наполнится правовым содержанием.

При разграничении коммерческих и некоммерческих организаций по целям деятельности недопустимо, чтобы некоммерческие организации могли иметь в качестве дополнительной цели деятельности извлечение прибыли, как это установлено сегодня. Некоммерческая организация в принципе не может иметь целью своей деятельности извлечение прибыли — ни в качестве основной, ни в качестве дополнительной.

Сложнее решить вопрос о праве некоммерческих организаций вести предпринимательскую деятельность. В этой связи заслуживают внимания попытки законодателя разграничить предпринимательскую деятельность некоммерческих организаций на «активную» и «пассивную», как это по сути сделано в ст. 24 Федерального закона от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях»[1]. По смыслу этой статьи «активным» предпринимательством (производственной деятельностью, оказанием услуг) некоммерческая организация может заниматься, если результаты этой деятельности (товары, услуги) соответствуют целям создания организации, а «пассивной» деятельностью (участием в хозяйственных обществах, сдачей имущества в аренду) можно заниматься независимо от этого.

На наш взгляд, конструкция «соответствия» разрешенной предпринимательской деятельности целям создания организации (ст. 50 ГК РФ) или соответствия результатов этой деятельности таким целям (ст. 24 Закона о некоммерческих организациях) юридически ущербна. Так как никаких четко установленных критериев такого соответствия нет и быть не может, на практике это соответствие всегда будет устанавливаться произвольно, поэтому данную конструкцию следует исключить из законодательства. А вот идея о закрытом перечне разрешенной предпринимательской деятельности, которая выражена в ст. 24 Закона о некоммерческих организациях и в Федеральном законе от 30 декабря 2006 г. № 275-ФЗ «О порядке формирования и использования целевого капитала некоммерческих организаций»[2], заслуживает самого пристального внимания. При этом можно продуктивно использовать идею о делении предпринимательской деятельности на «активную» и «пассивную».

По общему правилу некоммерческим организациям должно быть строго запрещено заниматься «активным» предпринимательством. К активной предпринимательской деятельности всех некоммерческих организаций должно применяться правило, которое сегодня действует в отношении

[1] СЗ РФ. — 1996. — № 3. — Ст. 145.

[2] СЗ РФ. — 2007. — № 1 (ч. 1). — Ст. 38.

ассоциаций коммерческих организаций: если некоммерческая организация начинает вести активную предпринимательскую деятельность (производство товаров, выполнение работ, оказание услуг), то она обязана преобразоваться в хозяйственное общество или товарищество или создать для осуществления такой деятельности хозяйственное общество или участвовать в нем (абз. 2 ч. 1 ст. 121 ГК РФ).

Некоторые исключения могли бы оставаться в федеральных законах, посвященных отдельным видам деятельности, осуществляемых некоммерческими организациями[1]. Однако эти исключения должны исчерпывающим образом определять предмет разрешенной активной предпринимательской деятельности, а также сопровождаться установлением дополнительных требований к таким некоммерческим организациям, в частности формировать уставный капитал и поддерживать его в необходимом размере, нести безвиновную ответственность по обязательствам, вытекающим из соответствующей предпринимательской деятельности и т.п. В то же время если быть до конца последовательным, то для таких организаций в части разрешенной им активной предпринимательской деятельности должны быть сняты ограничения на вступление в отношения, участниками которых могут быть только предприниматели (например, должно быть разрешено вступать в договор простого товарищества с целью извлечения прибыли в качестве участника, ведущего общие дела товарищества и т.п.).

Что касается «пассивных» видов приносящей доход деятельности, то имеет смысл в отношении всех некоммерческих организаций разработать исчерпывающий перечень видов такой деятельности, которыми им разрешено заниматься, и закрепить этот перечень в законе. Представляется, что всем некоммерческим организациям должно быть разрешено сдавать имущество в аренду, отдавать имущество в доверительное управление, покупать и продавать акции, выпускать облигации, участвовать в хозяйственных обществах и получать дивиденды от их деятельности, получать процентные доходы от собственного имущества (например, от денежных средств, размещенных на банковских депозитах), создавать результаты интеллектуальной деятельности и получать вознаграждение за их использование третьими лицами и т.п.

Некоммерческим организациям должно быть разрешено заниматься инвестиционной деятельностью, если ее понимать как деятельность, направленную на вложение в предпринимательскую деятельность других лиц собственных средств с целью получения дохода. Особенностью инвестиционной деятельности в таком понимании является то, что инвестор никакой активной деятельности не ведет, а все усилия по получению дохода

[1] Например, законодательство об образовании предоставляло бы некоммерческим образовательным организациям право оказывать платные образовательные услуги, законодательство об охране здоровья предоставляло бы некоммерческим организациям здравоохранения право оказывать платные медицинские услуги и т.д.

осуществляются профессиональными субъектами предпринимательской деятельности или «организаторами инвестирования»[1].

Запрет распределять прибыль между участниками (учредителями) некоммерческих организаций также должен быть более последовательно закреплен в законодательстве. В целях недопущения злоупотреблений для всех некоммерческих организаций необходимо установить норму, аналогичную ч. 3 ст. 3 Закона о целевом капитале, которая ограничивает размер административно-управленческих расходов некоммерческой организации (в т.ч. на выплату заработной платы, оплату расходных материалов и т.п.). Основной доход некоммерческой организации должен направляться на цели, ради которых организация создана. Очевидно также, что разрешение распределять доход между участниками некоторых некоммерческих организаций (например, для потребительских кооперативов) должно быть отменено.

Наконец, необходимо в отношении всех некоммерческих организаций установить принцип целевого использования имущества, который в настоящее время закреплен в ч. 4 ст. 213 ГК РФ лишь для общественных и религиозных организаций, благотворительных и иных фондов. При этом закон должен разрешать использовать имущество не для целей, установленных учредительными документами (поскольку это ведет к произвольному установлению соответствующих целей), а для целей создания организации (некоммерческих целей деятельности), а также для ведения разрешенной законом предпринимательской деятельности, перечень которой также устанавливается законом.

Следует поддержать предложение Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации[2] о разделении всех юридических лиц с точки зрения организационной структуры на корпорации (построенные на началах членства) и иные юридические лица некорпоративного характера (унитарные предприятия, фонды и учреждения). В отношении каждой из указанных групп юридических лиц следует выделить систему общих норм, регулирующих гражданско-правовой статус соответственно корпораций и «некорпоративных» юридических лиц.

Необходимо реформировать систему организационно-правовых форм юридических лиц, исчерпывающим образом урегулировав ее именно в ГК РФ[3]. Действующее законодательство содержит широкий перечень ор-

---

[1] См., например: *Майфат А.В.* Гражданско-правовые конструкции инвестирования. — М., 2006. — С. 11—13.

[2] Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. — М., 2009. — С. 49.

[3] Интересно, что само понятие организационно-правовой формы по сути определяется через ту или иную модификацию гражданско-правовых отношений по поводу имущества юридического лица. Например, согласно Общероссийскому классификатору организационно-правовых форм ОКО28-99 (утв. постановлением Госстандарта РФ от 30 марта 1997 г. № 97 // ИПК Издательство стандартов, 1999) под организационно-правовой формой понимается способ закрепления и использования имущества хозяйствующим субъектом и вытекающие из этого его правовое положение и цели предпринимательской деятельности. В.А. Бе-

ганизационно-правовых форм организаций, который в настоящее время нуждается в пересмотре и приведении в соответствие с существующими экономическими реалиями. В этой связи необходимо общее сокращение количества организационно-правовых форм юридических лиц, исчерпывающий перечень таких форм должен содержаться непосредственно в ГК РФ.

В частности, необходимо исключить из законодательства такую организационно-правовую форму юридических лиц, как общество с дополнительной ответственностью. Общество с дополнительной ответственностью отличается от общества с ограниченной ответственностью лишь тем, что участники такого общества солидарно несут субсидиарную ответственность по его обязательствам своим имуществом в одинаковом для всех кратном размере к стоимости их вкладов, определяемом учредительными документами общества. Однако данная особенность может быть установлена в учредительном документе общества с ограниченной ответственностью без создания для этого специальной разновидности юридического лица.

Нет необходимости и в сохранении особого типа закрытого акционерного общества. Следует отметить, что в ГК РФ изначально была заложена идея, согласно которой открытое или закрытое акционерное общество — это не разные организационно-правовые формы.

Открытым обществом согласно ГК РФ признается общество, обладающее определенными фактическими свойствами (акции которого могут свободно передаваться от одного лица к другому без согласия других акционеров). Закрытым признается общество, акции которого распределяются только среди его учредителей или иного заранее определенного круга лиц. То есть законодатель при выделении закрытых и открытых обществ ориентировался не на формальные признаки, а на фактическое состояние дел в корпорации (фактический запрет на размещение акций среди неопределенного круга лиц, делающее общество закрытой компанией или, наоборот, фактическое свободное обращение акций среди неопределенного круга лиц, что делает общество открытой, публичной компанией). Однако Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»[1] ввел не предусмотренное ГК РФ понятие типов акционерных обществ, необходимость отражения этого обстоятельства в уставе, что привело к появлению двух разновидностей организационно-правовой формы акционерного общества — ЗАО и ОАО[2]. Однако после

лов указывает, что «организационно-правовая форма юридического лица определяет особый правовой режим (а) организации деятельности юридического лица (соотношения прав юридического лица и его участников на имущество, обособленное за юридическим лицом, и порядка управления этим имуществом, (б) извлечения и распределения прибыли и (в) распределения убытков между участниками данной деятельности, осуществляемой за счет всего или части принадлежащего им имущества» (см.: *Белов В.А., Пестерева Е.В.* Хозяйственные общества. — М., 2002. — С. 3, 4).

[1] СЗ РФ. — 1996. — № 1. — Ст. 1.

[2] Данный случай является типичным примером ситуации, когда развитие отдельных положений ГК РФ в специальном законе (Законе об акционерных обществах) идет совершенно в отличном от Кодекса направлении.

внесения изменений в ГК РФ, а также в Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»[1], ограничивших свободный выход участника из ООО (участник общества вправе выйти из него, только если это предусмотрено уставом) и предусматривающих ведение обществом реестра участников[2], существование ЗАО как особой организационно-правовой формы (типа) акционерного общества в настоящее время стало бессмысленным. В законодательстве должна остаться единая организационно-правовая форма акционерного общества без выделения типов («открытые» и «закрытые»), акции которого без ограничений обращаются на рынке. Это не исключает возможности выделения особенностей гражданско-правового статуса публичных компаний, акции которых размещаются по открытой подписке с обязательной государственной регистрацией проспекта эмиссии.

Целесообразно также исключить из законодательства акционерные общества работников (народные предприятия). Предусмотренные Федеральным законом от 19 июля 1998 г. № 115-ФЗ «Об особенностях правового положения акционерных обществ работников (народных предприятий)»[3] такие общества на практике не получили применения, поскольку сама идея о том, что акционеры по своей воле примут решение о преобразовании своего АО в акционерное общество работников, является абсурдной, а соответствующие цели вполне могут быть реализованы в рамках такой организационно-правовой формы юридического лица, как производственный кооператив, положения о которой должны быть полностью урегулированы в ГК РФ с одновременной отменой всех законов, посвященных различного рода кооперативам.

В законодательство необходимо внести изменения, направленные на более активное вовлечение в хозяйственный оборот такой организационно-правовой формы, как товарищество (полное и коммандитное). Правовое положение товариществ в настоящее время регулируется исключительно ГК РФ.

Однако на практике в связи с тем, что участники товариществ несут неограниченную имущественную ответственность по долгам товариществ (за исключением вкладчиков-коммандитистов), данная форма юридических лиц не получила широкого распространения. Отчасти это объясняется относительной доступностью и дешевизной создания обществ с ограниченной ответственностью, в которых при минимальном уставном капитале (в настоящее время — 10 000 руб.) участники не отвечают по долгам общества.

В этой связи в случае существенного увеличения требований к размеру уставного капитала обществ с ограниченной ответственностью орга-

---

[1] СЗ РФ. — 1998. — № 7. — Ст. 785.

[2] Статья 3 Федерального закона от 30 декабря 2008 г. № 312-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. — 2009. — № 1. — Ст. 20.

[3] СЗ РФ. — 1998. — № 30. — Ст. 3611.

низационно-правовая форма товариществ будет более востребована малым бизнесом.

Кроме того, на выборе организационно-правовой формы товарищества отрицательно сказывается необходимость участников товарищества регистрироваться в качестве индивидуальных предпринимателей. Это приводит к тому, что при создании товарищества необходимо пройти двойную государственную регистрацию (предпринимателя и товарищества как юридического лица). Целесообразно отменить требование о том, что участником товарищества может быть только индивидуальный предприниматель, и разрешить создавать товарищества гражданам.

Дальнейшее развитие законодательства об унитарных предприятиях должно идти по пути снижения их количества и предоставления возможностей для создания таких предприятий только в случае выполнения ими публичных функций, которые не могут быть выполнены юридическими лицами другой организационно-правовой формы.

Необходимо сохранить в Федеральном законе от 14 ноября 2002 г. № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях»[1], посвященном унитарным предприятиям, перечень случаев, в которых могут быть созданы эти предприятия. Однако число их, особенно применительно к казенным предприятиям, должно быть сведено к минимуму.

В дальнейшем, в ходе реформирования государственного сектора экономики, с учетом постепенного снижения необходимости в использовании указанных юридических лиц, перечень случаев для их создания должен корректироваться в сторону его уменьшения вплоть до полного отказа от такой организационно-правовой формы юридического лица.

В кардинальном реформировании нуждается также система организационно-правовых форм некоммерческих организаций[2]. Недостатки правового регулирования имеющихся организационно-правовых форм некоммерческих организаций не позволяют даже государству создавать эффективно действующие структуры.

Ярким свидетельством этого является появление в законодательстве такой формы некоммерческой организации, как государственная корпорация. Практика принятия в отношении каждой вновь создаваемой корпорации отдельного закона является доказательством несостоятельности имеющейся системы юридических лиц, нарушает конституционный принцип равенства всех перед законом и ведет к созданию субъектов права, имеющих неоправданные индивидуальные преимущества в правовом режиме по сравнению с другими субъектами права. Государственные корпорации, будучи формально некоммерческими организациями, наделя-

---

[1] СЗ РФ. — 2002. — № 48. — Ст. 4746.

[2] В плане мероприятий по реализации Концепции развития корпоративного законодательства на период до 2008 г., одобренной Правительством РФ, предусмотрена разработка концепций и законопроектов, направленных на «совершенствование регулирования некоммерческих организаций в части упорядочивания и закрепления исчерпывающего перечня организационно-правовых форм некоммерческих организаций».

ются в соответствующих специальных законах по сути такой правоспособностью, которая характерна для коммерческих организаций. Наконец, важно отметить, что государственная корпорация является юридическим лицом частной формы собственности. Российская Федерация в соответствии с п. 1 ст. 7.1 Закона о некоммерческих организациях наделяет государственную корпорацию государственным имуществом, которое поступает в частную собственность корпорации и после этого остается в свободном распоряжении корпорации. При этом наделение корпорации государственным имуществом может продолжаться и после создания корпорации, если это будет предусмотрено законом о корпорации. Тем самым создаются предпосылки для передачи в частную собственность государственного имущества в обход законодательства о приватизации, что может вызвать в дальнейшем непоправимые для государства последствия.

Сказанное в полной мере относится и к государственным компаниям. Данная организационно-правовая форма также внутренне противоречива. Государственная компания является по своей сути «клоном» государственной корпорации, отличаясь от нее лишь тем, что государственная компания создается Российской Федерацией на основе имущественных взносов для оказания государственных услуг и выполнения иных функций с использованием государственного имущества на основе доверительного управления (ч. 1 ст. 7.2 Закона о некоммерческих организациях). Однако и эта «особенность» нивелируется положениями ч. 3 ст. 7.2 названного Закона, согласно которой имущество, переданное государственной компании Российской Федерацией в качестве имущественных взносов, а также имущество, созданное или приобретенное государственной компанией в результате собственной деятельности государственной компании, за исключением имущества, созданного за счет доходов, полученных от осуществления деятельности по доверительному управлению, является собственностью государственной компании, если иное не установлено федеральным законом. Таким образом, в одной организационно-правовой форме непонятным образом сплелись и доверительное управление, и право собственности.

Актуален в связи с этим вопрос о кодификации норм о государственных корпорациях и государственных компаниях непосредственно в ГК РФ и прекращении практики принятия отдельных законов о каждом новом юридическом лице (например, Федеральный закон от 17 мая 2007 г. № 82-ФЗ «О банке развития»[1]). При этом на основе существующих организационно-правовых форм государственной корпорации и государственной компании должна быть создана единая организационно-правовая форма, именуемая «государственной компанией», поскольку соответствующее юридическое лицо не имеет членства.

Показательно также, что из всех существующих в настоящее время видов некоммерческих организаций государством востребовано только два — го-

[1] СЗ РФ. — 2007. — № 22. — Ст. 2562.

сударственная корпорация и государственное бюджетное учреждение, которое имеет массу недостатков. Иные организационно-правовые формы некоммерческих организаций (в т.ч. автономное учреждение, фонд, некоммерческое партнерство, автономная некоммерческая организация и т.д.) государством практически не используются, несмотря на созданные для этого правовые возможности. Поэтому система некоммерческих организаций, которые может создавать государство, требует серьезного пересмотра.

Неоправданным представляется сохранение в законодательстве такой организационно-правовой формы юридического лица, как автономное учреждение. Более того, можно констатировать, что его и юридическим лицом в полной мере назвать нельзя, поскольку в условиях отсутствия субсидиарной ответственности учредителя у него отсутствует один из основных признаков юридического лица — способность отвечать по своим обязательствам обособленным имуществом, так как недвижимое имущество и особо ценное движимое имущество автономного учреждения освобождено от взыскания кредиторов.

Более перспективной представляется дальнейшая детализация регулирования в ГК РФ организационно-правовой формы учреждения, в которой при сохранении основных признаков этой разновидности некоммерческой организации (включая закрепление имущества на праве оперативного управления, субсидиарную ответственность учредителя по долгам учреждения и т.д.) будут устранены основные недостатки действующего в настоящее время законодательства, в том числе предусмотрены более широкие полномочия по распоряжению имуществом и доходами от приносящей доходы деятельности бюджетных учреждений, а также возможность создания учреждений не только собственником имущества, но и учредителем, обладающим имуществом на ином вещном праве (хозяйственного ведения, оперативного управления). Тем самым отпадет необходимость «конструирования» новых организационно-правовых форм юридических лиц, примером которых на сегодняшний день являются государственные академии наук и подведомственные им учреждения.

Получит также свое решение проблема создания «внутри» одних юридических лиц других юридических лиц (как это имеет место при создании факультетов при государственных университетах). В отношении частных учреждений следует предусмотреть возможность их учредителям расширять содержание права оперативного управления по сравнению с полномочиями субъектов права оперативного управления, имущество которых находится в государственной или муниципальной собственности.

Требуется и ревизия организационно-правовых форм частных некоммерческих организаций. Слишком большое количество видов некоммерческих организаций ведет к дополнительным сложностям при контроле за их деятельностью, к установлению неоправданных преимуществ участников одних организаций перед другими, к созданию некоммерческих организаций, фактически занимающихся извлечением прибыли, а не общественно полезной деятельностью.

Для преодоления кризиса в сфере функционирования некоммерческих организаций требуется закрепить в ГК РФ исчерпывающий перечень квалифицирующих признаков и допустимых организационно-правовых форм некоммерческих организаций.

Все эти формы должны быть сведены к минимуму: учреждения, государственные компании, фонды, потребительские кооперативы, объединения лиц (включающие ассоциации (союзы), общественные организации, иные объединения лиц).

Б.И. Пугинский,
доктор юридических наук, профессор,
заслуженный юрист РФ
(МГУ)

ПРАВОВАЯ ТРАКТОВКА ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА

Современная российская цивилистика заявляет притязания на регулирование не только имущественных отношений, но и предпринимательской деятельности. Если вспомнить классическую работу С.Н. Братуся «Предмет и система гражданского права», то очевидно, что претензия на регулирование предпринимательства — это достаточно новое явление. Такая экспансия в немалой степени обусловлена конкуренцией с концепциями предпринимательского и коммерческого права.

Регулирование предпринимательства цивилистикой выразилось, прежде всего, в закреплении в ст. 2 ГК РФ понятия предпринимательства. Оно определено как осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли.

Разработчики Кодекса скромно умалчивают, откуда взялась такая трактовка предпринимательства, кто и когда ее выдумал. А появилась она в начале XX в. и была зафиксирована в отдельных гражданских кодексах европейских стран, например в Голландии. Этому определению на Западе не придавалось особого значения в силу более широкого регулирования торговли и иного предпринимательства торговыми кодексами и другими законодательными актами. Дискуссий по поводу этого понятия в юридической литературе не отмечено.

По-иному сложилась ситуация в России, куда указанное определение было перенесено разработчиками ГК. Иных трактовок предпринимательства в отечественной юридической науке не существовало, и определение, закрепленное в ГК, заняло господствующее положение в праве. Все другие отрасли права оказались вынуждены им руководствоваться. Оно стало оказывать существенное влияние на хозяйственную жизнь, на экономику страны.

Характер этого влияния, общая его направленность не получили исследований в правоведении. Между тем воздействующий эффект трактовки предпринимательства оказался весьма негативным. Она создает препятствия нормальному осуществлению хозяйственной деятельности, противоречит менталитету общества.

Начнем с того, что ориентация на систематическое извлечение прибыли никогда не была свойственна российским промышленникам и купечеству. На этот счет имеется масса исследований, исторических и литературных свидетельств. Нацеленность на денежный результат, погоня

за выгодой характерны для дикого, хищнического капитализма, который был присущ западному миру до первой трети XX в. Социальный и духовный кризис такого капитализма повлек его постепенную трансформацию.

Внедрение подобной концепции предпринимательства в современной России совершенно неприемлемо для нашей страны. Линия на стяжательство, получение одной лишь прибыли противоречит основам конституционного строя, духовным устремлениям людей. Такая трактовка предпринимательства не благоприятствует экономическому росту, создает предпосылки для злоупотреблений. Именно она изнутри подпитывает экономическую преступность, криминалитет. Она фактически оправдывает эти негативные явления.

Кроме того, постановка в качестве главной цели извлечения прибыли мало согласуется с лозунгом модернизации экономики, противоречит ему. И если рассуждать об углублении процессов модернизации, то надо прежде всего определить, как соотносится с ними генеральная установка на получение прибыли. Очевидно, что вместо поощрения созидательных способностей предпринимателей Гражданский кодекс консервирует одну лишь направленность на деньги.

Далее, нацеливание предпринимательства на систематическое получение прибыли носит антисоциальный характер и в этом плане противоречит положениям Конституции РФ о социальном характере нашего государства. Для людей, занятых погоней за прибылью, совершенно безразлично положение населения, его потребности. В этом одна из главных причин постоянного сохранения напряженности в обществе. Президент призывает предпринимателей помнить об их социальных обязанностях, а вот ГК о них не напоминает. Никакие меры по демократизации не нормализуют обстановку в обществе, если будет сохраняться разнонаправленность интересов бизнеса и населения.

Проблема правовой трактовки предпринимательства прошла мимо внимания цивилистики по причине свойственного ей догматизма мышления. Эти вопросы не затронуты в Концепции развития гражданского законодательства, хотя установки кодекса в этой части глубоко ошибочны и просто вредны. Они требуют пересмотра.

В каких направлениях прилагается изменить доктринальную и нормативную трактовку предпринимательства? Прежде всего, по содержанию оно должно пониматься как широкая свобода частной инициативы. Свобода широкая, но не безграничная. Это основанная на широкой инициативе хозяйственная деятельность, а не непрерывная гонка за прибылью.

Понимание предпринимательства как инициативной хозяйственной деятельности согласуется с задачей модернизации экономики, расширяет возможности для ее решения. Она ставит требование модернизации перед предпринимателями, а не перед управленческими структурами, как это происходит сейчас.

Другим правовым условием предпринимательства, включенным в само определение, должна служить его уравновешенность целью соци-

альной справедливости. Требование социальной справедливости касается прежде всего гражданского и предпринимательского права. Оно должно закрепляться в правовых положениях и принципах, в частности таких, как принципы справедливости, взаимного содействия и сотрудничества и др. Основное выражение социальная справедливость получает в установлениях публичного права.

Инициативная направленность предпринимательства должна обеспечиваться сильным государством. Лишь такое сочетание основных компонентов предпринимательства позволит построить экономический уклад, соответствующий национальному духу и историческим традициям нашего общества, обеспечит стабильное развитие страны.

В.С. Нерсесян,
кандидат технических наук
(РАП)

ПУТИ И СПОСОБЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОТНОШЕНИЙ МЕЖДУ ФИЗИЧЕСКИМИ И ЮРИДИЧЕСКИМИ ЛИЦАМИ

В гражданском праве имеют место не только формально равные отношения (между физическими лицами или между юридическими лицами), но и формально неравные (между физическими и юридическими лицами), для регулирования которых требуются принципиально иные подходы и механизмы, нежели для регулирования формально равных отношений. Используются два новых понятия: понятие об абстрактном правовом отношении как абстрактной правовой деятельности (зависящей от внешнего и внутреннего факторов) и понятие о формально равном доступе абстрактных субъектов к норме закона (как условие формально равной защиты их интересов). Реализуется формально равный доступ к норме закона при формальном равенстве абстрактной правовой деятельности взаимодействующих субъектов.

1. Основные начала гражданского законодательства. Специфика отношений между физическими и юридическими лицами

Принципом, определяющим сущность права как социального явления и продукта общественного развития и соответственно сущность гражданского права и гражданского законодательства, является принцип формального равенства. Согласно Гражданскому кодексу Российской Федерации (п. 1 ст. 1) «гражданское законодательство основывается на признании равенства участников регулируемых им отношений». Участниками регулируемых гражданским законодательством отношений являются граждане (физические лица) и юридические лица (п. 1 ст. 2). «Граждане (физические лица) и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе» (п. 2 ст. 1). Важной является норма о недопущении использования гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребления доминирующим положением на рынке (п. 1 ст. 10).

Принцип формального равенства является определяющим принципом организации сообщества людей на основе равенства в свободе отношений, принципом правогенеза и социогенеза.

По общему правилу формально равное правовое отношение возникает между людьми в процессе их сознательной самоидентификации в каче-

стве представителей некоторого сообщества при условии, когда эти представители обладают единым (одинаковым) для всех и каждого абстрактным правовым статусом[1]. Такое идентификационное формально равное правовое отношение (и соответственно, правовой принцип) мы называем естественным, эмпирическим. Если же абстрактные правовые статусы представителей сообщества различаются, то в сообществе возникает определенное число отдельных, независящих друг от друга, автономных статусно-функциональных правовых групп[2], внутри каждой из которых устанавливается свое идентификационное формально равное правовое отношение со своей внутригрупповой «равной мерой» формальной свободы; между группами устанавливаются трансидентификационные формально неравные правовые отношения. Меры формального неравенства между группами, как правило, различаются.

В первобытной протоправовой (и протосвободной) родовой общине, где все ее члены имели единый (одинаковый) абстрактный правовой статус, не было формально неравных отношений, статусных и сословных привилегий, а устанавливаемое в общине идентификационное, эмпирическое протоправовое формально равное отношение (и соответственно, протоправовой принцип формального равенства) было единым (одинаковым) для всех и каждого, всеобщим. Община не знала теории формального равенства, но она реально жила на основе формально равных отношений. Однако в общине имело место фактическое неравенство, поскольку члены общины различались по полу, возрасту, виду занятий и т.д.

Принципиально иная правовая практика имела место в Древней Греции, связанная с реформами Солона (Законы 594 г. до н.э.), и в Древнем Риме, связанная с реформами Сервия Туллия (VI в. до н.э.)

В соответствии с различием в имущественном положении (свободного) афинского населения Солон разделил его на четыре класса: пентакосиомедимнов, всадников, зевгитов и фетов. Представителям первых трех классов был, по законодательству Солона, открыт доступ ко всем государственным должностям, феты могли участвовать лишь в народном собрании и в судах.

В частноправовых отношениях между классами (или статусно-функциональными правовыми группами) афинского населения (пентакосиомедимнами, всадниками и т.д.) существовали трансидентификационные

---

[1] Здесь «абстрактный правовой статус» — это правовой статус абстрактного субъекта абстрактного правового отношения. Зависит от качественных и количественных различий, присущих абстрактному субъекту права, и выражается интегральным индивидуальным правовым ресурсом абстрактного субъекта как совокупностью его интеллектуального, информационного, материального, административного, физического и других ресурсов, представленных в абстракции. В условиях реальной юридической практики интегральный индивидуальный правовой ресурс абстрактного субъекта является фактором, определяющим меру (количество) его формальной правоспособности.

[2] Статусно-функциональная правовая группа — это группа субъектов, имеющих единый (одинаковый) абстрактный правовой статус.

формальные неравенства[1], а в каждом отдельном классе (группе) — свое идентификационное формальное равенство, т.е. действовал принцип формального равенства в его эмпирической[2] данности. В публично-правовых отношениях формальное неравенство существовало между фетами и представителями трех первых классов (групп), а формальное равенство у фетов свое, у представителей первых трех классов (групп) свое.

В республиканском Риме правовое положение людей определялось тремя статусами: свободы, гражданства и семьи[3].

По статусу свободы как основному и определяющему все население Рима делилось на свободных и несвободных (рабов). Главным источником рабства был военный плен. Раб был собственностью своего хозяина и рассматривался как часть его имущества.

По статусу гражданства свободное население Рима делилось на граждан (квиритов) и иностранцев (перегринов). Полную правоспособность могли иметь только свободнорожденные римские граждане. Помимо них к гражданам относились вольноотпущенники, но они оставались клиентами своих хозяев и были ограничены в правах. Жители Италии, не входившие в римскую общину (латины), полной правоспособности не имели; римское гражданство и соответственно полную правоспособность они получили лишь в I в. до н.э. Перегрины как жители провинций, завоеванных Римом, не имели всех прав, присущих латинам, но у них была имущественная правоспособность, которую можно было реализовать через покровителя (патрона), в отношении которого они становились клиентами (зависимыми). К перегринам относились также свободные жители иностранных государств.

По статусу семьи свободное население Рима делилось на глав римских семей (домовладык) и членов римских семей. Полной политической и гражданской правоспособностью пользовались только домовладыки. Однако ограничения в частном праве не влияли на положение членов семьи в публичном праве.

---

[1] Формальное неравенство — это отношение между наличными формальными равенствами.

[2] Формальное равенство, которое устанавливается в идентификационном процессе абстрагирования реальных отношений между людьми с фактическими различиями, мы называем эмпирическим (по происхождению) формальным равенством, а формальное равенство, которое устанавливается в теории права на основе использования исходного аксиоматического (теоретического) принципа формального равенства, теоретическим (по происхождению) формальным равенством. Как основанный на положении, что все субъекты права имеют единый (одинаковый) абстрактный правовой статус, теоретический принцип формального равенства обладает общеправовой и всесубъектной всеобщностью (применим в равной мере к любому правовому отношению и любому субъекту права), в то время как сфера действия эмпирического принципа формального равенства ограничена отдельными автономными статусно-функциональными правовыми группами и является локальной, особенной.

[3] См.: Государство в Древнем Риме // www.erudition.ru/referat/ret/id.25892_1/html; *Разуваев Н.В.* Субъект права как историко-культурная категория // Ежегодник либертарно-юридической теории. Вып. 1. 2007. — ГУ-ВШЭ. — М., 2007. — С. 55—66.

Между группами субъектов римского права — квиритами, латинами и перегринами — существовало формальное неравенство и в частноправовых, и в публично-правовых отношениях, а в пределах каждой отдельной группы (исключая отношения в семьях квиритов) — формальное равенство. В группе квиритов отношения между домовладыками и членами их семей в частной сфере были формально неравными, в публичной — формально равными.

Формальные неравенства, которые имели место между автономными статусно-функциональными правовыми группами в Древней Греции и в Древнем Риме, были неравенствами-привилегиями одних групп субъектов права по отношению к другим; они не имели правового содержания, и их действие было негативным, поскольку вело к блокированию условий формально равного доступа[1] свободных людей и полной правоспособности и, в этом качестве, к дополнительному увеличению (сверх меры, возможной при формальном равенстве) фактического неравенства между людьми.

Здесь важно подчеркнуть, что формально неравные отношения-привилегии, которые имели место в Древней Греции и в Древнем Риме (а также во все последующие эпохи), имеют место и в современном российском гражданском праве, например между физическими лицами в их взаимодействии с юридическими лицами[2] как автономными статусно-функци-

---

[1] Понятие доступа для нас является ключевым и характеризует возможности абстрактного субъекта в использовании им закона для защиты своих интересов. Если абстрактное физическое лицо (покупателя) и абстрактное юридическое лицо (коммерческую организацию), действующее через своего представителя, наделить при помощи некоторой нормы закона одинаковой, формально равной правоспособностью, т.е. одинаковой, равной мерой формальной свободы, то для абстрактного физического лица эта норма закона окажется неисполнимой, поскольку представитель абстрактного юридического лица, обладая специальными статусно-функциональными полномочиями и ресурсом, будет иметь возможность полного блокирования состязательных возможностей абстрактного физического лица и лишения его, таким образом, формально равного доступа к норме закона, к абстрактной правовой деятельности в ее равной мере. В этом смысле означенная норма закона, которая не может быть исполнена и не защищает абстрактного физического лица в его правовом отношении с представителем абстрактного юридического лица, поскольку не дает ему формально равного с представителем юридического лица доступа к правовой деятельности, может быть определена как мнимая, ничтожная и не должна быть допущена. Таким образом, при формально равной правоспособности и неравных индивидуальных правовых ресурсах субъект с меньшим ресурсом лишается формально равного доступа к норме закона и соответственно формально равной защиты своих интересов. Для обеспечения условий формально равного доступа к норме закона законодатель может изменить лишь норму закона (правоспособности субъектов права), но не абстрактные индивидуальные правовые ресурсы субъектов. Поэтому одинаковый, формально равный доступ субъектов к норме закона может быть осуществлен только при соответствующем балансно-соразмерном изменении правоспособностей субъектов права (с учетом их неравных ресурсов), обеспечивающем формально равные условия их правовой деятельности.

[2] См.: *Мицкевич А.В.* Правовые отношения // Проблемы общей теории права и государства / под ред. В.С. Нерсесянца. — М., 1999. — С. 374, 375.

Все физические лица обладают равной для всех правосубъектностью и правоспособностью, что является формой выражения их правового равенства, включая равенство всех перед законом. Юридические лица обладают различной правосубъектностью, обусловленной теми особыми целями и задачами, для осуществления которых они учреждены. В этом смысле их правосубъектность является специальной.

ональными группами юридизированных персон с различающимися абстрактными правовыми статусами. Можно отметить, что специфика правовых отношений между физическими и юридическими лицами состоит именно в их формальном неравенстве.

Из изложенного следует, что в реальной гражданско-правовой практике, наряду с принятыми в ГК РФ формально равными отношениями, наличествуют и отсутствующие в ГК РФ формально неравные отношения, которые выходят за рамки регулирующих возможностей основанных на теоретическом принципе формального равенства непротиворечивой гражданско-правовой теории и делают ее в этом аспекте неполной. Но эта неполнота не недостаток, а сущностный признак непротиворечивой теории, ибо со времен К. Геделя, доказавшего «теорему о неполноте», хорошо известно, что если система (теория) непротиворечива, то она неполна.

Вывод: для «снятия» проблемы неполноты гражданско-правовой теории в отношении регулирования формально неравных отношений нужно перевести ее с правового принципа формального равенства (формально равной правоспособности) на сущностно новую правовую основу, а именно на всеобщий правовой (и правообразующий) принцип формально равного доступа всех и каждого к норме закона — принцип надлежащей формально доступной правоспособности, содержащий в себе в качестве своего составного элемента прежний принцип формального равенства.

2. Правовые основы гражданского законодательства, регулирующего отношения между физическими и юридическими лицами

Норму закона, которая открыта для использования для всех и каждого и не может быть заблокирована (закрыта) при ее использовании, независимо от абстрактных правовых статусов ее пользователей, мы определяем как равно формально доступную (равно формально исполнимую), а выражаемые ею меры (количества) формальной свободы абстрактных субъектов как надлежащие. Расчетный правовой механизм, определяющий условия для установления равно формально доступной (равно формально исполнимой) нормы, мы называем механизмом баланса и соразмерности отношений.

Здесь уместно отметить, наша трактовка понятия доступа к норме закона (и соответственно, доступности правосудия) принципиально отличается от традиционной трактовки этого понятия[1], которая может быть

---

[1] См.: *Ярков В.В.* Доступно ли гражданам наше правосудие // Российская юстиция. — 1999. — № 2; *Поляков И.Н.* Доступность и эффективность судопроизводства: насущные проблемы и пути решения // ООО Юридическая фирма «Лиджист», 2001; *Приходько И.А.* Доступность правосудия в арбитражном и гражданском процессе: основные проблемы. — СПб., 2005; *Жуйков В.М.* Судебная реформа: проблемы доступа к правосудию. — М., 2006; *Жилин Г.А.* Конституционный Суд РФ в прессе — доступность правосудия по гражданским делам // Интернет-тема «Понятие доступа и доступности в ГК РФ и ГПК РФ». — 2009. — Подготовила Н. Шиняева; *Нестеровский И.О.* Судебная защита прав и свобод граждан в РФ // Закон и право. — 2009, апрель.

определена как основанная на использовании макропоказателей правовой практики.

В отличие от традиционного подхода, который не затрагивает существа правоустановительной деятельности (в нашем понимании), предлагаемая нами трактовка понятия доступа к норме закона (доступности правосудия) может быть определена как основанная на использовании микропоказателей абстрактной правовой деятельности по формированию равно формально доступной, равно формально исполнимой законодательной нормы, т.е. показателей сущностно правоустановительных.

Формально равная доступность нормы закона означает ее исполнимость, а формально равная исполнимость нормы закона — ее доступность.

Правовое отношение — это правовая деятельность, и его природа может быть раскрыта через рассмотрение природы деятельности.

Абстрактная правовая деятельность абстрактного субъекта, при участии которого формируется законодательная норма, зависит при прочих условиях от двух определяющих правовых факторов: 1) объективного (внешнего), связанного с формированием равно формально доступной (равно формально исполнимой) нормы закона и установлением соответствующей формальной (нормативной) правоспособности абстрактного субъекта как надлежащей количественной меры (количества) его формальной свободы; 2) субъективного (внутреннего), связанного с качественными (и количественными) статусно-функциональными признаками абстрактного субъекта (его статусом, положением в правовом отношении, его ролью, выполняемыми функциями и индивидуальными возможностями), отличающего его от других абстрактных субъектов права и выражаемого в форме интегрального (суммарного) индивидуального правового ресурса абстрактного субъекта права.

Монопольная функция накапливаемого преимущества как выражение эффекта Матфея[1] является субъективным (внутренним) фактором и важнейшим индивидуальным правовым ресурсом ее носителя — абстрактного юридического лица, обеспечивающим ему доминирующее положение в правоотношении с обычным абстрактным субъектом (физическим лицом), и должна учитываться в расчетах.

Выведем выражение, устанавливающее условие формально равного доступа двух абстрактных субъектов (субъекта 1 и субъекта 2) к норме закона. Субъект 1 является физическим лицом, субъект 2 — юридическим лицом, действующим через своего представителя. Выражаемую нормой закона количественную меру (количество) формальной свободы субъекта 1 (в некоторых условных единицах) обозначим через K_1, субъекта 2 — через K_2; количественную меру (количество) интегрального индивидуаль-

[1] См.: *Мертон Р.* Эффект Матфея в науке, II: накопление преимущества и символизм интеллектуальной собственности // ISIS. — 1988. — Vol. 79 (PDF // THESIS); *Элиас Н.* О процессе цивилизации / Пер. с англ. В 2 т. — М.-СПб., 2000. — Т. 2. — С. 98, 105, 106; *Бауман З.* Свобода / Пер. с англ. — М., 2006. — С. 94—96.

ного правового ресурса субъекта 1 (в некоторых условных единицах) обозначим черед $И_{a1}$, субъекта 2 — через $И_{a2}$, где индекс «а» указывает на то, что речь идет о ресурсах абстрактных субъектов права. Величины $К_1$, $К_2$, $И_{a1}$ и $И_{a2}$ до разработки методов их прямого расчета определяются на основе экспертных оценок.

Величины $К_1$ и $К_2$ — это меры (количества) объективных факторов абстрактной правовой деятельности субъектов 1 и 2, величины $И_{a1}$ и $И_{a2}$ — меры (количества) субъективных факторов абстрактной правовой деятельности этих субъектов. По определению, т.е. в соответствии с положением о двух определяющих факторах абстрактной правовой деятельности, можно считать, что произведение $К_1И_{a1}$ выражает собой количественную меру, количественные условия реализуемости абстрактной правовой деятельности субъекта 1 и в этом качестве — меру его формального доступа к норме закона, к абстрактной правовой деятельности. Равным образом произведение $К_2И_{a2}$ выражает собой количественную меру, количественные условия реализуемости абстрактной правовой деятельности субъекта 2 и в этом качестве — меру его формального доступа к норме закона, к абстрактной правовой деятельности. Одинаковый, формально равный доступ субъектов 1 и 2 к праву имеет место при условии $К_1И_{a1} = К_2И_{a2}$ (1).

Равенство (1) является формулой правового механизма баланса и соразмерности отношений, формально равного доступа абстрактных субъектов к норме закона и, соответственно, формально равной исполнимости нормы закона. Из равенства (1) следует, что при неравенстве ресурсов (как это имеет место при взаимодействии физического лица с юридическим лицом), $И_{a2} > И_{a1}$, формально равный доступ субъектов 1 и 2 к праву будет иметь место при условии $К_1 = (И_{a2}/И_{a1}) К_2 > К_2$ (2), т.е. при неравенстве их правоспособностей. Здесь $К_1$ и $К_2$ — балансно-соразмерные формально неравные ($К_1 \neq К_2$) правоспособности (меры формальной свободы) субъектов 1 и 2.

Выражения (1) и (2) баланса и соразмерности отношений субъектов гражданского права являются общезначимыми и могут быть использованы (при соответствующих исходных условиях) для регулирования не только отношений между физическими и юридическими лицами, но и отношений между физическими лицами и отношений между юридическими лицами.

Если под субъектами 1 и 2 иметь в виду двух абстрактных физических лиц со своими исходными ресурсами $И_{a1}$ и $И_{a2}$ (или двух абстрактных юридических лиц со своими исходными ресурсами $И_{a1}$ и $И_{a2}$), то при неравенстве ресурсов, $И_{a2} > И_{a1}$, регулирование отношений между ними (между двумя физическими лицами или между двумя юридическими лицами) будет осуществляться подобно тому, как регулируются отношения между физическим лицом и юридическим лицом, т.е. на основании выражения (2). При равенстве ресурсов, $И_{a1} = И_{a2} = И_a$, будет иметь место равенство правоспособностей (мер формальной свободы) $К_1 = К_2 = К$ (3) и, соответственно, переход от регулирования отношений на основе общего (всеобщего) принципа надлежащей формально доступной правоспособности (1) к

регулированию отношений на основе особенного (частного) принципа формально равной правоспособности (3).

Выражения (1), (2) и (3) являются правовыми, поскольку соответствуют цели права, состоящей в прогрессе свободы и равенства в отношениях между людьми, в увеличении общего количества свободы в отношениях между ними.

Гражданское законодательство, соответствующее сущности права, выражаемой равенствами (1) и (2), в частном случае — равенством (3), является правовым. Использование выражений (1) и (2) баланса и соразмерности отношений субъектов гражданского права позволит совершенствовать гражданское законодательство, регулирующее отношения между физическими и юридическими лицами. Гражданское право может содействовать модернизации экономики страны лишь путем совершенствования гражданского законодательства, т.е. исключительно правовыми методами.

В.Н. Яковлев,
доктор юридических наук, профессор,
заслуженный деятель науки РФ
(УдГУ)

КОМПОНЕНТЫ ОКРУЖАЮЩЕЙ ПРИРОДНОЙ СРЕДЫ: ОТНОШЕНИЯ ПО ИХ ИСПОЛЬЗОВАНИЮ И ОХРАНЕ

В советской и современной научной и учебной литературе объекты окружающей природной среды называются «вещами», «имуществом», «недвижимыми и движимыми вещами». Соответственно их признают объектами гражданского права.

Известные ученые, экологи и цивилисты и отношения по использованию и охране объектов окружающей среды (его компонентов) единодушно признают в качестве предмета гражданско-правового регулирования.

Точно так же они и отношения по возмещению вреда, причиненного окружающей среде, относят к регулированию гражданским законодательством с учетом особенностей, обусловленных конкретным объектом природы, основываясь на том, что земля и другие природные ресурсы являются «вещами», «имуществом». Под единое название, точнее — понятие «вещь» или «имущество», подпадают товары, работы, услуги, а также природные объекты (его компоненты): земля, леса, воды, недра с полезными ископаемыми, животный мир и другие компоненты окружающей среды. Все материальные и природные ресурсы объединены понятием «вещь», и эти «вещи» свободно и единообразно включаются в рыночный оборот, регулируемый гражданским законодательством, и в первую очередь ст. 128, 129, 130 ГК РФ.

В настоящее время экологическое и природоресурсное законодательство по существу закрепляет гражданское право в качестве основного правового источника по регулированию отношений оборота природных ресурсов, называя их вещами, имуществом или недвижимым, движимым имуществом. Такой вывод подтверждается следующими правовыми нормами:

1) п. 3 ст. 3 Земельного кодекса РФ — имущественные отношения по владению, пользованию и распоряжению земельным участком, а также по совершению сделок с ним регулируются гражданским законодательством;

2) п. 2 ст. 3 Лесного кодекса РФ — имущественные отношения, связанные с оборотом лесных участков и лесных насаждений, регулируются гражданским законодательством, а также Земельным кодексом РФ, если иное не установлено настоящим Кодексом, другими федеральными законами.

Наиболее конкретное распространение норм гражданского законодательства на регулирование лесных отношений закреплено в двух нормах Лесного кодекса РФ:

в п. 3 ст. 71 — к договору аренды лесного участка применяются положения об аренде, предусмотренные Гражданским кодексом РФ, если иное не установлено настоящим Кодексом;

в п. 3 ст. 75 — к договору купли-продажи лесных насаждений применяются положения о договорах купли-продажи, предусмотренные Гражданским кодексом РФ, если иное не установлено настоящим Кодексом.

Названные нормы Лесного кодекса наделяют арендаторов правом стать собственником арендованного участка (ст. 624 ГК РФ), а также неограниченным правом купли-продажи лесных насаждений за мизерную цену и без возложения на покупателя обязанности по воспроизводству лесов на участках вырубленных насаждений. Последствия такого беспредела являются катастрофическими для лесных богатств России, а следовательно, и для народа России;

3) п. 2 ст. 4 Водного кодекса РФ — имущественные отношения, связанные с оборотом водных объектов, определяются гражданским законодательством в той мере, в какой они не урегулированы настоящим Кодексом; в п. 1 ст. 18 ВК РФ закреплено положение о том, что стороны договора водопользования несут ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязательств по договору водопользования в соответствии с гражданским законодательством;

4) в Федеральном законе РФ от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции»[1] содержатся следующие правовые нормы, исполнение которых базируется на гражданском законодательстве:

абзац 2 п. 3 ст. 1 — права и обязанности сторон соглашения о разделе продукции, имеющие гражданско-правовой характер, определяются в соответствии с настоящим Федеральным законом и гражданским законодательством РФ;

п. 1 ст. 20 — стороны несут ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязательств по согласованию в соответствии с условиями соглашения с соблюдением гражданского законодательства РФ;

5) Федеральный закон «Об охране окружающей среды» от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ[2] — за нарушение законодательства в области охраны окружающей среды устанавливается имущественная, дисциплинарная, административная и уголовная ответственность в соответствии с законодательством.

Соответственно современный законодатель по примеру древнеримского законодателя уравнял природные объекты и его компоненты (земельный участок, лесной участок, водохозяйственный участок и горноотводный участок) с обычным товаром, работой, услугой.

В этой связи уместно привести слова Ф. Энгельса: «Римское право является настолько классическим юридическим выражением жизненных условий и конфликтов общества, в котором господствует чистая частная

[1] СЗ РФ. — 1996. — № 1. — Ст. 18.

[2] СЗ РФ. — 2002. — № 2. — Ст. 133.

собственность, что все дальнейшие законодательства не могли внести в него никаких существенных изменений»[1]. Это право обслуживало потребности не только рабовладельческого, феодального, но и капиталистического строя современной России.

Римское право широко внедрилось в современное гражданское право России, где успешно реставрирован капиталистический способ производства, основой которого является частная собственность на средства производства, включая землю, леса, воды, полезные ископаемые недр и другие природные ресурсы.

В подтверждение нашего вывода о том, что компоненты окружающей среды не «вещи» и «не имущество», выделим следующие сущностные признаки земли, исключающие возможности приравнивания ее (ее компоненты) к обычным товарам:

1) земля — объективная реальность. Она является общей вечной собственностью, неотчуждаемой основанием существования, воспроизводства постоянно сменяющих друг друга человеческих поколений;

2) земля является всеобщим предметом труда, а также первичным условием производства. При этом она существует без всякого содействия со стороны человека;

3) земля составляет естественно возникшее средство производства, являющееся необходимой предпосылкой процесса труда, его важнейшим вещественным фактором;

4) основным свойством земли как средства производства, образующим ее потребительскую стоимость, является ее плодородие;

5) земля одновременно является и предметом труда, и орудием производства;

6) с учетом того что главным свойством земли является плодородие, а оно составляет и основное средство производства в сельском хозяйстве, земля выступает, прежде всего, в качестве орудия производства;

7) земля является не чем иным, как материалом и элементом природы.

Приведенные сущностные признаки земли (ее части, компоненты) применимы и к остальным объектам природы с учетом их природной и специально-экономической сущности.

Статьей 130 ГК РФ установлено, что к недвижимым вещам (недвижимое имущество, недвижимость) относятся земельные участки, участки недр и все, что прочно связано с землей, то есть объекты, перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно, в том числе здания, сооружения, объекты незавершенного строительства.

Отход от частноправовых устоев цивилистического (гражданского) права, действовавших еще с древнеримских времен, заключается в том, что Федеральными законами от 30 декабря 2004 г. № 213-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации»[2]

---

[1] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. 2-е изд. Т. 21. — С. 412.

[2] СЗ РФ. — 2005. — № 1 (ч. 1). — Ст. 39.

и от 3 июня 2006 г. № 73-ФЗ «О введении в действие Водного кодекса Российской Федерации»[1] из содержания рассматриваемой ст. 130 ГК РФ были исключены водные объекты, леса и многолетние насаждения. И эти объекты природы были отнесены к движимым вещам. Даже юридически не просвещенному человеку понятно: эти объекты неразрывно связаны с землей, и недопустимо приравнивать их к обычной «базарной торбе». В чью пользу была такая «реформа» ст. 130 ГК? Это выгодно крупным собственникам лесов, водных объектов и многолетних насаждений. По воле законодателя в интересах крупных собственников эти природные объекты названы движимым имуществом и пущены в свободный рыночный оборот без обязательной государственной регистрации недвижимости, предусмотренной ст. 131 ГК РФ.

Действующая ст. 130 ГК РФ даже в современном изложении должна быть отменена по трем основаниям:

1) содержание ст. 130 составляет не что иное, как правовой рудимент предшествующих общественно-экономических формаций, органически «созревший» еще в организме древнеримского рабовладельческого строя;

2) содержание ст. 130 искажает реальную действительность, т.к. земля и другие природные ресурсы приравнены к материальным вещам, имуществу, наравне с выращенными на этой земле овощами;

3) содержание ст. 130 является фикцией — несуществующее предписывается принимать за существующее:

а) компоненты окружающей природной выдаются за недвижимое имущество, приравниваются к вещам — зданиям, сооружениям и другим объектам;

б) воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты предписывается признавать недвижимым имуществом, которое «прочно и неразрывно связано с землей»;

в) водные объекты, леса и многолетние насаждения предписывается признавать в качестве движимого имущества наравне с рыбой, плавающей в реках, озерах, морях, с лесными грибами и косулей, обитающей в лесу, с яблоками, грушами, сливами, сорванными с многолетних насаждений для продажи и т.п.

Таким образом, ст. 130 ГК РФ, на наш взгляд, подлежит отмене. Целесообразно предусмотреть классификацию гражданско-правовых вещей и имущества на подлежащих и не подлежащих государственной регистрации в Едином государственном реестре органами, осуществляющими государственную регистрацию. И отдельной нормой ГК РФ — порядок государственной регистрации сделок с компонентами окружающей природной среды, которые не относятся к «вещам» и «имуществу».

Объекты природы, включенные в сферу деятельности человека, коллектива, становятся объектом права, объектом правоотношений. Объекты сами по себе как объективная реальность существуют независимо от

[1] СЗ РФ. — 2006. — № 23. — Ст. 2380.

сознания человека, они становятся объектом правоотношения, вступая во взаимодействие с субъектами.

Объектами экологических и природоресурсных прав и правоотношений, а следовательно, и объектами прав в области эколого-природоресурсной ответственности являются земельные, лесные, водохозяйственные и горноотводные участки. Их природоресурсная сущность рассматривается на примере земли как основе основ всего сущего на Земле, с учетом естественной специфики отдельно взятого природного объекта.

Таким образом, можно сделать выводы концептуального характера:

1. Древнеримские правовые конструкции о «вещах и имуществе», «О недвижимой и движимой вещи», включенные в ГК РФ, на наш взгляд, неприемлемы в настоящее время. Такая конструкция необходима была для рабовладельческого строя и последующих экономических формаций. Она по существу антинаучна, ибо в реальной действительности объекты природы не являются вещами, имуществом и не образуют категорию «недвижимых и движимых вещей».

2. Гражданское право использует правовые конструкции о «вещах» и «имуществе», «недвижимых и движимых вещах» и др., которые были разработаны еще древнеримскими юристами. Эти правовые конструкции, и только как конструкции, успешно могут быть применены экологической, природоресурсными отраслями права для регулирования отношений в области использования и охраны окружающей среды. Правовые нормы гражданского права в этой области прямого действия по регулированию экологических и природоресурсных отношений не имеют, хотя в законодательстве и в юридической литературе говорится об обратном. Прямого действия эти нормы не имеют по той причине, что природоресурсные, экологические отношения не являются «вещными» и «имущественными», а следовательно, и не составляют предмет правового регулирования нормами гражданского права. Эти отношения регулируются Федеральным законом «Об охране окружающей среды» и природоресурсными кодексами и законами.

На этом основании можно говорить только о рецепции (отражении, вписывании) норм гражданского права в экологическую, природоресурсные отрасли права наподобие рецепции древнеримского частного права в современное гражданское право. Иной роли гражданское право в области регулирования природоресурсных, экологических отношений не играет, ибо это не является предметом его регулирования. Признание такой правовой конструкции, без ее закрепления в законодательстве, остается только пожеланием. Изменить ситуацию возможно лишь совместными усилиями современных ученых патриотов и законодателей.

3. В этой связи и с учетом сформулированных выше оснований представляется объективно необходимым:

а) признать и законодательно закрепить в качестве предмета гражданского права регулирования только вещно-имущественные отношения, объектом воздействия которых являются произведения человече-

ского труда: товары, работы и услуги, которые свободно включены в рыночный оборот;

б) признать и законодательно закрепить освобождение гражданского права от норм, предназначенных для регулирования экологических, природоресурсных отношений, в частности:

из раздела 11 ГК РФ исключить правовые нормы, регулирующие отношения права собственности и иные вещные права на землю и другие природные ресурсы (гл. 13, 14, 15, 16);

полностью изъять из ГК РФ правовые нормы гл. 17 «Право собственности и иные вещные права на землю», ибо отношения, регулируемые нормами этой главы, составляют предмет регулирования не гражданского, а земельного и природоресурсной отраслей права;

изъять иные гражданско-правовые нормы ГК РФ, предназначенные для регулирования природоресурсных, экологических отношений.

4. Признать и законодательно закрепить положение о верховенстве экологической, природоресурсных отраслей права над всеми иными отраслями права России. Правовые нормы этих отраслей подлежат не только обязательному включению в гражданскую и иные отрасли права, но и обязательному применению. Такое верховенство базируется на объективной реальности взаимодействия человека, общества и природы, получившего четкое и обоснованное отражение в конституционных положениях, о которых говорилось выше.

Отсюда вывод: нормы экологической, природоресурсных отраслей права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать конституционным установлениям и экологическим требованиям. Таким положением необходимо дополнить и ст. 3 ГК РФ или включить в ГК РФ отдельную статью.

Конституционное установление кратко выражается в следующем:

а) земля и другие природные ресурсы используются и охраняются в Российской Федерации как основа жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории (п. 1 ст. 9);

б) каждый имеет право на благоприятную окружающую среду (ст. 42);

в) каждый обязан сохранять природу и окружающую среду, бережно относиться к природным богатствам (ст. 58);

г) владение, пользование и распоряжение землей и другими природными ресурсами осуществляется их собственниками свободно, если это не наносит ущерба окружающей среде и не нарушает прав и законных интересов иных лиц (п. 2 ст. 36).

Гражданское право необходимо отнести к частному праву. Оно по всем параметрам является публичным правом со всеми вытекающими отсюда последствиями. Главное, на наш взгляд, признать это в теории и законодательстве. Целесообразно провести экологизацию всех институтов гражданского права и признать примат правовых норм экологического и природоресурсных отраслей права над нормами гражданского права, регулирующими рыночные отношения.

Здесь уместно привести исключительной важности политико-правовые и экономические положения В.И. Ленина, адресованные Наркомюсту еще в 1922 г. Эти положения должны были быть положены в основу нового гражданского законодательства. Он требовал «вырабатывать новое гражданское право, новое отношение к «частным» договорам и т.п. Мы ничего «частного» не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное (подчеркнуто нами. — *В.Я.*). Мы допускаем капитализм только государственный, а государство это мы, мы, сознательные рабочие, мы, коммунисты. Отсюда — расширить право государства отменять «частные» договоры, применять не corpus juris romani (свод законов римского права) к гражданским правоотношениям, а наше революционное правосознание»[1].

Положения, высказанные В.И. Лениным, непосредственно относились к регулированию хозяйственных отношений при новой социально-экономической формации, при социализме и много раз были «опровергнуты». Даже в 2009 г. доцент Южно-федерального университета И.В. Бакаева вновь постаралась «опровергнуть» указанные принципиальные и государственно важные положения В.И. Ленина. Она пишет: «Советская цивилистика, развитие которой идейно предопределялось знаменитым ленинским тезисом в силу своей идеологической герметичности, уже не могла использовать для определения предмета гражданско-правового регулирования методологию, разработанную дореволюционной наукой (по В.И. Ленину — свод законов римского права. — *В.Я.*). Был отвергнут единственный на тот момент принцип выделения предмета отрасли как права частного в его противопоставлении праву публичному»[2].

Доцент И.В. Бакаева усматривает базовую сущность идеологической разгерметизации современной России в законодательном установлении частной собственности. Она раскрыла сущность разгерметизированной идеологии современного предпринимателя-частника. Его жизненная сущность, по ее словам, выражается: 1) в присвоении из внешнего мира материальных и нематериальных благ своей волей и своим намерением; 2) в признании этих благ («нечто») своими; 3) в установлении над этими благами своей власти; 4) в вовлечении этих благ в орбиту собственной деятельности; 5) в расширении своей частной (приватной) сферы; 6) в «пожирании» (ассимиляции) благ из «внешнего мира»; 7) в превращении этой частной сферы в приватную принадлежность его автономии.

Можно с уверенностью утверждать, что эти характеристики сущности современного предпринимателя-властелина, присваивающего своей волей из внешнего мира материальные и нематериальные блага и ассимилирующего их во имя систематического получения прибыли, образу-

---

[1] *Ленин В.И.* О задачах Наркомюста в условиях новой экономической политики: Письмо Д.И. Курскому 20 февраля 1922 г. // Полн. собр. соч. Т. 44. — М., 1970. — С. 398.

[2] *Бакаева И.В.* Предмет гражданского права: проблемы и решения // Цивилист. — 2009. — № 2. — С. 8.

ют основополагающую сущность антропогенного разрушения окружающей среды.

Именно эти отрицательные сущностные характеристики предпринимательской деятельности приводили и приводят к нарушению конституционных прав каждого на благоприятную окружающую среду, являются основными причинами трагедий: на шахте «Ульяновская» в марте 2007 г. погибли 110 человек; ради прибыли собственников 28 августа 2009 г. на Саяно-Шушенской ГЭС погиб 71 человек; на шахте «Распадская» в Кемеровской области в ночь на 9 мая 2010 г. погибли 66 горняков и горноспасателей, судьба еще 24 человек остается неизвестной. Неизвестно пока, к каким экологическим последствиям приведет техногенная катастрофа на нефтяных месторождениях ТНК «БВР» в Мексиканском заливе и на реке Дунай, вызванная катастрофой на никелевом заводе в Венгрии.

Именно эти сущностные характеристики предпринимательской деятельности полностью соответствуют социально-экономическому и политическому строю России (и явно противоречат естественно-природному) объективному фактору, а также четырем конституционным установлениям, в силу которых исключается возможность отнесения гражданского права к отрасли права, названной еще древнеримскими юристами частным правом, juris privatum.

Рассмотрим эти объективные факторы, которые опровергают теоретическую доктрину отнесения гражданского права к частному праву:

1) социально-экономический и политический строй современной России, где, как почти что и во всем мире, свирепствует социальный и финансово-экономический кризис, который, как правило, исключает действие свободного гражданско-правового договора, содержание которого определяется якобы по усмотрению сторон. И по их усмотрению осуществляется и исполнение договора. Более того, под пресс разрушительного кризиса неумолимо попадает и сама «незыблемость» права частной собственности;

2) естественно-природный, в силу которого не только народы России, но и все человечество страдает от техногенных катастроф и природных катаклизмов, — фактор, породивший таяние льдов — явление глобального потепления климата.

Назрела необходимость выделить в системе права Российской Федерации самостоятельную отрасль права под названием «Право социальной защиты граждан России» или «Социальная защита прав и интересов граждан России». Для признания жизненности, самостоятельности и самодостаточности этой отрасли имеются все отраслеобразующие факторы: а) предмет правового регулирования, включающий обособленный круг общественных отношений по реализации и защите социальных прав и интересов граждан; б) социально-экономическая и политическая значимость этих общественных отношений, получившая закрепление в п. 1 ст. 7 Конституции РФ: «Российская Федерация — социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободу развития человека»; в) наличие правовой базы

по регулированию отношений осуществления и защиты прав и интересов граждан Российской Федерации.

Первоначально предмет правового регулирования предполагаемой отрасли права уже обозначен в ГК РФ. Глава 8 Кодекса непосредственно посвящена этому предмету: нематериальным благам и их защите (ст. 150, 151, 152, 153). Названные статьи подлежат изъятию из ГК РФ, ибо не составляют предмета регулирования гражданского права, которые по своей сути предназначены для регулирования вещных, имущественных отношений, отношений рыночного оборота. Нематериальные блага человека (право на жизнь и здоровье, достоинство личности, личная неприкосновенность, честь и доброе имя и т.д.) не вписываются в рыночный оборот. Такое вписывание позаимствовано из древнеримского права, перекочевало в современность и, к сожалению, получило законодательное закрепление. Настало время освободить гражданское право от несвойственных этой отрасли обременений.

В полной мере соответствует структуре предлагаемой новой отрасли права и четвертая часть Гражданского кодекса РФ, предназначенная для регулирования интеллектуальной деятельности.

Представляется необходимым отношения в области использования природных ресурсов и охраны окружающей среды регулировать не Федеральным законом, а Основами законодательства об использовании природных ресурсов и охране окружающей среды. Основы могут стать базой для принятия субъектами РФ аналогичного названия Кодекса. Тем самым будут реализованы установления Конституции РФ о том, что земля и другие природные ресурсы находятся в совместной собственности Российской Федерации и субъектов РФ (ст. 72).

М.А. Егорова,
кандидат юридических наук
(РАГС)

МОДЕРНИЗАЦИЯ ГОСУДАРСТВЕННОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ТОРГОВОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ КАК ИНСТИТУТА ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА: ДОСТИЖЕНИЯ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ

До последнего времени в области правового регулирования торговой деятельности не было заложено основ проведения единой государственной политики и нормативного правового регулирования, направленных на обеспечение единства экономического пространства на всей территории страны путем торговой деятельности. Довольно часто, особенно на уровне регионов, можно было столкнуться со случаями неоправданного вмешательства органов государственной власти и местного самоуправления в торговую деятельность хозяйствующих субъектов товарных рынков, отсутствовали механизмы законодательно установленных методов государственного воздействия на развитие торговой деятельности. В сфере оптовой торговли не были регламентированы функции федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления в области регулирования отношений, возникающих в связи с организацией и осуществлением торговой деятельности, а также не были обеспечены гласность в разработке и принятии мер государственного регулирования торговой деятельности и доступность информации в данной области.

Состояние государственного регулирования в области торговой деятельности нуждалось в серьезной перестройке и совершенствовании. Принятие Федерального закона от 28 декабря 2009 г. № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации»[1] (далее — ФЗ о ГРТД) явилось очень своевременным и важным шагом в модернизации института государственного регулирования в сфере торговли в Российской Федерации. Следует отметить, что названный Закон является первым федеральным законом, который направлен на правовую регламентацию государственного регулирования отношений в сфере товарообращения, то есть его действие не распространяется ни на производство товаров, ни на их розничную продажу. Другой особенностью данного Закона является его направленность на регулирование отношений государственных органов и органов местного самоуправления с хозяйствующими субъектами торговой деятельности, что является серьезным достижением законодателя, поскольку эти отношения прежде

[1] СЗ РФ. — 2010. — № 1. — Ст. 36.

не были регламентированы. Закон устанавливает специальные правила, обеспечивающие защиту участников товарного оборота и препятствующие неоправданному вмешательству государства и органов местного самоуправления в процесс свободной торговли, а также ограничивающие конкуренцию путем установления антимонопольных правил регулирования отношений хозяйствующих субъектов товарных рынков.

ФЗ о ГРТД существенно способствует усовершенствованию законодательства о торговой деятельности, обеспечению прозрачности принятия органами государственной власти и органами местного самоуправления решений в сфере торговли, унификации требований, предъявляемых к хозяйствующим субъектам в связи с организацией и осуществлением торговой деятельности; в значительной степени упрощает процедуру организации торговой деятельности для субъектов малого и среднего предпринимательства; непосредственно направлен на развитие торговой деятельности для максимально полного удовлетворения потребностей населения в товарах, а также создает основу для формирования рыночной и недискриминационной системы реализации товаров.

ФЗ о ГРТД устанавливает правовой режим государственного регулирования торговой деятельности, выраженный «в комплексе правовых средств, характеризующих особое сочетание взаимодействующих между собой дозволений, запретов, а также позитивных обязываний, создающих особую направленность правового регулирования»[1]. Необходимость формирования специального правового режима государственного регулирования торговли связана со спецификой отношений субъектов этого регулирования, которая носит частно-публичный характер. Публичное вмешательство в имущественные отношения существенно ограничивает их свободу в целом и свободу предпринимательской деятельности в частности. Однако публичное вторжение в сферу правового регулирования имущественных отношений предусматривает и ГК РФ, устанавливая возможность ограничения гражданских (в том числе и имущественных) прав федеральными законами. Такое ограничение возможно лишь только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (п. 2 ст. 1 ГК РФ).

До принятия ФЗ о ГРТД в сфере торговли государственное регулирование осуществлялось путем использования основных способов государственного воздействия на экономические процессы, как-то: антимонопольное регулирование, лицензирование деятельности субъектов товарных рынков, государственное регулирование цен на товары, установление государственных требований к качеству товаров, осуществление государственной регистрации отдельных видов товаров и государственный конт-

[1] *Алексеев С.С.* Общие дозволения и общие запреты в советском праве. — М., 1989. — С. 185.

роль безопасности товаров. Принятие ФЗ о ГРТД существенно пополнило аппарат государственного воздействия на процессы в сфере торговли.

В соответствии со ст. 4 ФЗ о ГРТД государственное регулирование торговой деятельности дополнено несколькими специальными методами правового воздействия на отношения хозяйствующих субъектов торговли и управомоченных государственных органов власти и местного самоуправления. Прежде всего, это касается возможности установления государственными органами специальных требований к субъектам частного права в связи с осуществлением торговой деятельности (ст. 8 и 9 ФЗ о ГРТД) и требований в связи с организацией торговли компетентными государственными органами и органами местного самоуправления торговой деятельности (ст. 10, 11, 17, 18 и 19 ФЗ о ГРТД). Закон уточняет требования в области антимонопольного регулирования, направленные на ограничение деятельности субъектов частного права в отношении торговли продовольственными товарами (ст. 13 ФЗ о ГРТД) и аренды дополнительной площади торговых объектов для хозяйствующих субъектов, осуществляющих розничную торговлю продовольственными товарами посредством организации торговой сети (ст. 14 ФЗ о ГРТД). Закон также устанавливает антимонопольные ограничения деятельности субъектов публичной деятельности в области регулирования торговли по отношению к органам государственной власти субъектов Российской Федерации, органам местного самоуправления (ст. 15 ФЗ о ГРТД). Важной составляющей государственного регулирования в сфере торговли является установление специальных дозволений в части государственного контроля (надзора) и муниципального контроля отношении управомоченных субъектов публичной деятельности (ст. 16 ФЗ о ГРТД).

Существенным шагом, способствующим коренной модернизации государственного регулирования торговой деятельности, является регламентируемое указанным Законом распределение функций государственных органов и органов местного самоуправления. Часть 1 п. 1 ст. 5 устанавливает в качестве основной обязанности Правительства РФ обеспечение проведения государственной политики в области торговой деятельности. Централизация функций Правительства РФ в этом вопросе выражается, в частности, в разработке и утверждении методики расчета и порядка установления субъектами Российской Федерации нормативов минимальной обеспеченности населения площадью торговых объектов (п. 2 ст. 19 ФЗ о ГРТД) и в утверждении методики расчета объема всех реализованных продовольственных товаров (ч. 3 п. 1 ст. 5 данного Закона) в границах субъекта Российской Федерации, которые служат основой для выработки данных нормативов уполномоченными органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации. Правительством РФ уже утверждена методика расчета объема всех продовольственных товаров, реализованных в границах субъекта Российской Федерации[1].

[1] Постановление Правительства РФ от 4 мая 2010 г. № 305 «Об утверждении методики расчета объема всех продовольственных товаров, реализованных в границах субъекта Рос-

Органы государственной власти субъектов Российской Федерации в области регулирования торговой деятельности наделены законодательными и исполнительными полномочиями. К числу законодательных относятся разработка и принятие законов субъектов Российской Федерации, иных нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации в области государственного регулирования торговой деятельности (ч. 2 п. 1 ст. 6 ФЗ о ГРТД), установление нормативов минимальной обеспеченности населения площадью торговых объектов для субъекта Российской Федерации (ч. 3 п. 1 ст. 6 ФЗ о ГРТД), разработка мероприятий, содействующих развитию торговой деятельности на территории соответствующего субъекта Российской Федерации (ч. 5 п. 1 ст. 6; п. 1, 2 ст. 17; п. 1 ст. 18 ФЗ о ГРТД), установление порядка разработки и утверждения схем размещения нестационарных торговых объектов органами местного самоуправления, определенным в соответствии с уставом муниципального образования (п. 3 ст. 10 данного Закона). К разряду исполнительных полномочий относятся: реализация государственной политики в области торговой деятельности на территории субъекта Российской Федерации (ч. 1 п. 1 ст. 6 ФЗ о ГРТД), проведение информационно-аналитического наблюдения за состоянием рынка определенного товара и осуществлением торговой деятельности на территории соответствующего субъекта Российской Федерации (ч. 4 п. 1 ст. 6 ФЗ о ГРТД), реализация мероприятий, содействующих развитию торговой деятельности на территории соответствующего субъекта Российской Федерации (ч. 5 п. 1 ст. 6 ФЗ о ГРТД). Данный Закон предписывает органам государственной власти субъектов Российской Федерации и ряд иных функций: информационную функцию, связанную с обязанностью размещения на своих сайтах определенной информации о состоянии и динамике торговой деятельности на своих территориях, и статистическую функцию по формированию торговых реестров в соответствии с п. 4—6 ст. 20 ФЗ о ГРТД.

Закон также предусматривает ряд полномочий органов местного самоуправления в сфере создания условий для торговой деятельности. К ним, в частности, относятся утверждение и разработка схем размещения нестационарных торговых объектов, организация ярмарок и продажи товаров на них, планирование строительства и размещения торговых объектов в документах территориального планирования, правилах землепользования и застройки, осуществление мер экономического стимулирования по поддержке строительства, размещению доступности для хозяйствующих

сийской Федерации, в том числе городов федерального значения Москвы и Санкт-Петербурга, и в границах муниципального района, городского округа, в денежном выражении за финансовый год и определения доли объема продовольственных товаров, реализованных хозяйствующим субъектом, осуществляющим розничную торговлю такими товарами посредством организации торговой сети (за исключением сельскохозяйственного потребительского кооператива, организации потребительской кооперации), в границах соответствующего административно-территориального образования, в денежном выражении за финансовый год» // СЗ РФ. — 2010. — № 19. — Ст. 2328.

субъектов, осуществляющих торговую деятельность, имущества, находящегося в муниципальной собственности, проведение анализа финансовых, экономических, социальных и иных показателей состояния торговли на территориях муниципальных образований и анализа эффективности применения мер по развитию торговой деятельности на этих территориях, разработка муниципальных программ развития торговли.

Формирование гражданского общества направлено на более активное участие его членов в общественно полезной деятельности. Привлечение некоммерческих организаций к формированию режима государственного регулирования торговой деятельности должно способствовать созданию наиболее выгодных для предпринимателей условий профессиональной деятельности. Систематическое толкование п. 1 ст. 7 и п. 1 ст. 12 ФЗ о ГРТД позволяет заключить, что такими коммерческими организациями, прежде всего, являются ассоциации и союзы, объединяющие хозяйствующих субъектов, осуществляющих торговую деятельность. Это, однако, не исключает возможности существования некоммерческих организаций, удовлетворяющих требованиям нормы п. 1 ст. 7 данного Закона, в иных формах, например в виде фондов, гильдий, профессиональных союзов[1], финансируемых собственниками учреждений, благотворительных организаций[2], саморегулируемых организаций[3], обществ взаимного страхования и др.

Содержание деятельности некоммерческих организаций имеет три основных направления: законодательное, аналитическое и информационное. В законодательном процессе некоммерческие объединения хозяйствующих субъектов торговой деятельности привлекаются к разработке проектов нормативных правовых актов Российской Федерации в области торговой деятельности, разработке проектов региональных и муниципальных программ развития торговли, подготовке предложений о совершенствовании торговой деятельности для органов государственной власти и органов местного самоуправления. Аналитическая функция некоммерческих организаций осуществляется путем анализа финансовых, экономических, социальных и иных показателей развития торговли, оценки эффективности применения мер по поддержке торговли и составления ими прогноза ее развития. Информационное участие некоммерческих объединений заключается в распространении российского и иностранного опыта в области торговой деятельности (ч. 3 п. 2 ст. 7 ФЗ о ГРТД) и предоставлении ими необходимой информации для формирования и реализации государственной политики в области торговой деятельности (ч. 4 п. 2 ст. 7 ФЗ о ГРТД).

---

[1] Пункт 7 ст. 24 Федерального закона от 12 января 1996 г. № 10-ФЗ «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности» // СЗ РФ. — 1996. — № 3. — Ст. 148.

[2] Пункт 4 ст. 12 Федерального закона от 11 августа 1995 г. № 135-ФЗ «О благотворительной деятельности и благотворительных организациях» // СЗ РФ. — 1995. — № 33. — Ст. 3340.

[3] Например, саморегулируемые организации оценщиков (ст. 22 Федерального закона от 29 июля 1998 г. № 135-ФЗ «Об оценочной деятельности в Российской Федерации» // СЗ РФ. — 1998. — № 31. — Ст. 3813).

ФЗ о ГРТД также предусматривает правовое регулирование размещения нестационарных торговых объектов на земельных участках, в зданиях (сооружениях, помещениях), находящихся в собственности субъекта Российской Федерации или муниципальной собственности. Правило п. 7 ст. 10 ФЗ о ГРТД предполагает возможность частного собственника самостоятельно принимать решение относительно возможности и порядка размещения и использования нестационарных торговых объектов на территории стационарных торговых объектов, земельных участков, зданий и сооружений, находящихся в его частной собственности.

Рассматриваемый Закон заложил также основы правового регулирования ярмарочной деятельности. До его принятия порядок организации деятельности ярмарок устанавливался нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации, и в соответствии с ч. 2 п. 2 ст. 1 Федерального закона от 30 декабря 2006 г. № 271-ФЗ «О розничных рынках и о внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации»[1] положения указанного Закона не распространялись на деятельность по продаже товаров (выполнению работ, оказанию услуг) на ярмарках.

Особое внимание в ФЗ о ГРТД уделено нормам о регулировании торговли продовольственными товарами. С целью стимулирования формирования рыночной системы реализации продовольственных товаров на товарном рынке Российской Федерации законодателем регламентированы правила заключения и исполнения договоров поставки продовольственных товаров. Нововведениями современного законодательства является возможность вмешательства государства в сферу ценообразования на товарных рынках продовольственных товаров. Правила установления предельно допустимых розничных цен на отдельные виды социально значимых продовольственных товаров первой необходимости, перечень отдельных видов социально значимых продовольственных товаров первой необходимости, в отношении которых могут устанавливаться предельно допустимые розничные цены, а также перечень отдельных видов социально значимых продовольственных товаров, за приобретение определенного количества которых хозяйствующему субъекту, осуществляющему торговую деятельность, не допускается выплата вознаграждения, уже установлены Правительством РФ[2].

Серьезными новеллами ФЗ о ГРТД являются правила, касающиеся деятельности торговых сетей. В целях исключения недобросовестных дей-

---

[1] СЗ РФ. — 2007. — № 1 (ч. 1). — Ст. 34.

[2] Постановление Правительства РФ от 15 июля 2010 г. № 530 «Об утверждении Правил установления предельно допустимых розничных цен на отдельные виды социально значимых продовольственных товаров первой необходимости, перечня отдельных видов социально значимых продовольственных товаров первой необходимости, в отношении которых могут устанавливаться предельно допустимые розничные цены, и перечня отдельных видов социально значимых продовольственных товаров, за приобретение определенного количества которых хозяйствующему субъекту, осуществляющему торговую деятельность, не допускается выплата вознаграждения» // СЗ РФ. — 2010. — № 30. — Ст. 4103.

ствий при заключении и исполнении хозяйствующими субъектами, осуществляющими торговую деятельность посредством организации торговой сети, договоров с поставщиками продовольственных товаров, ФЗ о ГРТД установлены нормы антимонопольного регулирования отношений в сфере торговли. Для обеспечения баланса интересов всех участников торговой деятельности, развития конкуренции и недопущения злоупотреблений в сфере торговли антимонопольные требования также предусматривают запрет принятия органами государственной власти субъектов Российской Федерации и органами местного самоуправления решений и актов, ограничивающих конкуренцию в сфере торговли.

Важным видом антимонопольного запрета является запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения между федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов организациями, а также государственными внебюджетными фондами, Центральным банком РФ или между ними и хозяйствующими субъектами, или осуществление этими органами и организациями согласованных действий, если такие соглашения или такое осуществление согласованных действий приводят или могут привести к недопущению, ограничению либо устранению конкуренции.

Существенное место в ФЗ о ГРТД занимают способы содействия развитию торговой деятельности. В числе основных мер по поддержке торговой деятельности органами государственной власти и органами местного самоуправления предусмотрены разработка региональных и муниципальных целевых программ развития торговли и инвестиционных проектов, направленных на развитие торговой инфраструктуры, применение мер экономического стимулирования отдельных категорий хозяйствующих в сфере торговли субъектов, организация и проведение мероприятий, стимулирующих деловую активность хозяйствующих субъектов и способствующих сотрудничеству между организациями торговли и производителями продовольственных товаров.

ФЗ о ГРТД также выполняет ряд социальных функций, в частности направленных на создание условий для обеспечения благоприятных условий жизнедеятельности человека, в том числе за счет развития и размещения сетей организованной торговли, а также путем установления минимальных нормативов обеспеченности населения торговыми площадями, методика расчета которых должна определяться на федеральном уровне.

Важной особенностью данного Закона является создание базы для информационного обеспечения торговой деятельности, в том числе основ формирования торговых реестров субъектов Российской Федерации.

Принятие ФЗ о ГРТД коренным образом перестроило систему государственного регулирования в области торговли. Этот Закон заполнил правовой вакуум, существовавший до его принятия в сфере товарообращения, которая является предметом правового регулирования норм данного правового акта, став существенным аргументом для исследователей, от-

рицающих необходимость принятия торгового кодекса. Однако и сегодня сохраняются некоторые проблемы в регулировании отношений в данной области. В частности, это относится к необходимости установления специальных унифицированных правил приемки товаров, что позволит регламентировать единые требования ко всем участникам гражданского оборота, особенно с учетом наличия таких субъектов торговой деятельности, как торговые сети.

Другим направлением совершенствования законодательства в сфере товарообращения может явиться делегация некоторых государственных полномочий в сфере регулирования торговой деятельности крупным хозяйствующим субъектам торговли. Это может быть реализовано путем создания саморегулируемых организаций, учредителями которых могут являться торговые сети и крупные поставщики товаров, особенно в сфере торговли продовольственными товарами. К разряду правомочий, подлежащих делегированию хозяйствующим субъектам частного права, могут быть отнесены функции некоммерческих организаций, поименованные в ФЗ о ГРТД, установление специального разрешительного порядка торговли продовольственными товарами, ведение торговых реестров, формирование программ развития торговли муниципального уровня и ряд иных полномочий.

Рассредоточение функций по контролю деятельности хозяйствующих субъектов торговой деятельности в различных государственных органах приводит к забюрокрачиванию разрешительных процедур и сдерживанию развития торговли. В этом отношении может оказаться полезным создание единого государственного органа, деятельность которого будет полностью сосредоточена на контроле и надзоре хозяйствующих субъектов торговли. Создание такого органа должно быть произведено в структуре Минпромторга РФ, ему должны быть переданы соответствующие контрольные правомочия, осуществляемые сегодня различными государственными органами, относящимися к различным ведомствам.

Целью модернизации государственного регулирования торговли должно быть существенное улучшение ее функционирования и приведение торговой деятельности в Российской Федерации в соответствие с существующими мировыми стандартами в области торговли. Это будет способствовать полномасштабному вступлению России в мировой товарооборот и укреплению государственных и экономических позиций России на мировом рынке товаров.

Н.И. Клейн,
кандидат юридических наук, профессор
(ИЗиСП)

УКРЕПЛЕНИЕ СИСТЕМЫ ДОГОВОРОВ В ПРОЦЕССЕ МОДЕРНИЗАЦИИ ЭКОНОМИКИ

Модернизация экономики влечет развитие производства, новых процессов и технологий, что вызывает появление совершенно новых договоров, требует другого отношения к содержанию и роли договора.

Система договоров в условиях модернизации развития экономики меняется. Продолжается совершенствование норм ГК РФ об общих принципах и положениях гражданского права. Потребовала изменений вторая часть ГК — о договорах, особенно в связи с тем, что появилось много новых договоров, например в электроэнергетике в процессе реформы — 10—12. Они не поименованы в ГК РФ. Возможность их применения ГК допускает. Хотя есть прямые нормы — ст. 8 и 421 ГК, предусматривающие возможность существования и применения непоименованных в ГК договоров, судебная практика очень осторожно относится к таким договорам, даже вплоть до некоторых определений Высшего Арбитражного Суда РФ, в которых не признается договор, потому что он не поименован в ГК. Это очень сложный вопрос. Видимо, следует дополнить ГК нормами о новых договорах.

Но более важным является вопрос о системе договоров в связи с тем, что принимается большое количество законов в различных отраслях экономики, содержащих нормы о договорах. В статье 3 ГК определяются те отношения, которые им регулируются, и четко сказано, что отношения, регулируемые ГК, могут определяться и другими законами, принятыми в соответствии с ГК.

О каком соответствии ГК норм иных законов может идти речь? В Федеральном законе от 28 декабря 2009 г. № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности»[1] много нужного и важного. Однако в целом он вызывает ряд нареканий. Во-первых, в нем используются понятия, которых нет в ГК, и от них отказались при разработке ГК, как и от деления объектов продажи на товары народного потребления и продукцию производственно-технического назначения, не применяется и договор оптовой торговли. В ГК нет такого договора, хотя при разработке ГК это был спорный вопрос. В ГК есть договор розничной купли-продажи и договор поставки. Как названы стороны договора в Законе о торговой деятельности? Одна сторона ведет торговую деятельность,

[1] СЗ РФ. — 2010. — № 1. — Ст. 2.

а другая осуществляет поставки. Можно ли согласно этому Закону определить, кто покупатель, кто продавец, какой договор они заключают? Замечаний было огромное количество, однако Закон принят.

Есть ГК РФ, определяющий систему договоров. Когда в тот или иной закон включаются нормы, которые регулируют договорные отношения, названные договоры должны вписываться в установленную ГК систему договоров, учитывать то, что записано в Гражданском кодексе.

В Законе о торговой деятельности ограничены права сторон. Нельзя заключать смешанный договор — почему? Нельзя включить в условия договора элементы комиссии. А для производителей часто важно, если произведенный товар не имеет сбыта, договориться с торговой организацией о принятии товара на условиях комиссии. Чем это мешает торговле? То есть много таких норм, которые ограничивают принцип свободы договора без достаточных оснований.

В Федеральном законе от 26 марта 2003 г. № 35-ФЗ «Об электроэнергетике»[1] появился двусторонний договор купли-продажи, который должны заключать организации. Как будто договор купли-продажи с точки зрения квалификации может быть не двусторонним, если каждая из сторон имеет и права, и обязанности. Его содержание определено в Законе как содержание нового договора. А как применять ГК, если ГК в §1 гл. 30 содержит общие положения о договоре купли-продажи, а в других параграфах этой главы регулируются виды договора купли-продажи. Каждый договор купли-продажи имеет свои особенности. Поэтому для того, чтобы применять Гражданский кодекс к договору купли-продажи электроэнергии, надо определить, что это — договор поставки или договор энергоснабжения.

27 июля 2010 г. принят Федеральный закон № 190-ФЗ «О теплоснабжении»[2]. Оказывается, нет норм ГК о порядке заключения договоров, в том числе договора энергоснабжения. Предусмотрено, что порядок заключения договоров теплоснабжения еще только будет установлен Правительством РФ. Ни статьей 548 ГК, которая прямо предусматривает, что к договору о теплоснабжении должны применяться нормы о договоре энергоснабжения, ни общими положениями ГК о договоре, пока нет других норм.

О каком-либо соответствии ГК норм упомянутых законов говорить сложно.

Представляется, что норму ГК о том, что другие законы об имущественных отношениях, в том числе о договорах, должны соответствовать ГК, надо подкрепить последствиями. Нормы, не соответствующие ГК, не должны применяться. Иначе будет расшатана вся система договоров и трудно будет применять нормы о договорах, предусмотренные Гражданским кодексом РФ.

Для повышения роли договора, его эффективности в условиях модернизации необходимо решить вопросы, связанные с единообразием су-

[1] СЗ РФ. — 2003. — № 13. — Ст. 1177.
[2] СЗ РФ. — 2010. — № 31. — Ст. 4159.

дебной практики. Конечно, можно написать любой хороший закон, но от того, как его будет применять деловая и судебная практика, будут зависеть значимость и эффективность закона.

Обеспечить единообразие практики применения законодательства об экономике могут только Верховный Суд РФ, Высший Арбитражный Суд РФ и только принятие Пленумами этих судов соответствующих постановлений. Решения по отдельным делам имеют большое значение в силу авторитета высших судебных органов. Однако наше право не является прецедентным. Если Президиум Высшего Арбитражного Суда указывает в принятом решении по конкретному делу, что именно выраженная судом позиция по конкретному делу должна применяться всеми судами при решении аналогичных дел, то такая практика едва ли может встретить поддержку.

В условиях модернизации развития экономики принимаемые нормативные акты в тех или иных сферах экономики должны прежде всего учитывать ГК, соответствовать ему. Иначе не будет единой системы договоров, не полностью будут выполняться функции договора.

Е.А. Абросимова,
кандидат юридических наук
(МГУ)

ФУНКЦИОНАЛЬНОСТЬ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА И МОДЕРНИЗАЦИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

В связи с модернизацией экономики ключевым остается вопрос правового положения субъектов права — юридических лиц.

Юридические лица различны по своему происхождению, имеют различную структуру и неодинаковые функции в области обеспечения гражданского оборота. Охватить все эти признаки одной какой-либо системой классификации с одним основанием невозможно. Сложный, многоплановый предмет требует сложного и многостороннего описания. Поэтому и классификация юридических лиц проводится по нескольким основаниям и представляет разветвленную систему.

На первый план выходит разделение юридических лиц в зависимости от функций, которые они осуществляют.

Функция (от лат. functio — исполнение) представляет собой обязанность, круг деятельности, внешнее проявление свойств объекта в системе отношений, в данном случае в торговом обороте. Известно выражение Гёте: «Функция — это существование, мыслимое нами в действии».

В юридической литературе нет единства в понимании и употреблении терминов «задача» и «функция»[1]. Так, термин «функция» для многих авторов тождественен понятию «роль». Наиболее обоснованной представляется позиция тех авторов, которые исходят из положений общей теории государства и права (И.О. Снигирева, Л.С. Явич, А.И. Цепин), где уже давно разработано определение понятия функций государства как основных направлений его деятельности. Исходя из этого, функциями юридических лиц можно считать основные направления их деятельности по решению стоящих перед ними задач. Совершенно очевидно, что функции юридического лица связаны с принципом «полезности», который лежит в основе действий индивида и общества в целом[2].

Классифицируя функции организаций, ряд авторов разделяют их на две большие группы. Так, А.И. Цепин говорит о внутриорганизационных и внешних функциях[3]. При этом под внутриорганизационными понимаются функции, ограниченные внутрикорпоративными рамками. К внешним он

---

[1] См.: *Пугинский Б.И.* Теория и практика договорного регулирования. — М., 2008. — С. 97—107.

[2] См.: *Бентам И.* Введение в основания нравственности и законодательства. — М., 1998. — С. 10.

[3] *Цепин А.И.* Профсоюзы и трудовые права рабочих и служащих. — М., 1980.

относит те, с помощью которых организации содействуют выполнению государством его задач и функций (в данном случае в сфере торгового оборота).

Компетенция субъектов, организующих коммерческую деятельность, как правило, является специальной. Специальный характер их правоспособности дает возможность в первую очередь осуществлять защиту прав и интересов участников торгового оборота и обеспечивать нормальную работу их на товарных рынках.

Вряд ли можно согласиться с теми исследователями, которые определяют некоммерческие организации (НКО) как юридические лица, «ставящие перед собой неэкономические задачи»[1]. Более корректным подходом к анализу зарубежного законодательства в отношении этих организаций можно считать перевод их наименования non-profit как «бесприбыльные» корпорации, но не как «непредпринимательские»[2]. К числу НКО, играющих заметную роль в развитии российской торговли, относятся такие некоммерческие организации, как биржи, торгово-промышленные палаты, ассоциации промышленников и предпринимателей. Именно благодаря некоммерческим организациям в торговом обороте происходит становление цивилизованной структуры товарного рынка. Некоммерческие организации большинство исследователей коммерческого права относят к специальным субъектам торгового оборота, часть из таких организаций выступает в роли организаторов торгового обращения.

Эти организации являются коммерческими по своей роли в структуре рынка, по своему торговому предназначению и некоммерческими по своей природе и организационно-правовой форме, так как они создаются не для извлечения прибыли, а для создания условий для реализации товара другими субъектами. Специальные участники рынка выполняют функцию организаторов торгового оборота, и их основное предназначение относится к сфере логистики и формирования структуры и инфраструктуры товарного рынка.

А.В. Венедиктовым и С.Н. Братусем некоммерческие организации относились «к такому структурному типу юридических лиц, как корпорации», которые строятся на началах членства[3].

Основные этапы торгового оборота включают в себя процессы исследования рынка, сбыта изготовителями производимых товаров, приобретения их потребителями и посредническую деятельность, организаторов торгового оборота можно классифицировать в зависимости от тех функций, которые они осуществляют на каждой из этих стадий.

На стадии исследования рынка работают организаторы торгового оборота — «маркетологи». Это в основной массе коммерческие организации, основной задачей которых является проведение по заказам изготовителей

---

[1] *Козлова Н.В.* Понятие и сущность юридического лица. — М., 2003. — С. 208.

[2] Закон о бесприбыльных корпорациях США 1970 г.

[3] *Толстой Ю.К.* К разработке теории юридического лица на современном этапе. В сб.: Проблемы современного гражданского права / под ред. В.Н. Литовкина и В.А. Рахмиловича. — М., 2000. — С. 88.

и оптовых торговых организаций исследований возможностей и рынков сбыта определенных товаров.

Наряду с ними маркетинговые исследования проводят некоммерческие организации. К их числу можно отнести Рекламный совет России, некоммерческие партнерства «Гильдия маркетологов» и «РусБренд», разного рода союзы, ассоциации и объединения. Они обеспечивают предоставление объективной информации о товаре, анализ спроса и предложения на товарных рынках, вовлечение потенциальных потребителей в торговый оборот.

Сбыт изготовителем производимого товара и приобретение его потребителем (материальное и товарное снабжение) — центральный участок торговой деятельности, на котором происходит непосредственное перемещение товара от одного лица к другому с переходом права собственности.

На этой стадии активно работают организаторы торгового оборота — логистики и снабженцы. К их числу относятся товарные биржи, оптовые ярмарки, оптовые продовольственные рынки и выставки. Так, основной функцией товарных бирж как организаторов торгового оборота является выявление спроса и предложения и формирование обоснованных рыночных цен на основные сырьевые продукты. Что касается оптовых ярмарок и оптовых продовольственных рынков, то их главной задачей является создание условий и возможностей для совершения торговых операций другими участниками торгового оборота, предоставление места и организация условий для эффективной торговли.

С функциональной точки зрения отдельную группу в классификации организаторов торгового оборота составляют «инфраструктурные» субъекты торгового оборота — торгово-промышленные палаты, бизнес-ассоциации (Российский союз промышленников и предпринимателей, некоммерческое партнерство «Содружество бумажных оптовиков», отраслевые объединения товаропроизводителей и др.) и бизнес-инкубаторы (НП «Национальное содружество бизнес-инкубаторов»). Их основной задачей является формирование современной цивилизованной торговой инфраструктуры и создание благоприятных условий для торговой деятельности, включая вопросы внутренней и внешней коммуникации и вопросы подготовки кадров для торговой сферы.

Функции юридического лица напрямую связаны с вопросом его правоспособности и влияют на ее объем самым непосредственным образом. Для всех современных развитых правовых систем характерна тенденция к расширению объема правоспособности юридических лиц. В принципе современному юридическому лицу в странах с рыночной экономикой более всего соответствует неограниченная правоспособность. Однако в разных правовых системах процесс расширения правоспособности юридических лиц проходил неодинаково в силу исторических особенностей развития различных стран[1]. Достаточно широкой правоспособностью обладают

[1] Гражданское и торговое право капиталистических государств / отв. ред. К.К. Яичков. — М., 1966. — С. 81.

юридические лица в Германии. Здесь для изменения цели союза, образованного в разрешительном порядке, требуется согласие всех членов союза, а также разрешение компетентного государственного органа (§33 Германского гражданского уложения, далее — ГГУ)[1]. Однако правовая доктрина и судебная практика пошли по такому пути, что уставная цель имеет значение лишь для внутренних отношений в самом союзе.

Во французском и англо-американском праве существуют некоторые ограничения правоспособности, связанные главным образом с целями деятельности юридических лиц.

Во Франции по закону от 1 июля 1901 г.[2] различается правоспособность союзов, признанных общественно полезными и не признанных таковыми. Правоспособность первых более широка. Они могут совершать в принципе все имущественные сделки, кроме сделок по приобретению недвижимости (допускается только приобретение недвижимого имущества, необходимого для выполнения задач союза). Правоспособность вторых более ограничена. Такие союзы не имеют права не только приобретать недвижимое имущество, но и получать всякое имущество по дарению или завещанию.

В Англии существуют различия в определении правоспособности корпораций общего права и торговых корпораций — компаний. К первым относятся корпорации, созданные актом короля или парламента, а также корпорации в силу незапамятной древности. Эти корпорации в принципе обладают неограниченной правоспособностью. Существует лишь ограничение в отношении приобретения недвижимости, допускаемое с разрешения правительства или парламента. Для определения правоспособности вторых большое значение имеет принцип ultra vires, согласно которому сделки корпорации должны заключаться в соответствии с ее меморандумом (уставом). Принцип ultra vires означает по существу принцип специальной правоспособности английских корпораций. Сделка, совершенная в нарушение цели деятельности корпорации, оказывается «за пределами силы» и не обязывает ее.

Проанализируем специальную роль, которая отводится организаторам торгового оборота в свете грядущих изменений в связи с завершением работы над Концепцией совершенствования гражданского законодательства и подготовкой изменений в Гражданский кодекс. Представляется целесообразным выйти за рамки существующей типологии юридических лиц с учетом специфики их функционирования. Такой методологический подход позволит значительно сузить исследуемую область и утилизировать роль юридических лиц по отношению к различным этапам экономического развития.

---

[1] Германское право: Часть 1. Гражданское уложение / науч. ред. В.В. Залесский. — М., 1996. — С. 68.

[2] См.: *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. — М., 1911. — П. IV §13 // Система Гарант.

Юридические лица классифицируются по цели деятельности[1]. Данный критерий закреплен в ст. 50 ГК РФ, в соответствии с которым все юридические лица делятся на коммерческие и некоммерческие организации. Первые преследуют извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности, вторые не имеют такой цели в качестве основной и распределяют полученную прибыль между собой (участниками). Некоммерческие организации могут создаваться в форме потребительских кооперативов, общественных и религиозных организаций (объединений), финансируемых собственником учреждений, благотворительных и иных фондов, а также в других формах, предусмотренных законом. Следовательно, перечень организационно-правовых форм некоммерческих организаций, данный в п. 3 ст. 50 ГК РФ, может быть расширен специальным законом[2]. Как подчеркивает Е.А. Суханов, формы некоммерческих организаций предполагались достаточно многообразными, поэтому законодатель не стал указывать их закрытый перечень непосредственно в ГК РФ[3]. По различным классификациям количество организационно-правовых форм колеблется от 17 до 22 наименований[4]. С точки зрения развития системы некоммерческих юридических лиц на первый план выходят вопросы упорядочения их организационно-правовых форм.

В соответствии с одной из существующих классификаций юридические лица подразделяются на организации корпоративные и унитарные[5]. Корпоративные организации состоят из членов (участников), а унитарные — членов не имеют. К первым из числа некоммерческих организаций относятся потребительские кооперативы (ст. 116 ГК РФ), объединения юридических лиц (ассоциации и союзы) (ст. 121—123 ГК РФ), некоммерческие партнерства (Закон РФ «О некоммерческих организациях»). К некоммерческим юридическим лицам унитарного типа, не имеющим членов, относятся фонды (ст. 118, 119 ГК РФ), учреждения (ст. 120 ГК РФ) и автономные некоммерческие организации (Закон РФ «О некоммерческих организациях»).

О.Н. Садиков справедливо отмечает, что ГК РФ недостаточно четко разграничивает коммерческие и некоммерческие организации. Однако, если такое разграничение, как предполагает автор, оставить на усмотрение налогового законодательства, то вскоре все юридические лица «станут» коммерческими по вполне объективным причинам.

---

[1] См.: *Толстой Ю.К., Сергеев А.П.* Гражданское право. Т. 1. — М., 2000.

[2] Гражданское право / под общ. ред. Б.М. Гонгало и В.А. Плетнева. — М., 1998.

[3] *Суханов Е.А.* Проблемы развития законодательства о коммерческих организациях // Хозяйство и право. — 2002. — № 5. — С. 53.

[4] См., например: *Козлова Н.В.* Понятие и сущность юридического лица. — М., 2003. — С. 261—265; *Абросимова Е.А.* Правовые аспекты деятельности некоммерческих организаций. — М., 2000. — С. 45, 46.

[5] См.: Гражданское право России. Курс лекций. Часть первая / под ред. О.Н. Садикова. — М., 1996.

«Юридическое лицо правоспособно лишь в пределах той цели, для достижения которой оно установлено (специальная правоспособность). Явление это объясняется идеей юридического лица. Юридическое лицо может осуществлять свою правоспособность вечно и располагать громадными средствами. Отсюда видно, что юридическое лицо должно иметь специальную правоспособность, дабы оно не могло господствовать над человеком. Это особенно опасно там, где мы имеем дело с учреждениями, так как если в союзах люди могут господствовать над целью, изменять ее и даже прекращать само существование юридического лица, то в учреждениях цель господствует над людьми, и они не могут ее изменять... Специальную правоспособность юридического лица не следует... смешивать с ограничениями его правоспособности»[1].

В настоящее время завершена работа над Концепцией гражданского законодательства, в рамках которой подготовлен проект федерального закона о внесении изменений в Гражданский кодекс РФ, разработанный Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства во исполнение Указа Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании гражданского законодательства». В рамках унификации законодательства о юридических лицах и НКО в частности предполагается:

упорядочение организационно-правовых форм НКО, сокращение их перечня, типологизация с учетом положений Концепции развития гражданского законодательства, разрабатываемой в рамках реализации Указа Президента Российской Федерации № 1108;

гармонизация частноправового и публично-правового подхода к регулированию деятельности НКО;

развитие правового регулирования деятельности фондов.

Работа над формулировками изменений в Гражданский кодекс ведется достаточно активно и сокращает перечень организационно-правовых форм НКО до двух форм без учета видов собственности:

1) не имеющие членства НКО — учреждения, фонды, автономные некоммерческие организации;

2) членские НКО — общественные объединения и религиозные организации, некоммерческие партнерства, потребительские кооперативы, объединения юридических лиц (ассоциации и союзы), товарные биржи, объединения работодателей, торгово-промышленные палаты и некоммерческие общества.

Важным является то, что новая типология НКО предполагает разделение их в зависимости от членства, но не от формы собственности. Принадлежат ли эти НКО к государственной или частной собственности — значения иметь не будет.

Изменения будут вноситься в ст. 50 ГК РФ «Коммерческие и некоммерческие организации», а также в ст. 116 «Потребительский кооператив»,

[1] *Синайский В.И.* Русское гражданское право. ч. 1 гл. 2 §8 разд. 4. — М., 2002.

ст. 117 «Общественные и религиозные организации (объединения)», ст. 118 «Фонды», ст. 120 «Учреждения», ст. 121 «Объединения юридических лиц (ассоциации и союзы)».

Поскольку в ходе модернизации законодательства речь идет о введении «двухуровневой гражданско-правовой регламентации» юридических лиц — нормы Гражданского кодекса и федеральных законов об отдельных видах юридических лиц, упомянутых в ГК РФ, то с учетом такого развития событий можно было бы возобновить работу над проектом закона «О фондах». Проект закона «О фондах» находится в комитетах Государственной Думы РФ с лета 2000 г.

Фонд, являясь юридическим лицом, не основанным на членстве, представляет собой форму НКО, для которой законом прямо не предусмотрено участие учредителей в управлении и контроле за его деятельностью. Здесь должны создаваться принципиально иные, отличные от организаций, основанных на членстве, механизмы управления и контроля.

В заключительных положениях к Гражданскому кодексу будет указано, что внесение изменений в ГК и новая типология НКО не требуют внесения изменений в уставы НКО и перерегистрации. Указание на принадлежность к одной из двух групп НКО будет распространяться на уставы НКО, зарегистрированные после вступления в силу изменений в ГК РФ.

Соответственно, в ст. 52 ГК РФ «Учредительные документы юридического лица» будут внесены дополнения по указанию для НКО на принадлежность к одному из двух типов (членская или нечленская).

Члены Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства планируют завершить работу над Гражданским кодексом самостоятельно. Кроме Гражданского кодекса они не будут готовить предложения в другое федеральное законодательство. Таким образом, вышеуказанная типология НКО может быть инкорпорирована в Закон «О некоммерческих организациях» усилиями президентского Совета по совершенствованию законодательства о некоммерческих организациях.

Следует обратить внимание на то, что работа по модернизации российского гражданского законодательства только началась, и многие подходы к трактовке и классификации юридических лиц требуют дополнительного обсуждения в юридическом сообществе, особенно с учетом функционального подхода. Так, совершенно необоснованным представляется отказ разработчиков проекта от формы автономной некоммерческой организации[1]. Эта форма НКО активно используется участниками гражданского оборота и организаторами торгового оборота и прекрасно зарекомендовала себя на практике, принципиально отличаясь от других форм унитарных юри-

[1] Статья 50 Гражданского кодекса РФ в редакции проекта федерального закона о внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации, разработанного Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства во исполнение Указа Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании гражданского законодательства».

дических лиц по своему имущественному, управленческому и функциональному назначению. Неоднозначным и спорным также является отнесение религиозных организаций к числу унитарных, а не корпоративных юридических лиц, с учетом того что религиозные организации в соответствии с действующим федеральным законодательством существуют в настоящее время в виде религиозных обществ и групп, основанных на членстве прихожан[1]. В России церковь отделена от государства, и нормы Гражданского кодекса не могут распространяться на церковные учреждения (церкви, монастыри, мечети, синагоги, дацаны и др.), которые безусловно являются унитарными (едиными) с позиций теории права.

В заключение необходимо отметить, что модернизация российского законодательства невозможна без функционального подхода к юридическим лицам и требует от правоведов учета современных тенденций развития общественных отношений и реалий экономического развития.

[1] Статьи 7 и 8 Федерального закона от 26 сентября 1997 г. № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях» (с изменениями) // СЗ РФ. — 1997. — № 39. — Ст. 4465.

О.А. Слепенкова,
кандидат юридических наук
(УлГУ)

ОТДЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ СТРАХОВАНИЯ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ВЛАДЕЛЬЦА ОПАСНОГО ОБЪЕКТА

Как показывает практика, зачастую осуществление реформ, расширение экономических свобод для участников гражданского оборота, курс на снижение уровня налогообложения не сопровождаются повышением ответственности хозяйствующих субъектов за негативные результаты своей деятельности для третьих лиц и окружающей среды. Поэтому в условиях модернизации экономики необходимо применение наряду с административными и экономических методов регулирования. Одним из них является использование механизма страхования ответственности владельцев опасных объектов.

Целым рядом международных актов предусмотрено использование именно гражданско-правового механизма страхования как одного из эффективных экономических инструментов предупреждения чрезвычайных ситуаций, аварий и катастроф. Инновационность и экологичность наряду с энергоэффективностью тесно взаимосвязаны. Поэтому промышленная экология в контексте курса на модернизацию и инновационное развитие становится едва ли не решающим фактором успешности его реализации.

Страхование представляет собой экономико-правовую категорию, поэтому модернизация экономики должна влечь за собой и ряд изменений в правовом регулировании страхования.

В качестве примера подобных изменений следует рассмотреть практику страхования ответственности опасных объектов, поскольку такие объекты приносят значительную экономическую прибыль.

Страхование гражданской ответственности владельца опасного объекта является комплексным правовым институтом, стоящим на стыке гражданского и экологического права. Правомерно рассматривать данное страхование как разновидность имущественного страхования, а именно — страхования гражданско-правовой ответственности. Вместе с тем рассматриваемое понятие входит в состав экологического страхования.

Принят Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 225-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельца опасного объекта за причинение вреда в результате аварии на опасном объекте»[1] (далее — Федеральный закон № 225-ФЗ). Нормативный акт вступает в силу с 1 января 2012 г. Обращает на себя внимание ограниченное действие дан-

[1] СЗ РФ. — 2010. — № 31. — Ст. 4194.

ного Федерального закона. Он не распространяется на отношения, возникающие вследствие:

1) причинения вреда за пределами территории Российской Федерации;

2) использования атомной энергии;

3) причинения вреда природной среде.

Федеральный закон регулирует отношения, связанные с обязательным страхованием гражданской ответственности владельца опасного объекта за причинение вреда в результате аварии на опасном объекте.

Таким образом, рассматриваемый Закон имеет исключительно гражданско-правовой характер.

Однако в зарубежной практике под экологическим страхованием чаще всего понимают именно страхование гражданско-правовой ответственности владельцев потенциально опасных объектов в связи с необходимостью возмещения ущерба третьим лицам, обусловленного технологической аварией или катастрофой.

У нас же законодатель выбрал другую модель для подобного страхования.

В юридической литературе также существует мнение, что техногенные аварии должны выступать элементом страхования гражданско-правовой ответственности за причинение вреда источником повышенной опасности[1].

Обязательному страхованию подлежат имущественные интересы владельца опасного объекта, связанные с его обязанностью возместить вред, причиненный потерпевшим, но не окружающей среде.

Актуальность рассматриваемого Закона сложно переоценить. В настоящее время суммарный ущерб от техногенных катастроф сближается с ущербом от катастроф природных. При этом число техногенных аварий значительно увеличилось. Федеральный закон № 225-ФЗ даст возможность пострадавшим от аварий получить значительные суммы.

Ввиду того что на предприятиях могут возникнуть особые ситуации со страховым возмещением в случае превышения его величины лимитированной ответственности одной страховой организации, представляется целесообразным государству нести субсидиарную ответственность за вышеназванные предприятия. Это освободит предприятия от огромных выплат за вред при наступлении страхового случая, даже при превышении величины лимитированной ответственности[2].

Однако, несмотря на отсутствие такой обязанности, государство активно участвует в ликвидации последствий техногенных аварий и катастроф, принимает меры по возмещению вреда пострадавшим.

Федеральный закон № 225-ФЗ был принят в развитие положений Федеральных законов от 21 июля 1997 г. № 116-ФЗ «О промышленной безопас-

---

[1] См.: *Мисник Г.А.* Экологическое страхование: понятие, функции, основные элементы // Экологическое право. — 2006. — № 6. — С. 15.

[2] См.: *Исмаилова Г.М.* Проблемы страхования гражданско-правовой ответственности предприятий / Юрист. — 2003. — № 5.

ности опасных производственных объектов»[1] и от 21 июля 1997 г. № 117-ФЗ «О безопасности гидротехнических сооружений»[2]. Новеллой является то, что теперь в перечень опасных производственных объектов включены и многоквартирные дома, объекты торговли, общественного питания, административные учреждения и иные объекты, связанные с обеспечением жизнедеятельности граждан, в которых используются грузоподъемные механизмы и эскалаторы (подп. «в» п. 1 ст. 5 Федерального закона № 225-ФЗ).

Из содержания Федерального закона № 225-ФЗ остается неясно, кто является страхователем опасного объекта в случае заключения договора аренды на часть объекта — собственник или арендатор либо договор страхования в данной ситуации должен быть заключен с множеством лиц на стороне страхователя.

Вопрос об отнесении страхования ответственности юридических лиц к видам обязательного страхования являлся долгое время дискуссионным[3]. Основная проблема заключалась в том, что на федеральном уровне не был принят соответствующий закон. В настоящее время данный пробел восполнен.

Особый порядок возмещения ущерба установлен международным правом в случаях загрязнения моря нефтью при эксплуатации одной из разновидностей опасных производственных объектов — нефтяных танкеров. Международное морское законодательство предусматривает возмещение превышения размера вреда Международным фондом для компенсации ущерба от загрязнения нефтью, функционирующим в соответствии с Протоколом 1992 г. На основании постановления Правительства РФ от 10 мая 2001 г. № 362 «О порядке реализации положений Протокола 1992 года об изменении Международной конвенции о создании Международного фонда для компенсации ущерба от загрязнения нефтью 1971 года»[4] обязанность платить взносы в фонд возлагается на организации — получатели перевезенных морем нефти и нефтепродуктов. Таким образом, при сливе или иной утечке нефти с судна компенсация будет произведена страховщиком в пределах гражданской ответственности, а за ее пределами — из средств фонда. Иски о компенсации вреда предъявляются потерпевшим от загрязнения моря нефтью[5].

Экологическая составляющая страхования ответственности отражена в Федеральном законе «О промышленной безопасности опасных производственных объектов».

---

[1] СЗ РФ. — 1997. — № 30. — Ст. 3588.

[2] СЗ РФ. — 1997. — № 30. — Ст. 3589.

[3] См.: *Игнатьева И.А.* Экологическое страхование: содержание и возможности правового регулирования // Государство и право. — 2005. — № 11. — С. 52—61; *Бажайкин А.Л.* Экологическое страхование: теория, практика правового регулирования: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2002. — С. 13.

[4] СЗ РФ. — 2001. — № 20. — Ст. 2024.

[5] См.: *Кодолова А.В.* Особенности гражданско-правового статуса юридических лиц, эксплуатирующих экологически особо опасные объекты // СПС «КонсультантПлюс».

В соответствии со ст. 15 данного Закона[1] организация, эксплуатирующая опасный производственный объект, обязана страховать ответственность за причинение вреда жизни, здоровью или имуществу других лиц и окружающей среде в случае аварии на опасном производственном объекте.

Минимальный размер страховой суммы страхования такой ответственности зависит от степени опасности производственного объекта, которая напрямую зависит от количества используемых опасных веществ.

Исходя из этого существуют три страховые суммы:

а) 7 000 000 руб.;

б) 1 000 000 руб.;

в) 100 000 руб.

Таким образом, после вступления в силу Федерального закона № 225-ФЗ положения ст. 15, очевидно, будут применяться только в отношении страхования потенциального вреда окружающей среде.

Критериями градации экологических рисков в соответствии с законодательством Германии также являются объем опасного вещества, используемого в производстве, и принадлежность вещества или сооружения (установки) к федеральному перечню опасных производственных объектов и веществ. Благодаря учету компонентов риска страхование ответственности за причинение вреда окружающей среде строится в ФРГ в настоящее время индивидуально и с полным соответствием характеру риска.

Названные критерии нашли отражение и в российском законодательстве. Однако, с нашей точки зрения, при страховании ответственности этих критериев может быть и недостаточно для всесторонней и полной оценки возможного ущерба.

Обращает на себя внимание существенное увеличение размера страховых сумм. В соответствии с Федеральным законом № 225-ФЗ максимальный размер составляет 6 млрд 500 млн руб., а минимальный — 500 тыс. руб. Увеличение размера страховых сумм связано с увеличением количества аварий на опасных производственных объектах, в том числе на гидротехнических сооружениях (например, авария на Саяно-Шушенской ГЭС).

Очевидно, суммы, которые предусмотрены для страхования возмещения вреда окружающей среде, явно недостаточны, и следует увеличить их размер. Это возможно, в частности, путем принятия специального закона — федерального закона «Об экологическом страховании».

Некоторые авторы полагают, что задачи обязательного экологического страхования могут быть решены и в рамках действующего законодательства[2].

Так, в Волгоградской области с 2003 по 2009 г. действовал областной закон «О возмещении (компенсации) вреда окружающей среде на террито-

---

[1] В ред. Федерального закона от 7 августа 2000 г. № 122-ФЗ (СЗ РФ. — 2000. — № 33. — Ст. 3348) и Федерального закона от 30 декабря 2008 г. № 309 (СЗ РФ. — 2009. — № 1. — Ст. 17).

[2] См., например: *Боголюбов С.А., Кичигин Н.В.* Законодательное регулирование деятельности федеральных органов исполнительной власти по обеспечению экологической безопасности. — М., 2007. — С. 61.

рии Волгоградской области», в Ульяновской области — с 1997 по 2007 г. — Закон «Об экологическом страховании в Ульяновской области».

Тенденция отмены этих законов под предлогом невозможности регулирования региональными актами гражданских отношений налицо[1].

Страхование, осуществляемое в рамках Федерального закона «О промышленной безопасности опасного производственного объекта», в юридической литературе рассматривают как разновидность и гражданско-правового, и экологического страхования.

По мнению Г.П. Серова, экологическое страхование включает в себя страхование природных объектов как имущества и страхование гражданско-правовой ответственности владельца опасного производственного объекта[2].

Однако вопрос о функциональном назначении экологического страхования определяется по-разному.

Г.А. Моткин рассматривает в качестве основной функции экологического страхования компенсацию возможных (вероятностных) убытков, возникающих у источника загрязнения или третьих лиц[3].

Т.В. Петрова называет в качестве одной из основных функций экологического страхования превентивную, отмечая, что в основе отношений по обязательному экологическому страхованию лежат публичные интересы по обеспечению безопасности экологически опасных объектов (промышленных предприятий, мест размещения опасных отходов, гидротехнических сооружений и пр.). Соответственно, основной акцент в их правовом обеспечении должен быть сделан на превентивные функции страхования, то есть на порядок формирования и использования соответствующих денежных фондов[4].

Правовое закрепление функции экологического страхования получили в модельном законе СНГ «Об экологическом страховании», принятом на пятнадцатом пленарном заседании Межпарламентской ассамблеи государств — участников СНГ (постановление от 13 июня 2000 г. № 15-6)[5]. Этот закон предусматривает такие функции данного института, как стимулирование предотвращения аварийного загрязнения и нейтрализации угроз безопасности личности, государства, обеспечение возмещения вреда.

Отнесение предотвращения вреда к функциям страхования обосновывается также в трудах многих ученых, занимающихся исследованием гражданско-правовых аспектов страхования. Предупредительная фун-

---

[1] См.: *Злобин С.В.* Правовые проблемы экологического страхования // «Черные дыры» в российском законодательстве. — 2010. — № 2. — С. 71.

[2] *Байдаков С.Л., Серов Г.П.* Правовое обеспечение охраны окружающей среды и экологической безопасности. — М., 2003. — С. 209, 210.

[3] *Моткин Г.А.* Экономико-правовые основы страхования риска загрязнения окружающей среды // Государство и право. — 1994. — № 6. — С. 125.

[4] *Петрова Т.В.* Проблемы правового обеспечения экономического механизма охраны окружающей среды: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2000. — С. 23, 24.

[5] Информационный бюллетень. Межпарламентская Ассамблея государств — участников СНГ. — 2000. — № 25. — С. 126—143.

кция страхования заключается в том, что страховая организация вправе использовать временно свободные денежные средства страхователей на проведение мероприятий по уменьшению степени риска. Для этих целей формируется фонд, средства которого направляются на организацию безопасности того или иного рода деятельности (противопожарной, санитарно-эпидемиологической и т.п.)[1].

Однако другие авторы указывают, что, во-первых, если страховщик вправе ее осуществлять, то это уже не функция. Функция есть проявление сущности страхования. Данное проявление не зависит от воли и желания страховщика. Во-вторых, страховщик вообще не вправе распоряжаться «временно свободными денежными средствами страхователей» (даже в целях создания фонда предупредительных мероприятий), так как на эти средства у страховщика нет никаких прав, и ими распоряжаются сами страхователи, будучи их собственниками[2].

Фонд предупредительных мероприятий может создаваться только в том случае, если при обязательном страховании на страхователя законом возложена обязанность по его образованию либо если при добровольном страховании стороны достигли соглашения по поводу его создания.

Характерно, что Федеральный закон № 225-ФЗ не предусматривает никакого фонда предупредительных мероприятий.

В Российской Федерации в соответствии с положениями Федерального закона от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды»[3] экологическое страхование осуществляется в целях защиты имущественных интересов юридических и физических лиц на случай экологических рисков (ч. 1 ст. 18). Однако данная форма экономико-правовой превенции загрязнения окружающей среды, экологических преступлений сегодня лишь декларативна, а практика страхования экологических рисков не носит массового характера. Фактически экологическим страхованием озабочены только крупные и сверхкрупные предприятия, продукция которых действительно изначально экологически опасна (нефте- и газодобывающие предприятия по производству, переработке и утилизации ядерных и иных радиоактивных материалов и т.д.)[4].

---

[1] Страховое право / под ред. В.В. Шахова, В.Г. Григорьева, С.Л. Ефимова. — М., 2002. — С. 29, 30.

[2] См.: *Худяков А.И.* Страховое право. — СПб., 2004. — С. 45.

[3] СЗ РФ. — 2002. — № 2. — Ст. 133.

[4] См.: *Васильев Н.А.* Некоторые вопросы применения института обязательного экологического страхования на территории Российской Федерации // Законодательство и экономика. — 2009. — № 1. — С. 58.

С.В. Моргунов,
кандидат юридических наук,
судья Арбитражного суда
(Краснодарский край)

ПРОБЛЕМЫ ОБОРОТА НЕДВИЖИМОГО ИМУЩЕСТВА

Модернизация экономики требует совершенствования такого ключевого гражданско-правового института, как право собственности. Гражданский оборот недвижимого имущества обнаружил немало проблем, одна из которых связана с практикой применения положений ст. 551 ГК РФ об уклонении от государственной регистрации перехода права собственности. Наиболее остро эта проблема обозначилась в процессе вовлечения в имущественный оборот огромной массы недвижимого имущества, возведенного так называемым хозяйственным способом в 1960—1980-е гг. Однако отсутствие правоустанавливающих документов на эту недвижимость препятствует легализации имущества по правилам действующего законодательства.

На практике субъект, владеющий недвижимым имуществом без правоустанавливающих документов, тем не менее реализует указанное имущество другому лицу по гражданско-правовой сделке. Покупатель, осознавая невозможность осуществления государственной регистрации права собственности на приобретенное без документов имущество, обращается в арбитражный суд.

Пункты 60, 61 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав»[1] посвящены практике применения ст. 551 ГК РФ. Данные рекомендации не дают четкого и ясного представления о том, что понимать под уклонением от государственной регистрации применительно к положениям п. 3 ст. 551 ГК РФ.

В практике арбитражных судов распространены иски покупателей недвижимого имущества о признании за ними права собственности на приобретенное по сделке имущество. Ответчиком называют продавца. При обращении в суд истец обычно ссылается на уклонение продавца недвижимости от регистрации перехода права собственности. Однако продавец не имеет документов о праве собственности на отчуждаемое имущество (приобретенное им в период до введения в действие Федерального закона от 21 июля 1997 г. № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на

[1] Вестник ВАС РФ. — 2010. — № 6.

недвижимое имущество и сделок с ним»[1]), необходимых для регистрации его права собственности. А без этих документов невозможно зарегистрировать переход права собственности к покупателю.

Подобные иски юридически надуманы и беспочвенны. Поскольку основания и порядок возникновения права собственности на недвижимое имущество определены ГК РФ, Законом о регистрации, истец должен представить суду доказательства, свидетельствующие о соблюдении им соответствующих требований и процедур, а также о невозможности урегулирования возникшей проблемы иным способом без обращения в суд. Однако таких доказательств истец не имеет. Он не представляет доказательств обращения в регистрирующий орган и отказа в регистрации права собственности на недвижимое имущество и сделок с ним, а также обжалования отказа в регистрации в арбитражный суд, чем он мог воспользоваться на основании п. 5 ст. 131 ГК РФ и п. 3 ст. 20 Закона о регистрации.

Признание права в качестве способа защиты гражданских прав предусмотрено ст. 12 ГК РФ.

Требование о признании права собственности относится к вещно-правовым способам защиты и может быть предъявлено лицом в случае оспаривания данного права.

Ответчик (продавец) не оспаривает права истца (покупателя) на спорное недвижимое имущество, то есть между истцом и ответчиком отсутствует спор о праве.

Суд, исходя из задач судопроизводства, в данном случае при отсутствии спора о праве собственности по договору купли-продажи, не может возлагать на себя функции регистрирующего органа.

Установленные судом фактические обстоятельства дела и приведенные нормы законодательства в своей совокупности однозначно свидетельствуют о том, что в рассматриваемом отношении между истцом и ответчиком отсутствует правовая неопределенность по поводу того, какому хозяйствующему субъекту принадлежит имущество, обозначенное в исковом заявлении, и в результате каких сделок к нему поступило это имущество. А значит, исковое заявление юридически и фактически необоснованно, так как не направлено на установление правовой определенности принадлежности имущества (отличительный признак исков о признании права) либо на защиту прав истца от нарушений (реальных, а не эфемерных), допущенных ответчиком. При рассмотрении дела суд должен принимать во внимание, что в силу ст. 4 АПК РФ предметом защиты в суде являются нарушенные или оспариваемые права и законные интересы. Поэтому в случае отсутствия между истцом и ответчиком спора по заявленному иску требование о признании права собственности не подлежит удовлетворению.

Кроме того, в рассматриваемом правоотношении следует отграничивать юридическую состоятельность отчуждательной сделки (является сделка заключенной или нет, оспоримой или ничтожной) от юриди-

[1] СЗ РФ. — 1997. — № 30. — Ст. 3594.

ческого результата сделки — наличие вещного эффекта сделки, т.е. передачи права на вещь.

При рассмотрении таких исков у суда вызывает сомнения действительность сделки. Эти сомнения основаны на том, что ни должник (отчуждатель), ни покупатель не могут представить документальных подтверждений права собственности должника (отчуждателя) на момент совершения сделки. Хотя действующее законодательство в императивной форме не предусматривает обязательность проверки наличия у продавца права собственности на отчуждаемое имущество, однако отсутствие таких доказательств и после заключения договора позволяет утверждать, что договор не создает вещного эффекта, то есть отчуждатель не может передать отсутствующее у него право собственности покупателю. Тогда на каком правовом основании суд будет удовлетворять исковое заявление покупателя о признании за ним права собственности или заявление о государственной регистрации перехода от продавца права собственности к покупателю? В такой ситуации не остается места для рассуждений о действительности сделки, на основании которой подано исковое заявление, а также утрачивается юридическая значимость исполнения контрагентами условий сделки о передаче имущества и уплате покупной цены, поскольку юридическая сущность отчуждательной сделки заключается в передаче субъективного права на вещь, а не в физическом перемещении имущества между лицами.

В случае когда объект сделки — недвижимость, право на которую продавец приобрел до введения в действие Закона о регистрации, правила ст. 6 этого закона предусматривают внесение в реестр сведений о праве собственности продавца. Отсутствие у продавца правоустанавливающих документов на отчуждаемую недвижимость не позволяет регистрирующему органу исполнить это предписание закона. В этой ситуации, при рассмотрении требования покупателя о признании за ним права собственности, суд не вправе «автоматически» признать право собственности продавца.

Признание права собственности на имущество в судебном порядке в целях устранения правовой неопределенности принадлежности имущества может иметь место только по заявлению правообладателя, в данном случае продавца.

По смыслу норм п. 2 ст. 6 ГК РФ добросовестность и разумность представляют собой общее мерило поведения участников гражданских правоотношений. В рассматриваемой ситуации ответчик (продавец), совершая сделку, заведомо зная об отсутствии у него правоустанавливающих документов, действовал недобросовестно. В свою очередь истец (покупатель), имея возможность в соответствии со ст. 7 Закона о регистрации проверить наличие права собственности продавца на приобретаемое имущество, не проявил должной осмотрительности и разумности при совершении приобретательной сделки с недвижимым имуществом. Исходя из этого, не имеется оснований квалифицировать поведение продавца (ответчика) в качестве уклонения от государственной регистрации перехода права собственности применительно к нормам ст. 551 ГК РФ.

К этим правоотношениям должна быть применена другая квалификация. Когда лицо, зная об отсутствии у него надлежащих документов о праве собственности, необходимых для государственной регистрации недвижимости, отчуждает объект, а другое лицо, осведомленное о названных пороках, заключает приобретательную сделку, их поведение выходит за рамки пределов осуществления гражданских прав — разумности и добросовестности (ст. 10 ГК РФ). Это становится очевидным, когда участники сделки даже не пытаются обращаться в регистрационную службу, а один из них (покупатель) сразу предъявляет в арбитражный суд иск о признании за ним права собственности либо обращение в суд откладывает до юридической ликвидации продавца. В обоих случаях преследуется цель преодолеть с помощью судебного решения проблемы, которые могут возникнуть при регистрации перехода права собственности на приобретенное с обозначенными юридическими пороками недвижимое имущество.

Законодательное закрепление добросовестности в качестве одного из основных начал гражданского права (такое предложение содержится в Концепции совершенствования общих положений ГК РФ и сохранено в Концепции от 7 октября 2009 г. — п. 1.1 раздела «Общие положения Гражданского кодекса Российской Федерации») сделает еще более наглядной недобросовестность субъектов рассматриваемого казуса. Тогда именно по критерию недобросовестного поведения должен последовать отказ в удовлетворении таких исков.

Если законодатель и судебная практика придут к выводу о необходимости удовлетворения подобных исков, тогда следует признать, что система регистрации не действует, так как лица, приобретающие недвижимое имущество описанными способами, будут «обходить» регистрационную службу и обращаться в суд с надуманными исками о признании права собственности. О судебном решении как правообразующем факте для возникновения права собственности применительно к нормам ст. 8 ГК РФ можно говорить лишь в единичных случаях (ст. 222, 225 ГК РФ). Возобладание такой тенденции приведет к выхолащиванию законопослушного поведения участников гражданского оборота, соблюдающих требования закона при отчуждении и приобретении недвижимости.

Абсурдность таких надуманных исков станет очевидной, если обратиться к обороту жилых помещений. Любой покупатель жилья, прежде чем уплатить покупную цену, проверит документы продавца о его праве собственности на приобретаемый дом (квартиру). Почему же в обороте коммерческой недвижимости должны действовать иные правила, позволяющие уплатить деньги без документов на приобретаемое имущество, а затем в судебном порядке устанавливать право собственности покупателя?

В пункте 38 постановления № 10/22 высшие судебные инстанции делают вывод об обязанности приобретателя принимать все разумные меры для выяснения правомочий продавца на отчуждение имущества. Тогда на каком основании знание покупателя об отсутствии у продавца документов о праве собственности на отчуждаемое имущество следует отождеств-

лять с уклонением последнего от государственной регистрации перехода права собственности?

Положения ст. 551 ГК РФ для рассмотренной ситуации не предназначены. Об уклонении от государственной регистрации перехода права собственности может идти речь только в случае, когда в ЕГРП зарегистрировано право собственности отчуждателя. Такая конкретизация необходима в ст. 551 ГК РФ. В противном случае будет нарастать тенденция вовлечения огромной имущественной массы в гражданский оборот посредством судебных исков покупателей, приобретающих имущество без правоустанавливающих документов у продавцов. Если и говорить о привлечении суда для разрешения данной проблемы, то с исками о признании права собственности следует обращаться продавцам имущества, прежде чем продавать его с такими юридическими пороками. Тогда с помощью судебного решения недвижимость будет легализована в качестве объекта гражданских прав, и дальнейшее вовлечение ее в имущественный оборот произойдет в обычном порядке.

Как показывает судебно-арбитражная практика, еще одна проблема современного этапа развития правоотношений собственности в нашей стране заключается в пассивной роли органов государственной власти и местного самоуправления в процессе легитимации публичной собственности, вовлечения ее в гражданский оборот и правовой защиты, в том числе в судебном порядке.

В упомянутом постановлении высшие судебные инстанции обозначили ключевые позиции по спорам, связанным с защитой права хозяйственного ведения и оперативного управления. В пункте 5 постановления усматривается акцент на производной (от права собственности) юридической природе этих вещных прав. Именно эта особенность возникновения так называемых ограниченных вещных прав должна иметь определяющее значение при разрешении споров.

Встречающиеся в судебной практике дела, при рассмотрении которых центральное место занимает вопрос о принадлежности на производном вещном праве объекта недвижимости конкретному хозяйствующему субъекту, можно разделить на несколько категорий.

Первая ситуация, когда в отношении одной недвижимости спорят субъекты, относящиеся к публично-правовым образованиям разного уровня. В других случаях хозяйствующему субъекту, имеющему производное вещное право на объект недвижимости, противостоит коммерческая организация.

Для первой из обозначенных категорий дел характерны следующие особенности: предъявлению иска о признании права оперативного управления (хозяйственного ведения) предшествует обращение в регистрационную службу[1], однако на такое обращение получен отказ, главным основани-

[1] См., например, дела А32-24173/2009-35/459; А32-20750/2009-35/284; А32-20544/2009-35/472 // Архив арбитражного суда Краснодарского края.

ем которого послужило отсутствие в ЕГРП регистрации права публичной собственности, а также отсутствие распорядительного акта публичного собственника (в лице уполномоченного органа) о наделении истца имуществом на праве оперативного управления (хозяйственного ведения).

Непринятие мер по обжалованию отказа в государственной регистрации явно свидетельствует о нежелании публичного собственника надлежащим образом распорядиться своим имуществом. Судебное решение не может подменить его волеизъявление. Подобной нормы нет в материальном праве. Такое поведение публичного собственника обусловлено пороками юридического и технического свойства: отсутствие разрешительных документов на строительство или реконструкцию объекта недвижимости, отсутствие документов первичного инвентарного учета в отношении объектов, возведенных до принятия Закона о регистрации и т.п. Эти изъяны могут быть устранены во внесудебном порядке. Однако публичный собственник и созданный им хозяйствующий субъект идут на упрощение процедуры государственной регистрации, предъявляя и поддерживая подобные иски.

В результате происходит нарушение одного из основополагающих принципов гражданских правоотношений — вовлечение имущества в гражданский оборот по волеизъявлению собственника, так как издание уполномоченным органом публичного собственника распорядительного акта о наделении имуществом на праве оперативного управления (хозяйственного ведения) конкретного хозяйствующего субъекта — это и есть реализация данного принципа.

Стало быть, оснований для удовлетворения искового заявления в обозначенной ситуации не имеется.

Отмеченные особенности характерны и для споров между субъектами права, производного от публичной собственности, и коммерческими организациями, так как в случае неподтверждения правомерности приобретения производного права имущество может быть утрачено для публично-правового образования.

При рассмотрении данной категории споров обнаружена еще одна особенность: с иском о признании права федеральной государственной собственности на объекты недвижимого имущества обращаются государственные предприятия или учреждения. По смыслу норм гл. 5 ГК РФ Российская Федерация является полноправным участником гражданских правоотношений, а значит, через уполномоченные государственные органы вправе самостоятельно защищать свои имущественные интересы в судебном порядке. Этим законоположениям корреспондируют нормы процессуального законодательства. В частности, правилами ст. 53 АПК РФ установлено, что в случаях, предусмотренных федеральным законом, государственные органы вправе обратиться в арбитражный суд в защиту публичных интересов. В соответствии со ст. 113 ГК РФ унитарные предприятия обладают статусом коммерческой организации и не относятся к государственным органам.

Поэтому с точки зрения материального и процессуального права подобные иски не подлежат удовлетворению. Даже участие в таком деле на стороне истца в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, уполномоченного государственного органа не придает большей легитимности заявленным исковым требованиям. Удовлетворение подобных исков будет потворствовать инертности государственных органов, не желающих надлежащим образом осуществлять возложенные на них функции по владению, пользованию и распоряжению государственным имуществом (в сущности, заниматься практической реализацией полномочий собственника). Критерий процессуальной экономии не может служить оправданием пассивного поведения публичного собственника в подобной ситуации и не имеет основы в действующем законодательстве.

Т.К. Канатов,
докторант PhD ЕНУ
(Республика Казахстан, г. Астана)

ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН И ВЛИЯНИЕ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА НА МИНИМИЗАЦИЮ ПОСЛЕДСТВИЙ ЭКОНОМИЧЕСКОГО КРИЗИСА

Казахстанское общество на пороге XX и XXI столетий встало на путь модернизации всех сфер жизни. Этот качественный рывок можно рассматривать как процесс перехода от отживших, архаичных форм хозяйствования, уравнительности, социального иждивенчества к современным мировым стандартам качества жизни. Такой переход невозможно было бы осуществить без законодательного обеспечения социально-экономических реформ, поскольку старая система правовых норм была направлена на тотальное государственное распределение материальных благ с подавлением личной материальной заинтересованности основных производителей при отсутствии института частной собственности.

Нормативную основу гражданского права Республики Казахстан составляет Гражданский кодекс (общая часть) РК от 27 декабря 1994 г. (введен в действие с 1 марта 1995 г.) и Гражданский кодекс (особенная часть) РК (введен в действие с 1 июля 1999 г.).

Хотелось бы отдать должное разработчикам ГК Республики Казахстан, среди них выдающиеся ученые, такие как: М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин, А.Г. Диденко, Б.В. Покровский, Р.С. Тазутдинов, А.И. Худяков, И.У. Жанайдаров, К.В. Мукашева, У.К. Ихсанов, Б.Б. Базарбаев, О.И. Ченцова, В.А. Жакенов, Г.И. Тулеугалиев.

Гражданское право Республики Казахстан — одна из основных отраслей в системе права, предметом ведения (правового регулирования) которой является широкий спектр стоимостных (и прежде всего — товарно-денежных) отношений, складывающихся из гражданского оборота, — лицами физическими, юридическими, государства в лице уполномоченных органов, а также некоторые связанные с ними личные неимущественные права, в частности возникающие в сфере творческой деятельности по поводу объектов интеллектуальной собственности. Гражданское право Республики Казахстан — самостоятельная отрасль, которая обладает собственными принципами и закономерностями построения, а также юридической терминологией и логикой построения.

Республика взяла курс на построение рыночного государства. В связи с этим центральными принципами ГК являются свобода договора, свобода предпринимательской деятельности, частная собственность (цент-

ральный институт гражданского права Республики Казахстан). До обретения независимости данный вид собственности отсутствовал. В ГК Республики Казахстан провозглашены следующие принципы: равенство участников гражданского оборота; неприкосновенность частной собственности; недопустимость вмешательства кого-либо в частные дела; необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав; обеспечение восстановления нарушенных прав и их судебной защиты; свобода приобретения и осуществления, гражданских прав и установления гражданских обязанностей; свобода перемещения на всей территории РК товаров, услуг, работ.

Система гражданского права построена по пандектной (всеобъемлющей) модели, в соответствии с этим гражданское право делится на общую часть, нормы которой служат объединяющим началом для всех остальных частей гражданского права (например, нормы о юридических и физических лицах, объектах гражданских прав, праве собственности, сделках и т.п.), и особенную часть, регулирующую отношения в области отдельных видов обязательств, деликтных обязательств, права интеллектуальной собственности, наследственного права, международного частного права и др.

Каждая из частей имеет свои нормы и институты, свой предмет правового регулирования. В частности, общая часть отражает статику соответствующих общественных отношений, а особенная часть — их динамику. Вместе с тем они неразрывно связаны и применяются во взаимодействии.

Общая часть гражданского права имеет ряд проблем:

отрывочное, бессистемное применение норм только общей или особенной части Гражданского кодекса;

разграничение понятий «имущественная обособленность» и «наличие обособленного имущества» юридического лица. Понятия на первый взгляд являются тождественными, однако имущественная обособленность не предполагает наличия обособленного имущества, юридическое лицо может не иметь обособленного имущества, но быть имущественно обособленным от других участников гражданских правоотношений;

ответственность учредителей юридических лиц, его размеры и пределы по обязательствам созданного им юридического лица, минимальное и максимальное количество учредителей, их субъектный состав, права учредителей на имущество юридического лица в случае его ликвидации. Например, учредителями производственного кооператива могут быть только физические лица в количестве не менее двух граждан, которые помимо внесения вкладов в уставной капитал должны своим личным трудом участвовать в деятельности кооператива. А учредителем ТОО может быть как одно лицо — физическое или юридическое, так и два и более лиц, и они не обязаны личным трудом участвовать в деятельности ТОО, достаточно внесения ими вкладов в уставной капитал. Учредители юридического лица могут иметь в отношении имущества созданного ими юридического лица как обязательственные, так и вещные права. Учредители некоммерческих организаций не могут распределять полученный чистый доход

таковых юридических лиц между собой, а после их ликвидации не могут претендовать на оставшееся имущество;

понятие объекта в гражданском праве является спорным. Общепринятым определением является следующее: объектом гражданских прав признается то, по поводу чего возникают гражданские правоотношения и на что направлены действия субъектов. Под объектом права надо понимать то, на что направлены права и обязанности субъектов правоотношения, т.е. имущественные и личные неимущественные блага и права. Со времен римского права к объектам гражданских прав относятся материальные блага: имущество (имущественные блага и права), работы и услуги. Гражданский кодекс РК к числу объектов относит также объективированные результаты творческой деятельности и нематериальные, то есть личные имущественные права и блага. К имущественным благам и правам относятся: вещи, включая деньги и ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права; работы и услуги; информация; результаты интеллектуальной деятельности, в том числе исключительные права на них (интеллектуальная собственность). К личным неимущественным благам и правам — жизнь, здоровье, честь, деловая репутация, право на неприкосновенность частной жизни, право на авторство, право на имя и т.д. Таким образом, свойство имущества или имущественного блага у материальных предметов — это их общественное юридическое свойство, данное им в общественных отношениях, а не природное. Поэтому не все предметы природы признаются имуществом и объектами гражданских прав (например, солнце, луна);

вексель и чек не признаются в гражданском праве РК в качестве ценных бумаг, тем не менее они являются общепризнанными ценными бумагами;

появление бездокументарных ценных бумаг пошатнуло в теории гражданского права понятие ценной бумаги как документа, действительного только при его предъявлении, помимо этого в законодательстве и практике появились и новые виды документарных ценных бумаг: ипотечное свидетельство, складское свидетельство (варрант), зерновая расписка, которые не регулируются гражданским правом полностью.

Не лишена проблем и особенная часть гражданского права:

в Казахстане наблюдается устойчивая тенденция уменьшения применения репрессивных мер воздействия на правонарушителей, развиваются частноправовые способы защиты гражданских прав, среди которых немаловажное место отводится деликтным обязательствам, именуемым в гражданском праве Казахстана обязательствами, возникающими вследствие причинения вреда. В данной сфере гражданского права существует ряд серьезных проблем. В частности, правоприменительная практика свидетельствует о том, что, несмотря на остающееся высоким число лиц, претерпевающих в результате различных правонарушений, безответственности хозяйствующих субъектов и должностных лиц государственных органов управления и власти материальный и моральный вред, существующие законодательные нормы и юридические механизмы не обеспечивают в полной мере воз-

мещения причиненных этим лицам имущественных убытков. Положение усугубляет тот факт, что на сегодняшний день нет какой-либо системной отчетности или других форм контроля, по которым можно было бы проследить, в какой мере государственные органы выполняют возложенные на них обязанности по данному виду защиты гражданских прав. Одна из основных причин этого — отсутствие в Казахстане концептуальных исследований как с позиции рассмотрения деликтных обязательств в качестве структурного института гражданского права, так и в качестве частноправового способа защиты благ и прав гражданина. В связи с этим предлагается изменить конструкцию ст. 922, 923 и 952 ГК РК: а) в ст. 922 ГК определить обязательства государства по возмещению вреда, причиненного любыми виновными незаконными действиями (бездействием) государственных органов, органов местного самоуправления, а также и их должностными лицами; б) в ст. 923 ГК определить обязательства государства по возмещению вреда, причиненного незаконными действиями органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда, независимо от вины этих органов, в том числе и при самооговоре со стороны лица, подозреваемого (обвиняемого) в совершении преступления; в) в ст. 952 ГК целесообразно закрепить в нормативном порядке презюмирование размеров компенсаций страданий (физических и душевных) потерпевшему в виде специально разработанной для этого схемы или таблицы;

доверительное управление предприятия, имуществом государственного служащего, по использованию доверительного управления при организации деятельности и реорганизации коммерческой деятельности в Казахстане на сегодняшний день крайне мало разработаны, как и направления по доверительному управлению денежными средствами, ценными бумагами, авторскими правами, недропользованием, землепользованием. В связи с этим необходимо внести изменения в законодательство Республики Казахстан для усиления их правового положения в доверительном управлении имуществом. В качестве задачи института доверительного управления имуществом предлагается защита участников имущественного оборота путем установления для слабой стороны обязательства изначально особых условий участия в договорных отношениях: льготного порядка заключения, изменения и расторжения договора; предоставления слабой стороне в обязательстве дополнительных прав и возложения на ее контрагента дополнительных обязанностей; ужесточения ответственности сильной стороны в обязательстве за его неисполнение либо ненадлежащее исполнение и, наоборот, ограничение ответственности слабой стороны;

договор лизинга в качестве самостоятельного гражданско-правового обязательства появился в законодательстве Республики Казахстан только с принятием и введением в действие с 1 июля 1999 г. ГК РК (особенной части). В настоящее время, несмотря на принятие специального нормативного правового акта — Закона Республики Казахстан от 5 июля 2000 г. № 78-II «О финансовом лизинге», все еще отсутствует унифицированный

подход к законодательному определению договора лизинга, а также так называемой лизинговой терминологии. Несмотря на то что договор лизинга нашел свое законодательное закрепление в Гражданских кодексах стран СНГ как один из видов договоров имущественного найма (аренды), что, казалось бы, должно было привести к снижению актуальности одного из самых дискуссионных вопросов — вопроса о правовой природе договора лизинга и определении его места в системе гражданско-правовых договоров, данная проблема все еще не решена — недостаточно исследованы вопросы сложной структуры правовых связей, возникающих при лизинге. Особенность лизинговых отношений заключается не только в возникновении сложных договорных связей, но и в том, что в структуру правовых связей, помимо гражданско-правовых отношений, вовлекаются налоговые, таможенные, инвестиционные, кредитные и иные отношения, чего нельзя сказать об обычных арендных отношениях. Практически не исследованными остаются сложные вопросы залога прав по договору лизинга, а также залога лизингового имущества, возникающие в банковской практике, но не нашедшие отражения в Законе о финансовом лизинге. Целесообразно унифицировать казахстанское законодательство путем приведения норм Закона о финансовом лизинге в соответствие с общими положениями ГК РК, не противоречащими сущности лизинговых отношений, а также с расширением сферы действия Закона, путем распространения его норм на регулирование гражданско-правовых лизинговых отношений в целом, с сохранением особенностей в правовом регулировании отношений, возникающих в процессе финансового лизинга;

одной из центральных проблем гражданского права является авторское право, а именно вопросы об объекте и субъекте авторского права, точная характеристика произведения и его признаки, соотношение понятий: «произведение» и «объект авторского права», ибо, как показывают судебная практика и основные положения теории авторского права, считать данные понятия тождественными не совсем обоснованно. Также необходимо четко сформулировать понятие объекта авторского права, ибо без этого представляется затруднительным эффективное осуществление авторского права.

Усиливается роль судебной практики. В современном Казахстане особенно велико значение решений Верховного Суда.

Важной тенденцией развития гражданского права является его коммерциализация. Любые материальные и духовные блага могут стать предметом купли-продажи.

В связи с интернационализацией капитала, производства во всем мире гражданское право имеет тенденцию к выходу за национальную юрисдикцию Казахстана. Многие национальные акты в области гражданского права приняты во исполнение международных договоров (купля-продажа, транспорт, авторское, патентное право, расчеты и кредитование и т.д.). Происходит унификация гражданского права — «срастание норм гражданского права». Имеется также тенденция развития гражданского права в бу-

дущем в рамках СНГ по подобию ЕС, где сейчас интенсивно протекают процессы гармонизации и унификации гражданского законодательства.

Тенденция развития гражданского законодательства в сторону усиления «влияния государства» очень высока в связи с мировым финансовым кризисом. Государство выступает в роли собственника национализированного имущества (как в Чили), патентообладателя (как в Японии, США, России), государство все чаще будет играть роль кредитора как стороны в сделках (научно-технические разработки, инновационные технологии, крупные производства). Высока тенденция усиления роли государства и в банковском секторе (контроль банков путем участия доли в капитале коммерческих банков) в связи с мировым кризисом, для того чтобы снизить риск банкротства банков, а также для стабильности кредитно-денежной политики в стране. Данная тенденция наблюдается и во многих зарубежных странах (только в США за последний год 64 банка стали банкротами, а ущерб, нанесенный экономике, составил 11 трлн долл. США).

Инновационная программа развития Казахстана требует совершенствования правового регулирования интеллектуальной собственности, а транзитное положение государства, связывающего Азию и Европу, — развития транспортного права (договоров перевозки, транспортной экспедиции).

Н.Г. Доронина,
доктор юридических наук,
заслуженный юрист РФ
(ИЗиСП)

ИНВЕСТИЦИОННОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО И МОДЕРНИЗАЦИЯ ЭКОНОМИКИ

Инвестиционное законодательство играет важную роль в решении задачи модернизации экономики, в частности задачи создания международного финансового центра. Международный финансовый центр является рынком капиталов или инвестиций. Развить его означает значительно облегчить доступ предпринимателя к ресурсам, лежащим в основе расширенного воспроизводства. В решении названных задач важную роль играет учение С.Н. Братуся. Однако сначала следует уточнить, что мы понимаем под инвестициями и инвестиционным законодательством.

В Российской Федерации к инвестиционному законодательству относятся Федеральный закон от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»[1] и два закона об инвестиционной деятельности: Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений»[2] и Закон РСФСР от 26 июня 1991 г. № 1488-1 «Об инвестиционной деятельности в РСФСР»[3], применяемый в части, не противоречащей Федеральному закону «Об инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений». Указанные Законы являются нормативной основой для прямых капиталовложений, в том числе, как это следует из последней редакции Федерального закона «Об инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений», путем ежегодного формирования федеральной адресной инвестиционной программы на очередной финансовый год и плановый период.

Модернизация экономики, однако, в настоящее время в большей степени связана с развитием портфельных инвестиций, под которыми подразумеваются инвестиции, осуществляемые путем совершения сделок на финансовом рынке. Портфельные инвестиции имеют важное значение для формирования национального рынка (капиталов и товаров), так как обеспечивают необходимые условия для формирования рыночной цены. В конечном счете состояние развитости рыночных отношений обеспечивает оборотоспособность ресурсов, включая капиталы, что является важным условием развития современного типа экономики.

---

[1] СЗ РФ. — 1999. — № 28. — Ст. 3493.
[2] СЗ РФ. — 1999. — № 9. — Ст. 1096.
[3] Ведомости СНД и ВС РСФСР. — 1991. — № 29. — Ст. 1005.

Президентом РФ Д.А. Медведевым была поставлена задача создания международного финансового центра в Москве, имея в виду, прежде всего, современный развитый рынок капиталов. Эта задача может быть решена путем принятия различных мер[1], в том числе путем развития рынка портфельных инвестиций или финансового рынка.

Основными источниками правового регулирования портфельных инвестиций, или инвестиций, осуществляемых на финансовом рынке, являются Гражданский кодекс РФ, а также специальные федеральные законы: от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»[2], от 20 февраля 1992 г. № 2383-1 «О товарных биржах и биржевой торговле» в редакции Федерального закона от 25 ноября 2009 г. № 281-ФЗ[3], от 29 ноября 2001 г. № 156-ФЗ «Об инвестиционных фондах» с изменениями, внесенными Федеральным законом от 6 декабря 2007 г. № 334-ФЗ[4] и т.д. Совершенствование правового регулирования инвестиций на финансовом рынке обеспечивают принятые в последнее время законы, например Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 224-ФЗ «О противодействии неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком»[5]. Целью этого Закона являются обеспечение справедливого ценообразования на финансовые инструменты, иностранную валюту и (или) товары, равенство инвесторов и укрепление доверия инвесторов путем создания правового механизма предотвращения злоупотребления на организованных торгах в форме неправомерного использования инсайдерской информации и (или) манипулирования рынком. Указанный Закон вместе с Федеральным законом от 25 ноября 2009 г. № 281-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»[6] значительным образом приблизили регулирование российского финансового рынка к уровню регулирования, существующему в странах с развитыми финансовыми рынками, на территории которых действуют международные финансовые центры.

Благодаря внесению дополнений в Налоговый кодекс расширился круг гражданско-правовых сделок, совершаемых на финансовом рынке. Сказанное подтверждает существующую связь между нормативным регулированием в различных отраслях законодательства.

Обращение к вопросам системы законодательства в связи с развитием финансового рынка как рынка инвестиций делает весьма актуальным учение профессора С.Н. Братуся об отраслевой принадлежности той или иной нормы, о предмете и системе гражданского права. Его труды явля-

---

[1] См.: Распоряжение Правительства РФ от 11 июня 2009 г. № 911-р «О плане мероприятий по созданию международного финансового центра в Российской Федерации» // СЗ РФ. — 2009. — № 29. — Ст. 3700.

[2] СЗ РФ. — 1996. — № 17. — Ст. 1918; СЗ РФ. — 2009. — № 29. — Ст. 3618.

[3] Ведомости СНД и ВС РФ. — 1992. — № 18. — Ст. 961; СЗ РФ. — 2009. — № 48. — Ст. 5731.

[4] СЗ РФ. — 2001. — № 49. — Ст. 44562; СЗ РФ. — 2007. — № 50. — Ст. 6247.

[5] СЗ РФ. — 2010. — № 31. — Ст. 4193.

[6] СЗ РФ. — 2009. — № 48. — Ст. 5731.

ются классикой российской цивилистики. С.Н. Братусь четко определил признаки отраслевой принадлежности норм, принимаемых для целей регулирования экономических отношений в специальных сферах деятельности. Независимо от того, в каком нормативном акте содержится та или иная норма, ее отраслевая принадлежность будет определяться по этим признакам. Отношения, регулируемые нормами гражданского права, отличает то, что к ним применяются принципы диспозитивности и автономии воли сторон при формировании правоотношения.

Особенности инвестиционного законодательства. Общие и специальные нормы гражданского права в трудах С.Н. Братуся

Особенностью инвестиционного законодательства является то, что оно включает в себя нормы частного, публичного права и международного права. Инвестиции, или осуществление инвестиций, — это совершение юридических действий, направленных на превращение материальных ценностей или денег в капитал, т.е. в стоимость, приносящую прибавочную стоимость, или прибыль. Инвестировать — это не только передать право собственности, в том числе путем внесения вклада, но и приобрести право на получение части прибыли, полученной собственником переданного ему имущества. Частноправовой характер указанных отношений ни у кого не вызывает сомнений. Однако защита субъективных прав, возникающих у сторон при осуществлении инвестиций, обеспечивается в равной степени нормами частного, публичного и международного права (двусторонними соглашениями о поощрении и взаимной защите капиталовложений, заключаемых Российской Федерацией[1]).

Инвестиционное законодательство может в равной степени обеспечивать частный и публичный интерес в конкретном правоотношении. Именно частный интерес — получение прибыли — движет субъектами частного права. В законодательстве говорится также и о ином — социальном эффекте капиталовложения, для достижения которого оно осуществляется. При этом подразумевается, что инвестиции, т.е. капиталовложения, могут осуществляться и органами публичного права или при их участии или иными юридическими лицами, действующими при этом в публичном интересе.

Гражданское право, основанное на принципе равенства сторон и обеспечивающее равную степень защиты публичным и частным интересам, оказывается наиболее эффективным в регулировании инвестиционных отношений. Государство может путем вмешательства в частноправовые отношения обеспечить (в случае нарушения) публичный интерес. Однако

[1] Постановление Правительства РФ от 9 июня 2001 г. № 456 «О заключении соглашений между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений» (в ред. от 11 апреля 2002 г.) // СЗ РФ. — 2001. — № 25. — Ст. 2578; 2002. — № 15. — Ст. 1445.

не следует забывать, что на государство как участника гражданско-правовых отношений при осуществлении инвестиций возлагается определенная обязанность, за неисполнение которой оно несет гражданско-правовую ответственность, в том числе путем выплаты компенсации.

В регулировании имущественных отношений С.Н. Братусь разграничил нормы общие и специальные. В Гражданском кодексе содержатся общие нормы, основанные на принципе равенства сторон, свободы договора, автономии воли сторон. Специальные нормы гражданского права касаются конкретных договоров, юридических лиц, приспособленных для осуществления инвестиционной деятельности и отличающихся своими особенностями. Эти особенности, как правило, регулируются специальным законодательством. Представляется не так уж важным все разнообразие договоров и юридических лиц, встречаемых в практике, непременно включать в ГК: «Дело в том, что не любое изменение в экономическом содержании влечет за собою появление нового вида правоотношения. Для этого необходимы существенные количественные изменения, приводящие к новому скачку — к изменению формы»[1]. Для того чтобы федеральные законы «Об инвестиционных фондах» и «О концессионных соглашениях» как представители законодательства, регулирующего корпоративную и договорную форму инвестиций, успешно применялись при осуществлении инвестиционной деятельности, достаточно общей части обязательственного права, института доверительной собственности, института общей долевой собственности, общих положений о юридических лицах, содержащихся в ГК, чтобы в специальном законодательстве выделить то особенное, отличное от положений ГК, свойственное инвестиционным отношениям.

Дальнейшее развитие правового регулирования в специальных нормах может привести к изменению общих положений ГК РФ, однако для этого требуется время и качественно иной подход к формулировке нормы, чем тот, который содержит специальный закон. Как подчеркивал С.Н. Братусь, перечисляя разные виды договоров, которые не вошли в особенную часть ГК РСФСР, для этих договоров особенности не выходят за границы регулирования общими положениями Гражданского кодекса. Для этих отношений важно признание их формой договорных отношений: «Формой в данном случае является то правоотношение, которое до наступления скачка вмещает в себя изменения в содержании»[2]. Соотношение общих и специальных норм гражданского права в условиях большого разнообразия сделок, заключаемых на финансовом рынке, представляется очень актуальной темой исследований при решении задачи совершенствования гражданского законодательства.

Итак, правовыми формами инвестиций являются либо договор, либо корпоративные отношения. И в том и в другом случае отношения регу-

---

[1] *Братусь С.Н.* Предмет и система советского гражданского права. — М., 1963. — С. 195, 196.

[2] Там же. — С. 196.

лируются нормами частного права. Государство может различными способами стимулировать привлечение частных инвестиций в экономику страны. Речь идет о режиме деятельности и о государственных гарантиях прав инвестора. Однако основным стимулом являются общие начала рыночной системы ведения хозяйственной деятельности, инвестиционной в том числе. В условиях рыночной системы экономических отношений Гражданский кодекс создает основу для осуществления предпринимательской, включая инвестиционную, деятельности в стране. При этом важную роль в регулировании инвестиций играет системный подход в регулировании, когда нормы гражданского права действуют в унисон с нормами других отраслей права.

Нормы Конституции, касающиеся защиты частной собственности, гарантий прав личности, предопределяют содержание как Гражданского кодекса, так и специального законодательства в сфере инвестиций. Большое влияние на поведение инвестора может оказать режим деятельности, предоставляемый государством инвестору с помощью норм таможенного, налогового и административного законодательства. С помощью этих норм государство может направить частный капитал в ту или иную отрасль экономики.

Нормы международного права также принимают непосредственное участие в регулировании инвестиций. Это касается, прежде всего, иностранных инвестиций, для привлечения которых широко применяется практика заключения двусторонних международных соглашений. Российская Федерация заключила таких соглашений не один десяток. В них содержатся гарантии защиты прав инвестора договаривающегося государства, с которым соответственно заключен международный договор о защите капиталовложений. Однако роль международного права не ограничивается узкой задачей защиты прав инвесторов. В сферу действия международных договоров входят более широкие цели — защита рыночных отношений как основания существования мирового рынка.

Роль международного права в развитии российского инвестиционного законодательства

Для решения задачи модернизации экономики представляется важным участие Российской Федерации в многосторонних международных договорах и соглашениях, регулирующих инвестиции. Особо следует выделить многосторонние соглашения и конвенции, которые обеспечивают равные условия конкуренции на мировых товарных рынках и рынках услуг, в том числе финансовых услуг. Многосторонние международные соглашения создают условия для соблюдения требований открытости и прозрачности в экономических отношениях, что является непременным условием привлечения инвестиций. Участие России в ВТО создает то основное преимущество, которое заключается в неуклонном следовании курсу рыночной экономики. Эти преимущества проявляются в том числе и в во-

просах привлечения инвестиций. Они заставляют привлекать инвестора не льготами и субсидиями, а стабильностью режима экономической деятельности и прогнозируемостью действий органов государства по управлению экономикой. Все эти преимущества проявят себя только в том случае, если страна будет следовать принципам рыночной экономики.

Ориентация ВТО на рыночные механизмы управления мировой экономикой предполагает, что в государствах — членах ВТО действуют те же принципы регулирования рыночными отношениями, что и на мировых рынках товаров и услуг. ВТО была создана усилиями промышленно-развитых стран в 1947 г., когда был начат процесс создания этой международной торговой организации. Россия инициировала процедуру присоединения к ВТО после проведения экономической реформы. Как заметил сопредседатель Консультативного совета по иностранным инвестициям председатель совета директоров компании «Эрнст энд Янг» Дж. Терли, «образ (инвестиционная привлекательность государства) — это важно», однако важнее быть рыночной системой и частью мирового рынка[1].

ВТО объединяет государства с разной степенью развитости рыночных отношений, включая развивающиеся государства и государства с переходной к рыночной системой экономики (к ним относятся и бывшие социалистические государства, в которых превалирующей была административно-командная система управления). Переход к рыночным отношениям стран Восточной Европы, многих развивающихся стран коренным образом изменил отношение к праву. Общим является отношение к праву как к важному элементу в инструментарии системы управления обществом. Такое отношение основывается на оценке правовых предписаний с точки зрения их влияния на экономику, т.е. на оценке экономической эффективности права.

Механизм управления международной торговли, содержащийся в соглашениях ВТО, стал частью законодательства государств, вступивших в ВТО, а также собирающихся стать ее членами: «...В течение последнего столетия в большинстве стран мира находятся и развиваются целые большие отрасли и институты частного права — такие как международная купля-продажа, все виды финансовых сделок, все институты транспортного права (прежде всего морского и воздушного), вся сфера права интеллектуальной собственности и другие»[2]. Помимо соглашений ВТО, регулирующих инвестиции (ГАТС, ТРИПС и ТРИМс), большое влияние на движение капитала оказывает так называемое «международное законодательство», созданное Международным банком реконструкции и развития (МБРР, или Мировой банк), в центре которого находится Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (ИКСИД). Созданная Ми-

---

[1] Евросоюз, откройся! // Российская газета. — 2010. — 19 октября.

[2] *Маковский А.Л.* Влияние международного права на национальное гражданское законодательство // Международное право и национальное законодательство. — М., 2009. — С. 502—532.

ровым банком система взаимосвязанных международных договоров позволила по-новому подойти к вопросу о защите иностранных инвестиций: двусторонние соглашения о защите инвестиций (их насчитывается около трех тысяч в мире) создают обязательства у государств, участвующих в инвестиционных спорах, подчиниться юрисдикции ИКСИД, правила разрешения споров определены в Конвенции, предусматривающей создание ИКСИД (Вашингтонская конвенция 1965 г.), Сеульская конвенция 1985 г. об учреждении многостороннего Агентства по гарантиям инвестиций предусматривает гарантии выплаты инвестору компенсаций в случае наступления политических рисков (например, экспроприация иностранной собственности). В указанных документах Мирового банка определены все особенности инвестиционных отношений, которые отражает и российское законодательство, однако Россия не участвует в Вашингтонской конвенции, и это сдерживает развитие инвестиционного законодательства. Участие России в ВТО, а также ратификация Вашингтонской конвенции позволят эффективно влиять на движение капитала в международном плане.

Общее и специальное регулирование инвестиций: международная унификация гражданского законодательства

Большое значение в развитии предпринимательской (в том числе и инвестиционной) деятельности в рамках международного бизнеса играют документы, создаваемые по соглашению между государствами, содержащие общие положения гражданского законодательства — принципы регулирования. Среди них следует выделить Принципы УНИДРУА[1] и Принципы Ландо[2], в которых отражены общие тенденции развития гражданского права в различных государствах. Имплементация указанных принципов регулирования в национальное законодательство обеспечивает гармонизацию национально-правового регулирования в различных сферах деятельности. Развитие унификации права в этом направлении можно сравнить разве что с принятием общих норм регулирования в гражданском законодательстве.

Совершенствование гражданского законодательства происходит в первую очередь в части, касающейся общих положений Гражданского кодекса. По такому же пути идет совершенствование гражданского законодательства в европейских странах. В июле 2008 г. Министерство юстиции Франции опубликовало Проект реформы договорного права. Подготовка этого проекта была приурочена к празднованию двухсотлетия Гражданского кодекса Франции 1804 г. — Кодекса Наполеона. Согласно мнению разработчиков проекта, реформа гражданского кодекса будет способствовать уси-

[1] Принципы международных коммерческих договоров. Международный институт унификации частного права (УНИДРУА). — М., 2003.

[2] Principes du Droit Européen du Contrat. Société de Législation Comparée. — Paris, 2003.

лению конкурентоспособности и привлекательности французского права как представителя системы континентального права[1].

В реформировании гражданского права французы — создатели проекта реформы, руководствовались традициями «цивильного», или кодифицированного, права европейских государств. Эти традиции воплощены в принципах европейского договорного права, а также в уже имеющих опыт применения в российской арбитражной практике принципах УНИДРУА, в сравнительно-правовых исследованиях. Институт принял участие в Конференции, организованной Обществом сравнительного права в Париже, на которой обсуждался вопрос совершенствования гражданского законодательства в современных условиях глобализации экономических отношений. Обсуждение на тему «Гражданский кодекс России и Франции: современный взгляд» состоялось 20 марта 2009 г.[2]

Принятый в странах, следующих цивилистическим традициям, подход к реформированию Гражданского кодекса может быть полезен и для России, хотя перед нашим законодателем стоят более скромные задачи совершенствования уже реформированного в начале 1990-х гг. гражданского законодательства. «Цивилистический» подход заключается в том, чтобы сформулировать в общем плане нормы ГК так, чтобы они были применимы к максимально широкому кругу отношений. Что касается конкретных правовых форм, то здесь важную роль должны сыграть нормы гражданского права, содержащиеся в специальных законах и основанные на общих принципах регулирования в ГК РФ.

Применительно к инвестиционным отношениям следует заметить, что, решая задачу формирования международного финансового центра в Российской Федерации, предполагается принять ряд специальных законов в развитие общих положений ГК и среди них закон о клиринге, закон о бирже как регулируемом рынке (организаторе торгов). Исходя из этого, было бы полезным уже сейчас продумать, в какой формулировке следует включить в ГК норму, касающуюся встречных обязательств, чтобы нормы будущих специальных законов соответствовали общим положениям ГК.

Проблема соотношения общих и специальных норм гражданского законодательства когда-то имела свое решение: когда действовали Основы гражданского законодательства и Гражданские кодексы союзных республик[3]. Большая заслуга в принятии такой модели регулирования принадлежит С.Н. Братусю. При этом под специальным законодательством не подразумевались комплексные нормативные акты. С.Н. Братусь, допуская дифференциацию двух видов гражданско-правовых отношений (с участием граждан и между хозяйственными организациями), полагал, что «принципиальные правовые нормы о регулировании имущественных отноше-

---

[1] Projet de reforme du Droit des Contrats. Juillet 2008 Ministère de la Justice; La Loi nº2008-561 du 17 juin portant réforme dela prescription en matière civile.

[2] Revue international de Droit Comparé, nº3, 2009.

[3] См.: *Садиков О.Н.* Общие и специальные нормы в гражданском законодательстве // Советское государство и право. — 1971. — № 1.

ний социалистического общества должны содержаться в Основах гражданского законодательства и в гражданских кодексах»[1].

Практика разрешения споров, связанных с инвестициями

Для модернизации экономики большое значение имеет развитие судебной практики разрешения инвестиционных споров. Судебная практика является своеобразной оценкой состояния гражданского законодательства.

На споры, связанные с инвестированием, большое влияние оказывают международные договоры, касающиеся разрешения споров путем обращения к арбитражному порядку рассмотрения споров, а также к иным альтернативным механизмам их разрешения. В части арбитражного порядка разрешения споров во внешнеэкономической деятельности, включая инвестиционную, большую роль играет участие Российской Федерации в работе Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ).

Следует заметить, что для инвестиционных отношений характерным является обращение именно к арбитражному порядку разрешения споров. Это касается не только прямых инвестиций как одной из форм осуществления внешнеэкономической деятельности, но и инвестиций, осуществляемых на финансовых рынках, где стороны также предпочитают обращаться в третейский суд, прибегая к услугам специалистов, хорошо понимающих экономическое содержание возникающих на финансовом рынке отношений.

Деятельность арбитража или третейского суда тесно связана с деятельностью судебных органов на стадии исполнения принятых решений. Именно поэтому большое значение имеет действие Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. для споров, вытекающих из отношений с иностранным элементом. Если для отношений в торговле применяется Нью- Йоркская конвенция, то для инвестиционных отношений такое же значение имеет Вашингтонская конвенция о порядке разрешения инвестиционных споров между государством и лицом другого государства[2].

«Глобализация мировых хозяйственных связей имеет своим следствием и изменения в подходах к регулированию гражданско-правовых отношений внутри нашей страны»[3]. Анализируя судебную практику в сфере инвестиций, следует выделить два аспекта: а) применение международных механизмов разрешения споров и б) применение норм гражданского права при совершении сделок на российском финансовом рынке.

В части применения международных механизмов, если в спорах участвует иностранный инвестор, следует обратить внимание на категорию ин-

---

[1] *Братусь С.Н.* Предмет и система советского гражданского права. — С. 148.

[2] Международное частное право: Сборник нормативных документов / под ред. К. Бекяшева. — М., 1997.

[3] Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения. — М., 2007. — С. 418.

вестиционных споров, к которым применяется Вашингтонская конвенция о порядке разрешения инвестиционных споров между государством и лицом другого государства 1965 г.

Для рыночных отношений важной является способность правовой системы притягивать (в том числе извне) ресурсы в форме новых технологий или инвестиций; поддерживать на должном уровне развития различные гражданско-правовые формы государственно-частного партнерства; и наконец, развивать правовое обеспечение глобальных рынков, прежде всего финансового. Вашингтонская конвенция создает международно-правовую основу для разрешения споров между государством и иностранным частным инвестором.

Участие России в указанной Конвенции, несомненно, привлечет иностранного частного инвестора в российскую экономику. Участие в Вашингтонской конвенции необходимо еще и потому, что в заключенных Россией двусторонних международных соглашениях о поощрении и взаимной защите капиталовложений имеется отсылка к Вашингтонской конвенции 1965 г. и к Дополнительному протоколу к Конвенции, принятому в 1979 г. Двусторонние международные соглашения вместе с Вашингтонской конвенцией являются элементами единой системы международно-правовой защиты иностранных капиталовложений.

В части, касающейся применения гражданского права при совершении сделок на финансовом рынке, следует заметить, что при обращении сторон в третейский суд, как и при разрешении споров в международном коммерческом арбитражном суде, специализированном инвестиционном арбитраже, требуется письменное согласие сторон о разрешении спора в третейском суде. Специфика заключения сделок на организованном, т.е. биржевом, рынке позволяет, используя современные технологии, предусматривать основные параметры заключаемых на регулируемом рынке сделок, в том числе и само арбитражное соглашение, в Правилах биржи. Трудность заключается в том, что не все судьи однозначно понимают договорно-правовую природу биржевых правил, что может привести к разным решениям различных судов, принимаемым по вопросу признания и исполнения решения.

В постановлении Высшего Арбитражного Суда РФ выражена единая позиция судебной практики в оценке договорно-правовой природы биржевых правил, которой следует придерживаться судам при рассмотрении споров на финансовом рынке. Возражая против определения суда кассационной инстанции об отказе в признании и исполнении решения третейского суда, Президиум ВАС указал, что подача заявления на осуществление своей деятельности на бирже участниками спора обеспечивает им не только приобретение статуса участника торгов, но и соблюдение установленной ст. 7 Закона о третейских судах письменной формы третейского соглашения, условия которого определены имеющимися у сторон письменными биржевыми правилами. При этом обращалось внимание на то, что особенности биржевой торговли объективно предопределяют специ-

фику заключения третейского соглашения, в том числе и потому, что на момент получения членства на бирже невозможно определить, с кем именно из других членов биржи будет заключен гражданско-правовой договор, спор по которому относится к компетенции биржевого третейского суда.

При совершенствовании ГК РФ в соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации»[1] необходимо учитывать особенности гражданского законодательства в связи с осуществлением инвестиций. Это касается и раздела о вещных правах, и обязательственной части ГК. При этом важно следовать пониманию общего и специального гражданского законодательства, которое можно найти в трудах С.Н. Братуся и других цивилистов — его современников. О важности деления норм гражданского права на общие и специальные свидетельствует также и судебная практика.

[1] СЗ РФ. — 2008. — № 29 (ч. 1). — Ст. 3482.

МАТЕРИАЛЫ, ПРЕДСТАВЛЕННЫЕ В ПИСЬМЕННОМ ВИДЕ

З.И. Цыбуленко,
доктор юридических наук
(СГАП)

О СПОРНЫХ ПОЛОЖЕНИЯХ КОНЦЕПЦИИ РАЗВИТИЯ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РФ

С началом перехода России к рыночным отношениям в экономике проводится и правовая реформа, существенное обновление, изменение, усовершенствование гражданского законодательства, т.е. его модернизация. Это необходимо для того, чтобы такое законодательство соответствовало современным требованиям экономики России, могло обеспечить надлежащее правовое регулирование рыночных отношений, содействовать модернизации экономики страны. Модернизация институтов гражданского права должна способствовать модернизации экономики России, играть роль одного из важнейших ее средств. Для этого нормы гражданского законодательства должны быть: надлежащего качества, относительно стабильными, непротиворечивыми, просто, ясно и понятно изложенными, не допускать различных толкований; отвечать существующим потребностям и состоянию экономических отношений в стране, учитывать баланс экономических интересов участников имущественного оборота; в большей степени учитывать требования норм морали, нравственности и др.

Важным шагом в этом направлении является Концепция развития гражданского законодательства РФ, одобренная решением Совета при президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г. (далее — Концепция). В ней содержится много положений и предложений, которые направлены на модернизацию норм гражданского законодательства России и заслуживают одобрения и поддержки.

Однако следует отметить, что в Концепции есть положения, предложения, которые в случае их осуществления вряд ли смогут улучшить, усовершенствовать действующие нормы гражданского законодательства, правовое регулирование имущественных отношений, сделать их соответствующими рыночным отношениям, современным требованиям, содействовать модернизации экономики страны.

В Концепции совершенно верно говорится о том, что развитие модернизации экономики страны требует использования всех возможных мер и средств гражданского законодательства с целью обеспечения добросовестного и надлежащего осуществления гражданских прав и исполнения гражданских обязанностей. Для этого предлагаются меры, которые должны способствовать укреплению нравственных начал гражданско-правового регулирования, закреплению в гражданском законодательстве России принципа добросовестности в качестве одного из наиболее общих и важных принципов гражданского права.

С другой стороны, в Концепции имеются предложения об отказе: от санкций конфискационного характера, закрепленных сейчас в ст. 169 ГК РФ при совершении сделок с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности, в ст. 179 ГК РФ в случае заключения сделок под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения сторон, кабальных сделок; от такого условия давностного владения, как добросовестность (п. 1 ст. 234 ГК РФ).

Сейчас, согласно ст. 169, 179 ГК РФ, в случае признания недействительными сделок по основаниям, закрепленным в указанных статьях, применяется в виде санкции взыскание в доход Российской Федерации всего полученного по таким сделкам с обеих или с одной виновной стороны (ст. 169 ГК) или только с одной стороны, виновной в заключении такой сделки (ст. 179 ГК).

В Концепции предлагается: предусмотреть возможность применения общих последствий при недействительности указанных сделок, то есть двусторонней реституции; применять изъятие в доход государства всего полученного по такой сделке в ограниченном числе случаев; из ст. 179 ГК РФ исключить правила об изъятии в доход РФ имущества, полученного по сделке виновной в ее совершении стороной при признании ее недействительной.

Реализация приведенных предложений вряд ли может способствовать укреплению нравственных начал гражданско-правового регулирования имущественных отношений, осуществлению принципа добросовестности между участниками имущественного оборота.

Как известно, для модернизации экономики государства необходимы капитальные вложения в нее, прилив финансового капитала, в том числе иностранного, внедрение достижений, результатов научно-технического прогресса, новых технологий, прогрессивных материалов, оборудования, выполнение работ, оказание услуг зарубежными фирмами. Это возможно обеспечить с помощью внешнеэкономических сделок. В соответствии с законодательством России о государственном регулировании внешнеэкономической деятельности, об экспортном контроле, о мерах по защите экономических интересов РФ при осуществлении внешней торговли товарами, о валютном регулировании и валютном контроле названные сделки контролируются государством в целях защиты его интересов. Легче и эффективнее осуществлять контроль за законностью и исполнением внешнеэкономических сделок, составлять паспорта сделок в уполно-

моченных банках для учета и отчетности по валютным операциям, осуществления валютного контроля, если сделки совершены в письменной форме. Например, следить за выполнением резидентами — российскими предпринимателями их обязанностей по получению от нерезидентов — иностранных предпринимателей на свои банковские счета в уполномоченных банках иностранной валюты за переданные нерезидентам по сделке товары, выполненные работы, оказанные услуги, а также по возврату в Российскую Федерацию денежных средств, уплаченных нерезидентам за неввезенные в Российскую Федерацию товары, невыполненные работы, неоказанные услуги. Сейчас стороны внешнеэкономических сделок соблюдают требования ст. 162 ГК РФ об обязательности заключения таких сделок в письменной форме, поскольку несоблюдение ее влечет недействительность сделки в силу ст. 162 ГК РФ. Согласно п. 2 ст. 1209 ГК РФ форма внешнеэкономической сделки, хотя бы одной из сторон которой является российское юридическое лицо, подчиняется независимо от места совершения этой сделки российскому праву. Это правило должно применяться также в случаях, когда хотя бы одной из сторон такой сделки выступает предприниматель — физическое лицо, личным законом которого является российское право. Эти нормы носят императивный характер, представляют как бы исключение из общих правил о форме сделки, очевидно, с учетом особенностей таких сделок, ее исключительных признаков, значения для защиты интересов государства.

В связи с этим вызывают сомнение целесообразность и своевременность осуществления содержащегося в Концепции предложения об исключении из ГК РФ правила п. 3 ст. 162 ГК о недействительности внешнеэкономической сделки, заключенной без соблюдения простой письменной формы. Это может повлечь значительное ограничение возможности проверки законности внешнеэкономических сделок, затруднение в разрешении споров при заключении и исключении таких сделок, ослабление валютного, экспортного, таможенного контроля, применения защитных мер в отношении импорта и экспорта товаров со стороны государства в национальных интересах, способствовать незаконной утечке капиталов из России за границу.

Не совсем понятны и требуют разъяснения и дополнительного обоснования содержащиеся в Концепции предложения о необходимости закрепления в гражданском законодательстве России в перечне вещных прав: права личного пользования (узуфрукт); права приобретения чужой недвижимой вещи; права вещных выдач, права застройки земельного участка (суперфиций), право постоянного владения и пользования земельным участком (эмфитевзис). Эти права частично закреплены в нормах ГК и ЗК РФ, и целесообразнее, может быть, было бы совершенствовать соответствующие нормы, а не создавать новые.

Предлагаются сложные правовые конструкции указанных вещных прав, что может усложнить их правовое регулирование, привести к различному толкованию и применению соответствующих норм.

Спорным представляется имеющееся в Концепции утверждение о том, что при нарушении преимущественного права покупки законом устанавливается, как правило, пресекательный срок, представляемый сособственнику для подачи заявления о переводе на него прав и обязанностей по заключенному договору. Как известно, этот срок определяется как существование и осуществление субъективного права в ненарушенном состоянии, которое прекращается и не подлежит защите с истечением указанного срока. Срок исковой давности в силу ст. 195 ГК РФ — это срок для защиты нарушенного права, который, в отличие от пресекательного, суд может восстановить при пропуске его по уважительным причинам. После восстановления срока нарушенное право может быть защищено. Представляется, что установленный п. 3 ст. 250 ГК РФ трехмесячный срок для подачи сособственником заявления в суд при нарушении преимущественного права покупки отчуждаемой доли в общей долевой собственности является специальным сроком исковой давности, о чем в ГК РФ надо прямо и сказать.

Вызывают сомнение своевременность и обоснованность предложения Концепции отказаться от термина «право общей собственности» и вместо этого установить, что общая собственность — это правовой режим вещи, принадлежащей на «обыкновенном» праве собственности двум или более лицам. Думается, что вряд ли целесообразно отказываться без достаточно веских оснований от установившегося как в законодательстве, так и в теории и на практике понятия права общей собственности нескольких лиц на одну или несколько вещей.

Представляется, что нуждается в дополнительном обосновании содержащийся в Концепции вывод об ограничении круга имущества, которое может находиться в совместной собственности, только имуществом супругов с отказом от совместной собственности членов крестьянского (фермерского) хозяйства.

Несколько противоречиво предложение Концепции о совершенствовании норм ГК РФ о банковской гарантии как одном из способов обеспечения исполнения обязательств.

Хотя в ст. 370 ГК РФ закреплено правило о независимости банковской гарантии от основного обязательства, в обеспечение которого она выдана, в Концепции предлагается: 1) усилить эту независимость путем исключения п. 1 ст. 369 ГК РФ о том, что банковская гарантия обеспечивает надлежащее исполнение должником его обязательства перед кредитором основного обязательства; 2) закрепить независимость гарантийного обязательства гаранта перед кредитором как от обеспечиваемого обязательства, так и от отношений гаранта с принципалом; 3) изменить определение содержания обязанностей гаранта (ст. 375 ГК РФ) таким образом, чтобы они включали обязательство платежа по простому письменному требованию кредитора, без приложения к нему необходимых документов, представление которых сейчас требуется в силу п. 1 ст. 374 и ст. 375 ГК РФ; 4) дополнить ст. 374 ГК правилом о том, что в требовании кредитора может содержать-

ся указание и на иные обстоятельства, с наступлением которых связывается выплата по банковской гарантии, то есть и при отсутствии нарушения основного обязательства, обеспеченного гарантией.

В действующей редакции п. 1 ст. 374 ГК РФ говорится о том, что требование кредитора об уплате денежной суммы по банковской гарантии должно представляться в письменной форме с приложением необходимых документов, с указанием, в чем состоит нарушение должником основного обязательства, обеспеченного гарантией. Сейчас, согласно ст. 375 ГК, гарант должен рассмотреть требование кредитора с приложенными к нему документами, определить, соответствуют ли это требование и приложенные к нему документы условиям гарантии, и может отказать кредитору в удовлетворении его требования, если оно либо документы не отвечают условиям гарантии (ст. 376 ГК РФ).

В Концепции нет четких предложений о последствиях исполнения основного обязательства, обеспеченного гарантией, его прекращения по иным основаниям либо признания недействительным. Согласно п. 1 ст. 378 ГК РФ обязательство гаранта перед кредитором прекращается вследствие уплаты ему суммы, на которую выдана гарантия. С другой стороны, сохраняется не совсем понятное, противоречащее логике и здравому смыслу правило о том, что гарант обязан исполнить повторное требование кредитора об уплате денежной суммы по банковской гарантии даже в том случае, когда стало известно, что основное обязательство, обеспеченное гарантией, уже исполнено, прекратилось по иным основаниям либо недействительно.

Представляется, что реализация предложений Концепции вряд ли может способствовать совершенствованию, улучшению норм ГК РФ о банковской гарантии, практики их применения, рассматриваться как их модернизация.

Заслуживают внимания предложения некоторых ученых (Ю.К. Толстой, С.А. Боголюбов, Е.А. Галиновская, Ю.Г. Жариков и др.) о том, что при совершенствовании гражданского законодательства России необходимо:

1) добиваться сочетания норм публичного и частного права, например земельного, лесного, водного законодательства, законодательства о недрах, об охране окружающей среды и гражданского законодательства;

2) не спешить изъять из Земельного кодекса РФ и поместить в ГК РФ все гражданско-правовые нормы, регулирующие права на земельные участки, а подходить к этому вопросу разумно, учитывая специфику земельных участков, которые прежде всего являются природными объектами, природными ресурсами, относящимися к разным категориям земель с различным правовым режимом, целевым использованием, ограничениями их оборотоспособности, а затем уже выступают в качестве объектов гражданского оборота права собственности, недвижимости. Возможно, и не надо переносить из ЗК РФ и других федеральных законов в ГК РФ сразу все нормы, регулирующие имущественные отношения по владению, пользованию и распоряжению земельными участками, а также по совер-

шению сделок с ними. Было бы предпочтительнее делать это постепенно, оставив в ЗК РФ нормы, которые регулируют отношения по использованию и охране земель.

Целесообразнее же сочетание правового регулирования нормами гражданского права с учетом норм земельного законодательства отношений, объектами которых выступают земельные участки. Однако нормы ЗК РФ, регулирующие отношения, входящие в предмет гражданского права, и оставленные в ЗК РФ, других федеральных законах о земле, должны регулировать такие отношения так же, как аналогичные отношения в ГК РФ, за исключением случаев, установленных федеральным законом. Кроме того, необходимо подумать о возможных последствиях одновременного изъятия значительного числа норм из ЗК РФ и переноса их в ГК РФ, своевременности такого шага и его эффективности.

В настоящее время согласно ст. 407 ГК РФ обязательство прекращается по основаниям, предусмотренным ГК РФ, другими законами, иными правовыми актами или договором. В Концепции предлагается закрепить в ГК РФ норму, в силу которой любое обязательство может быть прекращено соглашением сторон, если иное не установлено законом, договором или не вытекает из существа обязательства, то есть соглашение сторон должно стать самостоятельным основанием прекращения обязательства. Представляется сомнительной целесообразность реализации приведенного предложения. В условиях фактического неравенства сторон обязательств более сильная в экономическом отношении сторона при желании и необходимости всегда найдет возможность заставить слабую сторону заключить соглашение о прекращении невыгодного или ставшего не очень нужным для более сильной стороны обязательства. Это не будет способствовать обеспечению стабильности гражданско-правового регулирования и устойчивости гражданского оборота.

В условиях наличия многочисленных случаев нарушения сторонами договоров требований закона, иных правовых актов, действия императивной нормы п. 1 ст. 422 ГК РФ о том, что договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и другими нормативными правовыми актами, принятия мер по укреплению правового государства в России несовременными и нуждающимся в дополнительном обосновании представляются положения Концепции о необходимости замены презумпции ничтожности сделки, несоответствующей требованиям закона или иных правовых актов, установленной в ст. 168 ГК РФ, на презумпцию оспоримости сделки. Это вряд ли будет стимулировать, побуждать стороны договора к соблюдению требований п. 1 ст. 422 ГК РФ о соответствии договора закону и иным правовым актам, укреплению законности.

В Концепции имеются и другие спорные положения, которые нуждаются в дальнейшем изучении.

Е.В. Вавилин,
доктор юридических наук
(СГАП)

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ МЕХАНИЗМА ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ПРАВ КАК ОДНО ИЗ УСЛОВИЙ МОДЕРНИЗАЦИИ ЭКОНОМИКИ

В основе проблемы осуществления и защиты гражданских прав лежит несоответствие между формально существующими, заложенными законодателем возможностями этого осуществления и реальным отсутствием объективных условий и предпосылок для него в конкретных правоотношениях.

Для получения практического результата (материального или нематериального блага) — достижения не только юридической, но и фактической реализации субъективного права — наиболее значимым является совершенствование механизма осуществления гражданских прав (системы правовых средств и правовых связей). Формирование данного механизма обеспечит эффективное осуществление прав (защиту прав) и исполнение обязанностей в новых социально-экономических условиях, условиях рыночного хозяйствования.

Сложность изучения механизма осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей во многом обусловлена отсутствием в современной науке единого понимания внутреннего строения данной правовой конструкции, системных связей, обеспечивающих ее целенаправленное и эффективное действие.

Несмотря на известное понимание механизма как динамического явления, не определены стадии этого движения, темпоральное развитие, которое в сочетании с определенными элементами суть не просто стадии процесса осуществления, а структурные уровни юридической конструкции. Это важнейшая и при этом наименее изученная сфера механизма осуществления. Между тем обозначенный вопрос, как представляется, является наиболее насущным с практической точки зрения и требует детальной научной разработки. Попытки определить состав элементов указанного механизма, как показывает практика, не решают проблему согласованной «работы» совокупности этих средств и условий. Вместе с тем механизм осуществления как специфичная правовая категория в первую очередь является отражением процесса осуществления прав и исполнения обязанностей.

Иными словами, механизм в зависимости от особенностей регулируемых отношений приобретает разные конфигурации. При совпадении отдельных элементов действие, стадии этой конструкции будут существенно различаться. Эти обстоятельства убеждают в необходимости исследо-

вать этапы механизма осуществления, позволяющие уяснить структурные связи его элементов.

На наш взгляд, механизм осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей — это законодательно санкционированный порядок организации фактических и/или юридически значимых действий участников правоотношений, обеспечивающий действительное достижение субъектами правовой цели (получение блага).

Механизм осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей отражает определенные стадии осуществления права и исполнения обязанности. Поэтому методологию изучения механизма осуществления прав и исполнения обязанностей, на наш взгляд, необходимо формировать, учитывая представление о реализации права и исполнения обязанности как смене их качественных состояний. Важно проследить постепенность изменений субъективного права, выявить причины, стимулирующие его переход в процессе осуществления из одного состояния в другое и, что особенно важно, определить факторы, нарушающие этот порядок, затрудняющие на разных этапах преобразование нормативно определенных возможностей в индивидуальные умственно-волевые акты, направленные на получение искомого блага. Этим обусловлена не только теоретическая, но и практическая значимость определения стадий механизма реализации прав и исполнения обязанностей.

В соответствии с этим под элементами механизма следует понимать составляющие его гражданских прав и обязанностей и факторы (элементы, основные части), воздействующие на них, последовательно преобразующие их из состояния законодательной возможности в состояние фактического осуществления.

Следовательно, стадия механизма осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей — это порядок организации осуществления прав и исполнения обязанностей в конкретный момент времени. Содержанием стадий механизма осуществления является санкционированная законом последовательность определенных действий участников правоотношений.

Структуру механизма осуществления прав составляет последовательность следующих стадий: подготовительный этап (предреализационный); формирование субъективного права; установление субъективного права; процедурная стадия реализации данного субъективного права; защита нарушенного права; стадия фактического и юридического осуществления права.

Процесс начинается с установления возможностей осуществления субъективного права. Действие механизма реализации прав и исполнения обязанностей невозможно без наличия конкретных предпосылок: освоенных доктриной принципов осуществления прав и исполнения обязанностей, соответствующих им юридических норм, правосубъектности, юридически значимых фактов. Это первый, подготовительный этап, предреализационный.

Механизмы осуществления прав и исполнения обязанностей должны быть заложены в нормах права. Моделирование механизмов, их общая структура определяются составом принципов-методов осуществления.

К предпосылкам осуществления права относится также правосубъектность участников отношений.

Таковы общие необходимые условия для реализации большинства субъективных прав. Но факты и предпосылки, являясь объективными основаниями, не вызывают сами по себе возникновения права, порождающим фактором для этого выступает воля конкретных лиц. Поэтому второй этап — формирование субъективного гражданского права. Этот этап выражается в процессе создания завершенного юридического (фактического) состава, в котором особое значение имеют решающие факты.

Формирование юридического (фактического) состава — это необходимое связующее звено между объективным правом и его индивидуализацией, возникновением субъективного права, поскольку фактический состав в каждом отдельном случае будет предельно конкретным и индивидуальным. Благодаря этому обстоятельству норма получает возможность действия в конкретной ситуации.

В случае с наследниками по завещанию, например, решающим юридическим фактом, завершающим фактический состав, будет включение конкретного лица в число наследников и определение его доли наследства. Для осуществления права на занятие предпринимательской деятельностью решающим юридическим фактом будет получение санкций соответствующих государственных органов.

Третья стадия механизма осуществления, условно обозначенная нами как этап установления права, представляет собой процесс осознания самим управомоченным своего права и признание этого права иными лицами — субъектами гражданского оборота. Если исходить из того, что осуществление права — это, прежде всего, умственно-волевой процесс носителя данного права, то установление права — этап, без которого невозможна сама его реализация. Вместе с тем это наименее изученная и с трудом поддающаяся изучению стадия реализации права, поскольку она связана с феноменом правосознания субъекта. Реализация субъективного права и исполнения обязанности включает в себя прежде всего процесс прохождения этого права (обязанности) через сознание участников правоотношения.

Возникновение субъективного гражданского права во многих случаях имеет две стадии (объективную и субъективную), часто не совпадающие по времени. Сначала происходит формирование права объективными, не зависящими от воли правообладателя факторами (в частности, юридически значимыми действиями иных лиц), затем начинается собственно реализация — наступает субъективный этап установления права, связанный с осознанием и уяснением этого права самим правообладателем. Это позволяет сделать вывод, что возникновение права — двуединый процесс, включающий в себя формирование и установление права. Законодатель также различает «процесс заключения договора», имея в виду формиро-

вание договора (ст. 432 ГК РФ), и результат этого процесса — «момент заключения договора» (ст. 433 ГК РФ), что подтверждает наличие качественно различных состояний правоотношений.

Следует вместе с тем отметить, что в ряде случаев возможно совпадение этих двух стадий: например, когда договор заключается без процедуры предварительного договора (ст. 429 ГК РФ) или процедуры урегулирования разногласий между сторонами при заключении договора поставки (ст. 507 ГК РФ). При отсутствии указанных процедур стороны в соответствии с гражданско-правовым принципом свободы договора самостоятельно и осознанно формируют права и обязанности, а стадии формирования и установления права совпадают.

Далее следует стадия процедурной реализации права. Этот этап выражается совершением определенных юридических процедур, направленных на реализацию основного права, фактических юридически значимых действий. Например, на данном этапе происходит рассмотрение компетентным уполномоченным лицом (нотариусом) заявления наследника о принятии наследства.

Частично процедуры закреплены в законодательстве. Для договорного права характерно закрепление процедур осуществления прав и исполнения обязанностей в нормативном правовом акте либо в договоре (что следует из принципа свободы договора согласно ст. 421 ГК РФ) либо самостоятельное их установление сторонами (например, п. 3 ст. 703 ГК РФ).

Для функционирования механизма важна четкая согласованность, целесообразность процедур. Известны случаи, когда несогласованность процедурных и основных норм разрушает механизм осуществления прав, ведет к возникновению препятствий на пути осуществления тех или иных прав и обязанностей.

Следующий этап, ключевой для субъекта — получение искомого блага, то есть стадия фактического и юридического осуществления гражданского права. Обратим внимание на то, что реализацией субъективного права является не только юридическое осуществление права (выдача свидетельства на право наследования, государственная регистрация права собственности и т.д.), но и фактическое получение правообладателем искомого блага.

Приведенная последовательность стадий механизма реализации характерна для реализации прав, не включающих в себя стадию защиты, когда субъект самостоятельными действиями, своим волеизъявлением движет процесс осуществления. Самым важным движущим стимулом этого механизма является волеизъявление субъекта. При защите нарушенного права реализация с определенного момента (со времени обращения правообладателя в суд) зависит от правоприменительного органа. В этом случае в механизме реализации после осознания права на защиту возникают соответствующие процессуальные стадии защиты права, результатом которой должна стать юридическая и фактическая реализация права.

Данная конфигурация функциональных стадий представляет собой обобщенную модель многообразных возможностей их сочетания (совпа-

дения нескольких стадий, выпадения одной или ряда стадий, их взаимозамены). Содержанием стадий механизма осуществления является санкционированная законом последовательность определенных действий участников правоотношений.

Системность механизма осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей обеспечивается строгим соответствием элементов и стадий. Например, на этапе формирования права отсутствие завершенного фактического состава, правосубъектности гражданина или соответствующих норм права делают невозможным либо возникновение этого права, либо его осуществление.

Таким образом, механизм осуществления субъективного права и исполнения обязанности включает в себя следующие стадии: предреализационную, формирование субъективного права, его установление, процедурную стадию реализации права, стадию фактической реализации, стадию защиты нарушенного права.

Механизм осуществления субъективных прав отражает процесс осуществления субъективного права, представляющий собой последовательную смену состояний права. С практической точки зрения особую важность имеет изучение функциональных уровней (стадий) данной правовой конструкции.

Предреализационная стадия создает возможность осуществить право конкретного субъекта. Стадия формирования права индивидуализирует право. На стадии установления право приобретает свойство осуществимости. На процедурной стадии право осуществляется юридически, на стадии фактической реализации — фактически. Для последовательного наступления всех стадий необходимо соответствие стадий и элементов механизма.

Подобное понимание открывает возможности детального исследования отдельных механизмов осуществления прав и исполнения обязанностей и устранения «сбоев» в их работе. В свою очередь выверенные модели механизмов осуществления прав и исполнения обязанностей приведут к наиболее полному их осуществлению и исполнению.

В.В. Долинская,
доктор юридических наук, профессор
(МГЮА)

РАЗВИТИЕ ИНСТИТУТА ПРАВОСУБЪЕКТНОСТИ И ЕГО ЗНАЧЕНИЕ ДЛЯ ГРАЖДАНСКОГО ОБОРОТА

Понятие «правосубъектность» появилось в научном обороте к началу XX в.; употребляется в ст. 6 Всеобщей декларации прав человека, принятой Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г.[1]; было предметом серьезных исследований[2] и дискуссий, но до сих пор не получило однозначной трактовки.

В отечественной правовой литературе сложились три основные концепции. Первая: правосубъектность включает два структурных элемента: а) правоспособность; б) дееспособность (ее представители: С.С. Алексеев, Н.В. Витрук, О.С. Иоффе)[3].

Вторая концепция: тождество содержания понятий «правосубъектность» и «правоспособность» (А.В. Венедиктов, С.Н. Братусь, Н.Г. Александров, С.М. Корнеев, А.В. Мицкевич, А.Г. Потюков)[4]. Несколько особ-

---

[1] Права человека: Сб. международных документов. — М., 1986.

[2] *Авилина И.В.* Гражданская правосубъектность организаций, финансируемых в сметном порядке по государственному бюджету: Дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1982; *Андреев В.К.* Правосубъектность хозяйственных органов: Дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1986; *Веберс Я.Р.* Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. — Рига, 1974; *Виткявичюс П.П.* Гражданская правосубъектность советского государства. — Вильнюс, 1978; *Пятков Д.В.* Гражданская правосубъектность хозяйственных публичных организаций и ее реализация при разграничении собственности: Дис. ... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 1999; *Цирульников В.Н.* Признак «организационное единство» и его влияние на правосубъектность коммерческих организаций (Теоретический и правовой аспекты): Дис. ... канд. юрид. наук. — Волгоград, 1998; *Шенгелия Р.В.* Гражданская правосубъектность советского государства в кредитных отношениях. — Тбилиси, 1984; *Яковлев В.Ф.* Отраслевой метод регулирования и гражданская правосубъектность // Правовые проблемы гражданской правосубъектности. — Свердловск, 1978.

[3] *Алексеев С.С.* Общая теория права: В 2 т. Т. 2. — М., 1982. — С. 139; *Витрук Н.В.* Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. — М., 1979. — С. 89; *Иоффе О.С.* Спорные вопросы учения о правоотношении // Очерки по гражданскому праву. — Л., 1957. — С. 55, 56.

[4] *Александров Н.Г.* Законность и правоотношения в советском обществе. — М., 1955. — С. 134; *Братусь С.Н.* Субъекты гражданского права. — М., 1950. — С. 6; *Он же*. О соотношении гражданской правоспособности и субъективных гражданских прав // Советское государство и право. — 1949. — № 8. — С. 36; *Венедиктов А.В.* Государственная социалистическая собственность. — М., 1948. — С. 615; *Потюков А.Г.* Правоспособность и дееспособность граждан по советскому гражданскому праву: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Л., 1954. — С. 5; *Мицкевич А.В.* Субъекты советского права. — М., 1962. — С. 5; Советское гражданское право. Субъекты гражданского права / под ред. С.Н. Братуся. — М., 1984. — С. 10.

няком стоял С.Ф. Кечекьян, по мнению которого правосубъектность идентична правоспособности, а дееспособность является особым видом последней[1].

Третья: отрицание необходимости категории «правосубъектность» (В.И. Корецкий, Н.М. Матузов, Н.А. Чечина)[2].

Высказывались и другие мнения[3]. Сторонники всех позиций едины в том, что правосубъектность есть характеристика, свойство субъекта права. Чтобы быть субъектом права, необходимо наличие свойств, которые носят социальный характер и закрепляются правом.

Первое из них заключается в том, что субъект права — это лицо, участник общественных отношений, которое способно иметь субъективные права и нести юридические обязанности. Этот признак лег в основу легального определения правоспособности (п. 1 ст. 17, ч. 1 п. 1 ст. 49 ГК РФ). Особенности, обуславливающие возможность лица быть носителем субъективных прав и обязанностей, состоят в том, что оно должно быть: а) внешне обособленным (у юридического лица (далее — ЮЛ) — признаки организационного единства и обладания обособленным имуществом); б) персонифицированным (наличие средств индивидуализации).

«Нет нужды специально доказывать, что правовые явления и процессы связаны с волей...»[4], т.к. правоотношения — отношения общественные, надстроечные. В связи с этим следующим признаком для признания лица субъектом является способность этого лица вырабатывать, выражать и осуществлять персонифицированную волю. Это качество отражает волевую характеристику дееспособности[5].

Мы под правосубъектностью понимаем категорию, представляющую собой единство правоспособности (ст. 17, 18, 49 ГК РФ) и дееспособности (ст. 21, 48, 56 ГК РФ), а по действующему законодательству также имени (наименования), места жительства (места нахождения) (ст. 19, 20, 52, 54, 1473 ГК РФ) и являющуюся обязательным условием участия в правоотношениях.

Наиболее полно в ГК РФ освещена правосубъектность физических лиц, хотя и здесь существуют проблемы.

Правоспособность гражданина возникает в момент его рождения и прекращается с его смертью (п. 2 ст. 17 ГК РФ). В науке и на практике обсуждается вопрос о квалификации случая, предусмотренного ст. 1116 ГК РФ: наследниками признаются (имеют право на наследство, на иму-

---

[1] *Кечекьян С.Ф.* Правоотношения в социалистическом обществе. — М., 1958. — С. 85.

[2] *Матузов Н.И.* Субъективные права граждан СССР. — Саратов, 1966. — С. 84; *Корецкий В.И.* Гражданское право и гражданские правоотношения в СССР. — Душанбе, 1967. — С. 97; *Чечина Н.А.* Гражданские процессуальные правоотношения. — Л., 1962. — С. 24.

[3] См., например: *Агарков М.М.* Обязательство по советскому гражданскому праву // Ученые труды ВИОН НКЮ СССР. Вып. 3. — М., 1949. — С. 72; *Мальцев Г.В.* Социалистическое право и свобода личности. — М., 1968. — С. 87; *Долинская В.В.* Акционерное право: основные положения и тенденции. Монография. — М., 2006.

[4] *Керимов Д.А.* Основы философии права. — М., 1992. — С. 97.

[5] См.: *Алексеев С.С.* Указ. соч. — С. 139.

щество) лица, зачатые при жизни наследодателя и родившиеся живыми после открытия наследства, т.е. не родившиеся на момент возникновения права. Возникает ли субъективное право или — в виде исключения — правосубъектность до рождения?

В Гражданском кодексе РФ ничего не говорится о правосубъектности у детей до 6 лет, что противоречит практике и здравому смыслу.

До вступления в силу части первой ГК РФ под дееспособностью понималась способность гражданина своими действиями приобретать гражданские права и создавать для себя гражданские обязанности (ст. 11 ГК РСФСР 1964 г., п. 3 ст. 9 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.). Новеллой ГК РФ является такая составляющая дееспособности граждан, как их способность своими действиями осуществлять имеющиеся у них гражданские права и исполнять обязанности (п. 1 ст. 21), легализацию которой давно обосновали ученые[1].

За пределы юридического сообщества вышла дискуссия об эвтаназии — о субъективном праве распорядиться своей жизнью (С.Н. Бакунин, И.А. Михайлова и др.).

Неоднозначна в литературе квалификация п. 4 ст. 26 ГК РФ: ограничение субъективного права или дееспособности — хотя по правовому статусу несовершеннолетний в возрасте от 14 до 18 лет практически идентичен ограниченному в дееспособности, т.е. ограничение в дееспособности противоречит закону (распространение на не полностью дееспособного) и не имеет практических последствий.

Следует признать неудовлетворительным «разброс» по частям первой и второй ГК РФ норм о восполнении недостатков в дееспособности граждан их законными представителями (сделкоспособности — ст. 26, 28—30, деликтоспособности — ст. 26, 28, 30, 1073, 1074, 1076).

По смыслу ст. 17 ГК РФ к смерти как моменту прекращения правосубъектности приравнивается объявление гражданина умершим (ст. 45 ГК), но прямо в законе на это не указано.

Кодекс прямо указывает лишь на правоспособность ЮЛ (ст. 49). В статье 23 ГК РСФСР существовала та же формула, что и в п. 1 ст. 48 ГК РФ, т.е. на дееспособность прямо не указывалось. Основы гражданского законодательства 1991 г. не говорили о существовании у ЮЛ возможности от своего имени приобретать права и лишь указывали на то, что оно «отвечает по своим обязательствам» (ч. 1 п. 1 ст. 13), т.е. обращали внимание на такой элемент дееспособности, как деликтоспособность, игнорируя сделкоспособность. Причины нам видятся в том, что: 1) некоторые цивилисты ставят знак равенства между правосубъектностью и правоспособностью; 2) по общему правилу, право- и дееспособность ЮЛ возникают и прекращаются одновременно. Но из анализа правовых актов, су-

[1] См., например: *Грибанов В.П.* Основные проблемы осуществления и защиты гражданских прав: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1970. — С. 11; *Кузнецова Л.Г., Шевченко Л.Н.* Гражданско-правовое положение несовершеннолетних. — М., 1968. — С. 17.

дебных решений и доктринальных исследований следует, что ЮЛ так же, как и физическое, обладает правоспособностью (ст. 49 ГК РФ), дееспособностью (п. 1 ст. 48 ГК РФ: «может ... приобретать ... права»), деликтоспособностью (ст. 56, п. 1 ст. 48 ГК РФ: «отвечает по своим обязательствам...»), наименованием (п. 1 ст. 54, п. 2 ст. 52 ГК РФ), местом нахождения (п. 2 ст. 54, п. 2 ст. 52 ГК РФ).

За рубежом право- и дееспособность также часто разделены при нормативном закреплении (книги 1 и 3 Французского гражданского кодекса, разделы «Лица» и «Сделки» Германского гражданского уложения).

Существовавшая в ГК 1964 г. формулировка не оставляла сомнений в том, что правосубъектность ЮЛ является специальной (ч. 1 ст. 26). Новый ГК закрепил за коммерческими организациями, за исключением унитарных предприятий и иных видов ЮЛ, предусмотренных законом, способность иметь гражданские права и нести гражданские обязанности, необходимые для осуществления любых, не запрещенных законом видов деятельности (ч. 2 п. 1 ст. 49).

Строго говоря, это положение нельзя назвать абсолютной новеллой. Основы 1991 г. содержали норму, согласно которой ЮЛ было вправе осуществлять любые виды деятельности, не противоречащие указанным целям и не запрещенные законом (ч. 1 п. 1 ст. 12). Очевидно, что такая формулировка вполне сопоставима с той, которая существует в настоящий момент в ГК РФ. ЮЛ способно иметь права, соответствующие целям деятельности (ч. 1 п. 1 ст. 49 ГК РФ), при этом такая деятельность может быть любых видов, не запрещенных законом (ч. 2 п. 1 ст. 49 ГК РФ).

Следовательно, как и прежде, виды деятельности (способность иметь права для осуществления этих видов) должны соответствовать определенным целям и быть не запрещенными законом.

Однако действующая формулировка ГК РФ породила различные точки зрения по вопросу об объеме правосубъектности ЮЛ[1].

---

[1] См., например: п. 18 постановления Пленумов Верховного Суда РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 // Вестник ВАС РФ. — 1996. — № 9; *Брагинский М., Ярошенко К.* Граждане (физические лица). Юридические лица (Комментарий ГК РФ) // Хозяйство и право. — 1995. — № 2; *Добрынина Л.Ю.* Правосубъектность юридических лиц и ее ограничения по выпуску ценных бумаг // Правоведение. — 2001. — № 1; *Долинская В.В.* Акционерное право: основные положения и тенденции. Монография. — М., 2006; *Емелин А.В.* Проблемы классификации видов правоспособности и дееспособности юридических лиц в российском гражданском праве // Юрист. — 2000. — № 3; *Зинченко С., Лапач В., Газарьян Б.* Новый Гражданский кодекс и предпринимательство: проблемы регулирования // Хозяйство и право. — 1995. — № 10; *Кашковский О.П.* Правоспособность организаций в сфере выбора видов деятельности // Юрист. — 2001. — № 10; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / под ред. О.Н. Садикова. — М., 1997. — С. 120 (авт. комм. — В.А. Рахмилович); *Кудашкин В.В.* Специальная правоспособность субъектов гражданского права в сфере общего запрета // Государство и право. — 1999. — № 5; *Тосунян Г., Викулин А.* Исключительная правоспособность банка // Хозяйство и право. — 1999. — № 5; *Тотьев К.* Лицензирование по новым правилам: необходимость и перспективы реформы // Хозяйство и право. — 2001. — № 12.

Мы отстаиваем позицию о специальной (целевой) правосубъектности ЮЛ в рамках преемственности по отношению к действовавшему ранее гражданскому законодательству.

В отличие от физических лиц, правоспособность которых одинакова (п. 1 ст. 17 ГК РФ), ЮЛ не равны в своей правосубъектности. Это неравенство имеет несколько аспектов.

В отличие от физических лиц (ст. 17, 21 ГК РФ) ЮЛ может иметь гражданские права, только соответствующие целям деятельности, предусмотренным в его учредительных документах, и нести гражданские обязанности, только связанные с этой деятельностью (п. 1 ст. 49 ГК РФ). Сделка, совершенная ЮЛ в противоречии с целями деятельности, определенно ограниченными в его учредительных документах, и сделка, совершенная ЮЛ, не имеющим лицензии на соответствующий вид деятельности, могут быть признаны судом недействительными (ст. 173 ГК РФ).

Сама сущность коммерческого ЮЛ (извлечение прибыли как основная цель деятельности — п. 1 ст. 50 ГК РФ) накладывает известные ограничения на свободу деятельности этой организации (например, п. 2 ст. 690 ГК РФ).

Не равна правосубъектность коммерческих и некоммерческих ЮЛ.

Некоммерческие ЮЛ ограничены в праве осуществлять предпринимательскую деятельность (п. 3 ст. 50, п. 1 ст. 2 ГК РФ). Сложна и неоднозначна характеристика правосубъектности коммерческих ЮЛ. Кроме общих требований к осуществлению субъективных гражданских прав, распространяющихся и на коммерческие ЮЛ, существуют требования ограничительного характера, относящиеся к ЮЛ в целом или к конкретному виду его деятельности.

По общему правилу коммерческие ЮЛ могут иметь гражданские права и нести гражданские обязанности, необходимые для осуществления любых видов деятельности, не запрещенных законом. Но цели этой деятельности должны быть предусмотрены в учредительных документах (п. 1 ст. 49 ГК РФ). Специальная правосубъектность коммерческого ЮЛ может быть основана на обязательном для него предписании закона или добровольно установлена для него его учредителями/участниками. Унитарные предприятия имеют более узкую, чем прочие коммерческие ЮЛ, правосубъектность (п. 1 ст. 49, ст. 113—115 ГК РФ). Законом могут быть предусмотрены иные виды организаций, имеющие более узкую, чем прочие коммерческие ЮЛ, правосубъектность (п. 1 ст. 49 ГК РФ).

Законом определяется перечень видов деятельности, которыми ЮЛ может заниматься только на основании специального разрешения (лицензии) (п. 1, 3 ст. 49 ГК РФ). Промежуточное положение занимает случай сужения на основе закона правосубъектности ЮЛ в связи с выбором последним определенного вида деятельности[1].

---

[1] См.: Закон РФ от 27 ноября 1992 г. № 4015-1 «Об организации страхового дела в Российской Федерации» // ВВС РФ. — 1993. — № 2. — Ст. 56 (с изм.); Федеральный закон от 3 февраля 1996 г. № 17-ФЗ О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О банках и банковской деятельности в РСФСР» // СЗ РФ. — 1996. — № 6. — Ст. 492.

Не совпадают предмет, цели, род деятельности различных ЮЛ в том виде, как они определены в учредительных документах, и таким образом различна («специальна») их правосубъектность по отношению друг к другу.

Юридические лица создаются в определенных организационно-правовых формах, перечень которых установлен законом. Для коммерческих ЮЛ этот перечень закрытый (п. 2 ст. 50 ГК РФ), для некоммерческих — открытый (п. 3 ст. 50 ГК РФ). Принцип «замкнутости» соблюдается и в отдельных группах коммерческих ЮЛ. В статье 66 ГК РФ дан закрытый перечень хозяйственных обществ и товариществ. Государственные и муниципальные предприятия создаются только в форме унитарных предприятий (ст. 114 ГК РФ), инвестиционные фонды — только в форме акционерных обществ.

В случае нарушения специальной правоспособности ЮЛ несет ответственность, которая может быть предусмотрена законом или его учредительными документами и зависит от объема и характера правонарушения. Последствия таких нарушений — от возможности признания сделки недействительной до отзыва лицензии и принудительной ликвидации юридического лица (п. 2 ст. 61, ст. 168, 173 ГК РФ и др.).

Существуют специальные требования к наименованию ЮЛ и его месту нахождения.

В отличие от России исторически связанные с ней государства решили вопрос о правосубъектности в законодательстве. Например, в п. 29.1 Положения о регистрации и ликвидации (прекращении деятельности) субъектов хозяйствования, утв. Декретом Президента Республики Беларусь от 16 марта 1999 г. № 11, предусмотрено, что субъекты хозяйствования наделены специальной правоспособностью, и они вправе осуществлять только те виды деятельности, которые перечислены в их учредительных документах[1]. ГК Украины говорит о принципиальном равенстве правоспособности ЮЛ и физических лиц (ст. 91), а при характеристике дееспособности ЮЛ учредительные документы поставлены на первое место даже впереди закона (ст. 92)[2]. Определение правосубъектности ЮЛ имеет значение, например, для единообразного правового регулирования последствий внеуставных сделок.

На основе всего вышеизложенного и в целях разрешения спора о характере правосубъектности ЮЛ интересным выглядит обоснование значения специальной правоспособности, предложенное болгарским цивилистом Ч. Големиновым: это не столько границы деятельности ЮЛ, сколько минимальный круг требований к нему, минимальный объем обязанностей организации по осуществлению хозяйственной деятельности[3].

Недостаточно освещена в ГК РФ правосубъектность публично-правовых образований, что препятствует их нормальному участию в граждан-

---

[1] См.: *Жук В.* Сравнительные аспекты правового регулирования лицензирования предпринимательской деятельности в Российской Федерации, Беларуси и на Украине // http://www.cci.by/Ru/BusinessInfo/CompLicens.html

[2] См.: Ведомости Верховной Рады Украины. — 2003. — № 40—44 (с изм.).

[3] См.: *Големинов Ч.* Правовые аспекты нового экономического механизма в НРБ. — М., 1984.

ском обороте. Ее особенности определяются тем, что государство заключает в себе единство политического и хозяйственного руководства страной, единство власти суверена и собственника.

Государство само принимает законы, которыми должны руководствоваться все субъекты гражданских отношений, и тем самым само определяет порядок, формы и характер осуществления принадлежащих ему прав. Государство может принимать административные акты, которые порождают, изменяют и прекращают гражданские отношения независимо от воли другой стороны. Оно сохраняет властные функции, даже вступая в построенные на началах равенства гражданские отношения (например, в договоре на поставку товаров для государственных нужд, в договоре на выполнение работ для государственных нужд).

Государству свойственны общие для всех субъектов гражданских отношений признаки внешней обособленности: организационная и имущественная обособленность. Организационное обособление в основном выражается в общих признаках государства и определяется в Конституции РФ, конституциях и уставах субъектов РФ, уставах муниципальных образований и в других правовых актах. Имущественная обособленность выражается вовне по общему правилу в наличии права государственной и муниципальной собственности (ст. 214, 215 ГК РФ). Легально зафиксированы материально-правовой признак (способность самостоятельно выступать в гражданском обороте от своего имени), включая самостоятельную имущественную ответственность, и процессуально-правовой признак (ст. 125, 126 ГК РФ).

Государство имеет некоторые права и обязанности, которые не могут принадлежать другим субъектам, и не может обладать рядом прав, которые принадлежат только физическим лицам и ЮЛ и в силу их природы. Но это не помогает решить вопрос о характере правосубъектности государства. Ряд исследователей (Н.Д. Егоров, О.А. Красавчиков) считают, что она носит универсальный характер[1]: государство может иметь любые права и обязанности за исключением тех, принадлежность которых государству исключается самой их природой. Другие говорят, что она специальная[2], т.к. государство имеет лишь те гражданские права и обязанности, которые предусмотрены законом, игнорируя тот факт, что законы издает государство, и оно может само изменять объем своей правосубъектности. Оригинален подход А.А. Иванова, переводящего вопрос в иную плоскость: «Правоспособность государства можно назвать целевой — она вытекает из той функции носителя публичной власти, которую в интересах всего общества выполняет государство»[3].

---

[1] См., например: *Красавчиков О.А.* Советское государство как субъект гражданского права // Советское гражданское право: Учеб. / под ред. О.А. Красавчикова: в 2 т. Т. 1. — М., 1985.

[2] См.: *Суханов Е.А.* Государство как субъект гражданского права // Гражданское право: Учеб. / под ред. Е.А. Суханова: в 2 т. Т. 1. — М., 1993.

[3] *Иванов А.А.* Государство и государственные (муниципальные) образования как субъекты гражданского права // Гражданское право / под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. Т. 1. — С. 155.

Не менее сложным является вопрос о персонификации правосубъектности государства в гражданских правоотношениях. Помимо деления, предложенного в ст. 125 (и в ст. 182) ГК РФ, значение имеют основания возникновения полномочия, характер компетенции органов и разграничение, когда государственный орган или иная государственная организация выступает в гражданском обороте от своего имени как ЮЛ и когда от имени государства. Для реализации правосубъектности государства необходимо, чтобы: государственный орган или иной субъект вступил в гражданские отношения не от своего имени, а от имени государства, оперировал при этом государственным имуществом, приобретал права и обязанности для государства; ответственность в этих отношениях несло государство.

В пункте 2 ст. 1202 ГК РФ наряду со статусом организации в качестве ЮЛ, организационно-правовой формой ЮЛ; вопросами его создания, реорганизации и ликвидации, в т.ч. вопросами правопреемства; элементами правосубъектности, выделены «внутренние отношения, в том числе отношения юридического лица с его участниками». Наблюдается некоторый «перекос» при характеристике внутренних, корпоративнных отношений.

В праве корпораций правосубъектность помимо участников гражданских отношений признается также за органами корпораций.

По общему правилу ЮЛ приобретает субъективные права и принимает на себя гражданские обязанности через свои органы (п. 1 ст. 53 ГК РФ). Для большинства цивилистов классической и одновременно актуальной до настоящего времени является позиция Б.Б. Черепахина в отношении ЮЛ[1], в том числе положение, согласно которому орган представляет ЮЛ, но не представительствует от его имени. Об актуальности этой позиции свидетельствуют судебные дела, связанные с квалификацией сделок ЮЛ, которые совершены с превышением полномочий органов ЮЛ и т.п.[2]

Аналогичный подход наблюдается в административном праве. Согласно ч. 2 п. 24 постановления Пленума ВАС РФ от 26 июля 2007 г. № 46 «О внесении дополнений в постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 2 июня 2004 г. № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях»[3] в целях Кодекса РФ об административных правонарушениях законными представителями ЮЛ являются его руководитель, а также иное лицо, признанное в соответствии с законом или учредительными документами органом ЮЛ (ч. 2 ст. 25.4 КоАП РФ). Указанный перечень законных представителей ЮЛ является закрытым (ч. 3 п. 24 постановления Пленума ВАС РФ от 26 июля 2007 г. № 46). Различаются органы

---

[1] *Черепахин Б.Б.* Органы и представители юридического лица // Ученые записки / ВНИИСЗ. — М., 1968. — Вып. 14. — С. 131—140.

[2] См.: Постановление Пленума ВАС РФ от 14 мая 1998 г. № 9 // Вестник ВАС РФ. — 1998. № 7; постановление Президиума ВАС РФ от 9 февраля 1999 г. № 6164/98 // Вестник ВАС РФ. — 1999. — № 9; Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 23 октября 2000 г. № 57 // Вестник ВАС РФ. — 2000. — № 12.

[3] Вестник ВАС РФ. — 2007. — № 9.

ЮЛ и лица, осуществляющие функции этих органов. Именно последние как субъекты административных, гражданских и процессуальных отношений являются законными представителями ЮЛ.

Федеральным законом от 19 июля 2009 г. № 205-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»[1] в АПК РФ в качества истца/заявителя по некоторым категориям дел указаны «органы»: п. 1 ст. 53 «Обращение в защиту публичных интересов, прав и законных интересов других лиц», п. 1 ст. 225.10 «Право на обращение в арбитражный суд в защиту прав и законных интересов группы лиц». Последнее распространяется на корпоративные споры (ст. 225.11).

По тексту ясно, что речь идет не об органах публично-правовых образований. Но кроме определенных различий между процессуальным и корпоративным законодательством нерешенными остаются вопросы: 1) о каких именно органах идет речь (любые, только органы управления, высший орган управления, руководящий текущей деятельностью и т.д.); 2) если орган коллективный, при каком кворуме должно приниматься решение о подаче иска/заявления, или это делает руководитель органа единолично (например, председатель совета директоров).

Не оспаривая это направление развития законодательства, отметим, что не может существовать только процессуальный элемент правосубъектности в отрыве от материально-правового, необходима более детальная проработка вопросов корпоративной правосубъектности в доктрине и затем в правовых актах.

Отдельные вопросы правосубъектности рассматриваются в Концепции развития гражданского законодательства РФ, проект которой был подготовлен Исследовательским центром частного права при Президенте РФ по поручению Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства и одобрен на заседании последнего 7 октября 2009 г., однако, на наш взгляд, в предложениях нет четкой теоретической основы и единой идеи.

Например, при всей необходимости реструктуризации системы ответственности членов органов управления хозяйственных обществ вызывает недоумение предложение о введении их солидарной ответственности (п. 2.6 подраздела 2), что по общему правилу характеризует предпринимательские отношения (к которым внутренние отношения по управлению не относятся) и нарушает принцип персонализации ответственности, неоднократно охарактеризованный Конституционным Судом РФ как основополагающий[2].

---

[1] СЗ РФ. — 2009. — № 29. — Ст. 3642.

[2] См., например: Постановление Конституционного Суда РФ от 15 июля 1999 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Закона РСФСР «О Государственной налоговой службе РСФСР» и Законов Российской Федерации «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» и «О федеральных органах налоговой полиции» // Вестник Конституционного Суда РФ. — 1999. — № 5; постановление Конституционного Суда РФ от 27 апреля 2001 г. № 7-П «По делу о проверке конституционности ряда положе-

Дальнейшее развитие гражданского законодательства, правовое регулирование гражданского оборота и повышение его эффективности требуют определенности в характеристике правосубъектности как основополагающего института.

ний Таможенного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области, жалобами открытых акционерных обществ «АвтоВАЗ» и «Комбинат «Североникель», обществ с ограниченной ответственностью «Верность», «Вита-Плюс» и «Невско-Балтийская транспортная компания», товарищества с ограниченной ответственностью «Совместное российско-южноафриканское предприятие «Эконт» и гражданина А.Д. Чулкова» // Там же. — 2001. — № 5; постановление Конституционного Суда РФ от 30 июля 2001 г. № 13-П «По делу о проверке конституционности положений подпункта 7 пункта 1 статьи 7, пункта 1 статьи 77 и пункта 1 статьи 81 Федерального закона «Об исполнительном производстве» в связи с запросами Арбитражного суда Воронежской области, Арбитражного суда Саратовской области и жалобой открытого акционерного общества «Разрез «Изыхский» // Там же. — 2001. — № 6.

Т.В. Сойфер,
кандидат юридических наук
(МГЮА)

ОСНОВНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ РАЗВИТИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ ОБЪЕДИНЕНИЯХ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ

Объединение юридических лиц является весьма распространенной в имущественном обороте формой некоммерческого юридического лица, позволяющей обеспечить многообразные интересы своих членов. Однако практика деятельности объединений в современных условиях рыночной экономики выявляет ряд недостатков в правовом регулировании их статуса.

ГК РФ допускает возможность создания объединений юридических лишь в одной из двух форм — ассоциации или союза, не устанавливая при этом признаки, разграничивающие данные понятия. Соответственно, логичен вывод об их правовом тождестве. В литературе неоднократно подчеркивалось, что понятия «ассоциация» и «союз» являются синонимами[1]. Между тем обнаруживают между ассоциациями и союзами и отличия, полагая, что для первых доминирующим признаком является однотипный состав участников, а для вторых — общность целей объединения[2]. Также предлагается рассматривать ассоциацию как первичное объединение коммерческих организаций, являющееся некоммерческой организацией, а союз как объединение ассоциаций[3].

Статья 121 ГК РФ и ст. 11 Федерального закона от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях»[4] предусматривают возможность создания объединений в форме ассоциации или союза либо только коммерческими, либо только некоммерческими юридическими лицами. Вместе с тем совместное участие в объединении тех и других организаций прямо не запрещается. Более того, согласно общей норме п. 4 ст. 50 ГК оно допустимо. В связи с этим весьма распространено мнение о принципиальной возможности существования объединений с совместным участием коммерческих и некоммерческих юридических лиц[5]. Но, исходя из

---

[1] См., например: *Орлов А.И.* Особенности правового статуса ассоциаций (союзов) по российскому законодательству // Право и экономика. — 2002. — № 4. — С. 28, 29; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: в 3 т. Т. 1 / под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. — М., 2007. — С. 366.

[2] Комментарий к Федеральному закону «О некоммерческих организациях» / под ред. М.Ю. Тихомирова. — М., 2000. — С. 104.

[3] Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / под ред. С.П. Гришаева, А.М. Эрделевского // СПС «КонсультантПлюс».

[4] СЗ РФ. — 1996. — № 3. — Ст. 145. Далее — Закон о некоммерческих организациях.

[5] Гражданское право: в 4 т. Общая часть: Учеб. Т. 1 / под ред. Е.А. Суханова. — М., 2008. — С. 346.

действующих норм, с этим вряд ли можно согласиться. Цели деятельности и содержание правоспособности объединений коммерческих юридических лиц и объединений некоммерческих юридических лиц существенно отличаются, если допустить их совместное участие в объединении, то неизбежно возникнет вопрос относительно рамок дозволенной для такой организации деятельности.

Согласно п. 1 ст. 121 ГК РФ коммерческие организации могут создавать объединения в целях координации их предпринимательской деятельности, а также представления и защиты общих имущественных интересов. Возможность непосредственного осуществления таким объединением деятельности в иных направлениях, в том числе предпринимательской, исключается. При необходимости ведения предпринимательской деятельности объединение коммерческих юридических лиц должно быть преобразовано в хозяйственное общество или товарищество. Объединение также вправе учредить хозяйственное общество либо принять участие в его создании совместно с другими лицами. Прибыль, полученная ассоциацией (союзом) от предпринимательской деятельности учрежденных хозяйственных обществ, не распределяется между ее участниками, а направляется на реализацию уставных целей и задач.

Общественные и иные некоммерческие организации также могут добровольно объединяться в ассоциации (союзы) (п. 2 ст. 121 ГК РФ). Законодатель не ограничивает возможные цели деятельности таких объединений, в силу п. 2 ст. 2 Закона о некоммерческих организациях они могут быть социальными, благотворительными, культурными и иными, направленными на достижение общественных благ. ГК РФ не содержит каких-либо особых правил относительно объема специальной правоспособности ассоциации (союза) некоммерческих юридических лиц, соответственно он определяется исходя из общих положений ст. 24 Закона о некоммерческих организациях. Данная норма допускает осуществление ассоциацией (союзом) некоммерческих организаций предпринимательской и иной приносящей доход деятельности, но лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых она создана и соответствует указанным целям, при условии, что такая деятельность указана в ее учредительных документах. Полученная от предпринимательской деятельности прибыль не подлежит распределению между участниками ассоциации (союза). Однако не все разделяют подобную позицию, полагая, что запрет на непосредственное осуществление предпринимательской деятельности распространяется и на объединения некоммерческих организаций[1].

Хотя ни ГК РФ, ни Закон о некоммерческих организациях не предусматривают издания специальных актов, определяющих статус ассоциаций (союзов), в настоящее время действует ряд законов, нормы которых регулируют отношения, связанные с созданием и деятельностью объединений

[1] *Кулакова О.С.* Комментарий к Федеральному закону «О благотворительной деятельности и благотворительных организациях» (постатейный) // СПС «КонсультантПлюс».

юридических лиц отдельных видов (союзов потребительских обществ[1], союзов и ассоциаций кредитных кооперативов[2], объединений (ассоциаций) профсоюзов[3] и др.). Эти специальные нормы определяют особенности и принципы создания отдельных объединений, условий членства в них, специфику структуры органов управления и имущественной ответственности членов. В прямо указанных законом случаях специальные нормы имеют приоритет над общими правилами ГК РФ и Закона о некоммерческих организациях. К примеру, согласно п. 2 ст. 24 Федерального закона от 25 апреля 2002 г. № 40-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств»[4] профессиональное объединение страховщиков создается и действует в соответствии с правилами законодательства РФ, предусмотренными в отношении ассоциаций (союзов). Однако применяются эти общие нормы с учетом установленных Законом об ОСАГО особенностей статуса профессионального объединения страховщиков. На уровне специальных законов также могут быть детализированы цели деятельности создаваемого объединения, поскольку во многом они зависят от характера и области функционирования объединяющихся юридических лиц. Так, кредитные кооперативы объединяются в союзы и ассоциации в целях координации своей деятельности, представления и защиты их интересов, оказания им информационных, правовых и других услуг, организации подготовки работников для кредитных кооперативов, повышения их квалификации, осуществления научно-исследовательской и иной деятельности (ч. 1 ст. 34 Закона о кредитной кооперации).

В ряде случаев специальные законы ограничивают объем правоспособности объединений юридических лиц некоторых видов по сравнению с тем, какой установлен для ассоциаций и союзов в целом. Примером могут быть ассоциации (союзы), создаваемые саморегулируемыми организациями. Члены вправе передать таким ассоциациям (союзам) права на разработку единых стандартов и правил саморегулируемых организаций, условий членства субъектов предпринимательской или профессиональной деятельности в саморегулируемых организациях — членах ассоциации (союза), на разрешение споров в третейском суде, на профессиональное обучение и аттестацию работников членов саморегулируемых организаций, на сертификацию произведенных ими товаров (работ, услуг), на раскрытие информации, а также иные права саморегулируемых организаций. Таким образом, у ассоциации (союза) саморегулируемых орга-

---

[1] См.: глава VIII Закона РФ от 19 июня 1992 г. № 3085-1 «О потребительской кооперации (потребительских обществах, их союзах) в Российской Федерации» // Российская газета. — 1997. — № 136.

[2] См.: статья 34 Федерального закона от 18 июля 2009 г. № 190-ФЗ «О кредитной кооперации» // СЗ РФ. — 2009. — № 29. — Ст. 3627.

[3] См.: пункт 2 ст. 5 Федерального закона 12 января 1996 г. № 10-ФЗ «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности» // СЗ РФ. — 1996. — № 3. — Ст. 148.

[4] СЗ РФ. — 2002. — № 18. — Ст. 1720.

низаций могут возникнуть те же полномочия, что и у ее членов. Соответственно, все ограничения, предусмотренные для саморегулируемых организаций, полностью распространяются и на их объединения. В связи с этим ассоциация (союз) саморегулируемых организаций не вправе учреждать хозяйственные товарищества и общества, осуществляющие предпринимательскую деятельность, являющуюся предметом саморегулирования для объединившихся саморегулируемых организаций, и становиться участником таких хозяйственных товариществ и обществ. Кроме того, ассоциация (союз) саморегулируемых организаций по общему правилу лишается возможности осуществлять и ряд других действий (ст. 14, 24 Закона о саморегулируемых организациях).

Некоторые из специальных правил об отдельных видах объединений не только не обладают необходимой четкостью, но зачастую противоречат положениям ГК РФ и Закона о некоммерческих организациях. Содержание норм не всегда позволяет выявить правовую сущность создаваемых объединений и сделать однозначный вывод относительно их статуса. Так, в соответствии со ст. 142 ЖК РФ товарищества собственников жилья вправе создавать объединения. Цели их создания установлены нормативно — это совместное управление общим имуществом в многоквартирных домах. Управление такими объединениями осуществляется по тем же правилам (гл. 13 ЖК РФ), какие предусмотрены для товариществ собственников жилья. Исходя из этих особенностей, некоторые авторы полагают, что организационно-правовые основы таких объединений в настоящее время не определены[1]. Однако, по мнению судебных органов, то, что данные организации создаются в результате добровольного объединения некоммерческих организаций — товариществ собственников жилья, а источниками финансирования их деятельности являются членские взносы объединившихся товариществ, свидетельствует об их полном соответствии критериям, присущим объединениям юридических лиц[2].

ГК РФ не устанавливает требований относительно минимального и максимального количества участников объединения. Сохраняя свою самостоятельность и права юридического лица, член объединения может одновременно состоять в нескольких ассоциациях (союзах), в том числе в имеющих схожие цели деятельности. В некоторых случаях законом устанавливаются исключения из этого общего правила. Что касается возможности участия в объединении отдельных категорий юридических лиц, то необходимо соблюдение требований, предусмотренных п. 1.2 ст. 15 Закона о некоммерческих организациях. Кроме того, тот факт, что члены объединения вносят взносы в его имущество, а также несут субсидиарную ответственность по его обязательствам, затрудняет возможность участия в

---

[1] См.: *Фаршатов И.А.* Комментарий к Жилищному кодексу Российской Федерации (постатейный). — М., 2006 // СПС «КонсультантПлюс».

[2] Постановление ФАС Центрального округа от 6 февраля 2007 г. № А14-7246/06 // СПС «КонсультантПлюс».

объединении юридических лиц, не являющихся собственниками своего имущества — учреждений и унитарных предприятий.

Спорным в настоящее время является вопрос о возможности участия в объединении коммерческих юридических лиц граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица. Статья 121 ГК РФ не упоминает в числе участников ассоциаций и союзов индивидуальных предпринимателей. Но поскольку по общему правилу к их предпринимательской деятельности применяются нормы ГК о коммерческих организациях (ст. 23 ГК РФ), в юридической литературе высказывается мнение о правомерности участия индивидуальных предпринимателей в объединениях совместно с коммерческими организациями[1]. Однако судебная практика основывается на буквальном толковании ст. 121 ГК РФ и ст. 11 Закона о некоммерческих организациях, согласно которым членами объединения в форме ассоциации (союза) могут быть исключительно юридические лица. Соответственно, суды исходят из отсутствия у индивидуального предпринимателя права быть членом ассоциации (союза) и невозможности возникновения между ним и ассоциацией взаимных обязательств, в том числе по уплате членских взносов[2]. Напротив, если объединение в форме ассоциации или союза создается исключительно гражданами — индивидуальными предпринимателями, суды оценивают их как вполне легитимные, созданные в качестве общественных организаций[3].

Отдельные авторы полагают возможным создание ассоциаций и союзов не только юридическими лицами, но и муниципальными образованиями[4]. Действительно, согласно ч. 1 ст. 66 Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»[5] в каждом субъекте РФ образуется совет муниципальных образований. Организация и деятельность таких советов осуществляются в соответствии с требованиями Закона о некоммерческих организациях, применяемыми к ассоциациям. Однако вряд ли по своей организационно-правовой форме совет муниципальных образований может рассматриваться в качестве объединения юридических лиц, поскольку не обладает признаками, для него характерными. В частности, создание совета муниципальных образований носит не добровольный, а обязательный характер, соответственно, муниципальные образования лишены права выйти из его состава и не могут быть принудительно исключены из совета, единственным основанием ликвидации совета муниципаль-

---

[1] См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / под ред. С.П. Гришаева, А.М. Эрделевского // СПС «КонсультантПлюс».

[2] См.: Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 30 июля 2004 г. № А10-4382/03-Ф02-2823/04-С2 // СПС «КонсультантПлюс».

[3] См.: Постановление ФАС Московского округа от 17 мая 2006 г., 10 мая 2006 г. № КГ-А41/3693-06 по делу № А41-К2-16192/05 // СПС «КонсультантПлюс».

[4] См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / под ред. С.П. Гришаева, А.М. Эрделевского // СПС «КонсультантПлюс».

[5] СЗ РФ. — 2003. — № 40. — Ст. 3822.

ных образований является упразднение соответствующего субъекта РФ. Кроме того, закон не определяет совет муниципальных образований субъекта РФ как некоммерческую организацию в форме ассоциации, а лишь указывает на применение в отношении данных советов отдельных норм гражданского законодательства об ассоциациях.

Учредительными документами ассоциации (союза) в силу п. 1 ст. 121 ГК РФ являются учредительный договор, подписанный ее членами, и утвержденный ими устав. Совершение учредительного договора и его подписание в ряде случаев затруднительны ввиду массовости объединения, нахождения учредителей в различных регионах и т.п. Учитывая подобные обстоятельства, специальные законы, регулирующие вопросы создания и деятельности объединений юридических лиц отдельных видов, рассматривают устав в качестве их единственного учредительного документа. Примером могут быть объединения (ассоциации) профсоюзов, которые действуют только на основании устава (п. 1 ст. 8 Закона о профессиональных союзах).

Имущество ассоциации (союза) прежде всего складывается за счет регулярных и единовременных поступлений от участников. Порядок внесения взносов участниками, их виды, размеры и формы определяются учредительными документами объединения. Иные возможные источники получения объединением имущества предусмотрены ст. 26 Закона о некоммерческих организациях. При этом следует отметить, что круг источников формирования имущества ассоциаций (союзов) коммерческих организаций уже, чем у тех, которые созданы некоммерческими юридическими лицами. Это обусловлено способностью последних к непосредственному осуществлению предпринимательской деятельности. Их имущество может образовываться за счет выручки от реализации товаров, работ, услуг; дивидендов (доходов, процентов), получаемых по акциям, облигациям, другим ценным бумагам и вкладам; доходов, получаемых от собственности объединения. Действующее законодательство не устанавливает требований к минимальному размеру имущества ассоциации (союза) в связи с возможностью привлечения членов к субсидиарной ответственности по ее долгам.

Имущество принадлежит объединению юридических лиц на праве собственности (п. 3 ст. 48, п. 3 ст. 213 ГК РФ). Характер имущества, принадлежащего объединению, предопределяется целями его создания и объемом специальной правоспособности. Поскольку объединения юридических лиц являются некоммерческими организациями, судебная практика исходит из того, что им не свойственно обладание имуществом, предназначенным для предпринимательской деятельности. По мнению судебных органов, в случае приобретения такого имущества объединение обязательно должно либо создать хозяйственное общество для осуществления предпринимательской деятельности, либо участвовать в таком обществе, наделив его соответствующим имуществом[1].

[1] См.: Постановление ФАС СКО от 14 сентября 2006 г. № Ф08-4393/2006 по делу № А25-3081/2005-9 // СПС «КонсультантПлюс».

Ассоциация (союз) не несет ответственности по обязательствам своих членов. Напротив, члены ассоциации (союза) отвечают по ее обязательствам — несут субсидиарную ответственность (п. 4 ст. 121 ГК РФ, п. 4 ст. 11 Закона о некоммерческих организациях). Основания и пределы такой ответственности членов определяются в учредительных документах объединения. Там же должен устанавливаться вид ответственности, поскольку специального правила по этому поводу законодательство не содержит. Подобная ситуация создает условия для злоупотреблений и позволяет закрепить в уставе такой порядок, который существенно затруднит привлечение членов к ответственности по долгам ассоциации (союза). Кроме того, размер их субсидиарной ответственности может оказаться столь незначительным, что по сути будет носить лишь декларативный характер и не позволит реально обеспечить интересы кредиторов.

Также необходимо обратить внимание на то, что сведения об основаниях и пределах ответственности членов по долгам ассоциации (союза) не относятся к числу тех, которые должны включаться в ее учредительные документы в обязательном порядке. Поэтому вполне вероятна ситуация, когда соответствующие условия в учредительных документах объединения будут отсутствовать. Частично это может быть восполнено возможностью применения ст. 322 ГК РФ о солидарной ответственности. Но поскольку в имуществе объединения доли членов не выделяются, а размер вносимых им взносов может зависеть от самых разных обстоятельств, установить пределы ответственности исходя из действующего законодательства не представится возможным. Именно поэтому, если учредительные документы объединения не содержат положений, четко определяющих порядок и размер субсидиарной ответственности, которую несут члены по его долгам, суды отказывают во взыскании суммы долга с субсидиарных должников, удовлетворяя заявленные кредиторами исковые требования только за счет основного должника — объединения[1].

Устранению указанных проблем и спорных ситуаций может способствовать закрепление на законодательном уровне норм, устанавливающих вид и размер ответственности членов по долгам ассоциации. При этом соответствующие правила должны учитывать, что объединение юридических лиц является некоммерческой организацией, члены которой имущественных прав по отношению к ней не имеют. Размер ответственности члена может быть пропорционален его взносам в имущество ассоциации (союза), а если взносы по характеру различны, то какому-то из их видов. По меньшей мере, должны быть установлены общие границы, обеспечивающие соблюдение баланса интересов кредиторов объединения и его членов, в рамках которых объединение могло бы самостоятельно варьировать с учетом целей своего создания, сфер и видов осуществляемой деятельности, а также других факторов.

[1] См.: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 23 августа 2001 г. № 6280 // СПС «КонсультантПлюс».

Права и обязанности членов ассоциаций (союзов) закрепляются в их учредительных документах, составляемых с учетом требований специального законодательства, определяющего правовое положение членов объединений различных видов. Статья 123 ГК и ст. 12 Закона о некоммерческих организациях называют лишь права, которыми наделены члены всех объединений независимо от особенностей их создания, субъектного состава, сферы деятельности, даже если в учредительных документах прямое указание на них отсутствует. Что касается обязанностей, то они устанавливаются в учредительных документах ассоциации (союза) и в силу этого обязательны для исполнения ее учредителями (участниками). Добровольно вступая в ассоциацию (союз), лицо одновременно также добровольно принимает на себя обязанность признавать устав ассоциации, уплачивать все установленные ею взносы и в полном объеме выполнять другие обязательные для членов ассоциации требования. Такое добровольное волеизъявление в силу п. 2 ст. 307 ГК РФ относится к основаниям возникновения обязательства, при неисполнении которого ассоциация (союз) вправе обратиться в суд за защитой своих прав и законных интересов. В подавляющем большинстве случаев именно из этого исходят судебные органы, рассматривая споры между членом ассоциации (союза), не исполняющим обязанности по внесению членских взносов и полагающим, что за это его должны исключить из состава членов объединения, и ассоциацией (союзом), требующей оплаты членских взносов в принудительном порядке[1]. Особо следует отметить, что обязанности по уплате регулярных или единовременных взносов возникают у членов только при условии четкого определения их размера учредительными документами или компетентным органом ассоциации (союза). По мнению судебных инстанций, в противном случае член лишь добровольно принимает на себя бремя расходов ассоциации, а конкретных обязанностей у него не возникает[2].

Но не все придерживаются указанной позиции. Исходя из того что взносы членами ассоциации (союза) вносятся добровольно и право на их принудительное взыскание законом не предусмотрено, некоторые суды отказывают ассоциации (союзу) в удовлетворении исковых требований о взыскании членских взносов. При этом отмечается, что за неисполнение или ненадлежащее исполнение принятых на себя обязательств член может быть исключен из состава ассоциации (союза) по решению общего собрания[3].

---

[1] См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 18 декабря 2007 г. № 8993/07 по делу № А03-1084/06-6 // Вестник ВАС РФ. — 2008. — № 3; постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 13 марта 2008 г. № Ф04-1391/2008(1478-А45-4) по делу № А45-9391/07-42/331; постановление ФАС Уральского округа от 24 марта 2008 г. № Ф09-1939/08-С4 по делу № А50-13061/2007-Г17; постановление ФАС Северо-Западного округа от 22 сентября 2004 г. № А56-44455/03 // СПС «КонсультантПлюс».

[2] См.: Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 17 января 2006 г. № Ф08-6372/2005 по делу « А63-662/2004-С2 // СПС «КонсультантПлюс».

[3] См.: Постановление ФАС Поволжского округа от 11 декабря 2003 г. № А12-6197/03-С6 // СПС «КонсультантПлюс».

Ассоциации (союзы) могут прекратить свою деятельность посредством реорганизации и ликвидации по основаниям и в порядке, предусмотренным общими положениями ГК РФ, а также Законом о некоммерческих организациях. Согласно п. 4 ст. 17 Закона о некоммерческих организациях ассоциация (союз) вправе преобразоваться в фонд, автономную некоммерческую организацию, хозяйственное общество, товарищество или некоммерческое партнерство. Решение о преобразовании ассоциации (союза) должно быть принято всеми членами, заключившими договор о ее создании. Данное требование сформулировано недостаточно корректно. Оно предполагает принятие решения о прекращении ассоциации (союза) посредством смены организационно-правовой формы только теми участниками, кто выступал ее учредителями. Такой законодательный подход ставит в неравное с ними положение членов, не участвовавших в создании ассоциации (союза), но входящих в ее высший орган управления и добросовестно исполняющих свои обязанности перед объединением, порождает условия для ущемления их интересов. Кроме того, не учитывается ситуация, при которой все лица, участвовавшие в создании ассоциации (союза), добровольно вышли или были исключены из ее состава. Решение вопроса о реорганизации некоммерческой организации относится к исключительной компетенции ее высшего органа управления (абз. 9 п. 3 ст. 29 Закона о некоммерческих организациях), и думается, что нет достаточных правовых оснований для установления каких-то исключений применительно к ассоциациям (союзам), тем более касающихся лишь одной из возможных форм реорганизации. По меньшей мере норма, закрепляющая такое исключение, должна носить диспозитивный характер, предоставляя возможность определения иного порядка решения этого вопроса учредительными документами объединения.

Судьба имущества, оставшегося при ликвидации ассоциации (союза) после удовлетворения требований кредиторов, в условиях отсутствия специальных положений определяется исходя из общих правил, применяемых к большинству некоммерческих организаций. Это имущество в соответствии с учредительными документами некоммерческой организации направляется на цели, в интересах которых она была создана, и (или) на благотворительные цели. В случае если использование имущества ликвидируемой некоммерческой организации в соответствии с ее учредительными документами не представляется возможным, оно обращается в доход государства (п. 1 ст. 20 Закона о некоммерческих организациях).

Между тем возможность практической реализации этих общих положений применительно к ассоциациям (союзам) ограничена, исходя из особенностей их правового статуса. В частности, ассоциации (союзы) коммерческих организаций в силу прямого указания закона действуют в интересах именно своих членов — координируют их предпринимательскую деятельность, осуществляют представление и защиту общих имущественных интересов. Тем самым объединение содействует повышению эффективности предпринимательской деятельности исключительно своих членов, удов-

летворяет их потребности в правовых и иных услугах и т.п. Соответственно, при ликвидации ассоциации (союза) конкретных коммерческих организаций направить оставшееся имущество на цели, в интересах которых она была создана, весьма затруднительно. Поэтому единственно допустимым будет использование имущества ликвидируемого объединения коммерческих организаций в благотворительных целях. Учитывая источники формирования имущества ассоциации (союза), такое положение сложно назвать адекватным. Что касается объединений некоммерческих организаций, то возможность их создания в любых общественно полезных целях предопределяет необходимость применения при их ликвидации общих для некоммерческих организаций правил относительно судьбы остающегося имущества.

Даже краткий анализ некоторых особенностей статуса ассоциаций (союзов) позволяет констатировать недостаточную четкость и эффективность существующих гражданско-правовых норм. Наличие пробелов и неопределенностей в законодательстве негативно сказывается на деятельности объединений, осложняет достижение ими поставленных целей, порождает споры в правоприменительной практике. В рамках совершенствования гражданского законодательства подходы к правовому регулированию объединений юридических лиц, как и всей системы некоммерческих организаций, требуют серьезного пересмотра с целью выработки оптимальных норм, адекватных общественным потребностям.

В.П. Емельянцев,
кандидат юридических наук
(ИЗиСП)

РАЗВИТИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О РЕОРГАНИЗАЦИИ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ И ПЛАНИРУЕМЫЕ ПРОЦЕССЫ КОНЦЕНТРАЦИИ И ДЕКОНЦЕНТРАЦИИ КАПИТАЛА

В институте юридических лиц отечественного гражданского права система норм о реорганизации является сравнительно молодым правовым явлением. Слияние и объединение юридических лиц как первые формы реорганизации зародились в XIX в. на фоне общей тенденции централизации и концентрации капиталов. Дальнейшее развитие форм реорганизации (разделение, выделение) объективно было обусловлено обратными процессами, а именно: стремлением к децентрализации и деконцентрации капиталов как необходимых условий обеспечения свободы конкуренции. Немаловажную роль в последнем случае сыграло формирование законодательства, направленного на ограничение монополистического положения хозяйствующих субъектов на товарных рынках.

Как всякое молодое правовое явление, реорганизация в отечественной правовой системе продолжает поиск оптимальной формы. Поскольку федеральный законодатель окончательно еще не утвердился в своем отношении к юридической сущности реорганизации, постольку одной из задач современной науки гражданского права видится разработка предложений о возможных направлениях развития законодательства о формах реорганизации.

Необходимо отметить, что отечественная наука гражданского права не остается в стороне и проявляет неподдельную заинтересованность в исследовании как правовой сущности реорганизации, так и ее форм. Под тем или иным углом зрения отношения, возникающие в ходе реорганизации, исследовали такие ученые, как С.Н. Братусь, М.И. Брагинский, А.В. Венедиктов, В.В. Витрянский, В.П. Грибанов, В.В. Долинская, М.И. Кулагин, В.П. Мозолин, В.А. Рахмилович, Е.А. Суханов, И.Т. Тарасов, Б.Б. Черепахин, Г.С. Шапкина, Г.Ф. Шершеневич, Т.В. Кашанина, Д.В. Ломакин, Н.В. Козлова. Отдельные теоретические и практические проблемы реорганизации юридических лиц затрагивали в своих работах Б.П. Архипов, Е.В. Бакулина, А.В. Габов, Д.В. Жданов, Д.И. Степанов, М.В. Телюкина, А.А. Карлин, А.В. Коровайко и др.

Вместе с тем приходится констатировать, что в российском гражданском праве пока еще не сформировалась общность научных мнений и взглядов, которая могла бы претендовать на самостоятельную концепцию развития законодательства о реорганизации юридических лиц. Воз-

можно, одна из причин, которая «притормаживает» этот процесс, кроется в самом термине «реорганизация». В российском законодательстве он обозначает пять самостоятельных правовых форм — слияние, присоединение, разделение, выделение, преобразование (п. 1 ст. 57 ГК РФ). Некоторые из них в экономическом смысле отражают полярно противоположные явления. Например, экономическая сущность слияния и присоединения прямо противоположна разделению и выделению. Выделяется среди остальных форм реорганизации преобразование.

Тем не менее федеральный законодатель попытался выявить в названных формах общие юридические черты и объединить их под одним термином «реорганизация». Стремление законодателя к унификации законодательства в целом всегда вызывало одобрение со стороны науки и практики, поскольку это способствует единообразию правоприменения. Возможно, у разработчиков ГК были веские причины объединить разные по экономической сущности формы под общим правовым термином «реорганизация». Например, это может быть обусловлено стремлением выработать общий порядок для всех форм и определить особенности, необходимые в частных случаях.

В настоящее время можно констатировать факт многократного увеличения специальных норм, регулирующих отдельные формы реорганизации или реорганизацию отдельных видов юридических лиц. Тенденции к дифференциации правовых норм в регулировании рассматриваемых отношений превалируют над их унификацией, к которой настойчиво призывает наука гражданского права. Необходимость в дифференциации на настоящий момент обусловлена множеством различий в экономических мотивах и целях, которые возникают у участников гражданского оборота, прежде чем они будут готовы сделать выбор в пользу соответствующей формы реорганизации для решения конкретных задач.

С правовой позиции объединяющим признаком для всех форм реорганизации выступает обязательное требование об универсальном правопреемстве. Эта категория является правовым способом защиты прав кредиторов реорганизуемых юридических лиц. Универсальное правопреемство в его доктринальном понимании в гражданском праве подразумевает переход имущества реорганизуемых юридических лиц к их правопреемникам в неизменном виде как единого целого и в один и тот же момент. Таким образом, универсальное правопреемство определяет судьбу имущества реорганизуемых юридических лиц.

Вместе с тем представляется, что на дальнейшее развитие законодательства о реорганизации системообразующее влияние будут оказывать не правовые конструкции, а экономические условия. Однако в случае с реорганизацией возникла коллизия между экономической и правовой характеристикой процессов, которые охватывают формы реорганизации. Попытки ученых сформулировать определение реорганизации наталкивались на внутренние противоречия среди ее форм. В результате зачастую в научной литературе понятие юридической сущности реорганизации нео-

правданно стало сужаться до ее определения как одного из способов прекращения или создания юридического лица: «и та и другая характеристика отражают правовые последствия, наступающие в результате реорганизации, но они присущи не всем ее формам»[1].

Отсутствие выработанного подхода к пониманию сущности реорганизации в научном сообществе не лучшим образом сказывается и на законодательной практике. Последние изменения, внесенные в п. 1 ст. 61 ГК РФ, фактически устранили один из немногих нормативных признаков, позволяющих проводить разграничение между реорганизацией и ликвидацией. Пункт 1 ст. 61 ГК РФ в редакции Федерального закона от 8 мая 2010 г. № 83-ФЗ[2] устанавливает, что ликвидация юридического лица влечет его прекращение без перехода прав и обязанностей в порядке правопреемства к другим лицам, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом. Таким образом, предусмотрены два вида ликвидации: без правопреемства и с правопреемством.

При современной кодификации законодатель стремится к абстрактным и поэтому очень гибким понятиям. Вместе с тем нормативное определение конкретного понятия выступает способом законодательного контроля за объемом нормативного содержания. Отсутствие в науке гражданского права единого концептуального подхода к сущности реорганизации на фоне «скудности» общего количества норм ГК и специальных законов, регулирующих деятельность отдельных видов юридических лиц, с одной стороны, приводит к многочисленным судебным спорам, а с другой стороны, выступает сдерживающим фактором в развитии отечественной экономики и повышении ее конкурентоспособности.

Для прогнозирования возможных направлений развития отечественного законодательства о реорганизации юридических лиц представляется полезным рассмотреть концептуальные позиции федеральной власти, обозначенные в программных документах социально-экономического развития нашего государства на ближайшие годы. Важным требованием к научным разработкам сегодня выступает учет интересов государственной политики и бизнес-сообщества.

Во многих концептуальных документах, принятых за последние годы Правительством РФ, федеральными органами государственной власти и даже отдельными организациями и направленными на совершенствование экономического развития страны, указано на недостатки в правовом регулировании реорганизации и наиболее вероятные факторы, которые могут оказать влияние на ее регламентацию. Несмотря на то что предлагаются различные меры по совершенствованию этого правового явления, в государственной политике отчетливо прослеживается стратегическая линия на достижение высокого уровня концентрации капитала. По мнению авторов Программы развития конкуренции в Российской Федера-

[1] *Шапкина Г.С.* Новое в российском акционерном законодательстве. — М., 2002. — С. 103.

[2] СЗ РФ. — 2010. — № 19. — Ст. 2291.

ции[1], сам по себе факт высокой концентрации не означает низкого уровня конкуренции на рынке.

Более того, для ряда отраслей высокий уровень концентрации позиционируется как необходимое условиее эффективности. Например, в Стратегии развития банковского сектора Российской Федерации[2] был намечен план мероприятий по концентрации и централизации банковского капитала[3], в том числе и через реорганизацию кредитных организаций. Вместе с тем еще совсем недавно повышение капитализации банковской системы и уровня концентрации банковского капитала достигалось за счет отзыва лицензий у тех кредитных организаций, деятельность которых не соответствовала требованиям законодательства о банковской деятельности или о противодействии легализации доходов и имущества, добытого преступным путем, т.е. за счет занятия освободившихся ниш на рынке, или путем привлечения иностранного капитала.

Примеров крупных поглощений с использованием форм реорганизации кредитных организаций было мало. За некоторым исключением крупные слияния или присоединения не проводились. Одной из причин выступали ограничения, которые были закреплены в Федеральном законе от 23 июня 1999 г. № 117-ФЗ «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг»[4]. Отечественное антимонопольное законодательство пока является одним из сдерживающих факторов для укрупнения банковского сектора. На фоне усиления конкуренции со стороны иностранных банков, предоставления им практически национального режима это может поставить под угрозу независимость российских коммерческих банков.

В настоящее время наблюдается укрупнение национальных банковских организаций. Объединение банковских активов в последнее время стало рассматриваться как универсальный и едва ли не единственный способ свести к минимуму экономические риски (устоять против конкурентов) и укрепить банковскую систему. Одним из базовых документов, определяющим государственную политику в банковской сфере, является доклад Банка России об основных направлениях единой государственной денежно-кредитной политики на 2010 год и период 2011 и 2012 годов[5]. В нем в целях поддержания стабильности банковской системы и защиты интересов вкладчиков и кредиторов определяется ряд законодательных мер, направленных на совершенствование процессов слияния и присоединения

---

[1] Утверждена распоряжением Правительства РФ от 19 мая 2009 г. № 691-р.

[2] Письмо Правительства РФ и ЦБР от 30 декабря 2001 г. «О Стратегии развития банковского сектора Российской Федерации»; Заявление Правительства РФ и ЦБР от 5 апреля 2005 г. № 983п-П13, 01-01/1617 «О Стратегии развития банковского сектора Российской Федерации на период до 2008 года».

[3] До недавнего времени в России насчитывалось свыше 1250 банков, из них крупных не более 10, а средних от 100 до 200. Опыт зарубежных государств свидетельствовал о том, что для полноценного обеспечения национальных экономик банковскими услугами достаточно до 50 банков с развитой филиальной сетью.

[4] СЗ РФ. — 1999. — № 26. — Ст. 3174.

[5] http://www.cbr.ru/today/publications_reports/

и предусматривающих возможность участия в реорганизации юридических лиц (в том числе кредитных организаций) различных организационно-правовых форм[1].

Государство может косвенно (через законодательство) побуждать коммерческие организации к консолидации, в том числе и посредством реорганизации. В качестве примера в сфере банковского сектора можно отметить так называемый «Закон о достаточности капитала»[2]. Несмотря на известные трудности, установленные антимонопольным законодательством, а также высокую стоимость процедур, учредители (участники, акционеры) кредитных организаций из-за опасения стать аутсайдером вынуждены взять курс на объединение банковских активов, в том числе с использованием форм реорганизации (слияние, присоединение)[3]. В связи с изложенным напрашивается вывод о необходимости либерализации российского антимонопольного законодательства для стимулирования процессов слияний и поглощений кредитных организаций, в том числе с использованием процедуры реорганизации.

Похожая ситуация наблюдается в сфере страхового бизнеса. Разработчики Стратегии развития страховой деятельности в Российской Федерации[4] исходили из того, что в этом секторе экономки в ближайшие годы сохранится тенденция концентрации капитала, укрупнения субъектов страхового дела, создания финансовых групп с участием страховщиков[5]. Среди страховых посредников также наблюдается устойчивая тенденция к укрупнению через слияния и поглощения.

---

[1] С поддержкой такой инициативы выступает и Торгово-промышленная палата России / Концепция развития законодательства Российской Федерации на период до 2012 г. // http://www.tpprf.ru/ru/activities/lawmaking/development/index.php?id_26=21

[2] Федеральным законом от 28 февраля 2009 г. № 28-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О банках и банковской деятельности» установлено, что с 1 января 2010 г. размер собственных средств (капитала) банка должен быть не менее 90 млн руб., а с 1 января 2012 г. — не менее 180 млн руб.

[3] Одним из первых примеров консолидации путем реорганизации стало слияние «МДМ-банка» и «УРСА-банка» в августе 2009 г. В конце 2009 г. к банку «Восточный экспресс» поэтапно были присоединены банки «Эталон», «Движение» и «Камабанк»; закончилось слияние «КМБ-банка» с банком «Интеза»; в феврале 2010 г. Федеральная антимонопольная служба удовлетворила ходатайство о слиянии ОАО «АБ «Россия» и ЗАО «Газэнергопромбанк»; в марте 2010 г. «Альфа-Банк» принял решение о присоединении санируемого им банка «Северная казна»; в апреле 2010 г. ОАО «Промсвязьбанк» принял решение о реорганизации в форме присоединения к нему двух дочерних банков — ОАО АКБ «Волгопромбанк» и ОАО ГБ «Нижний Новгород». В конце 2010 г. планируется завершение реорганизации «Банка УРАЛСИБ» в форме присоединения к нему двух его дочерних банков «Стройинвестбанка» и «УРАЛСИБ-ЮГ».

[4] Утверждена поручением Правительства Российской Федерации от 18 ноября 2008 г. № ВП-П13-6891. Документ опубликован не был.

[5] Экономические реалии современной России заключаются в том, что число существующих страховых компаний значительно превышает потребности рынка. На момент подготовки настоящей работы в государственном реестре числилось более 700 страховых организаций, обладающих совокупным уставным капиталом, сопоставимым с собственным капиталом нескольких крупных международных страховщиков.

Глобализация мировой экономики стирает законодательные и экономические барьеры, а усиливающаяся в связи с этим конкуренция подталкивает субъектов страхового бизнеса к укрупнению, в том числе через слияния или поглощения и формирование крупнейших транснациональных страховых обществ. Это происходит на фоне взаимопроникновения страхового и банковского капиталов в деятельность, связанную с доверительным управлением имуществом и ценными бумагами, в результате чего формируются транснациональные финансовые группы.

Одним из характерных следствий глобализации страхового рынка является широкомасштабная экспансия со стороны транснациональных страховых организаций на национальные рынки стран Восточной Европы, Азии и Латинской Америки[1]. Правовые режимы, способствующие развитию национальных страховых организаций, сохранены пока в России и Китае.

В названной Стратегии государству отведена роль в нормативно-правовом обеспечении условий для ускорения реорганизации при сохранении непрерывности бизнес-процессов, обеспечении платежеспособности страховой организации, созданной в результате реорганизации.

Положительным результатом законодательной деятельности является унификация антимонопольного законодательства в отношении кредитных и страховых организаций. Вместо специального Федерального закона от 23 июня 1999 г. № 117-ФЗ «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг» вопросы антимонопольного регулирования на рынке финансовых услуг вошли в единый предмет правового регулирования Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»[2].

Одним из первых документов Правительства РФ, где было уделено значительное внимание исследуемой проблематике, следует назвать Программу социально-экономического развития Российской Федерации на среднесрочную перспективу (2003—2005 годы)[3]. Из названного документа следует, что главной целью политики в сфере дебюрократизации является устранение излишнего административного вмешательства государства в деятельность хозяйствующих субъектов, негативно влияющего на предпринимательский климат. В качестве одного из мероприятий предполагалось совершенствовать законодательство Российской Федерации с целью упрощения процедур реорганизации и ликвидации юридических лиц.

Курс на модернизацию российской экономики и повышение ее конкурентоспособности очень быстро заставило органы государственной власти не только обратить внимание на отсутствие необходимого правового регулирования в сфере реорганизации юридических лиц, но и приступить к разработке конкретных мер. Дальнейшее развитие законодательства в

---

[1] В настоящее время в странах Латинской Америки (кроме Мексики) иностранным страховым организациям предоставлен национальный режим.

[2] СЗ РФ. — 2006. — № 31 (ч. 1). — Ст. 3434.

[3] Распоряжение Правительства РФ от 15 августа 2003 г. № 1163-р.

этой сфере должно было обеспечить возможности для бизнеса повышать эффективность своей деятельности посредством реструктуризации бизнес-процессов и диверсификации имущественной основы деятельности как коммерческих, так и некоммерческих организаций.

Для этих целей необходимо было развить нормы о реорганизации, сделать их более гибкими, эффективными, способными предоставить различные варианты для быстрого реагирования учредителей юридических лиц на изменяющиеся условия внешней среды. Эффективность их применения стала зависеть от снижения затрат на проведение реорганизации и минимизацию юридических рисков. Такой подход начал восприниматься как забота законодателя о создании условий, позволяющих поддерживать конкурентоспособность отечественного бизнеса.

Первые концептуальные изменения правового регулирования реорганизации были предложены в Концепции развития корпоративного законодательства на период до 2008 г., разработанной в 2005 г. Министерством экономического развития и торговли РФ[1]. В 2008 г. последовали первые изменения в гражданском законодательстве[2]. Существенным образом была изменена ст. 60 ГК РФ, в частности, закреплены обязанности публичного уведомления о реорганизации в средствах массовой информации (п. 1). Вместе с тем акционерным обществам созданы дополнительные условия для их укрупнения за счет ограничения случаев, когда кредиторы при проведении реорганизации таких обществ в форме слияния, присоединения или преобразования смогут требовать досрочного исполнения обязательства должником или прекращения обязательства и возмещения убытков (п. 3 ст. 60 ГК РФ). В первую очередь такие изменения, представляется, рассчитаны на увеличение количества слияний (присоединений) в банковском секторе.

Такой избирательный подход законодателя нужно расценивать как первый шаг к либерализации отечественного законодательства в отношении разрешения действий, направленных на объединение и укрупнение компаний. Законодательство, которое содержит недостаточно норм о реорганизации (а те, которые есть, в правоприменительной практике толкуются в большей степени как нормы запрещающего характера), удобно для экономики «мелких лавочников». Такая экономика будет базироваться только на потреблении импортных товаров и развитии экспорта природных ресурсов. Развитие инновационной экономики, ее модернизация, создание условий для конкурентоспособности и продвижения отечественных юридических лиц за рубежом невозможны без создания крупных акционерных компаний.

---

[1] Концепция разработана в рамках исполнения распоряжения Правительства РФ от 19 января 2006 г. № 38-р «О Программе социально-экономического развития Российской Федерации на среднесрочную перспективу (2006—2008 годы)» и была одобрена Советом по конкурентоспособности и предпринимательству при Правительстве РФ 10 февраля 2006 г.

[2] См.: Федеральный закон от 30 декабря 2008 г. № 315-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О банках и банковской деятельности» и некоторые другие законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. — 2009. — № 1. — Ст. 23.

В Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 г.[1] (далее — Концепция 2020) разработчики вновь обращают внимание на то, что оптимизация процедур слияния и поглощения является одним из условий для эффективного и динамичного экономического роста, который предполагается достигнуть, в частности, за счет повышения мобильности капиталов в экономике, обеспечения опережающего роста финансовых рынков по сравнению с другими отраслями экономики.

Эффективная интеграция в глобальную инновационную систему, по мнению разработчиков Концепции 2020, предполагает, в частности, содействие повышению капитализации национальных высокотехнологичных компаний, стимулирование их консолидации, в том числе путем создания фондов с государственным участием, укрупнению. Так, одним из приоритетных направлений государственной политики в области развития судостроительной промышленности является создание объединенной судостроительной корпорации.

Без внимания не остались и задачи по обеспечению условий для развития здоровой конкуренции. В этих целях при реформировании естественных монополий Правительство РФ в качестве одной из задач рассматривает сокращение масштаба монополизации инфраструктур, разделение естественно-монопольных и потенциально-конкурентных секторов.

Предполагается демонополизация функций по эксплуатации объектов инженерной инфраструктуры (дорог, аэродромов, причальных сооружений, проводящих сетей, систем оперативно-диспетчерского управления), производству и сбыту поставляемых по инфраструктурным объектам товаров и услуг (электрическая и тепловая энергия, газ, нефть, нефтепродукты, услуги перевозки). Реализация задачи по демонополизации возможна наряду с обеспечением прозрачности условий приватизации, поэтапного дерегулирования также и за счет разукрупнения названного сектора экономики.

Концентрация и консолидация предполагаются в лесном комплексе. Для его развития Правительство РФ намерено стимулировать структурные преобразования в лесопромышленном комплексе на основе создания крупных интегрированных структур. В сфере развития водохозяйственного комплекса, наоборот, предполагается демонополизация.

На основании содержания Концепции 2020 могут быть сделаны и другие прогнозы, в каких секторах экономики отечественные организации смогут начать и продолжить политику по объединению: в сфере поставки энергоресурсов, формирования глобальной энергетической инфраструктуры; на рынках товаров и услуг ядерных технологий, авиатехники, судостроения, космических услуг и космических аппаратов, программного обеспечения, образовательных и интеллектуальных услуг, а также услуг в сфере туризма.

[1] Утверждена распоряжением Правительства РФ от 17 ноября 2008 г. № 1662-р.

Таким образом, содержание названных программных документов позволяет утверждать, что правовое регулирование реорганизации юридических лиц (в большей степени коммерческих организаций) самым тесным образом связано с процессами концентрации и деконцентрации капиталов[1]. В терминологии современного законодательства — с процессами монополизации или демонополизации. Вместе с тем пока приходится соглашаться с мнением о том, что действующее законодательство фактически препятствует реорганизации, делая проведение реорганизационных процедур экономически нецелесообразным. Пробелы и противоречия законодательства приводят к невозможности осуществления абсолютно законной реорганизации, сбалансированно учитывающей интересы реорганизуемой коммерческой организации, ее участников и кредиторов, и создают, как следствие, возможности для оспаривания реорганизации, тем самым дестабилизируя хозяйственный оборот в целом[2].

Вместе с тем разработчики Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации[3] достаточно консервативно подошли к возможности устранить существующие ограничения и расширить применение форм реорганизации в отечественном гражданском обороте[4]. Принципиальными являются сохранение ограничений различных форм реорганизации, запрет на преобразование коммерческих организаций в некоммерческие и наоборот. В проекте же изменений в ГК РФ разработчики пришли к тому, что следует допустить реорганизацию юридического лица, сочетающую ее различные формы (п. 1 ст. 57 ГК РФ в редакции проекта)[5].

Представляется, что отечественная наука гражданского права не может не учитывать тенденции мировой экономики и те направления, что задаются органами государственной власти. Эффективность гражданского права зависит от оперативного реагирования на потребности гражданского оборота.

---

[1] Капитал здесь понимается в самом широком смысле: денежные средства, недвижимое имущество, интеллектуальная собственность и любые другие активы.

[2] См.: Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О реорганизации коммерческих организаций» // СПС «КонсультантПлюс».

[3] Подготовлена Советом по кодификации гражданского законодательства и Исследовательским центром частного права в 2009 г. во исполнение Указа Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

[4] Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вст. — Ст. А.Л. Маковского. — М., 2009. — С. 54.

[5] Текст нового проекта ГК опубликован на сайте Высшего Арбитражного Суда РФ // www. arbitr.ru

Т.А. Нуждин,
соискатель
(ДВГУ, г. Владивосток)

К ВОПРОСУ О ПРАВОВОЙ ПРИРОДЕ РЕШЕНИЯ О РЕОРГАНИЗАЦИИ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ

Среди богатого творческого наследия С.Н. Братуся следует особо выделить исследование вопросов гражданско-правового регулирования организации и деятельности юридических лиц. Он одним из первых в отечественной цивилистике поднял вопрос реорганизации юридических лиц[1] — проблему, которая в последние годы стала одной из краеугольных в российской науке гражданского права.

Несмотря на многочисленные публикации и диссертации, в вопросе правового регулирования реорганизации юридических лиц имеется ряд «белых пятен». Неслучайно в Концепции развития гражданского законодательства те пункты, которые касаются реорганизации юридических лиц, выделены в отдельную главу[2].

Одно из таких «белых пятен» — сущность решения о проведении реорганизации (далее — решение).

В науке гражданского права и судебно-арбитражной практике выработана позиция, в соответствии с которой реорганизация юридического лица представляет собой сложный юридико-фактический состав, а не другие институты гражданского права, например сделку[3].

Решение о реорганизации — первый элемент этого сложного юридико-фактического состава. Именно от того, как законно, полно и последовательно будет согласовано и составлено решение, зависит дальнейшая судьба реорганизации в целом. И если в этой процедуре что-то не так, то могут возникнуть споры. У «обиженных» участников (акционеров) юридических лиц возникнет право признать такую реорганизацию незаконной. Но незаконность чего в данном случае будет оспариваться — сделки, нормативного правового акта, ненормативного акта? В первом случае придется применять положения ГК РФ, касающиеся недействительности сделок, во втором и третьем — АПК РФ об оспаривании нормативных и ненормативных актов (но данные положения АПК РФ относятся к делам, вытекающим из публичных правоотношений, но никак не из частноправовых).

---

[1] *Братусь С.Н.* Субъекты гражданского права. — М., 1950.

[2] Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вступ. ст. А.Л. Маковского. — М., 2009. — С. 53—57.

[3] См.: Практика применения Гражданского кодекса РФ / под ред. проф. В.А. Белова. — М., 2010. — С. 108; постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 18 января 2005 г. № Ф04-9453/2004 (7734-А75-12); постановление ФАС Уральского округа от 14 июля 2005 г.

Или все же решение о реорганизации — это какой-то особый акт корпоративного характера, отличный от сделки, нормативного и ненормативного актов? Вот здесь и возникает дискуссия, в ходе которой пока не выработано единой и четкой позиции.

Само решение о проведении реорганизации представляет собой частный случай решения общего собрания участников (акционеров) юридического лица корпоративного типа, причем как коммерческих, так и некоммерческих, если исходить из целей их деятельности.

Вследствие этого и сама правовая природа решения о реорганизации должна быть определена через правовую сущность решения участников (акционеров) юридических лиц.

По данному вопросу в отечественной юридической литературе сложились четыре точки зрения, решения собраний — это:

1) нормативные локальные акты (Т.В. Кашанина, С.И. Носков, И.С. Шиткина, В.В. Лаптев и др.)[1];

2) гражданско-правовая сделка, на которую распространяются положения ГК РФ о сделках (Б.П. Архипов)[2];

3) особый юридический факт гражданского права, именуемый многосторонними гражданско-правовыми корпоративными сделками (Н.В. Козлова) [3];

4) ненормативный акт (Р.С. Бевзенко, Ю.А. Тарасенко)[4].

Однако, по нашему мнению, ни одна из приведенных точек зрения не выдерживает критики.

Решение о реорганизации не может быть признано нормативным (пусть и локальным) актом. В противном случае возникают неизбежные противоречия с теорией права. Согласно п. 12 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 20 января 2003 г. № 2 «О некоторых вопросах, возникших в связи с принятием и введением в действие Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации»[5], под нормативным актом понимается результат правотворческой деятельности компетентных органов и должностных лиц государственной власти и местного самоуправления, содержащий в себе общеобязательные правила поведения (нормы), которые не персонифицированы, а адресуются неопределенному кругу лиц, рассчитаны на постоянное или длительное применение[6].

Более того, если исходить из общетеоретического определения нормы права (общеобязательные государственные предписания постоянно-

---

[1] См.: *Козлова Н.В.* Правосубъектность юридического лица. — М., 2005. — С. 379.

[2] См.: *Архипов Б.П.* Юридическая природа фактического состава, опосредующего реорганизацию акционерного общества // Законодательство. — 2002. — № 3. — С. 46—55.

[3] См.: *Козлова Н.В.* Указ. соч. — С. 384.

[4] Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / Под общей ред. В.А. Белова. — М., 2007. — С. 368, 369; Практика применения Гражданского кодекса РФ / под ред. проф. В.А. Белова. — М., 2010. — С. 108.

[5] БВС РФ. — 2003. — № 3.

[6] См.: *Потапенко С.* Разграничение нормативных и ненормативных актов при рассмотрении дел, возникающих из публично-правовых отношений // СПС «КонсультантПлюс».

го или временного характера, рассчитанные на многократное применение[1]), решение о проведении реорганизации юридического лица в силу своего непубличного и индивидуального характера не может быть нормативным актом в принципе.

Нельзя его считать и сделкой. Сделочная природа решения была убедительно подвергнута критике Р.С. Бевзенко, который справедливо заметил, что сделку может совершить только лицо. Общее же собрание участников (акционеров) не является субъектом гражданского права. Кроме того, сделка есть волеизъявление, результат волевых интеллектуальных процессов, которые происходят внутри лица[2]. И в чем же тогда будет выражаться единое волеизъявление собрания о реорганизации, если за него участники проголосуют квалифицированным большинством голосов, но никак не единогласно?

В чем сущность понимания решения собраний как корпоративной сделки, сказать затруднительно. С одной стороны, здесь отрицается сделочная природа решения собраний, но с другой — сам термин «сделка» остается. Это только создаст дополнительную терминологическую путаницу. Кроме того, в связи с легитимацией в России корпоративных (акционерных) соглашений предлагаемое понимание природы решения собраний как корпоративной сделки фактически представляет корпоративное соглашение и корпоративную сделку как синонимичные конструкции, однако по сути эти понятия представляют собой две совершенно разные гражданско-правовые категории.

Нельзя признать решение о реорганизации и ненормативным актом.

Во-первых, с позиции теории права ненормативный акт — это правоприменительный акт, который хотя и носит индивидуально разовый и индивидуально определенный характер, но принимается в основном по организационно-распорядительным вопросам, носящим исключительно публичный характер (о назначении на должность, о присвоении очередного звания и т.д.).

Во-вторых, признание решения о реорганизации в качестве ненормативного акта может привести к необоснованному смешению материальных и процессуальных конструкций. И действительно, при подаче иска о признании решения о реорганизации незаконным арбитражному суду придется применять положения АПК РФ об оспаривании ненормативных актов, а это уже сфера публичных, но не частноправовых отношений. И какой тогда способ защиты нарушенного гражданского права в данном случае истцу следует выбрать? Как разграничить в такой ситуации частноправовое и публично-правовое понимание ненормативного акта — в законодательстве об этом не сказано. Получается юридический тупик.

---

[1] См. более развернутое определение правовой нормы: Общая теория государства и права. Академический курс в 2 т. / под ред. М.Н. Марченко. Т. 2. Теория права (автор главы А.В. Мицкевич). — М., 1998. — С. 217.

[2] Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общей ред. В.А. Белова. — М., 2007. — С. 367.

В пункте 4.2.1 Концепции развития гражданского законодательства РФ говорится о том, что в ГК следует урегулировать такой вид юридических актов, как решение собраний (решение участников юридического лица, решение сособственников, решение о банкротстве и др.). Существенной особенностью с точки зрения Концепции такого решения собрания как юридического акта является его обязательность в силу закона для всех участников собрания, в том числе и для тех, кто не принимал участия в собрании или голосовал против принятого решения[1].

Исходя из этого представляется, что на уровне ГК РФ целесообразно закрепить особый источник гражданского права — корпоративный акт, к которому следует отнести такие документы, как Устав, локальные положения о структурных подразделениях юридического лица и иных вопросах хозяйственно-производственной деятельности (например, о коммерческой тайне, о договорной работе и т.д.), решения собраний участников (акционеров) юридических лиц, решения единственного участника в отношении «компаний одного лица».

Решение о проведении реорганизации как подвид решения собрания участников (акционеров) с этих позиций будет представлять собой корпоративный акт распорядительного (или трансформационно-распорядительного) характера, направленный на проведение реорганизации юридического лица[2], для которого характерны следующие признаки:

1) это юридический акт;

2) общеобязательный характер для принявших его лиц;

3) информационная публичность: решение о реорганизации должно быть доведено до сведения регистрирующих органов, кредиторов и некоторых третьих лиц (аудитора, оценщика и т.д.);

4) распорядительный характер — принятием решения участники (акционеры) юридического лица «распоряжаются» своим правом на реорганизацию, и все содержание решения по большому счету носит резолютивный характер. Все иные конкретизирующие моменты оговариваются в заключенной между участниками (акционерами, сторонами) сделке (договоры (соглашения) о слиянии, присоединении, разделении и выделении) и в особом прилагаемом к решению документе — разделительном балансе или передаточном акте;

5) трансформационность — этот признак характерен для реорганизации в форме преобразования, ведь только в данной форме происходит так называемая «трансформация» юридического лица — переход его из одной организационно-правовой формы в другую;

6) особый порядок восстановления нарушенного права.

---

[1] Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вступ. ст. А.Л. Маковского. — М., 2009. — С. 36.

[2] В российской цивилистической науке понимание решения общего собрания как корпоративного акта поддерживается и некоторыми ведущими цивилистами. См.: Гражданское право. В 4 т. Т. 1. Общая часть: Учеб. / под ред. Е.А. Суханова. — М., 2008. — С. 432, 433.

При таком подходе к пониманию решения общего собрания участников (акционеров) будут учитываться одновременно как моменты законодательного характера, так и правовая природа соответствующих институтов.

В юридической литературе давно выработана позиция, согласно которой корпоративные отношения (в том числе и решения участников по различным вопросам) представляют собой особый вид гражданско-правовых отношений[1].

В пункте 1.2 Концепции развития гражданского законодательства РФ сказано, что с точки зрения предмета гражданского законодательства необходимо включить в п. 1 ст. 2 ГК РФ еще одну группу отношений, регулируемых гражданским законодательством, а именно — корпоративные отношения, под которыми следует понимать отношения, связанные с «правом участия» в корпорации, а также соответствующие обязательственные отношения между учредителями (участниками) и корпорацией[2].

Формой выражения корпоративных отношений будет корпоративный акт. Причем саму конструкцию корпоративного акта можно будет применять в отношении не только решений собраний юридических лиц корпоративного типа, но и документов «компании одного лица».

Важным моментом представляется и установление на уровне ГК РФ особого механизма защиты прав лиц, пострадавших от незаконной реорганизации.

Федеральным законом от 19 июля 2009 г. № 205-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»[3] в АПК РФ была внесена гл. 28.1 («Рассмотрение дел по корпоративным спорам»). В статье 225.1 говорится, что споры, связанные с созданием, реорганизацией и ликвидацией юридического лица, относятся к делам по корпоративным спорам. Этим еще раз подчеркивается корпоративный характер процесса реорганизации юридического лица в целом и решения собрания участников (акционеров) о ее проведении в частности.

В такой ситуации с целью упорядочивания механизма защиты гражданских прав в ГК РФ и гл. 28.1 АПК РФ следует включить особую модель защиты — признание корпоративных актов незаконными. Что же касается реорганизации юридического лица, то в рамках обозначенной выше модели, в системе с таким новым способом защиты гражданских прав, как «восстановление утраченного корпоративного контроля», перспективным видится введение механизма «аннулирования» реорганизации юридического лица с определением не только процессуальной процедуры такого аннулирования, но и четких критериев «незаконности» решения собра-

---

[1] *Пахомова Н.Н.* Основы теории корпоративных отношений (правовой аспект). Екатеринбург, 2004; *Ломакин Д.В.* Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах // СПС «КонсультантПлюс»; Гражданское право. В 4 т. Т. 1. Общая часть: Учеб. / под ред. Е.А. Суханова. — М., 2008. — С. 134—135.

[2] Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вступ. ст. А.Л. Маковского. — М., 2009. — С. 31.

[3] СЗ РФ. — 2009. — № 29. — Ст. 3642.

ния о реорганизации. В этом отношении большим подспорьем может служить опыт развитых правопорядков зарубежных стран, в первую очередь ЕС, Германии, Франции, Швейцарии и Австрии.

Понимание правовой природы решения о реорганизации юридического лица как корпоративного акта распорядительного (трансформационно-распорядительного) характера сделает бессмысленным применение к данной конструкции чуждых ей категорий нормативного и ненормативного актов, сделки и корпоративной сделки. И хочется надеяться, что изложенные позиции найдут свое выражение в процессе реформирования российского гражданского законодательства о юридических лицах.

Ю.А. Доронин,
аспирант
(ИЗиСП)

АКЦИОНЕРНЫЕ СОГЛАШЕНИЯ КАК СОВРЕМЕННЫЙ МЕХАНИЗМ РЕГУЛИРОВАНИЯ КОРПОРАТИВНЫХ ОТНОШЕНИЙ

Современному российскому корпоративному законодательству около 20 лет. За это время был принят Гражданский кодекс России, закрепляющий основные положения о юридических лицах, вступили в силу специальные законы, отражающие специфику отдельных видов компаний, выработалась огромная правоприменительная практика. Тем не менее законодательство о юридических лицах продолжает стремительно развиваться и обогащаться. Связано это с различными причинами, среди которых развитие бизнес-процессов, повышение инвестиционной привлекательности России, борьба с «корпоративными захватами» предприятий. Вместе с тем на российское законодательство о юридических лицах влияет и положительный правовой опыт зарубежных стран. Так, в законодательстве о хозяйственных обществах относительно недавно появился новый институт — соглашения акционеров (участников) (далее — соглашения акционеров) о порядке осуществления их прав. В зарубежном законодательстве данный институт известен как shareholders agreement и пользуется большой популярностью, особенно в странах англо-американской системы права.

Российский средний и крупный бизнес практикует заключение акционерных соглашений уже более 10 лет, однако в связи с отсутствием законодательного регулирования подобных соглашений у сторон возникали проблемы с реализацией и защитой их прав по заключенным договорам.

Практика заключения акционерных соглашений, подчиняющихся российскому праву, была окончательно легализована с принятием изменений в Федеральные законы от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»[1], от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»[2], предусматривающих возможность заключения соглашений акционеров (участников) о порядке осуществления их прав, а также основные условия таких соглашений[3].

В соответствии со ст. 32.1 Федерального закона «Об акционерных обществах» по акционерному соглашению (соглашению участников) стороны обязуются осуществлять определенным образом права, удостоверен-

---

[1] СЗ РФ. — 1996. — № 1. — Ст. 1.

[2] СЗ РФ. — 1998. — № 7. — Ст. 785.

[3] Федеральный закон от 3 июня 2009 г. № 115-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об акционерных обществах» и статью 30 Федерального закона «О рынке ценных бумаг» // СЗ РФ. — 2009. — № 23. — Ст. 2770.

ные акциями, и (или) права на акции и (или) воздерживаться от осуществления указанных прав.

Акции предоставляют акционерам комплекс прав, важнейшим из которых является право на участие в управлении делами общества, которое реализуется посредством внесения вопросов в повестку дня общего собрания акционеров, выдвижения кандидатур в совет директоров и ревизионную комиссию общества, голосования на общем собрании акционеров. Акционерным соглашением может быть предусмотрена обязанность его сторон голосовать определенным образом на общем собрании, согласовывать вариант голосования с другими акционерами. Учитывая то, что экономический интерес участия акционера в хозяйственном обществе выражается в праве на получение дивиденда, в акционерном соглашении можно определить размер дивидендов, порядок их выплаты или вообще отказаться от выплаты дивидендов. Акционеры обладают также правом на получение части имущества общества в случае его ликвидации. Заключив акционерное соглашение, акционеры могут определить размер причитающегося каждому акционеру имущества общества или порядок раздела имущества. Что касается права акционеров на информацию, то любой акционер может ознакомиться с документами общества, за исключением документов бухгалтерского учета и протоколов заседаний коллегиального исполнительного органа, которые доступны только акционерам, владеющим в совокупности не менее 25% голосующих акций общества. Думается, что акционерные соглашения для регулирования осуществления этого права не будут востребованы в российской правоприменительной практике.

Определение акционерного соглашения, сформулированное в законе, позволяет применять договорный инструментарий к регулированию всего комплекса прав акционера. В то же время акционеры — участники соглашения могут реализовать свои интересы, регулируя порядок осуществления права на участие в управлении делами общества.

Акционеры также могут урегулировать порядок осуществления не только прав, удостоверенных акциями, но и порядок реализации прав на акции, заранее договорившись об определенной цене приобретения или отчуждения акций либо, наоборот, воздерживаться от отчуждения акций до наступления определенных обстоятельств.

Цели заключения акционерных соглашений в каждом случае индивидуальны и обусловлены конкретными бизнес-задачами, которые определяются акционерами (инвесторами) в связи с участием в совместном предприятии.

Общую цель любого соглашения можно определить как согласование акционерами заранее своих действий в зависимости от наступления того или иного вероятного события в отношении совместного предприятия. Такое соглашение позволяет компаньонам определить «правила игры» при ведении совместного бизнеса, договориться заранее относительно того, как они будут вырабатывать единую волю по существенным вопросам деятельности компании и как им поступать в случае разногласий.

Если исходить из целей и характеристик сторон акционерных соглашений, их условно можно разделить на следующие наиболее типичные виды:

1. *«Соглашение соинвесторов»* — соглашение между акционерами (инвесторами), заключаемое с целью установления максимально доверительного («комфортного») характера отношений в связи с решением вопросов, касающихся участия в совместном предприятии.

Например, стороны могут договориться о том, что акционеры, владеющие различным количеством акций одной категории, тем не менее имеют равное количество голосов на общем собрании акционеров по определенным вопросам (например, имеют право назначать равное количество членов совета директоров или какие-либо решения принимать единогласно).

Таким же образом по определенным вопросам компетенции акционеры могут согласовать увеличенные «пороги» для принятия по ним решений по сравнению со стандартными положениями учредительных документов общества (например, для принятия решений об отчуждении существенных активов общества или об участии общества в уставном капитале иных коммерческих организаций).

Акционерные соглашения могут также предоставлять определенным акционерам дополнительные права при принятии решений на общем собрании акционеров. Так, в акционерном соглашении могут содержаться условия о том, что лица (либо определенное количество лиц) избираются в состав органов управления общества только по предложению определенного акционера; один из акционеров имеет право вето при принятии решений по конкретным вопросам компетенции собрания акционеров и др.

В отношении совета директоров акционеры в соглашении, как правило, достаточно подробно останавливаются на регламентации деятельности данного органа, в частности по вопросам: выдвижения кандидатов в состав данного органа (например, определяется количество кандидатов, выдвигаемых в данный орган каждым из акционеров, определяется квота независимых от акционеров членов совета директоров); по вопросам голосования при выборах членов совета директоров; по выбору председателя.

Фигура единоличного исполнительного органа общества является ключевой в деятельности любой компании, поэтому в соглашении стороны могут определить особый порядок избрания генерального директора или установить определенные требования к его кандидатуре.

Следующий вопрос, относительно которого инвесторы (акционеры), как правило, предпочитают договориться заранее, это финансирование компании и распределение прибыли по результатам деятельности компании.

Здесь в качестве стандартных условий, которые обычно включаются в соглашение, можно назвать, например, такие как: о размерах, способах (источниках), периодах финансирования деятельности компании; о введении моратория на распределение прибыли в течение первых лет существования компании до момента достижения определенных финансовых и производственных показателей; об установлении особого порядка оп-

ределения и распределения прибыли, убытков, например «по методу участия» до создания совместного предприятия и после.

Подобные соглашения наиболее востребованы в венчурном бизнесе, когда один акционер обладает какой-либо уникальной технологией или идеей и желает сам заниматься разработкой и продвижением продукта, но не имеет достаточных для этого средств. А второй участник компании является мажоритарным акционером (инвестором), финансирует проект и заинтересован в эффективном и безопасном вложении средств. Такие акционеры могут заключить договор, по которому миноритарный акционер в течение первых 5—6 лет будет являться генеральным директором компании, совет директоров будет формироваться на паритетной основе, и на протяжении первых лет деятельности компании не будут выноситься в повестку дня общего собрания вопросы, касающиеся выплаты дивидендов, а в случае необходимости мажоритарный акционер обязуется привлекать дополнительные средства для реализации проекта. Таким образом, распределение полномочий между участниками проекта не в соответствии с принадлежащими им долями в уставном капитале общества, а соответствии с условиями соглашения позволяет сторонам максимально комфортно реализовать бизнес-проект.

2. *«Соглашение миноритариев»* — соглашение между миноритарными акционерами, целью которого является согласование действий для обеспечения своих интересов во взаимоотношениях с контролирующими акционерами (для увеличения своего влияния при принятии управленческих решений).

Миноритарные акционеры, заключив соглашение, могут объединиться и выдвинуть совместно кандидатуру в совет директоров или вопрос в повестку дня общего собрания или согласовать свое голосование на общем собрании акционеров (участников) общества для того, чтобы максимально обеспечить принятие необходимого решения.

3. *«Соглашение мажоритариев»* — соглашение между акционерами, целями которого являются объединение с целью создания контрольного пакета акций и выработка единого подхода к управлению компанией (согласование действий по использованию контрольного положения в компании).

В акционерном соглашении крупные акционеры могут заранее договориться о механизме разрешения конфликтных ситуаций, в случае их возникновения, в том числе о справедливом разделе бизнеса, если их точки зрения относительно его дальнейшего развития существенно разойдутся.

Традиционно в качестве избираемых в соглашении способов разрешения конфликтных ситуаций указываются: передача спорного вопроса в иной орган управления компании; привлечение «медиатора» к разрешению спора; право акционеров выйти из компании; принудительная продажа (выкуп) пакета акций одного из акционеров.

Кроме того, в рамках совместного ведения бизнеса не исключено возникновение и так называемых тупиковых ситуаций (deadlock situation), способных заблокировать дальнейшую деятельность компании. Напри-

мер, когда принятие какого-либо решения собранием акционеров или советом директоров оказывается невозможным в силу равенства голосов и расхождения позиций акционеров (членов совета директоров). Это может произойти в случае, когда в обществе два акционера, владеющие акциями в пропорции 50/50. В обычной ситуации, руководствуясь только уставом компании и нормами законодательства, акционерам будет достаточно проблематично решить указанные проблемы. Таким образом, в ряде случаев соглашение акционеров может быть единственно возможным мирным способом выхода из корпоративного конфликта.

Встречаются и иные варианты заключения акционерных соглашений. Так, в англо-американской практике популярны соглашения, связанные с оформлением договоренностей акционеров о переходе прав на акции третьим лицам, а также об ограничении распоряжения акциями.

Наиболее стандартны следующие примеры:

1) для обеспечения прав миноритарных акционеров при продаже мажоритарным акционерам своих акций третьему лицу, как правило, в соглашении предусматривается право миноритарного акционера требовать выкупа у него акций на тех же условиях, на которых они приобретаются у крупного акционера, — так называемое Tag — along right («право преследовать» или «сесть на хвост»);

2) для обеспечения интересов мажоритарного акционера при продаже своих акций третьему лицу в соглашении может предусматриваться обязанность миноритарного акционера продать свой пакет акций наряду с мажоритарным акционером на тех же условиях в случае, если потенциальный приобретатель пакета акций, принадлежащих мажоритарному акционеру, выразит заинтересованность в приобретении также и миноритарного пакета акций, — так называемое Drag — along right, т.е. право «тащить за собой»;

3) возможность ограничения права на продажу акций третьим лицам в течение определенного периода времени (lock-upagreement), т.е. «соглашение о блокировании». Такое условие обычно предусматривается в целях минимизации рисков при проведении публичного размещения акций компании (IPO). Так, при публичном размещении акций ОАО «МТС» акционеры АФК «Система» и Deutsche Telecom заключили акционерное соглашение, по которому немецкая компания обязалась в течение полугода после размещения акций не отчуждать принадлежащие ей акции ОАО «МТС».

Самым проблемным вопросом в регулировании соглашений акционеров (участников) является их исполнимость, а также защита прав и интересов сторон. Пункт 7 ст. 32.1 Федерального закона «Об акционерных обществах» гласит, что «акционерным соглашением могут предусматриваться способы обеспечения исполнения обязательств, вытекающих из акционерного соглашения и меры гражданско-правовой ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение таких обязательств».

На стадии разработки законопроекта об акционерных соглашениях широко обсуждалась идея введения неснижаемой неустойки как последствие

ненадлежащего исполнения обязательства. Данная идея справедливо подверглась жесткой критике и была исключена из проекта закона. Однако в зарубежной практике применения акционерных соглашений подобные инструменты существуют, например в американском контрактном праве. Категория liquidated damages представляет собой согласованную сторонами соглашения сумму, в качестве разумной оценки действительных убытков, подлежащих компенсации, в случае нарушения обязательства. Размер компенсации должен быть разумен в свете предполагаемого или действительного ущерба, а в случае установления неразумно больших заранее оцененных убытков такое условие соглашения не подлежит принудительному исполнению по соображениям публичного порядка.

Оценить и доказать убытки, обусловленные соглашением акционеров, сложно, а порой практически невозможно (что характерно и для российского права). Как, например, акционер докажет размер своей упущенной выгоды или реального ущерба в результате избрания единоличного исполнительного органа в противоречии с той позицией, которую имеет данный акционер или которая была им согласована (должна была быть согласована) со вторым участником соглашения акционеров? Как доказать, что упущенная выгода должна равняться размеру дивидендов, если неизвестно, было ли вообще принято решение о распределении прибыли и выплате дивидендов в ближайшее время и насколько долго акционер сохранял бы в собственности акции общества?

На практике в соглашениях акционеров, подчиняющихся английскому праву, стороны, учитывая особый характер возникающих из подобных договоренностей прав и обязательств, отдельно обращают внимание суда на то, что при заключении соглашения они предполагали, что в случае его нарушения будет производиться именно исполнение в натуре, а не возмещение убытков (ибо существуют убытки, не подлежащие исчислению). В специальной оговорке стороны просят суд при рассмотрении спора присудить к исполнению соглашения в натуре (под ним в числе прочего может пониматься и возврат в первоначальное состояние).

Основным смыслом подобных оговорок является признание сторонами недостаточности денежной компенсации для удовлетворения своих интересов в случае нарушения соглашения кем-то из участников, поскольку соглашение акционеров предусматривает уникальные в своем роде обязательства сторон. Денежная компенсация связывается английским правом с убытками, которые понесла сторона. Между тем, несмотря на наличие подобных оговорок, английские суды не связаны ими и часто отказывают в присуждении к исполнению в натуре.

Федеральный закон «Об акционерных обществах» устанавливает, что нарушение акционерного соглашения не может являться основанием для признания недействительными решений органов общества. Таким образом, сторона соглашения, чьи интересы нарушены, не может требовать в судебном порядке признания решения органа общества недействительным, но вправе предъявить в суд иск о присуждении к исполнению обя-

зательства в натуре, например проголосовать на собрании акционеров, в порядке, определенном соглашением акционеров. Однако даже в случае удовлетворения судом исковых требований достаточно проблематично реализовать такое решение. Например, если акционеры заключили соглашение о голосования на общем собрании акционеров за определенные кандидатуры в совет директоров общества, но одна из сторон не исполнила своего обязательства и в совет директоров были избраны другие лица. В данном случае, если суд примет решение и удовлетворит требование об исполнении обязательства по голосованию в натуре, потребуется процедура досрочного прекращения полномочий членов совета директоров, проведение внеочередного общего собрания акционеров, что занимает много времени и связано с дополнительными расходами для общества (на подготовку и проведение внеочередного общего собрания акционеров, особенно в компаниях с большим количеством акционеров).

Закон «Об акционерных обществах» предусматривает, что договор, заключенный стороной акционерного соглашения в нарушение акционерного соглашения, может быть признан судом недействительным по иску заинтересованной стороны акционерного соглашения только в случаях, если будет доказано, что другая сторона по договору знала или заведомо должна была знать об ограничениях, предусмотренных акционерным соглашением. Возникает вопрос: как, например, покупатель акций может узнать о том, что в отношении приобретаемых им акций заключено акционерное соглашение об ограничении их продажи, если закон содержит требование об уведомлении общества только о соглашениях, определяющих порядок голосования на общем собрании. Таким образом, недобросовестный акционер, обязующийся не продавать свои акции в течение определенного периода, может продать их третьему лицу, у которого отсутствует информация о заключенном соглашении, и такой договор будет невозможно признать недействительным.

Современное российское гражданское законодательство все в большей степени ориентируется на поиск оптимальных юридических механизмов, обеспечивающих баланс интересов и гарантирующих эффективную защиту прав как миноритарных, так и мажоритарных акционеров общества. Немаловажное значение имеет и повышение инвестиционной привлекательности российского корпоративного законодательства. Законодательное регулирование акционерных соглашений — один из шагов к решению указанных задач.

А.О. Иншакова,
доктор юридических наук
(РУДН)

АКЦИОНЕРНЫЕ СОГЛАШЕНИЯ КАК ПРАВОВОЙ МЕХАНИЗМ ЗАЩИТЫ ПРАВ УЧАСТНИКОВ АКЦИОНЕРНЫХ ОБЩЕСТВ В ГАРМОНИЗИРОВАННОМ КОРПОРАТИВНОМ РЕГУЛИРОВАНИИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И ОЭСР

Институт акционерных соглашений особенно активно используется в зарубежных странах с развитым правопорядком и сложившимися традициями корпоративного управления. Акционерные соглашения как правовой инструмент позволяют в дополнение к закону и учредительным документам регулировать вопросы, возникающие между акционерами, а также акционерами и третьими лицами (например, инвесторами).

Значение акционерных соглашений состоит в том, что они позволяют использовать договорные механизмы для согласования воли по существенным вопросам деятельности корпорации, что позволяет акционерам осуществлять свои права наиболее приемлемым для них способом. Следует также отметить, что для России, нуждающейся в укреплении инвестиционной привлекательности своей экономики, введение хорошо знакомых иностранному инвестору правовых механизмов является чрезвычайно актуальным.

Вопросы, касающиеся акционерных соглашений, регулируются положениями Принципов корпоративного управления ОЭСР. В частности, в разд. 1 ч. 2 документа указывается, что «распространенным средством, к которому прибегают группы акционеров, по отдельности владеющих относительно небольшими пакетами акций, является соглашение между акционерами о согласованных действиях, которое позволяет создать эффективное большинство или, по крайней мере, крупнейший самостоятельный блок акционеров. Такие соглашения между акционерами обычно дают тем, кто в них участвует, преимущественное право приобретения акций, если другие участники соглашения захотят их продать. Эти соглашения также могут содержать положения, обязывающие участников не продавать свои акции в течение определенного времени. Соглашения между акционерами могут охватывать такие вопросы, как порядок избрания правления или Председателя. Они также могут предусматривать обязательство участников голосовать единым блоком». Таким образом, ОЭСР придает особое значение институту акционерных соглашений, подчеркивая их роль в деле обеспечения прав и законных интересов акционеров.

Российский законодатель воспринял рекомендации ОЭСР по вопросу заключения акционерных соглашений, приняв Федеральный закон от

3 июня 2009 г. № 115-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об акционерных обществах» и статью 30 Федерального закона «О рынке ценных бумаг»[1] (далее — Закон от 3 июня 2009 г.).

Надо отметить, что акционерные соглашения заключались в России и до вступления в силу указанного Закона, но судебная практика игнорировала их положения. В таких условиях некоторые участники обществ пытались найти выход из сложившейся ситуации путем подчинения акционерного соглашения в отношении российского общества нормам права иностранного государства. Однако одна из таких попыток была поставлена под сомнение постановлением арбитражного суда по так называемому «делу «Мегафона», признавшим акционерное соглашение недействительным в связи с противоречием нормам публичного порядка Российской Федерации.

Группа миноритарных акционеров обратилась в суд с требованием признать недействительным соглашение акционеров ОАО «Мегафон», в совокупности владеющих 97% акций. При этом акционерное соглашение регулировало порядок управления обществом, порядок продажи акций и некоторые другие вопросы, касающиеся правоспособности общества. Истцы ссылались, в частности, на то, что данное соглашение нарушает публичный порядок РФ, так как положения соглашения предусматривали применение иностранного права (Швеции) к вопросам статуса российского юридического лица, а также прав и обязанностей акционеров. В результате суды всех инстанций удовлетворили требования истцов[2].

Основные проблемы, с которыми сталкиваются стороны акционерных соглашений, связаны с императивностью норм российского законодательства, что позволяет судам во многих делах руководствоваться не соглашением, а законом, регулирующим порядок принятия решений акционерами. По мнению многих экспертов, такая незавидная судебная перспектива вынуждает российский бизнес строить свои отношения в офшорных зонах, где у акционеров есть реальная возможность гибче строить свои отношения. И с этой точки зрения Закон от 3 июня 2009 г. обеспечивает легитимность заключенных соглашений.

Данный Закон значительно шире раскрывает возможности акционерных соглашений, нежели это предусмотрено в Принципах корпоративного управления ОЭСР. Так, например, предусмотрено, что акционерным соглашением могут быть урегулированы вопросы голосования определенным образом на общем собрании акционеров, согласования варианта голосования с другими акционерами, приобретения или отчуждения акций по заранее определенной цене или при наступлении определенных обстоятельств либо воздержание от отчуждения акций до наступления опреде-

---

[1] СЗ РФ. — 2009. — № 23. — Ст. 2770.

[2] См.: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 31 марта 2006 г. по делу № Ф04-2109/2005 (14105-А75-11), Ф04-2109/2005(15210-А75-11), Ф04-2109/2005(15015-А75-11), Ф04-2109/2005(14744-А75-11), Ф04-2109/2005(14785-А75-11) // Система ГАРАНТ.

ленных обстоятельств, формирования органов управления, распределения прибыли и т.д. Перечень не является исчерпывающим и предоставляет акционерам широкие возможности для включения в него необходимых в каждом конкретном случае положений.

Таким образом, значение Закона от 3 июня 2009 г. состоит в повышении привлекательности российской экономики для отечественных и иностранных инвесторов, так как появился механизм, позволяющий детальным образом регулировать корпоративные отношения, предусматривать варианты предотвращения и разрешения корпоративных конфликтов не только судебными методами. Кроме того, с принятием Закона появились новые возможности для миноритарных акционеров по совместному влиянию на решения общества, которые появляются при заключении между ними акционерного соглашения. По нашему мнению, акционерные соглашения также могут способствовать разгрузке судов от дел, связанных с решением корпоративных конфликтов.

Однако при явных преимуществах положений Закона от 3 июня 2009 г. со стороны судебного сообщества он получает пока недостаточно оптимистические комментарии. Так, Председатель Высшего Арбитражного Суда РФ А. Иванов высказался по поводу Закона следующим образом: «Со временем мы подготовим разъяснения по применению соглашений. Надо понимать, что в этой области очень велик риск нарушений. Акционерные соглашения следует применять сдержанно, чтобы они не регулировали слишком большой спектр вопросов. Иначе будет разрушен баланс интересов миноритарных и мажоритарных владельцев. Если акционеры договариваются по голосованию, опционам — нет проблем, но вопросы возникнут, если предметом соглашения станет смена структуры компании или предельный размер дивидендов. В этой ситуации должны защищаться интересы новых инвесторов и миноритариев, которые могут не знать об условиях соглашения. Поэтому возникают вопросы открытости соглашения. А публичное соглашение — это фактически устав компании, который подписали не все ее участники. В малых компаниях соглашение может стать эффективным инструментом, в крупных — не уверен. Возможно, необходимы разные правила для публичных и непубличных компаний»[1]. Вместе с тем пока судебная практика по делам об акционерных соглашениях не сформирована, трудно предполагать, как данный правовой институт будет работать в российской действительности.

[1] http://www.taxpravo.ru/analytics/interview/article209428212453088513253232004822 30

С.В. Кружкова,
аспирант
(ИЗиСП)

ИНСТИТУТ САМОРЕГУЛИРУЕМЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ КАК ИНСТРУМЕНТ МОДЕРНИЗАЦИИ

Изменения в человеческой вере и мотивации влияют на экономическое развитие государства в не меньшей, а иногда даже в большей степени, чем смена принципа распределения материальных благ и формы государства.

Катализатором модернизационных процессов зачастую является социальная самоорганизация. При этом важно, сформировалась ли она стихийно, под влиянием рыночных механизмов, либо стала следствием целенаправленных действий. В России попыткой снизить хаос в деятельности субъектов профессиональной и предпринимательской деятельности стало введение института саморегулирования. Этот институт, сочетающий в себе элементы самоорганизации и организации, получает все большее распространение: членство в саморегулируемых организациях обязательно для оценщиков, арбитражных управляющих, аудиторских организаций, строительных, проектных и изыскательских организаций, организаций, проводящих энергетическое обследование, а также теплоснабжающих и теплосетевых организаций. В добровольном порядке саморегулирование осуществляется в деятельности участников рынка ценных бумаг, управляющих компаний (в составе инвестиционного фонда), негосударственных пенсионных фондов, кредитных кооперативов, кадастровых инженеров, медиаторов и т.д.

Во многих отраслях саморегулирование пришло на смену лицензированию — типичному институту публичного права, и это заставляет задуматься о критериях выбора метода регулирования общественных отношений и причинах его изменения.

Статья 3 Федерального закона от 8 августа 2001 г. № 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности»[1] определяет, что к лицензируемым видам деятельности относятся виды деятельности, осуществление которых может повлечь за собой нанесение ущерба правам, законным интересам, здоровью граждан, обороне и безопасности государства, культурному наследию народов Российской Федерации и регулирование которых не может осуществляться иными методами, кроме как лицензированием. В юридической литературе подвергается сомнению содержательность этих критериев. Если в отношении первого критерия еще возможна какая-либо характеристика путем указания на конкретные права и блага, то вто-

[1] СЗ РФ. — 2001. — №. 33 (ч. 1). — Ст. 3430.

рой вряд ли в принципе доказуем. Регулирование перечисленных видов деятельности даже в период лицензирования осуществлялось с применением иных административных процедур, в том числе процедур регистрации, сертификации, технического регулирования и т.п. Более того, введение института саморегулирования само по себе доказывает, что существуют иные методы регулирования, помимо лицензирования.

В связи с этим некоторые авторы предлагают взять в качестве критерия признания того или иного вида деятельности лицензируемым наличие публичного интереса[1]. Однако, если следовать такой логике, то получается, что отмена лицензирования стала следствием утраты государством публичного интереса во многих сферах хозяйствования. С этим выводом нельзя согласиться. Наличие правовых норм, императивно устанавливающих особенности правового статуса саморегулируемых организаций, права и обязанности их членов, свидетельствует о том, что потребности государства в упорядочении общественных отношений в той или иной отрасли не исчезли.

Вместе с тем в связи с отменой лицензирования публичный интерес государства серьезно изменился: если ранее он носил исключительно утилитарный характер (контакты с лицензиатом только на этапе выдачи разрешения и при привлечении к ответственности), то теперь перешел в иную плоскость — формирование у участников профессиональной и предпринимательской деятельности потребности войти в единое сообщество — саморегулируемую организацию. Оказалось, что условия формирования такой потребности (в принудительном порядке) для государства не важны.

Отказ от лицензирования объясняют избавлением государства от своих избыточных функций. Действительно, Концепция административной реформы в Российской Федерации в 2006—2008 гг. предусматривала нечто похожее, и тем не менее указание на направление реформы не объясняет причин отказа от одного института и замены его новым. Можно ли считать лицензирование избыточной функцией государства? Мешает ли лицензирование развитию рыночных отношений? Может ли оно помешать модернизации? По всей вероятности, нет. Представители отдельных отраслей жаловались не на сам институт лицензирования, а на сопровождающую его коррупцию. Потребители товаров, работ и услуг были недовольны не наличием или отсутствием разрешений, а тем, что впоследствии лицензионный контроль не осуществлялся должным образом. Недостатки лицензионной системы, как представляется, носили комплексный характер и были связаны с нарушением взаимодействия элементов экономической системы (органов власти, лицензиатов, органов общественного контроля, потребителей и т.д.).

С учетом развития экономики и изменения политических и идеологических факторов можно предположить, что метод регулирования ряда

[1] Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник: в 2 т. / отв. ред. О.М. Олейник. — М., 1999. — Т. 1. — С. 183, 184.

общественных отношений эволюционировал. Эволюция в этом контексте рассматривается не через призму нарастающих категорий сложности и линейности, а как структурное изменение — процесс структурной реорганизации во времени, в результате которой возникает форма или структура, качественно отличающаяся от предшествующей (Voget, 1975: 862)[1].

Преемственность механизмов правого регулирования не предполагает революций, и причин для отказа от института «разрешений» нет. С другой стороны, регулирование хозяйственной деятельности не должно исчерпываться только выдачей разрешения (в т.ч. в форме допуска от саморегулируемой организации); отношения власти-подчинения должны быть поддержаны механизмом обратной связи.

Социологи, рассматривая процессы установления равновесия в социальных системах, пришли к выводу о том, что такое равновесие достигается тогда, когда более длительные и более устойчивые параметры элементов порядка преобладают над краткосрочными и меняющимися[2].

Соответственно, упорядоченность в системе саморегулирования будет достигнута тогда, когда частные интересы отдельных производителей будут подчинены более постоянным и важным целям деятельности саморегулируемых организаций.

Теоретически потенциал для поддержания стабильности работы саморегулируемых организаций достаточно высокий. Этому способствуют, как минимум, следующие факторы:

1) создание системы саморегулируемых организаций образовало новый уровень регулирования. Самостоятельная разработка и утверждение документов саморегулируемых организаций, а также возможность выбора организации с документами, содержание которых соответствует потребностям потенциального члена, вызывают ощущение причастности к общему делу. Авторитет лиц, входящих в состав органов управления, порождает атмосферу доверия и добровольного повиновения. Вследствие этого легитимность принимаемых СРО решений должна повыситься;

2) возможность проявления инициативы в саморегулируемой организации обеспечивает прогрессивную направленность самоорганизующегося движения, стимулирует процесс приобретения новых знаний членом СРО, обеспечивает его социальную активность в иных сферах общественной деятельности.

3) формирование компенсационного фонда и установление субсидиарной ответственности саморегулируемой организации по некоторым обязательствам своих членов (в т.ч. обязательств из причинения вреда) позиционируют их принадлежность к одной отрасли, порождают социальные связи и, как следствие, солидарность;

---

[1] Цит. по: *Классен Х. Дж. М.* Проблемы, парадоксы и перспективы эволюционизма. В кн.: Альтернативные пути к цивилизации: Кол. монография / под ред. Н.Н. Крадина и др. — М., 2000. — С. 7.

[2] См.: *Романов В.Л.* Социальная самоорганизация и государственность. — М., 2000; http://spkurdyumov.narod.ru/Romanov2.htm

4) информационная открытость саморегулируемой организации позволяет применять к нарушителям требований СРО неформальные санкции (т.н. «неблагоприятная гласность»[1]), что требует от участников профессиональной и предпринимательской деятельности поддержания положительной деловой репутации;

5) исключение из саморегулируемой организации при соблюдении всех установленных законом процедур является более эффективным средством «очищения» отрасли от недобросовестных участников, нежели просто лишение лицензии.

Перечисленные элементы механизма саморегулирования будут действовать только в том случае, если все члены саморегулируемой организации будут одинаково оценивать их значимость. В этом состоит одна из задач (и одновременно проблем) саморегулирования: задав определенный уровень, заинтересовать в его достижении всех участников отрасли, в т.ч. путем формирования у них определенных качеств.

С введением саморегулирования предпринята попытка придать этическим нормам силу правовых. Этические нормы в явном виде содержатся в кодексах деловой и профессиональной этики (предусмотрены для СРО аудиторов, оценщиков, медиаторов и т.д.), а также в несколько завуалированном виде — в стандартах и правилах профессиональной и предпринимательской деятельности. Если ранее соблюдение правил этики являлось правом лица (соответствующие нормы носили поощрительный характер), то теперь они приняли форму обязанности (ст. 15 Федерального закона от 29 июля 1998 г. № 135-ФЗ «Об оценочной деятельности в Российской Федерации»[2]). В связи со смешением права и морали, вероятно, следовало бы говорить о расширении понятия «добросовестность лица» и одновременном сужении права лица «быть в известных пределах эгоистом»[3].

Возможное ограничение прав хозяйствующих субъектов, возложение на них определенных обязанностей были бы оправданными и целесообразными, если бы саморегулируемые организации предоставляли своим членам такие преимущества, которые не предоставляет никто иной. В таком случае готовность подчинить частный интерес общей идее означала бы формирование публичного интереса у самой саморегулируемой организации — интереса, «удовлетворение которого служит непременным условием и гарантией ее существования»[4]. Самоорганизация, основанная на принципе сочетания интересов участников отрасли, — к этому, вероятно, и стремится государство, вводя новый перспективный институт.

Однако в настоящее время цели, задачи, методы и содержание деятельности существующих саморегулируемых организаций с этим результатом соотносятся слабо. Судя по текстам нормативных актов, перед са-

---

[1] Руководство EASA по саморегулированию. — М., 1999. — С. 18.

[2] СЗ РФ. — 1998. — № 31. — Ст. 3813.

[3] *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. URL: http://civil.consultant.ru/elib/books/23/page_14.html

[4] *Тихомиров Ю.А.* Теория компетенции. — М., 2001. — С. 6.

морегулируемыми организациями поставлены те же цели, задачи, что и перед государством в целом (предупреждение причинения вреда жизни и здоровью граждан, повышение качества выполнения работ и т.д.). Саморегулируемая организация как относительно закрытая социальная система, зависящая от своих членов, не обладает необходимым ресурсом для достижения таких глобальных целей. «Перевод» властных полномочий на более низкий уровень не создает условий и предпосылок для возникновения между участниками отрасли устойчивых социальных связей, а значит, процессы саморегулирования до сих пор носят стихийный характер.

Для того чтобы реализовать потенциал института саморегулирования, в законодательных актах должны быть закреплены иные принципы деятельности саморегулируемых организаций. Разумеется, вносимые изменения должны быть основаны на комплексных исследованиях института саморегулирования и связанных с ним иных правовых институтов.

Н.В. Субанова,
кандидат юридических наук,
советник юстиции
(НИИ Академии ГП РФ)

ЛИЦЕНЗИРОВАНИЕ И САМОРЕГУЛИРОВАНИЕ КАК ИНСТРУМЕНТЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Защита государством публичного интереса при осуществлении предпринимательства путем установления специального правового режима лицензирования отражает двойственный подход государства к экономической свободе: в Конституции РФ, с одной стороны, она провозглашена в качестве одной из основных и неотъемлемых свобод человека и гражданина (ч. 1 ст. 34), с другой — прямо предусмотрена возможность ограничения основных прав и свобод (ч. 3 ст. 55 и ч. 3 ст. 17).

В статье 3 базового Федерального закона от 8 августа 2001 г. № 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности»[1] (далее — Федеральный закон № 128-ФЗ) перечислены основные принципы осуществления лицензирования: обеспечение единства экономического пространства на территории Российской Федерации; установление единого перечня лицензируемых видов деятельности; установление единого порядка лицензирования; установление лицензионных требований и условий положениями о лицензировании конкретных видов деятельности; гласность и открытость лицензирования; соблюдение законности при осуществлении лицензирования. Анализ приведенных принципов выявляет декларативность некоторых из них.

В настоящее время действие Федерального закона № 128-ФЗ не распространяется на лицензирование 23 областей деятельности, имеющих самостоятельное регулирование, некоторые из них являются комплексными (например, деятельность в области связи, страховая деятельность).

Наличие соответствующего количества бланкетных норм препятствует унификации лицензионного законодательства, нивелируя провозглашение единого порядка лицензирования на территории Российской Федерации. В частности, порожденная положениями Федерального закона от 22 ноября 1995 г. № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции»[2] неоправданно высокая степень децентрализации соответствующих отношений влечет отсутствие достаточных ориентиров федерального уровня

[1] СЗ РФ. — 2001. — №. 33 (ч. 1). — Ст. 3430.
[2] СЗ РФ. — 1995. — № 48. — Ст. 4553.

применительно к нормативной регламентации лицензирования розничной продажи алкогольной продукции, что препятствует развитию единого рынка, создает условия для злоупотреблений и административных барьеров в предпринимательской деятельности.

Нарушения законов органами государственной власти субъектов Федерации и органами местного самоуправления при издании правовых актов, регулирующих отношения в сфере лицензирования (не в последней степени обусловленные несовершенством федерального законодательства), продолжают оставаться распространенными. К числу наиболее типичных нарушений законов можно отнести:

1. Введение на территории субъекта Российской Федерации лицензирования новых видов деятельности (не требующих разрешительного порядка регулирования в соответствии с федеральным законодательством). По свидетельству прокурорско-надзорной практики, в последнее время распространение получило введение скрытой формы лицензирования (в виде разного рода дополнительной сертификации, получения разрешений на право торговли, свидетельств, аттестации, регистрации и т.п.).

Прокуратура Осинского района Пермского края обратилась в суд с заявлением о признании противоречащим федеральному законодательству и недействующим постановления главы муниципального района от 7 февраля 2008 г. № 99 «О Порядке выдачи паспорта места осуществления деятельности по оказанию услуг, выполнению работ, изготовлению и реализации товаров». Данным актом субъектам предпринимательства предписывалось при открытии объектов в сфере торговли и услуг (а для уже действующих объектов — в течение календарного года) оформить специальные «Паспорта места осуществления деятельности по оказанию услуг, выполнению работ, изготовлению и реализации товаров», с трехлетним сроком действия. Для получения Паспорта необходимо было предоставить 7 документов утвержденной формы, содержащих информацию о виде и наименовании объекта (склада, магазина, павильона, киоска, лотка и др.), его местоположении, ассортименте продукции, площади занимаемого помещения, количестве рабочих мест, товарообороте и т.д. В случае изменения условий деятельности Паспорт подлежал переоформлению в 15-дневный срок, а по истечении срока действия — продлению. Решением суда требования прокурора удовлетворены.

2. Усложнение порядка легитимации правоспособности соискателей лицензии (например, введение конкурсного порядка получения лицензий, в противоречии с федеральным законодательством).

3. Установление административной ответственности за совершение безлицензионной деятельности, нарушение лицензионных условий и требований (в противоречии с требованиями Кодекса об административных правонарушениях РФ).

4. Создание структур (как правило, межведомственного характера), подменяющих либо дублирующих деятельность лицензирующих органов.

Нарушения такого рода на протяжении последних лет широко распространены. Создание органами власти субъектов Российской Федерации и местного самоуправления различного рода координационных структур (обычно «комиссий» из представителей региональных органов исполнительной власти, правоохранительных, контролирующих органов, общественных организаций) сопровождается наделением их отдельными полномочиями лицензирующих органов: по предварительному рассмотрению документов, выработке решений о предоставлении лицензий, контролю за соблюдением лицензиатами лицензионных требований и условий[1].

Статьей 17 Федерального закона № 128-ФЗ перечислены лицензируемые виды деятельности. Введение лицензирования иных видов деятельности возможно только путем внесения дополнений в указанный Закон. Помимо этого Положениями о лицензировании ряда видов деятельности исходя, из п. 2 ст. 17 Федерального закона № 128-ФЗ, устанавливается перечень конкретных подлежащих лицензированию работ и услуг. Нечеткость терминологии, используемой лицензионным законодательством при закреплении видов деятельности, подлежащих лицензированию, вариативность установленных подзаконными нормативными правовыми актами перечней работ и услуг девальвирует принцип установления единого перечня лицензируемых видов деятельности, наделяет практику лицензирования крайне высоким уровнем административного усмотрения, дезориентирует правоприменителей и создает предпосылки как для необоснованного расширения сферы лицензирования, так и для безлицензионной предпринимательской деятельности.

Основными направлениями проводимой в стране административной реформы являются: прекращение избыточного государственного регулирования предпринимательства, сокращение лицензируемых видов деятельности и иных административных ограничений, развитие системы саморегулируемых организаций в области экономики, совершенствование системы контроля и надзора. Снятие барьеров для выхода на рынок (включая сокращение разрешительных процедур, замену лицензирования обязательным страхованием ответственности, финансовыми гарантиями либо контролем со стороны саморегулируемых организаций) входит в число факторов стимулирования конкуренции[2].

Между тем лицензионная политика государства до настоящего времени имеет хаотичный характер, вопреки смыслу универсального принципа соразмерности (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ), требующего от государства обоснования невозможности достижения цели без ограничения прав и свобод, что не в последней степени обусловлено отсутствием норматив-

---

[1] Подробнее о нарушениях законов при осуществлении лицензирования предпринимательской деятельности см.: *Субанова Н.В.* Прокурорский надзор за исполнением законодательства в сфере лицензирования: вопросы теории и практики. — М., 2010.

[2] Концепция долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года, утв. распоряжением Правительства РФ от 17 ноября 2008 г. № 1662-р // СЗ РФ. — 2008. — № 47. — Ст. 5489.

ного закрепления основ государственного регулирования предпринимательской деятельности.

Федеральным законом № 128-ФЗ, как и ранее действовавшим лицензионным законодательством, не решена проблема оснований признания той или иной деятельности подлежащей лицензированию. В качестве критериев такой деятельности им рассматриваются потенциальная возможность нанесения ущерба интересам отдельных граждан, общества и государства, а также несостоятельность иных методов регулирования. Лицензирование преследует цели защиты прав, законных интересов, здоровья граждан, обороны и безопасности государства, культурного наследия народов РФ (ст. 4 Федерального закона № 128-ФЗ). Как видно, объективная оценка обусловленности лицензирования посредством использования указанных оснований крайне сложна, что находит отражение в законодательной практике.

С позиции приведенных критериев, например, не поддается логическому обоснованию позиция законодателя, исключившего из числа лицензируемых строительную деятельность. В условиях бедственного положения отечественного жилищного фонда, постоянного увеличения объемов ветхого жилья отмена государственного лицензионного контроля за строительной деятельностью ставит под угрозу безопасность населения[1]. На спонтанность действий федерального законодателя в этом вопросе указывают многочисленные переносы сроков вступления в силу изменений законодательства об отмене лицензирования строительной деятельности[2].

8 октября 2010 г. Государственной Думой принята в первом чтении новая редакция Федерального закона «О лицензировании отдельных видов деятельности», предусматривающая сокращение лицензирования 17 видов деятельности. В том числе предлагается прекратить с 1 января 2013 г. лицензирование медицинской и фармацевтической деятельности[3]. После принятия законопроекта лицензированию будут подлежать 49 видов деятельности. Вместе с тем отмена лицензирования в условиях отсутствия адекватных государственных регуляторов нередко приводит к ухудшению состояния законности[4].

---

[1] «Определенный “бюрократический барьер” все же стоит безопасности, здоровья и жизни миллионов граждан страны» (*Зиганшин Р.Ф.* Правовое регулирование лицензирования деятельности по капитальному ремонту в строительном подряде; анализ и характеристика современного законодательства в области лицензирования в строительной отрасли // Бюллетень нотариальной практики. — 2008. — № 2).

[2] Федеральным законом от 29 декабря 2006 г. № 252-ФЗ «О признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» отменено лицензирование строительной деятельности. Федеральным законом от 19 июля 2007 г. № 136-ФЗ «О внесении изменений в статьи 17 и 18 Федерального закона «О лицензировании отдельных видов деятельности» по вопросам лицензирования строительной деятельности» прекращение лицензирования строительной деятельности было отложено до 1 июля 2008 г.; Федеральным законом от 22 июля 2008 г. № 148-ФЗ — до 1 января 2010 г.

[3] http://www.government.ru

[4] По словам руководителя Департамента потребительского рынка и услуг правительства Москвы В. Малышкова: «До 2006 года количество жалоб на качество похоронного обслуживания снижалось. Новый всплеск их произошел после отмены лицензирования этой деятельности на федеральном уровне» (Семь черных агентов. Российская газета. — 2010. — № 15).

Необходимо дальнейшее повышение качества правового регулирования общественных отношений в этой сфере. Возможные (и наиболее общие) пути совершенствования, как представляется, заключаются в следующем:

1. Создание правовой идеологии государственного регулирования экономики. Безусловно своевременным, в частности, является отнесение к основным направлениям деятельности Правительства РФ на период до 2012 года[1] в рамках работы по реализации принципа «эффективного государства» определения критериев необходимости осуществления федерального, регионального и муниципального надзора (контроля) и критериев замены контрольных (надзорных) процедур и мероприятий (включая лицензирование) декларированием, оценкой соответствия, техническим контролем и контролем со стороны саморегулируемых организаций.

2. Унификация лицензионного законодательства (максимальное сокращение выведенных за пределы действия Федерального закона № 128-ФЗ сфер предпринимательства), сопровождающаяся наиболее полным и четким закреплением перечня лицензионных требований и условий для каждого подлежащего лицензированию вида предпринимательской деятельности.

3. Законодательное уточнение сферы лицензирования, предполагающее максимальное сокращение видов деятельности, конкретный перечень подлежащих лицензированию работ и услуг, который устанавливается подзаконными актами Правительства РФ.

4. Отмена лицензирования видов деятельности, введение легализующего режима для которых является несоразмерным ограничению прав и свобод. В этих случаях целесообразна замена лицензирования иными способами упорядочения предпринимательства: обязательным страхованием ответственности, финансовыми гарантиями, контролем со стороны саморегулируемых организаций, аккредитацией и т.п.

Одним из возможных путей совершенствования может быть передача государством контрольных функций саморегулируемым объединениям участников рынка, широко используемая за рубежом. Например, в Германии более 60 ремесленных палат, созданных по географическому признаку, осуществляют юридический надзор за деятельностью профессиональных федераций в рамках своей территории. Ремесленные палаты избираются всеми предприятиями, входящими в их состав. К функциям ремесленных палат относится осуществление экспертизы (сертификации, лицензирования) и др.[2]

Передавая контрольные функции саморегулируемым организациям, государство учитывает очевидные преимущества такого способа упорядочения предпринимательства: гибкость норм саморегулирования, тесное взаимодействие участников рынка с организациями саморегулиро-

---

[1] Основные направления деятельности Правительства Российской Федерации на период до 2012 года, утв. распоряжением Правительства РФ от 17 ноября 2008 № 1663-р // СЗ РФ. — 2008. — № 48. — Ст. 5639.

[2] См.: *Кобелев А.Б.* Организация ремесленной деятельности. Проблемы России. Законодательство Германии. — М., 2000. — С. 9.

вания, дешевизну механизмов разрешения споров в сравнении с судебным разбирательством, экономию бюджетных средств, затрачиваемых на содержание государственных органов[1]. Вместе с тем насильственное насаждение саморегулируемых организаций с целью делегирования им государственных функций представляется весьма сомнительным выходом, принципиально не соответствующим основам взаимоотношений между органами исполнительной власти и СРО[2]. Отмена лицензирования, императивная передача публичных функций вертикально организованным (наделенным властными полномочиями по отношению к своим членам) объединениям участников рынка в отраслях экономики, связанных с высокотехнологичным производством, применением источников повышенной опасности, возможностью техногенных катастроф, привлечением имущества неограниченного числа лиц, где состояние законности имеет стабильно негативную характеристику, может привести к дальнейшему снижению уровня безопасности, дополнительной финансовой нагрузке на субъектов предпринимательства, скрытому ограничению конкуренции, бюрократизации СРО, массовому нарушению прав граждан.

Многими исследователями отечественный опыт делегирования государством контрольных функций саморегулируемым объединениям участников рынка признается неудачным с учетом неготовности предпринимательского сообщества к социальной ответственности в условиях имущественной поляризации населения[3], отсутствия сложившихся профессиональных сообществ, способных принять на себя публичные функции, и традиций самоорганизации бизнеса[4]. У нас американский метод дерегулирования (передачи отдельных функций государственных органов саморегулируемым и иным организациям, способствующей реализации как публичных, так и корпоративных интересов) практически используется лишь как «сброс» государственных функций[5].

Учитывая эти соображения, отмена лицензирования отдельных видов деятельности с передачей публично-властных полномочий саморегулируемым организациям должна производиться крайне взвешенно в рамках реализации стратегии экономического развития. Целесообразно и введение обязательной экспертизы законопроектов, направленных на передачу

---

[1] *Ростовцева Н.В.* Правовое положение саморегулируемых организаций в Российской Федерации // Журнал российского права. — 2006. — № 11. — С. 39.

[2] При выявлении форм и методов взаимоотношений между органами исполнительной власти и саморегулируемыми организациями необходимо руководствоваться в том числе принципом свободного объединения представителей одной профессии в саморегулируемую организацию (см.: Административная реформа в России: Научно-практическое пособие / Е.К. Волчинская, Н.А. Игнатюк, Н.М. Казанцев и др.; под ред. С.Е. Нарышкина, Т.Я. Хабриевой. — М., 2006).

[3] См.: *Казарина А.Х.* Прокурорский надзор. Экономика. Законность. — М., 2008. — С. 417.

[4] См.: *Романихин А.В.* Саморегулирование по-российски // Законодательство и экономика. — 2004. — № 3. — С. 32.

[5] См.: *Тихомиров Ю.А.* Право и саморегулирование // Журнал российского права. — 2005. — № 9.

саморегулируемым организациям государственно-властных полномочий, на предмет рисков, связанных с созданием условий для недобросовестной конкуренции и с нарушением антимонопольного законодательства[1].

В таком контексте следует, на наш взгляд, учитывать необходимость сохранения и даже введения лицензирования тех видов предпринимательской деятельности, которые, исходя из четко обозначенных публичных интересов, требуют применения именно такого способа государственного регулирования. Так, в средствах массовой информации регулярно звучат предложения об упорядочении путем лицензирования деятельности по оказанию ритуальных услуг[2], юридических услуг[3], экологическому аудиту[4].

Нельзя упускать из виду и психологический фактор: лицензия является своего рода «визитной карточкой» цивилизованного субъекта предпринимательства. «Одобрение» государством его деятельности путем предоставления лицензии имеет важное статусное значение в глазах населения. Именно поэтому получение лицензии иногда используется с целью искусственного придания субъекту предпринимательства законопослушной репутации. О психологическом значении лицензирования для населения свидетельствует следующий пример: лица, пострадавшие от мошеннических действий ООО «А.», создавшей «финансовую пирамиду» в ряде регионов, в качестве побудительной причины для передачи ими мошенникам денежных средств, как правило, указывали на наличие лицензии на организацию и содержание тотализаторов и игорных заведений, что к преступной деятельности какого-либо отношения не имело.

5. Детальная регламентация лицензионного процесса в целях его дебюрократизации, оптимизация лицензионных процедур. Определенными шагами в этом направлении являются в первую очередь возможность использования в некоторых случаях уведомительного порядка начала предпринимательской деятельности (вместо лицензирования)[5]; упрощенного порядка лицензирования (ст. 9 Федерального закона № 128-ФЗ); обусловленность приостановления действия лицензий применением судьей административного наказания (ст. 3.12 КоАП РФ, ст. 13 Федерального закона № 128-ФЗ).

---

[1] См.: *Матейкович М.С.* Публичное управление в России: пути совершенствования // Журнал российского права. — 2008. — № 5.

[2] Федеральная антимонопольная служба стала инициатором введения лицензирования деятельности по оказанию ритуальных услуг (в последний путь по лицензии // Российская газета. Столичный выпуск. — 2009. — № 93(4917). — С. 1).

[3] См.: *Салчак А.А.* Право на качественную юридическую помощь // Российская юстиция. — 2008. — № 4.

[4] См.: *Иутин И.Г.* Экологический аудит: роль, сущность и вопросы, требующие правового регулирования // Журнал российского права. — 2008. — № 2.

[5] Ст. 3, 8 Федерального закона от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» (ред. от 30 июля 2010 г.) // Российская газета. — 2008. — № 266; Российская газета. — 2010. — № 170.

Вместе с тем крайняя нестабильность лицензионного законодательства[1], противоречивость и пробелы в нормативных актах, их дублирование, импульсивность законотворчества, несоблюдение правил юридической техники обусловливают сложность правоприменения и служат предпосылкой распространения коррупции.

[1] Только в 2007—2010 гг. изменения и дополнения в Федеральный закон № 128-ФЗ вносились 21 раз.

В.В. Кванина,
доктор юридических наук, профессор
(ЮУрГУ)

О «БЕЗОТВЕТСТВЕННОЙ» ОТВЕТСТВЕННОСТИ ОЦЕНЩИКОВ

При принятии решения о совершении сделки, издании акта или иного решения в отношении объекта оценки заинтересованные лица прибегают к его оценке, предполагая при этом, что привлечение независимого оценщика обезопасит их от принятия убыточного решения. Основанием проведения оценки является договор на проведение оценки, заключенный заказчиком с оценщиком или юридическим лицом, с которым оценщик заключил трудовой договор (ст. 9 Федерального закона от 29 июля 1998 г. № 135-ФЗ «Об оценочной деятельности»[1]).

Учитывая, что сама оценочная деятельность как вид работ относится к услугам (хотя отчет об оценке должен быть представлен в письменной форме, сам результат труда оценщика носит неовеществленный характер), договор на проведение оценки является самостоятельным видом договора на оказание возмездных услуг, и на него в полной мере должны распространяться положения гл. 39 ГК РФ. Это позволяет предположить, что в случае ненадлежащего исполнения оценщиком своих договорных обязательств он может быть привлечен к гражданско-правовой ответственности. Данный вывод следует и из ст. 24.6 ФЗ «Об оценочной деятельности». В соответствии с данной нормой убытки, причиненные заказчику, заключившему договор на проведение оценки, или имущественный вред, причиненный третьим лицам вследствие использования итоговой величины рыночной или иной стоимости объекта оценки, указанной в отчете, подлежат возмещению в полном объеме за счет имущества оценщика или оценщиков, причинивших своими действиями (бездействием) убытки или имущественный вред при осуществлении оценочной деятельности, или за счет имущества юридического лица, с которым оценщик заключил трудовой договор.

Однако анализ Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 мая 2005 г. № 92 «О рассмотрении арбитражными судами дел об оспаривании оценки имущества, произведенной независимым оценщиком» (далее — Информационное письмо Президиума ВАС РФ) свидетельствует, что указанная норма Закона является нерабочей, поскольку привлечь оценщика к ответственности практически невозможно.

Основополагающее правило о сущности отчета об оценке закреплено в ст. 12 ФЗ «Об оценочной деятельности». В соответствии с данной нор-

[1] СЗ РФ. — 1998. — № 31. — Ст. 3813.

мой отчет независимого оценщика признается документом, содержащим 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, если законодательством Российской Федерации не определено или в судебном порядке не установлено иное.

В данной норме определена не только суть отчета об оценке (его рекомендательный характер), но и сделана оговорка относительно этой сути, — она может быть изменена не только законодательством Российской Федерации, но и в судебном порядке. Данная оговорка вызывает только недоумение: ФЗ «Об оценочной деятельности» предусматривает совершенно неприемлемое для российской правовой системы судебное регулирование оценочной деятельности. Однако именно указанная норма Закона, по всей вероятности, позволила ВАС РФ дать в указанном Информационном письме такие разъяснения о возможности и последствиях оспаривания отчета об оценке, которые совершенно не вытекают из законодательства об оценочной деятельности и тем самым выступают в качестве самостоятельных «норм».

В Информационном письме Президиума ВАС РФ вопрос о возможности оспаривания отчета об оценке рассматривается только в отношении двух ситуаций: когда законом или иным нормативным актом предусмотрена, во-первых, обязательность величины стоимости оценки, во-вторых, обязательность привлечения независимого оценщика.

В отношении первой ситуации в Информационном письме Президиума ВАС РФ определено, что если законом или иным нормативным актом предусмотрена обязательность величины стоимости оценки для сторон сделки, государственного органа, должностного лица, органов управления юридического лица, то оспаривание достоверности величины стоимости объекта оценки, определенной независимым оценщиком, возможно путем предъявления самостоятельного иска и только до момента заключения договора (издания акта государственным органом либо принятия решения должностным лицом или органом управления юридического лица).

В случае совершения сделки (издания государственным органом акта, принятия должностным лицом или органом управления юридического лица решения) по цене, не соответствующей стоимости, приведенной в отчете независимого оценщика, такие сделка и акт государственного органа должны признаваться судом недействительными, решение должностного лица — незаконным, решение органа юридического лица — не имеющим юридической силы.

Обязательный характер величины стоимости объекта оценки, установленной независимым оценщиком, предусмотрен, в частности, ст. 15 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»[1], п. 3 ст. 34, п. 3 ст. 75, ст. 76, п. 4 ст. 84.8 Федераль-

[1] СЗ РФ. — 1998. — № 7. — Ст. 785.

ного закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»[1], ч. 2 ст. 3 Федерального закона от 11 ноября 2003 г. № 152-ФЗ «Об ипотечных ценных бумагах»[2], п. 2 ст. 52 Федерального закона от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве»[3], ст. 130 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»[4].

По поводу второй ситуации (если законом или иным нормативным актом для сторон сделки, государственного органа, должностного лица, органов управления юридического лица предусмотрена обязательность привлечения независимого оценщика) в Информационном письме Президиума ВАС РФ сказано, что данная имуществу оценка носит лишь рекомендательный характер и не является обязательной и, следовательно, самостоятельное ее оспаривание посредством предъявления отдельного иска не допускается.

Обязательное привлечение оценщика (обязательное проведение оценки) предусмотрено, в частности, ст. 8 ФЗ «Об оценочной деятельности», п. 2 ст. 12 Федерального закона от 25 апреля 2002 г. № 40-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств»[5].

Непривлечение в данной ситуации независимого оценщика само по себе не является основанием для признания судом по мотивам нарушения требований закона сделки и акта государственного органа недействительными, решения должностного лица — незаконным, решения органа юридического лица — не имеющим юридической силы.

Если самостоятельное оспаривание величины стоимости объекта оценки, определенной независимым оценщиком, путем предъявления отдельного иска невозможно, вопрос о достоверности этой величины может рассматриваться в рамках конкретного спора по поводу сделки, изданного акта или принятого решения. При этом отчет независимого оценщика будет являться одним из доказательств по делу (ст. 75 АПК РФ).

Таким образом, ВАС РФ практически установил правила: в каких случаях, в рамках какого дела можно обращаться в арбитражный суд об оспаривании отчета независимого оценщика, о последствиях совершенных сделок и актов государственного органа.

Разъяснения Информационного письма Президиума ВАС РФ позволяют также прийти к выводу о том, что если привлечение оценщика происходит по личному усмотрению заказчика (когда закон или иные нормативные акты не предусматривают обязательности привлечения оценщика или обязательности величины оценки), то оснований для привлечения оценщика к ответственности нет.

---

[1] СЗ РФ. — 1996. — № 1. — Ст. 1.
[2] СЗ РФ. — 2003. — № 46 (ч. II). — Ст. 4448.
[3] СЗ РФ. — 2007. — № 41. — Ст. 4849.
[4] СЗ РФ. — 2002. — № 43. — Ст. 4190.
[5] СЗ РФ. — 2002. — № 18. — Ст. 1720.

Анализ судебной практики свидетельствует о том, что арбитражные суды в полной мере воспринимают рекомендации Информационного письма Президиума ВАС РФ и, либо ссылаясь на него, либо воспроизводя рекомендации без ссылки на письмо, отказывают в удовлетворении исковых требований к оценщикам[1].

В условиях ежедневного изменения состояния рынка сама по себе норма ст. 12 ФЗ «Об оценочной деятельности» представляется вполне обоснованной. В то же время трудно согласиться с положением фактического освобождения оценщика от гражданско-правовой ответственности.

Специалисты в области оценочной деятельности утверждают, что при оценке в условиях как достаточно развитого рынка, так и депрессивного рынка итоговая оценка не может рассматриваться как единственно точное значение оцениваемой величины рыночной стоимости. Самое большее, что может утверждать оценщик, — это то, что полученная им оценка является наилучшим приближением некоторой величины, которую можно считать рыночной стоимостью оцениваемого объекта[2].

Действительно, при постоянном изменении рынка спроса и предложений трудно представить ситуацию, когда разными оценщиками в отношении одного и того же объекта оценки с соблюдением принципов существенности, обоснованности, однозначности, проверяемости и достаточности[3] будет установлена одинаковая величина стоимости объекта оценки. Однако, для того чтобы заказчик стал воспринимать данную величину как достоверную и рекомендуемую, необходимо, чтобы величины стоимости объекта оценки, установленные разными оценщиками, были приближены. На практике же зачастую встречаются ситуации, когда погрешность оценки одного и того же объекта, установленной разными оценщиками, составляет 20 и более процентов. И даже это обстоятельство не позволяет заказчикам защитить свои интересы в судебном порядке[4].

Хотя привлечь оценщика к «личной» ответственности в условиях действия рекомендаций Информационного письма Президиума ВАС РФ практически невозможно, все же встает вопрос об условиях привлечения к та-

---

[1] См., например, постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 6 сентября 2007 г. № Ф08-5732/07; постановление Президиума ВАС РФ от 25 октября 2005 г. № 8690/05; постановление Президиума ВАС РФ от 25 октября 2005 г. № 8557/05; постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 30 июня 2009 г. № А66-8188/2007; постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 18 сентября 2008 г. № А13-5893/2007; постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 19 мая 2010 г. № Ф09-4585/09-С4 по делу № А60-24585/2008-СР // Система ГАРАНТ.

[2] *Лейфер Л.А.* Точность результатов оценки и пределы ответственности оценщика // Имущественные отношения в Российской Федерации. — 2009. — № 4.

[3] Пункт 4 Федерального стандарта оценки № 3 «Требования к отчету об оценке», утвержденного приказом Министерства экономического развития и торговли Российской Федерации от 20 июля 2007 г. № 254 // Система ГАРАНТ.

[4] См., например: Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 18 сентября 2008 г. № А-13-5893/2007; определение ВАС РФ от 18 февраля 2010 г. № ВАС-1167/10 // Система ГАРАНТ.

кой ответственности. Как следует из ст. 4 ФЗ «Об оценочной деятельности», субъект оценочной деятельности — физическое лицо, являющееся членом одной из саморегулируемых организаций оценщиков и застраховавших свою ответственность. Оценщик может осуществлять свою деятельность самостоятельно, занимаясь частной практикой, а также на основании трудового договора между оценщиком и юридическим лицом.

Поскольку законодатель не требует от оценщика регистрации в качестве индивидуального предпринимателя, то его ответственность будет строиться на принципах вины (п. 1 ст. 401 ГК РФ). И более того, при осуществлении им оценочной деятельности не будет применяться специальный режим регулирования предпринимательской деятельности, вытекающий, в частности, из ст. 310, 315, п. 2 ст. 322, п. 3 ст. 401 ГК РФ.

Если же договор о проведении оценки заключен заказчиком с юридическим лицом, имеющим в штате оценщиков, то оценочная деятельность юридического лица в соответствии с положениями гражданского законодательства должна подпадать под режим регулирования предпринимательской деятельности. Однако юридические лица, заключающие договоры на проведение оценки, фактически освобождены от ответственности за исполнение заключенных ими договоров. Закон лишь допускает возможность принятия ими на себя в договоре дополнительной ответственности за результаты оценки[1].

Гарантией обеспечения имущественной ответственности оценщиков перед заключившим договор на проведение оценки заказчиком и (или) третьими лицами выступает договор обязательного страхования ответственности оценщика, размер страховой суммы в котором не может быть менее чем 300 000 рублей (ст. 24.7 ФЗ «Об оценочной деятельности»), а также компенсационный фонд саморегулируемой организации (СРО) оценщиков, в который каждым членом СРО оценщиков должен быть внесен обязательный взнос в размере не менее чем 30 000 рублей (ст. 24.8 ФЗ «Об оценочной деятельности»).

При наступлении страхового случая страховщик производит страховую выплату в размере причиненного заказчику и (или) третьему лицу реального ущерба, установленном вступившим в законную силу решением арбитражного суда, но не более чем в размере страховой суммы по договору обязательного страхования ответственности.

Основанием для обращения взыскания на компенсационный фонд считается установленный решением арбитражного суда или признанный страховщиком факт наступления страхового случая по договору обязательного страхования ответственности.

Требование о получении компенсационной выплаты за счет компенсационного фонда может быть предъявлено к СРО оценщиков только в случае совпадения следующих условий:

---

[1] *Галушка А.С.* Предпринимательский договор в оценочной деятельности // Предпринимательские договоры: Материалы ежегодных научных чтений памяти профессора С.Н. Братуся (М., 24 октября 2007 г.). — М., 2008. — С. 117.

1) для возмещения ущерба, причиненного оценщиком, недостаточно средств, полученных по договору обязательного страхования ответственности;

2) оценщик отказался удовлетворить требование заказчика или третьего лица о возмещении ущерба либо заказчик или третье лицо не получили от него в разумный срок ответ на предъявленное требование.

При этом размер компенсационной выплаты за счет компенсационного фонда по требованиям заказчиков либо третьих лиц к одному оценщику по одному страховому случаю не может превышать 600 000 рублей.

Таким образом, кредиторам оценщика гарантирована выплата в размере 900 000 рублей. Однако объем причиненного вреда может и превышать данную сумму. И в этом случае разница между причиненными убытками и гарантийной суммой будет представлять собой риск кредитора, что не укладывается в модель гражданско-правовой ответственности.

Положения об ответственности оценщика предусмотрены не только ФЗ «Об оценочной деятельности», но и иными федеральными законами. Например, ст. 15 ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью», ст. 5 Федерального закона от 5 марта 1999 г. № 46-ФЗ «О защите прав и законных интересов на рынке ценных бумаг»[1], ст. 37 Федерального закона от 29 ноября 2001 г. № 156-ФЗ «Об инвестиционных фондах»[2]. В приведенных статьях законов речь идет о привлечении оценщика к солидарной ответственности. Однако привлечь его к ответственности в соответствии с данными нормами также не представляется возможным в силу вышеизложенных причин.

Таким образом, когда услуги оценщиков становятся все более востребованными, а их деятельность приобретает «безответственный» характер, вопрос об ответственности оценщика требует к себе пристального внимания со стороны не только ВАС РФ, но и законодателя.

[1] СЗ РФ. — 1999. — № 10. — Ст. 1163.
[2] СЗ РФ. — 2001. — № 49. — Ст. 4562.

Ю.Б. Фогельсон,
доктор юридических наук, профессор
(ГУ-ВШЭ)

ЗАЩИТА ИНТЕРЕСОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЕЙ СРЕДСТВАМИ МЯГКОГО ПРАВА

Российские предпринимательские структуры сегодня плохо защищены от произвола административных органов. На эту ситуацию влияет много факторов, в том числе коррупция, неуважение к собственности и прочие обстоятельства, зависящие не столько от состояния правовой системы, сколько от социально-ценностных архетипов общественного сознания.

В отчете Международного валютного фонда 2003 г. в рамках программы оценки финансового сектора в разных странах (FSAP) в отношении российской правовой системы говорится: «Несмотря на наличие системы предпринимательского права, включая корпоративное право, законодательство о банкротстве, договорное право, законодательство о защите прав потребителей и о собственности, эта система надлежащим образом не действует и не содержит механизмов справедливого и своевременного разрешения споров»[1].

За семь лет, прошедших с момента выхода в свет упомянутого выше отчета МВФ, в отечественном правопорядке если что и изменилось, то совсем не в сторону появления стабильных «механизмов эффективного и справедливого разрешения споров».

Кратко покажем это на примере двух таких правовых механизмов:

принцип определенности правовых норм;

принцип соразмерности ограничений прав.

Эти принципы являются основополагающими для западных систем права, к которым относится и российская. Они входят или, лучше сказать, должны входить в методологическую основу любой западной правовой системы[2].

Посмотрим, как наша правовая система применяет эти принципы при наиболее болезненных вмешательствах административных органов в деятельность крупных предпринимательских структур — при отзыве лицензий у российских банков.

ЦБ РФ отозвал у банка лицензию за неоднократные нарушения, банк обжаловал это решение в суде. Суды первых двух инстанций отказали банку в его требовании, так как удостоверились в том, что банк действитель-

---

[1] Russian Federation: Financial System Stability Assessment / IMF Country Report No. 03/147, May, 2003, p. 38 // http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2003/cr03147.pdf

[2] *Дедов Д.И.* Юридический метод. — М., 2008. — С. 10.

но неоднократно в течение года допускал нарушения[1]. Однако кассационная инстанция отправила дело на повторное рассмотрение, указав судам, что количественный подход к нарушениям неверен, следует разобраться в существе нарушений и в том, к каким последствиям они привели, и только после этого применять такую жесткую меру, как отзыв лицензии[2].

При повторном рассмотрении этого дела суды, несмотря на ясное указание кассационной инстанции, не стали исследовать причины нарушений и вызванные ими последствия. Они лишь более подробно описали в судебных актах сами нарушения и повторили свои прежние решения[3]. Отзыв у банка лицензии был повторно признан законным, и при оценке законности отзыва лицензии был использован тот же количественный подход, что и при первом рассмотрении дела. Соразмерность примененной меры последствиям совершенных правонарушений судами не исследовалась, хотя банк аргументировал свою позицию именно тем, что нарушения хотя и были, но были незначительными, ни к каким неблагоприятным последствиям не привели и незачем было из-за этого «убивать» банк.

Несмотря на то что при первом рассмотрении дела кассационная инстанция определенно и недвусмысленно высказалась против такого количественного подхода к оценке законности отзыва банковской лицензии, при повторном рассмотрении дела она с ним согласилась[4].

Первоначально кассационная инстанция потребовала соблюдения принципа соразмерности, но в дальнейшем от этого требования отказалась.

В двух определениях ВАС РФ, которыми заявителям было отказано в передаче дела для пересмотра в порядке надзора, вынесенных с интервалом в 1,5 месяца, изложены две прямо противоположные позиции по одному и тому же спорному вопросу о применении ст. 956 ГК РФ. При этом в обоих определениях написано, что не обнаружено нарушения единообразия в применении норм права, хотя позиции прямо противоположны[5].

Таких примеров множество, и их количество со временем не уменьшается, а растет. И в СМИ мы читаем о том, что заместитель министра финансов предлагает вывести проектируемый в России международный финансовый центр из-под российской юрисдикции[6], т.е. финансовые власти страны существующему российскому правопорядку не доверяют.

---

[1] Решение Арбитражного суда г. Москвы от 1 марта 2008 г. по делу № А40-63807/07-146-444; постановление Девятого апелляционного арбитражного суда от 26 июня 2008 г. № 09АП-6258/2008-АК.

[2] Постановление ФАС МО от 22 сентября 2008 г. № КА-А40/8701-08.

[3] Постановление 9ААС от 13 мая 2009 г. № 09АП-4441/2009-АК. Текст повторного решения Арбитражного суда г. Москвы по этому делу от 9 февраля 2009 г. на интернет-сайте АС Москвы отсутствует, но о нем можно судить по тексту постановления 9ААС.

[4] Постановление ФАС МО от 1 августа 2009 г. № КА-А40/7965-09-П.

[5] Определение ВАС РФ от 15 ноября 2007 г. № 14095/07; определение ВАС РФ от 28 декабря 2007 г. № 16719/07.

[6] См.: *Бутрин Д.* Предположение о том, что международный финансовый центр в Москве может работать в особой юрисдикции, превратилось в рабочий вариант // Коммерсантъ. — 2010. — № 68/П. — С. 9.

Но, даже если оставить все сказанное выше в стороне и считать, что суды научатся поддерживать определенность судебной практики и соразмерность административного вмешательства в бизнес, вопрос о компенсации бизнесу последствий такого вмешательства не решен. Декларированная в ст. 1069 ГК РФ имущественная ответственность государственных органов и должностных лиц реально не действует.

Если в большинстве других вопросов определенность в применении судами норм отсутствует, то при взыскании с государства убытков суды единодушны. Вот типичное для наших судов высказывание: «истец должен доказать, что действия (бездействие) ответчика явились единственным препятствием, не позволившим ему получить упущенную выгоду и все остальные необходимые приготовления для ее получения им были сделаны»[1]. Но это очень сложно доказать, так как на доход всегда влияет множество факторов, и вмешательство административного органа лишь один из них.

Правда, в Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации[2] содержится предложение упростить стандарты доказывания убытков (раздел V, п. 5.2), и, возможно, это приведет к лучшей защищенности бизнеса от незаконных действий государственных органов, но будет это еще не скоро — слишком многое должно поменяться в правосознании судей и других правоприменителей.

В практике имеется пример, иллюстрирующий состояние правосознания отечественных судей в вопросе взыскания убытков с государства. В 2000 г. ОАО, добившись в арбитражном суде признания недействительным решения налогового органа, безуспешно попыталось взыскать с него полную сумму расходов, понесенных в качестве оплаты услуг представителей. Свое требование ОАО заявило как требование о взыскании убытков, поскольку в действовавшем тогда АПК РФ взыскание таких расходов не было предусмотрено. Отказ судов в возмещении этих расходов ОАО оспорило в Конституционном Суде РФ, и в феврале 2002 г. КС РФ, ссылаясь на ст. 53 Конституции РФ, указал на несоответствие Конституции РФ практики отказов в возмещении подобных расходов, выработанной арбитражными судами[3]. Суды сначала пытались отказать ОАО в пересмотре прежних решений[4], а затем, дважды возвращая дело на повторное рассмотрение[5], добились того, что после трех лет хождений по судам, в январе 2005 г. ОАО само отказалось от своего требования[6].

Помимо всего сказанного существует аргумент, который, как минимум, ставит под сомнение эффективность взыскания с государства значитель-

---

[1] Решение Арбитражного суда г. Москвы от 21 апреля 2008 г. по делу № А40-233/08-32-2.

[2] Вестник ВАС РФ. — 2009. — № 11.

[3] Определение КС РФ от 20 февраля 2002 г. № 22-О.

[4] Постановление ФАС МО от 15 октября 2002 г. № КА-А40/6869-02.

[5] Постановление ФАС МО от 30 сентября 2003 г. № КА-А40/7197-03-п, постановление ФАС МО от 29 октября 2004 г. № КА-А40/9672-04-п.

[6] Определение Арбитражного суда г. Москвы от 13 января 2005 г. по делу № А40-10924/00-98-182.

ных сумм убытков, причиненных действиями государственных органов. Ведь сотрудникам административного органа может оказаться проще не принимать решения, чем принимать, рискуя ответственностью за взыскание крупной суммы с бюджета. Практика взыскания крупных убытков скорее ухудшит работу по контролю деятельности бизнеса, чем повысит ответственность государственных органов.

Взыскивать с государства убытки надо с разумной осмотрительностью. В этом смысле показателен пример ЕСПЧ, который избегает взыскания с государств-ответчиков больших сумм даже при серьезных нарушениях. Сам по себе факт признания нарушений закона в деятельности государственного органа уже должен являться для ответственных управляющих сигналом о неблагополучии в управляемом ими органе. Это общая проблема, а не только российская.

Не следует забывать и о том, что бизнес непрерывно придумывает и осуществляет различные схемы увеличения дохода и снижения издержек. Эти схемы не всегда безупречны с точки зрения закона. Часто они основаны на пробелах в законе, на новых финансовых инструментах, для которых закон еще не предусмотрел необходимого регулирования. При этом оборот ускоряется, схемы усложняются, а их число увеличивается, и законодатель просто не в состоянии успевать за этим процессом. Поэтому имеется потребность в расширении усмотрения правоприменителя. Так, в российском правопорядке долгое время отсутствовало общее требование вести себя добросовестно, так как считалось, что такая норма предоставляет слишком большую степень усмотрения судам. Но сначала, реагируя на придуманную бизнесом схему ухода от уплаты налогов, Конституционный Суд РФ был вынужден ввести в оборот понятие «добросовестный налогоплательщик», а теперь и Концепция развития гражданского законодательства предлагает ввести такую норму в ГК РФ в качестве общего правила поведения (раздел I п. 2.2 Концепции).

В ответ на ускорение оборота и появление в нем все новых инструментов расширяется степень усмотрения не только судов, но и административных органов. Это касается не только финансовых рынков, но всего оборота в целом.

При широкой степени усмотрения становится еще сложнее говорить об имущественной ответственности государственных органов. Эта проблема также общая, а не только отечественная.

Таким образом, даже если оставить в стороне несовершенство российской правовой системы, объективное развитие экономического оборота ведет к существенной девальвации роли имущественной ответственности государственных органов при их вмешательстве в бизнес. Вместе с этим девальвирует и эффективность принудительных мер воздействия на административные органы в целом, так как именно имущественная ответственность составляет ее сердцевину.

Но предоставление административным органам широких полномочий вмешательства в бизнес невозможно без предоставления бизнесу определенных гарантий от произвола при таком вмешательстве, иначе весь биз-

нес переориентируется исключительно на спекулятивные операции и вывоз капитала. Рассмотрим возможные механизмы таких гарантий, помимо принудительных мер по отношению к государственным органам, эффективность которых низка, опираясь на опыт европейских соседей, которые раньше нас столкнулись с этой проблемой.

В Европе сегодня ситуация с эффективностью принудительных мер воздействия не слишком отличается от нашей. Значимость таких мер девальвируется. И место принудительных мер воздействия занимают непринудительные средства мягкого права[1], т.е. кодексы наилучшей практики, различные декларации, стандарты, саморегулирование. Все большую роль начинают играть внесудебные методы разрешения споров. Государственно-центристский взгляд на управление пересматривается, источниками правил поведения становятся различные организации, в том числе международные, транснациональные компании.

При этом последствиями неисполнения этих правил становится не принуждение к их исполнению, в том числе мерами юридической ответственности, а ухудшение репутации, отказ в приеме в члены организации и т.д. Выясняется, что такие последствия действуют гораздо эффективнее принудительных мер. Они более оперативны — репутация зарабатывается долго, а теряется легко. Такие меры воздействия практически нельзя оспорить, в них низка коррупционная составляющая и т.д. Пример — принципы банковского надзора Базельского комитета по банковскому надзору: никто не заставляет национальные надзорные органы их исполнять, но те государства, в которых они не исполняются, имеют худшую репутацию как заемщики и вынуждены занимать деньги на внешнем рынке под больший процент.

Аналогичный подход можно применить и в отношении административных вмешательств в бизнес.

Основной аргумент за расширение степени усмотрения административных органов, который во многом предопределяет низкую эффективность принудительных мер и плохую защищенность бизнеса от произвола, состоит в том, что высокопрофессиональные сотрудники предпринимательских структур разрабатывают инструменты увеличения доходов и снижения издержек, за которыми ни законодатель, ни даже суды не в состоянии успевать. Очень часто подобные инструменты настолько опасны для социальной или макроэкономической стабильности, что требуется немедленное вмешательство. А такое вмешательство возможно лишь административным путем. Отсюда и расширение усмотрения административного органа при принятии решений о вмешательстве.

Решения о таком вмешательстве в бизнес должны приниматься не менее профессионально, чем действует сам бизнес. Только тогда такое вме-

[1] Soft law in governance and regulation: an interdisciplinary analysis, edited by Ulrika Mörth. 2007; Linda Senden Soft law in European Community law. 2004, Rules of law and laws of ruling: on the governance of law edited by Franz von Benda-Beckmann, Keebet von Benda-Beckmann, Julia M. Eckert. 2009. (Этот материал подобран С.А. Чеховской и использован здесь с ее разрешения. — *Ю.Ф.*)

шательство не будет рассматриваться бизнесом как произвол. Гарантии бизнесу при административных вмешательствах можно обеспечить прежде всего их профессиональной обоснованностью. Напротив, отсутствие профессионализма в действиях государственного органа не может быть воспринято иначе чем произвол. В налоговых спорах нередки ситуации, когда руководители или заместители руководителей налоговых органов подписывают непрофессиональные решения, отчетливо понимая, что даже проигрыш дела в суде никаких последствий для них не повлечет. Расчет же делается на неопределенность в толковании закона.

Между тем, если бы сотрудники административных органов, которым предоставлено право принимать решения о вмешательстве в бизнес, при принятии непрофессионального, конъюнктурного решения рисковали своей профессиональной репутацией и от этой репутации зависела их последующая карьера, число таких решений существенно бы сократилось.

Таким образом, в большом количестве сфер профессиональной деятельности — в налоговых отношениях, на финансовых рынках, в строительстве, в медицине и т.д. — создаются предпосылки для формирования сообществ высокопрофессиональных экспертов в соответствующей сфере деятельности. Такие профессиональные сообщества, если их правильно организовать, и будут, с одной стороны, кадровым резервом сотрудников административных органов, принимающих ключевые решения, а с другой — «поставщиком» профессионалов в предпринимательские структуры.

Важно, чтобы получение этими специалистами своего статуса не зависело от государственных органов, чтобы само профессиональное сообщество, и только оно, принимало в свои ряды новых членов и расставалось со своими членами. Только в этом случае эти специалисты будут реально независимы от давления бюрократического аппарата. Такие сообщества организуют профессиональный отбор кандидатов и будут выдавать аттестат либо иной документ, свидетельствующий о принадлежности к нему. При этом к определенным должностям в государственных органах должно быть закреплено требование наличия такого аттестата.

Те из членов этих предполагаемых профессиональных сообществ, кто будет работать в государственных органах, во-первых, будут обладать определенным профессиональным иммунитетом против возможного давления работодателя. Во-вторых, принимать решения «с оглядкой» на своих коллег по сообществу, так как профессионально необоснованные решения могут стоить им принадлежности к сообществу.

Подобного рода последствия, на мой взгляд, будут оказывать значительно большее влияние на качество решений, чем потенциальная имущественная ответственность административного органа. Принадлежность к любому профессиональному сообществу, а в особенности к такому, которое требует серьезного специального образования, весьма непросто достигается, и, как правило, изгнание из такого сообщества крайне неблагоприятным образом сказывается на карьере.

Е.А. Галиновская,
кандидат юридических наук
(ИЗиСП)

ВЕЩНЫЕ ПРАВА НА ЗЕМЛЮ И ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ РЫНКА ЗЕМЛИ

Правовое регулирование отношений приобретения и реализации прав на землю основано в настоящее время на обширной и сложной системе норм. Для российского законодательства характерно не только установление перечня прав на земельные участки, оснований и порядка их возникновения и прекращения, но и особое определение содержания этих прав. Требования о надлежащем использовании земли распространяются на всех правообладателей и связаны с необходимостью обеспечения публичных и частных интересов при использовании ограниченных земельных ресурсов.

Следует заметить при этом, что система установленных земельным правом институтов прав на землю и способы их приобретения должны быть, в идеале, соотнесены между собой и быть составляющими особого отраслевого механизма воздействия на общественные отношения в целях удовлетворения интересов общества в использовании земли. Одной из основных целей правового воздействия на земельные отношения в этом случае является обеспечение формирования и развития оборота земель, в том числе посредством регулирования рыночных отношений. В этой связи темой исследования может быть обеспечение правом соотношения закрепленных законом имущественных прав на землю, специфики их возникновения, реализации и тенденций развития земельного рынка.

Можно сказать, что реализация отношений земельного рынка представляет собой систему правовых отношений по поводу перехода прав на земельные участки от одного лица к другому на основании норм права[1]. О важном значении государственного правового регулирования оборота земли и отдельных его особенностях сказано достаточно много[2]. Напом-

[1] Как предмет правового регулирования земельный рынок представляет собой особый вид общественных отношений, возникновение и реализация которых подчиняются особым экономическим закономерностям.

[2] См., например: *Иванов А.А.* Права на землю и иное недвижимое имущество — основа стабильного гражданского оборота // Вестник гражданского права. — 2007. — № 2; *Васильева М.И.* Земельные и природно-ресурсовые отношения в Концепции развития законодательства о вещном праве // Экологическое право. — 2009. — № 5/6; *Боголюбов С.А.* Земля — природный ресурс и объект права собственности // Экологическое право. — 2009. — № 5/6; *Лукьяненко В.Е., Пудлина Е.И.* Специальные нормы-запреты, нормы-ограничения и нормы, прекращающие оборот земельных участков и других природных объектов // Журнал российского права. — 2009. — № 8; *Медведева О.Е., Баринов Р.А.* Система эколого-экономического управления земельными ресурсами региона как современный механизм охраны приро-

ним только некоторые основные причины необходимости внимания публичной власти к этой части экономических отношений. Известны тезисы об относительной ограниченности земли как экономического ресурса и недвижимости, конкуренции интересов в использовании земель, необходимости учета при обороте характеристик земли как природного объекта и соблюдения требований охраны окружающей среды при включении земель в оборот.

Вместе с тем следует признать, что развитие института прав на землю и изучение вопросов, связных с его формированием, осуществляется несколько изолированно от исследования проблем правового воздействия на земельный рынок в целом. Насколько система прав на землю способствует (или препятствует) развитию цивилизованного оборота земель — этот вопрос заслуживает особого рассмотрения.

При этом интерес в приобретении того или иного права на земельный участок во многом зависит от объема и содержания тех благ, которые правообладатель сможет извлечь из его использования. Это, в свою очередь, зависит от содержания вещного права на землю и, собственно, тех правомочий, которые с правом на землю приобретаются. В целом соотношение права на землю и реализации включенного в него правомочия пользования представляет собой достаточно сложную проблему. Так, в самых общих чертах, в Российской Федерации действует механизм, в соответствии с которым всем правообладателям предоставляется практически одинаковый «набор» правомочий в отношении используемого участка. Отличия права собственности от иных прав на землю сводимы, пожалуй, только к праву собственника свободно распоряжаться своим земельным имуществом. Особые требования и ограничения в реализации правомочия пользования для любого правообладателя определяются в соответствии с установленными в административном порядке категорией и видом разрешенного использования земель, то есть их правовым режимом. Такое соотношение прав на землю и правового режима земель подвергается анализу и пересмотру.

Согласно Конституции РФ (ст. 9) земля и иные природные ресурсы могут находиться в частной, муниципальной, государственной и иных формах собственности. Кроме того, ст. 36 Конституции РФ установлено, что эти конституционные нормы, получившие развитие в нормативных правовых актах, являются основой формирования и регулирования прав на землю.

Земельным кодексом Российской Федерации (ЗК РФ) подтверждено, что право собственности может принадлежать практически всем субъектам правовых отношений (глава III ЗК РФ). Помимо этого ЗК РФ определены виды прав на землю, которые принято именовать ограниченными (глава IV

ды в рыночных условиях // Экологическое право. — 2007. — № 1; *Кресникова Н.И.* Правовые аспекты и экономическая сущность оборота земель в рыночной системе // Право и экономика. — 2004. — № 4; *Галиновская Е.А.* Оборот земель и направления российской аграрной политики // Журнал российского права. — 2010. — № 10 и др.

ЗК РФ): право постоянного (бессрочного) пользования; право пожизненного наследуемого владения; право безвозмездного срочного пользования.

Кроме того, пользование и владение землей может осуществляться и на основании договора аренды земельного участка.

Заметим, что специфика современного правового регулирования такова, что право аренды наряду с правом собственности составляют основу отношений по приобретению и реализации прав на землю. На соотношении этих двух видов права построено большинство правовых механизмов использования земельных участков для различных целей из государственной или муниципальной собственности. Так, в частности, при переоформлении права постоянного (бессрочного) пользования, права пожизненного наследуемого владения, при приобретении прав на земельные участки собственниками зданий, строений, сооружений ЗК РФ и другими законами предлагается приобрести участок либо в собственность, либо в аренду.

Таким образом, российское земельное законодательство, следуя закрепленному Конституцией Российской Федерации принципу многообразия форм собственности, рассматривает право собственности как основной вид имущественного права на землю.

Роль иных, кроме права собственности, вещных прав на землю, которые именуются ограниченными правами, в настоящее время заключается преимущественно в закреплении за определенным кругом субъектов прав на земельные участки из земель, находящихся в публичной собственности. Представления о вещных правах на земельные участки, находящиеся в частной собственности, гораздо более ограничены: далее сервитута или безвозмездного срочного пользования законодатель не движется, а арендные отношения с частными собственниками земли воспринимаются как основные.

Собственно, правовой режим земель, а значит, и перечень видов прав, которые на эти земли возможно приобрести, определяется исходя из их принадлежности к той или иной категории и разрешенному использованию, а далее в зависимости от конкретного вида использования земельного участка. Земельным кодексом РФ, иными федеральными законами установлен целый ряд нюансов в приобретении прав на землю либо в зависимости от категории земель или основного вида пользования[1]. Есть еще одна особенность, касающаяся правового регулирования прав на землю: не каждый субъект земельных отношений может быть обладателем любого права на землю[2].

---

[1] Федеральный закон от 24 июля 2002 г. № 101-ФЗ «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения» // СЗ РФ. — 2002. — № 30. — Ст. 3018; Федеральный закон от 14 марта 1995 г. № 33-ФЗ «Об особо охраняемых природных территориях» // СЗ РФ. — 1995. — № 12. — Ст. 2024; Закон Российской Федерации от 14 июля 1992 г. № 3297-1 «О закрытом административно-территориальном образовании» // СЗ РФ. — 1992. — № 33. — Ст. 1915; Федеральный закон от 31 мая 1996 г. № 61-ФЗ «Об обороне» // СЗ РФ. — 1996. — № 23. — Ст. 2750 и др.

[2] Пример — положение ст. 20 ЗК РФ, согласно которому на право постоянного (бессрочного) пользования земельным участком могут претендовать только государственные и

Помимо определения видов объектов и субъектов, которым может быть предоставлено то или иное право на землю, земельным законодательством (ст. 40, 41 ЗК РФ) в рамках правомочия пользования предъявлены одинаковые требования к реализации практически всех видов прав на землю и предоставлены одинаковые возможности.

Таким образом, в праве в настоящее время закреплено следующее соотношение видов прав на землю и их реализации: законом устанавливается определенный перечень прав на земельные участки, изменение которого возможно только на федеральном уровне. Требования к использованию земельных участков на основании данных прав, с одной стороны, определены содержанием правомочия пользования. Реализация всех прав на землю должна следовать установленным в административном порядке целевому назначению и разрешенному использованию земель. Содержание правомочия пользования универсально и может быть реализовано в рамках практически любого правового титула.

При установлении видов прав на землю в рамках земельно-правового регулирования законодатель опирается на те же институты, которые изначально были выработаны гражданским правом для закрепления прав на различное имущество, в том числе и на земельные участки, которые традиция гражданского права тоже причисляет к вещам (пусть и особого рода).

Имущественный характер прав на землю дает возможность соотнести права на этот объект с правами на иные объекты. Это важно для обеспечения универсальности оборота имущества и прав на него. Установление в праве особых видов прав на землю, особенностей приобретения и реализации прав важно для учета специфики включения земли в общественные отношения, в том числе для правового обеспечения государственной земельной политики и решения специальных вопросов оборота (перераспределения) земель. То, что права на землю по своему происхождению имеют имущественный характер, является как основанием определения соотношения земельного и гражданского законодательства, так и предметом длительной полемики по поводу этого соотношения.

В целом нельзя не заметить, что вопросы приобретения прав на земельные участки и их использование для тех или иных целей решаются не сами по себе, а в рамках установленных правовых механизмов. Заметим, что вид права на землю теряет значительную часть своего правового значения без того правового механизма регулирования оборота земель, в состав которого он входит. Законотворческая и правоприменительная практика это подтверждает.

По этой причине, прежде чем вводить новые виды прав на землю, необходимо их проанализировать и решить вопрос, каким образом они могут быть «вписаны» в уже сформированные правовые, экономические и

муниципальные учреждения, казенные предприятия, центры исторического наследия президентов Российской Федерации, прекративших исполнение своих полномочий, а также органы государственной власти и органы местного самоуправления.

иные связи и отношения по поводу земли, что самое главное, какие проблемы оборота земель и реализации прав на земельные участки они в состоянии решить.

В настоящее время обсуждается введение такого права, как право застройки (суперфиций). Основное преимущество этого права заключается в возможности его обладателем осуществления застройки земельного участка.

В существующей системе законодательного регулирования, как мы знаем, право осуществлять строительство «включено» в содержание любого из уже установленных прав на землю (кроме, разумеется, сервитута и безвозмездного срочного пользования). Но при этом строительство не может производиться обладателем этого права или лицом, приобретающим права на землю, без получения разрешения на строительство, иной разрешительной документации, установленной Градостроительным кодексом РФ. И здесь возникает вопрос, в чем должны состоять отличие и преимущества суперфиция от иных уже существующих прав на землю. В частности, освобождается ли обладатель этого права от обязанности получения разрешения на строительство (что вызывает существенные сомнения). Заметим, что лишение иных правообладателей правомочия застройки своих земель, а также запрет застройщику обращаться к институту договора аренды для реализации своих целей вряд ли целесообразны и реализуемы. Пожалуй, основным отличием суперфиция от практикуемых в застройке отношений аренды можно считать то, что возведенный объект переходит в собственность лица, обладающего правом собственности на земельный участок, а не арендатора, как это сейчас распространено. Однако мало что мешает сторонам решить этот вопрос и в рамках договора аренды.

Следует также обратить внимание на то, что в Российской Федерации далеко не все земли подлежат застройке в силу установленной категории земель и разрешенного использования. В границах целого ряда особо охраняемых природных территорий, охранных зон и тому подобных объектов строительство запрещено. Как следует поступить с уже предоставленным лицу правом суперфиция в случае, если его земельный участок на основании властного решения окажется в границах такой территории, остается неясным. Очевидным представляется то, что потребуется изменение права застройки на иной вид права на землю.

В сходной ситуации может оказаться и обладатель иного предлагаемого вида ограниченного права на землю — права постоянного владения и пользования в сельскохозяйственных и иных целях, без права застройки (эмфитевзис). В настоящее время лицо, обладающее, например, правом на земельный участок для личного подсобного хозяйства, при включении участка в границы населенного пункта без изменения права на землю может построить на участке дом, получив разрешение на строительство. Обладатель земельного участка под личное подсобное хозяйство на основании права эмфитевзиса в той же ситуации, судя по всему, должен изменить вид права. Как представляется, реализация прав на основании эм-

фитевзиса также мало чем будет отличаться от реализации прав на основании уже действующих договоров аренды земель сельскохозяйственного назначения. Такие существенные дополнительные ограничения в использовании земли не представляются достаточно обоснованными.

Кроме того, в настоящее время целый ряд видов освоения земель предполагает «смешанные» формы их использования, когда требуется и застройка территории, и иные виды ее освоения. В этом случае приведенные выше виды ограниченных прав на землю, видимо, окажутся «неудобными» для реализации интереса в использовании земли.

Следует также заметить, что введение приведенных видов ограниченных вещных прав на землю в случае их принятия внесет изменения в установленную конструкцию соотношения содержания правовых титулов на землю и правового режима земель, установленного в административном порядке. Нетрудно заметить, что нововведение предлагает отойти от универсальности прав на землю и установить ограничения в пользовании в зависимости не только от целевого назначения (разрешенного использования) земель, но и от приобретаемого права на землю. По сути ограничение оказывается еще более жестким, чем сейчас.

В целом представляется, что установление таких прав на землю, которые абсолютно жестко привязаны к определенному виду использования земли (строительство, сельское хозяйство), вряд ли полностью отвечает нуждам современного достаточно активного освоения и оборота земель, а также установлению условий, при которых использование земли зависит не от правообладателя, а от административных актов территориального планирования, градостроительного зонирования. В этих условиях уже сейчас сельскохозяйственные земли активно переходят в ранг земель населенных пунктов, а земли, предназначенные под застройку, по результатам территориального планирования, наоборот, оказываются в границах территорий, не подлежащих застройке.

Установление такого правового режима земель, при котором правообладателю предоставляются права, предусматривающие любые не запрещенные законом способы использования земельного участка, при определении в административном порядке вида использования земель (к слову, утвердившемся во всем мире), в большей степени отвечает современным условиям использования земли, а также обеспечению соотношения публичных и частных интересов, чем условия, при которых способ использования земли жестко привязан к конкретному вещному праву.

Как представляется, целям развития в России иных, кроме права собственности, видов прав на землю (ограниченных прав) в большей степени отвечают меры по совершенствованию уже существующего права постоянного (бессрочного) пользования. При этом мы не видим больших правовых препятствий для распространения этого права на более широкий, чем определенный сегодня, круг субъектов. Другой мерой может быть совершенствование арендных земельных отношений. Заметим, что это не потребует и больших законодательных усилий.

В современных условиях нет возможности обойти вниманием еще одну из причин, отличающую российский земельный рынок, а значит, и его регулирование, от его аналогов в других государствах, — то, что он еще не прошел стадию своего формирования. При этом мы имеем в виду именно качественное развитие институтов этого рынка и их правовое оформление. В этих условиях не так просто обеспечить данные отношения четким правовым регулированием. Так, оживляется и становится более или менее внятным земельный оборот, пожалуй, только в некоторых сегментах, где экономика испытывает относительный подъем, в том числе в связи с мерами государственной поддержки (жилищное строительство, сельское хозяйство). На это законодательство реагирует активным принятием специальных норм, устанавливающих, например, особенности приобретения прав для строительства, в том числе жилищного.

Обращение законодателя к перечисленным и иным специальным вопросам регулирования экономического оборота земель, безусловно, оценивается позитивно. Критическое отношение вызывают отсутствие системы, неравномерность и фрагментарность действий. Законодательный процесс как бы следует тенденциям развития рынка, но не обеспечивает соотношение его элементов, не прогнозирует и не опережает его формирование, что является необходимой составляющей процесса государственного регулирования данного круга отношений. Это же обстоятельство иллюстрирует и недостатки государственного администрирования оборота земель в целом. Вместе с тем ограниченность земельных площадей требует сбалансированного подхода к перераспределению земельных ресурсов. В этом случае законодательное «поощрение» перераспределения земель в пользу наиболее развивающихся отраслей экономики в данное время и в данном месте не может быть безусловным и не учитывать необходимость баланса всех существенных интересов в использовании земельных ресурсов.

Сомнительны и утверждения о необходимости введения упрощенных процедур предоставления земельных участков для приоритетных на определенный отрезок времени видов использования. Разработка процедур приобретения прав на землю должна учитывать необходимость обеспечения стабильности земельного рынка в целом, соотносимость его с иными сегментами рынка, а также особенности оборота земель, предназначенных для конкретного вида использования. Для решения этих проблем порядок предоставления земельных участков должен быть не столько «простым», сколько одинаково внятным, без избыточных административных барьеров для всех субъектов.

Еще одной проблемой развивающегося земельного рынка в России является незащищенность его участков на фоне вообще слабого соблюдения законодательно установленных правил. Неправомерное занятие земель, мошенничество, понуждение, в том числе преступными методами, законных владельцев к отчуждению земельных участков — все это явления современного земельного оборота. Причем объектами перечислен-

ных противоправных действий оказываются не только земельные участки, находящиеся в частной собственности, но и государственные и муниципальные земли. Эти явления земельного оборота относятся скорее к таким, ликвидация которых связана с повышением контроля за соблюдением действующего законодательства и привлечением к ответственности за правонарушения. Но не только. Имеются и существенные пробелы законодательства, мешающие защите законных прав на землю (недостатки кадастрового учета и кадастровой оценки, отсутствие границ территории или земельного участка и др.).

Трудности формирования земельного рынка многочисленны и предполагают не всегда совпадающие правовые способы их преодоления. При этом анализ современного состояния законодательных процессов вынуждает говорить о необходимости учета следующих особенностей:

законодательное регулирование должно быть основано на представлении о развитии законодательства, регулирующего оборот земельных участков, как едином механизме, основанном на основных направлениях государственной земельной политики;

в целях обеспечения стабильности регулирования земельного рынка обновление законодательства должно быть спланированным, максимально обоснованным. Отсутствие четко выверенных сбалансированных подходов к регулированию оборота земель в соотношении с развитием экономики государства в целом не только делает необоснованно «привычной» частую смену норм о предоставлении и прекращении прав на землю, но и «допускает» принятие решений о глобальных изменениях в регулировании оборота земель без анализа реальной ситуации. Заметим, что только при наличии представлений о направлениях и методах государственного воздействия на оборот земель и земельный рынок можно утверждать, какие концепции и какая система законодательства о земле более подходят Российской Федерации[1], и добиться стабильности земельно-правового регулирования;

в основе разработки правового механизма оборота земель должны лежать не только экономические, управленческие и иные гуманитарные идеи, но и детальный прогноз результата их реализации. В том числе при введении нового механизма оборота земельных участков требуется внятное представление и просчет реализации земельно-правовых норм[2].

---

[1] О том, что разработка проектов законов и ломка системы земельного и гражданского законодательства на основе Концепции развития гражданского законодательства осуществляется без учета этого фактора, нами говорилось ранее (см., например: *Галиновская Е.А.* Земельное законодательство как система правовых средств воздействия на общественные земельные отношения // Проблемы совершенствования гражданского законодательства: Материалы IV Ежегодных научных чтений памяти профессора С.Н. Братуся (Москва, 28 октября 2009 г.). — М., 2010. — С. 162—166.

[2] В качестве примера можно привести затянувшийся процесс переоформления прав постоянного (бессрочного) пользования на земельные участки юридическими лицами, не указанными в п. 1 ст. 20 Земельного кодекса РФ, основанных на нормах ст. 3 Федерального закона «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации». Как известно,

Для разработки механизма правового регулирования оборота земель важным оказывается определение интересов и правового положения основных участников оборота, прогнозирование развития событий, включая прогноз возможных негативных последствий предполагаемых нововведений. При этом существенным этапом разработки правовых средств воздействия на земельный рынок может оказаться разработка модели новых земельно-правовых отношений[1]. Особенность и значение включения в законодательный процесс этапа моделирования земельного правоотношения заключается, по нашему мнению, и в том, что установление нормой закона условий реализации субъективных прав и обязанностей участников земельного оборота представляет собой один из наиболее действенных способов правового воздействия на рыночные (как и иные) земельные отношения. При этом формирование модели земельного правоотношения может включать в себя несколько параметров, среди которых: благо, которое предоставляется землей[2] и является основанием формирования интереса в приобретении земельного участка; перечень потенциальных участников правоотношения и возможность реализации интересов в использовании земли собственной волей; примерный объем земельных ресурсов, который необходим для реализации интереса, способы и источники его обеспечения; правовой статус субъекта; наличие (или отсутствие) публичного интереса при реализации отношений; прогноз развития отношений прежде всего по негативному сценарию.

воплощение идеи переоформления права ПБП натолкнулось на невозможность понудить к исполнению этой обязанности правовыми средствами.

[1] Исследование особенностей формирования правовой нормой модели правоотношения берет начало, примерно с 1960-х гг., когда интерес правоведов обратился к особенностям возникновения и реализации общественных отношений. См. об этом, например: *Халфина Р.О.* Общее учение о правоотношении. — М., 1974.

[2] Средство производства в сельском хозяйстве, территория размещения промышленного или иного объекта, др.

И.В. Цветков,
доктор юридических наук
(МГУ)

КОНКУРЕНТОСПОСОБНОСТЬ ДОГОВОРНОГО ПРАВА КАК ФАКТОР МОДЕРНИЗАЦИОННОГО УСПЕХА

Стоящая перед Россией задача модернизации экономики предполагает решение множества проблем экономического, технического, организационного и иного свойства, в том числе и проблем правового характера.

Известно, что правовые средства (инструменты) несут основную регулирующую нагрузку в экономических отношениях. По этой причине современная экономика именуется правовой[1]. Соответственно, уровень экономического развития страны определяется качеством и операциональной эффективностью используемых в экономике правовых средств: с устаревшим и малопригодным правовым инструментарием добиться высоких экономических результатов невозможно.

Многовековой опыт хозяйственной практики убеждает, что главным правовым средством экономического прогресса является договор[2]. Это обусловлено уникальной способностью договоров порождать синергетический эффект, без которого экономические отношения в принципе успешно развиваться не могут: никакие другие правовые средства нормативного и ненормативного характера синергетическими свойствами не обладают[3].

Осознание ведущей роли договорных инструментов в деле экономического прогресса породило мировой процесс модернизации договорного права. Результаты данного процесса проявляются в первую очередь в источниках нового lex mercatoria[4], к числу которых относятся: Принципы европейского договорного права (далее — ПЕДП), первая часть которых была разработана в1995 г., вторая — в 1999 г., и наконец в 2003 г. была опубликована полная версия ПЕДП из трех частей[5]; Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, новая редакция которых

---

[1] См., например: *Алексеев С.С.* Право на пороге нового тысячелетия: Некоторые тенденции мирового правового развития — надежда и драма современной эпохи. — М., 2000; *Пугинский Б.И., Сафиуллин Д.Н.* Правовая экономика: проблемы становления. — М., 1991.

[2] См.: *Пугинский Б.И.* Теория и практика договорного регулирования. — М., 2008; *Он же.* Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. — М., 1984.

[3] См. подробнее: *Цветков И.В.* Договор — главное правовое средство регулирования рыночных отношений // Коммерческое право. — 2008. — № 1 (2). — С. 5—21.

[4] См.: *Пугинский Б.И., Амиров А.Т.* Важный шаг в развитии нового lex mercatoria // Коммерческое право. — 2008. — № 2 (3). — С. 174—180; *Goldman B.* The New Lex Mercatoria // Conntemporary Problems in International Arbitration / Ed. by J. Lew. — L., 1986.

[5] См.: *Пугинский Б.И.* Важный шаг в развитии договорного права. Принципы европейского договорного права. Части 1 и 2 // Вестник ВАС РФ. — 2005. — № 3. — С. 124—177;

была опубликована в 2004 г.[1]; Свод принципов, правил и требований lex mercatoria CENTRAL (далее — Свод сентРАЛ), новая редакция которого опубликована в 2008 г.[2]; Принципы европейского права, призванные стать составной частью единого Европейского гражданского кодекса[3].

По уровню инструментальной проработанности перечисленные и некоторые другие источники нового lex mercatoria существенно превосходят нормативные источники договорного права, поэтому именно они становятся мощной базой для реформирования национального законодательства о договоре. Соответствующий процесс реформирования национального договорного права постепенно набирает силу, и к нему присоединяется все большее число стран (Германия, Франция, США, Польша, Латвия и др.)[4]. Данный процесс обусловлен объективным отставанием национального законодательства о договоре от динамичных изменений предмета регулирования — экономических операций, предъявляющих к договорному праву все более высокие операциональные требования. Становится очевидным, что в современных условиях законодательство о договоре перестает быть обычным набором нормативных положений о порядке заключения, исполнения, изменения и расторжения договоров и должно выполнять роль своеобразной инструкции по практической эксплуатации договорных инструментов, позволяющей добиваться на практике максимальных конечных результатов применения договорных инструментов. В противном случае договорное право становится неконкурентоспособным, превращаясь в тормоз экономического прогресса. Источники нового lex mercatoria постоянно совершенствуются и содержат самые передовые операциональные решения по применению договорных инструментов. Поэтому они и становятся главным ориентиром в модернизации национального договорного права, повышения его конкурентоспособности.

Россия пока находится в стороне от глобального процесса модернизации договорного права. В Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации отмечается, что в нашей стране сложилось экономически обоснованное и в целом оправдавшее себя гражданское законодательство[5]. Исходя из этого утверждения, Концепция не предпо-

---

Принципы европейского договорного права. Часть 3 // Вестник ВАС РФ. — 2005. — № 4. — С. 152—177.

[1] Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 / Пер. с англ. А.С. Комарова. — М., 2006.

[2] Свод принципов, правил и требований lex mercatoria СЕНТРАЛ // Коммерческое право. — 2008. — № 2 (3). — С. 181—215.

[3] См.: *Пугинский Б.И., Амиров А.Т.* Значительный этап в развитии европейского частного права. Принципы европейского права: купля-продажа // Коммерческое право. — 2009. — № 2(5). — С. 113—155.

[4] См.: *Ахаимова Е.А.* Реализация Принципов европейского договорного права в зарубежном законодательстве: Дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2009.

[5] Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. — М., 2009. — С. 22.

лагает существенных изменений законодательства о договоре, ограничиваясь точечными изменениями и дополнениями в ГК РФ.

Между тем анализ практики договорной работы в нашей стране и за рубежом приводит к выводу о существенных системных недостатках российского законодательства о договоре, создающих угрозу для модернизационных усилий государства. Подчеркнем, анализ не судебной практики, на которую в Концепции содержится много ссылок, а практики создания и применения договорных инструментов в экономически значимых целях, о которой в Концепции вообще не упоминается. Судебная практика — лишь малый и не самый важный для экономического прогресса аспект договорной практики, в отличие от практики договорной работы, играющей решающую роль в результатах экономического развитии страны.

20 сентября 2010 г. Центром договорного права юридического факультета МГУ проведен круглый стол на тему «Подчинение договоров иностранному праву: причины, решения, результаты». Практикующие юристы-договорники из ведущих российских и зарубежных юридических фирм, коммерческих и некоммерческих организаций[1], констатировали неконкурентоспособность российского договорного права, указав, что именно она является главной причиной усиливающейся в последние годы тенденции подчинения российскими компаниями договоров иностранному праву.

В качестве отдельных причин неконкурентоспособности российского договорного права были названы следующие:

слабая ориентированность российского договорного права на защиту договоров от разрушения путем их признания незаключенными или недействительными;

российское законодательство о договоре не нацелено на обеспечение экономической «полезности» договорных инструментов;

многие положения ГК РФ не адекватны современным реалиям экономического оборота (например, запрет на заключение договоров дарения между коммерческими организациями; чрезмерно жесткий и устаревший порядок заключения договоров, неадекватные современным экономическим реалиям нормативные модели договоров, отсутствие института «гарантий и заверений» и т.д.);

чрезмерная императивность российского законодательства о договоре, сковывающая необходимую для модернизационных преобразований инициативу сторон;

неясность судебных прецедентов, непредсказуемость судебных решений и др.

Приведенный краткий перечень основных причин неконкурентоспособности российского договорного права, обозначенных практикующи-

[1] «Пепеляев Групп» (Россия); «Дентон Уайлд Сапт» (Великобритания); «Дебевойз энд Плимптон» (Великобритания); VMWTaxand (Нидерланды); «Юрам Коен и партнеры (Израиль), ОАО «Газпром», ЗАО «Славнефть», ГК «Петровакс», ООО «Роберт Бош» и др.

ми юристами-договорниками, дает повод для серьезных размышлений и в принципе позволяет согласиться с утверждением о его неконкурентоспособности. Проиллюстрируем данный вывод на примере положений ГК РФ о недействительности сделок и порядке заключения договора.

Как известно, отечественная доктрина недействительности сделок базируется на классическом учении о недействительности, созданном немецкими пандектистами. При этом, однако, в отечественном праве недействительные сделки почему-то стали отождествляться с порочными, хотя в классическом учении о недействительности термины «недействительность» (Unwirksamkeit) и «порочность» (Ungultigkeit) разделяются достаточно четко. Недействительность с точки зрения классического учения означает, что сделка не производит юридического эффекта, т.е. не порождает юридических прав и обязанностей. Порочность же указывает на наличие в сделке внутренних дефектов, но не касается непосредственно ее юридических последствий.

В источниках нового lex mercatoria недействительность и порочность договоров разделяются довольно четко. Наиболее очевидно такое разграничение прослеживается по отношению к так называемым договорам «с пороком воли». В частности, договоры, заключенные под влиянием заблуждения, обмана или угрозы, в отличие от российского права, считаются действительными, а пострадавшей стороне предоставляется право на отказ от порочного договора и возмещение убытков[1].

Например, в соответствии со ст. 4:108 «Угрозы» и ст. 4:117 «Убытки» Принципов европейского договорного права сторона может: 1) отказаться от договора, если она заключила его под воздействием исходящей от другой стороны серьезной и реально осуществимой угрозы совершения какого-то действия, кроме случаев, когда при сложившихся обстоятельствах у первой стороны был разумный выбор; 2) взыскать с другой стороны убытки с тем, чтобы оказаться в том положении, в котором она была бы, если бы не заключала договор. Однако пострадавшая сторона лишается права на применение соответствующих средств правовой защиты, если после получения возможности действовать по своему усмотрению прямо или косвенно подтверждает договор (ст. 4:114 ПЕДП).

Аналогичные правила содержатся в ст. 3.8, 3.9 и 3.12 Принципов УНИДРУА.

Смешение в отечественной доктрине и законодательстве категорий «недействительный» и «порочный» отрицательно сказывается на стабильности договорных отношений, порождает массовые злоупотребления правом на оспаривание договора. Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ попытался разрешить эту проблему самостоятельно в постановлении № 57 от 23 июля 2009 г. «О некоторых процессуальных вопросах практики рассмотрения дел, связанных с неисполнением либо ненадлежащим исполнением договорных обязательств». Но эта попытка успеха не принесла, так

[1] Глава 3 Принципов УНИДРУА, гл. 4 ПЕДП, разд. 6 Свода сентРАЛ.

как решать проблему необходимо системно, осмыслив и уточнив доктринальные подходы к пониманию недействительности договоров.

В Концепции развития гражданского законодательства также обращается внимание на проблему недействительности сделок, однако решать ее предлагается не на основе нового lex mercatoria, а путем ряда малоэффективных предложений. В частности, вместо выведения заключенных под влиянием заблуждения и обмана коммерческих сделок из категории недействительных и наделения пострадавших лиц правом на отказ от таких сделок и возмещение убытков предлагается заняться уточнением критериев заблуждения, предусмотреть возможность обмана, исходящего от третьего лица и т.д.[1] В результате такого рода законодательных новаций положения российского договорного права о недействительности сделок как были, так и останутся неконкурентоспособными.

Помимо кардинальной переработки положений ГК о недействительности сделок требуется не менее существенная переработка положений о порядке и способах заключения договоров. Пока российское законодательство (п. 2 ст. 432 ГК РФ) предусматривает единственный, чрезмерно жесткий порядок заключения договоров, а именно путем направления оферты и ее обязательного акцепта. Альтернативные способы заключения договоров, широко применяемые на практике и регламентируемые в источниках нового lex mercatoria, пока внедрять в российскую экономику не предполагается.

Например, договорники-практики указывают на преимущества заключения договоров путем обмена стандартными (общими) условиями. Соответствующий способ заключения договоров широко применяется в зарубежных экономиках и зарекомендовал свою эффективность. Стандартные условия, объем которых может достигать десятков, а то и сотен печатных страниц, разрабатываются хозяйствующими субъектами заблаговременно и при заключении договоров с контрагентами специально не согласовываются. Поскольку разрабатываемые таким образом разными субъектами стандартные условия никогда не будут совпадать, процедура заключения договоров с их применением оптимизирована так, что для заключения договора достаточно простого соглашения сторон, и договор будет считаться заключенным на тех стандартных условиях, которые совпадают или соответствуют друг другу по существу. Договор не будет считаться заключенным только в том случае, если контрагент заблаговременно и прямо укажет или незамедлительно проинформирует другую сторону о том, что он не имеет намерения быть юридически обязанным по этому договору[2].

Такой процесс заключения огромных с точки зрения объема предлагаемых стандартных условий договоров занимает часы, а то и минуты. Если бы стороны вступали в переговоры по всем не устраивающим их стандартным условиям контрагента, то этот процесс растянулся бы на дни и недели.

---

[1] Концепция развития гражданского законодательства РФ. — М., 2009. — С. 40.

[2] Статья 2:209 ПЕДП, ст. 4.2.7 Свода СЕНТРАЛ, ст. 2.1.22 Принципов УНИДРУА.

Естественно, такая упрощенная процедура заключения договоров вызывает соблазн различного рода манипуляций. Однако и эта проблема решаема: за рубежом используются эффективные правовые механизмы. Например, согласно ст. 2:104 ПЕДП стандартные условия могут быть применены против стороны, которая о них не знала, только если сторона, требующая их применения, предприняла разумные шаги для того, чтобы привлечь к ним внимание другой стороны до или во время заключения договора. В соответствии со ст. 5:103 ПЕДП, ст. 4.4.5 Свода СЕНТРАЛ в случае сомнения относительно специально не согласованного стандартного условия предпочтение отдается толкованию, которое противоположно интересам предложившей его стороны.

В России подобный способ заключения договоров, как, впрочем, и путем направления письменных подтверждений об условиях заключенного договора (ст. 2.1.12 Принципов УНИДРУА), сегодня неприменим. ГК РФ не допускает возможности заключения договоров вышеописанными способами: в соответствии со ст. 443 направление акцептантом собственных стандартных условий договора, которые, как отмечалось, всегда будут отличаться от стандартных условий оферента, считается новой офертой. Возможен, правда, вариант, когда стандартные условия принимаются путем присоединения к договору (ст. 428), но это устаревший и малоэффективный подход, который в развитых экономиках применяется в весьма ограниченных ситуациях.

Концепция развития гражданского законодательства РФ не предполагает внедрения современных способов заключения договоров в отечественную экономическую практику. Предлагаемый в Концепции акцепт на иных условиях, существенно не меняющих условий оферты[1], сам по себе мало что дает, поскольку смысл описанного выше механизма заключения договора на стандартных условиях состоит в автоматическом отсечении противоречащих друг другу стандартных условий, а не в сохранении тех из них, которые предложены акцептантом. Применительно к письменным подтверждениям договора (ст. 2.1.12 Принципов УНИДРУА) акцепт на иных условиях вообще оказывается неприменим.

Итак, анализ практики договорной работы убеждает в неконкурентоспособности отечественного договорного права и заставляет ставить вопрос о необходимости его реформирования на базе источников нового lex mercatoria. Целесообразно уточнить Концепцию развития гражданского законодательства РФ в части положений договорного права. В противном случае Россия не сможет преодолеть экономическую отсталость и добиться модернизационного успеха.

[1] Концепция развития гражданского законодательства РФ. — М., 2009. — С. 123.

О.А. Беляева,
кандидат юридических наук
(ИЗиСП)

ИНСТИТУТ ТОРГОВ В КОНТЕКСТЕ МОДЕРНИЗАЦИИ ОТЕЧЕСТВЕННОЙ ЭКОНОМИКИ

Торги — несомненный атрибут рыночной экономики, процедура, существующая лишь в конкурентной среде и нацеленная на объективное выявление лучшего контрагента.

В отечественном законодательстве в последние годы наметился явный переход к повсеместному использованию аукционных торгов, происходит постепенный отказ от использования процедур конкурсного отбора. Такая тенденция характерна для земельных отношений, размещения государственного и муниципального заказа, продажи имущества должника в процессе банкротства. Хотя, безусловно, есть сферы, где аукционная форма торгов является единственно возможной и целесообразной (исполнительное производство, реализация предмета ипотеки, на который обращено взыскание).

Можно ли считать такое положение дел отвечающим потребностям модернизации экономики, сказать довольно сложно, ведь российское законодательство нечетко разграничивает основные формы торгов. По сути аукцион — это тот же самый конкурс, но лишь с одним критерием отбора, в качестве которого выступает цена. Допустимо дать и определение конкурса через понятие аукциона, поскольку конкурс — это тот же самый аукцион, участники которого прошли определенный квалификационный отбор и по заключению конкурсной комиссии удовлетворяют всем заявленным требованиям (критериям).

Основным недостатком конкурса принято считать возможность принятия заказчиком субъективного решения при оценке заявок участников, например, по критериям «квалификация», «качество товара (работы, услуги)». Так, лесные конкурсы после длительных дискуссий были отменены как якобы порождающие коррупцию и злоупотребления. Многие специалисты считают, что именно аукционы дают широкие возможности по эксплуатации лесных ресурсов, позволяют максимальным образом реализовать принцип гласности в сфере распределения лесных участков[1]. На наш взгляд, нет серьезных оснований отдавать предпочтение именно аукционам, причем не только по той причине, что принцип гласности в сфере

[1] См., например: Реализация прав собственности на природные ресурсы: Монография / Колл. авт. — М., 2007. — С. 181, 182; *Козлова С.* Новый Лесной кодекс // Корпоративный юрист. — 2007. — № 2.

лесопользования формально законом не закреплен. Сомнительна сама по себе целесообразность принципа «кто больше заплатит», на котором базируется система аукционов (ст. 78 Лесного кодекса РФ).

В этой связи Г.Е. Быстров обоснованно предлагает возродить к жизни систему лесных конкурсов, закрепив преимущественное право на участие в них для предприятий, имеющих мощности по глубокой переработке древесины, если договор предусматривает заготовку древесины. Преимущественное право при одинаковой ставке платы он считает необходимым закрепить и за предприятиями, которые ранее осуществляли соответствующие виды лесопользования, не нарушали законодательство и прошли добровольную лесную сертификацию[1].

В.К. Быковский справедливо отмечает, что передача лесных участков по единственному критерию может привести к монополизации лесопользования крупными предприятиями, вытеснению среднего и малого бизнеса, банкротству градообразующих предприятий; победителями лесных аукционов могут оказаться структуры, не имеющие прямого отношения к лесному хозяйству[2]. Ученые-экономисты также высказывают серьезные сомнения относительно того, что Лесной кодекс РФ отдал предпочтение аукционам, т.к. уровень конкуренции на лесных аукционах незначителен, в них принимают участие, как правило, не более трех лиц[3].

Крайне сложно разграничить формы торгов при предоставлении земельных участков для строительства[4]. Форму торгов определяет собственник земельного участка (п. 3 ст. 38 Земельного кодекса РФ), причем трудно сказать, какая является для него предпочтительной. На первый взгляд аукционы выгоднее, чем земельные конкурсы, т.к. в последних нет главного принципа — покупателем (арендатором) становится предложивший самую высокую цену, зато определены другие, зачастую второстепенные условия. На этот счет высказываются порой противоположные мнения. Так, В.В. Солдатенков настаивает на целесообразности проведения аукционов[5]. С.В. Беляева предлагает вводить преимущественно конкурсные процедуры предоставления земельных участков[6]. О.Г. Ершов указывает на необходимость проведения торгов по предоставлению земельного участка

---

[1] *Быстров Г.Е.* Противоречия Лесного кодекса РФ и новая концепция правового регулирования лесных отношений // Экологическое право. — 2007. — № 5. — С. 18.

[2] *Быковский В.К.* Правовое регулирование использования лесов на землях лесного фонда: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2008. — С. 28.

[3] См.: *Манаков А.* Лесные торги в контексте современной теории аукционов // Вопросы экономики. — 2007. — № 3. — С. 92, 94.

[4] См. также: *Беляева О.А.* Формы торгов при предоставлении земельных участков для строительства // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2007. — № 10. — С. 20, 21.

[5] *Солдатенков В.В.* Правовое регулирование купли-продажи права аренды земельных участков по конкурсу в городе Москве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2001. — С. 18.

[6] *Беляева С.В.* Предоставление земельных участков для строительства из земель, находящихся в государственной или муниципальной собственности // Законодательство и экономика. — 2005. — № 10. — С. 57.

одновременно с конкурсом по выбору застройщика[1]. Кстати, такая практика существует в Республике Молдова, где помимо аукционов проводятся земельные конкурсы, на которых одним из критериев конкурсного отбора является проектное решение здания, под постройку которого приобретается земельный участок. В подобном конкурсе финансовое предложение участника оценивается во вторую очередь.

Сейчас земельные аукционы имеют бóльшее применение, чем земельные конкурсы, поскольку российское законодательство предусматривает именно аукционную форму торгов во всех случаях предоставления земельных участков для жилищного строительства (ст. 38.1, 38.2 Земельного кодекса РФ). Сфера применения земельных конкурсов ограничивается предоставлением земельных участков для строительства нежилой недвижимости.

Практика показывает, что определить победителя земельного конкурса довольно сложно именно из-за наличия наряду с ценой иных критериев отбора. Причем нечетко сформулированные критерии конкурсного отбора изначально ставят участников конкурса в неравные условия. Так, А.А. Байметов отмечает, что довольно часто условием победы в земельном конкурсе называется победа (а лучше несколько побед) в ранее проводимых аналогичных конкурсах[2]. Негативное отношение к земельным конкурсам продиктовано тем, что конкурсные условия нередко формулируются таким образом, чтобы им мог соответствовать один конкретный претендент, заранее известный заказчику конкурса.

Земельные конкурсы в том виде, как они регламентированы российским законодательством сейчас, практически идентичны аукционам. Ведь победитель должен при соблюдении всех конкурсных условий предложить наибольшую цену или наибольший размер арендной платы за земельный участок[3]. Поэтому, на наш взгляд, преобладающей формой земельных торгов должен стать открытый аукцион, на котором единственным критерием определения победителя торгов выступает цена объекта. Однако «открытость» подобного аукциона следует поставить в определенные рамки, иными словами, нужен избирательный подход к участникам аукциона, их готовность соблюдать определенные условия использования земли, а также предложить максимальную цену.

Проблема четкого определения формы торгов может быть проиллюстрирована нормами Закона РФ от 21 февраля 1992 г. № 2395-1 «О недрах»[4]

---

[1] *Ершов О.Г.* О предоставлении застройщикам земельных участков под строительство // Право и экономика. — 2007. — № 4. — С. 92.

[2] *Байметов А.А.* Понятие, юридическая природа и принципы торгов земельными участками // Пробелы в российском законодательстве. — 2008. — № 2. — С. 126.

[3] Подпункт «в» п. 24 Правил организации и проведения торгов по продаже находящихся в государственной или муниципальной собственности земельных участков или прав на заключение договоров аренды таких земельных участков, утв. постановлением Правительства РФ от 11 ноября 2002 г. № 808 // СЗ РФ. — 2002. — № 46. — Ст. 4587.

[4] СЗ РФ. — 1995. — № 10. — Ст. 823.

(далее — Закон о недрах). Поначалу в нем фигурировал сдвоенный термин «конкурс и аукцион» или «конкурс (аукцион)». Подобная терминология была и неудобна, и нецелесообразна, а потому А.И. Перчик предлагал ввести в Закон о недрах обобщающий термин «торги», чтобы понятийный аппарат этого Закона соответствовал нормам ГК РФ[1]. Впоследствии понятие «торги» так и не было включено в текст Закона о недрах, зато теперь аукционы и конкурсы регулируются в нем как два самостоятельных способа выявления недропользователей. Причем критерии определения победителя аукциона и победителя конкурса строго разграничены. Основные критерии выявления победителя при проведении конкурса на право пользования участком недр включают в себя научно-технический уровень программ геологического изучения недр и использования участков недр, полноту извлечения полезных ископаемых, вклад в социально-экономическое развитие территории, сроки реализации соответствующих программ, эффективность мероприятий по охране недр и окружающей среды, обеспечение обороны страны и безопасности государства. Победитель аукциона на право пользования участком недр, в свою очередь, определяется исключительно по размеру разового платежа за право пользования участком недр (ст. 13.1 Закона о недрах).

Тем не менее на практике постоянно происходит совмещение аукционов и конкурсов в различных формах. Как отмечает Н.В. Лавочкина, в одних случаях в качестве условия конкурса называются разовые и регулярные платежи за пользование недрами, в других — аукцион используется при проведении второго тура конкурса, если в первом не удалось выявить победителя[2].

Зачастую заказчик торгов устанавливает смешанные (и аукционные, и конкурсные) требования к победителю, который должен одновременно предложить и лучшие условия исполнения договора, и лучшую цену. Нужно согласиться с мнением И.С. Петрова и В.В. Балакина, что в таком случае конкурс и аукцион будут практически идентичны друг другу[3]. С.В. Савина причину смешения конкурса и аукциона как форм торгов видит в отсутствии законодательного определения конкурса[4]. Ю.С. Турсунова предлагает в некотором роде «революционный подход»: выделить третью форму торгов, назвав ее «субконкурс»[5].

---

[1] *Перчик А.И.* Горное право: Учеб. 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2002. — С. 253.

[2] *Лавочкина Н.В.* Основания и порядок проведения торгов на право пользования недрами в российском праве // Вестник Пермского университета. Юридические науки. — Пермь, 2008. Вып. 6 (22). — С. 264.

[3] *Петров И.С.* Приватизационные торги: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2005. — С. 10; *Балакин В.В.* Торги как институт гражданского права в условиях современной рыночной экономики: Дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2004. — С. 43.

[4] *Савина С.В.* Правовое регулирование организации и проведения конкурсов в предпринимательской деятельности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2007. — С. 4.

[5] *Турсунова Ю.С.* Торги как способ заключения договора: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — СПб., 2004. — С. 5.

С.В. Матиящук считает, что в основе проведения конкурса в отличие от аукциона лежит идея состязательности, направленная на достижение наилучшего результата[1]. Представляется, что это принципиально не так. Ведь идея состязательности или соревнования не разграничивает, а, напротив, объединяет аукцион и конкурс, т.к. является конститутивным признаком любых торгов вне зависимости от их формы.

Нужно сказать, что предложение лучшей цены на аукционе можно считать частным случаем предложения лучших условий на конкурсе. В то же время цена может иметь главенствующее значение и при проведении конкурсов. Так, основным критерием для определения лучших условий исполнения государственного или муниципального контракта является именно цена контракта. Наличие в конкурсной (аукционной) заявке предложения о цене контракта, превышающей его начальную (предельную) цену, является достаточным основанием для отказа в допуске к участию в конкурсе (подп. 4 ч. 1 ст. 12 Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд»[2]). Здесь цена контракта выступает отборочным критерием.

Для определения лучших условий исполнения контракта, предложенных в заявках на участие в конкурсе, конкурсная комиссия должна оценивать и сопоставлять заявки по цене контракта и иным критериям, указанным в конкурсной документации (ч. 4 ст. 28 названного Федерального закона). Здесь цена контракта является оценочным критерием. Конечно, победитель конкурса не определяется только лишь по предложенной им цене контракта. При наличии нескольких заявок с ценой предложения ниже начальной эти заявки должны сопоставляться конкурсной комиссией по всем критериям, в такой ситуации цена конкурсного предложения приоритетной уже не является. Тем не менее очевидно, что цена — это не второстепенный критерий конкурсного отбора.

«Конкуренция» между аукционами и конкурсами — отнюдь не новая проблема для нашего законодательства. Уместно будет привести высказывание М. Позняка, критиковавшего в свое время норму советского законодательства о том, что «заказчик не обязан оставить подряд (поставку) за соревнователем, предложившим самую низкую цену, но имеет право руководствоваться, кроме предложенных соревнователями цен, также и кредитоспособностью, опытностью и т.п. данными, могущими в совокупности обеспечить максимальную для заказчика выгоду»[3]. Он отмечал, что данное правило «может способствовать насаждению категорий излюбленных поставщиков, что создает известное сближение с учреждением, которое они обслуживают, способствует снисходительности в инте-

---

[1] *Матиящук С.В.* Оценка и сопоставление заявок на участие в конкурсе: проблемы и возможные пути их решения // Законодательство и экономика. — 2008. — № 10. — С. 60.

[2] СЗ РФ. — 2005. — № 30 (ч. 1). — Ст. 3105.

[3] *Позняк М.* Производство публичных торгов на государственные подряды и поставки по новому положению // Еженедельник советской юстиции. — 1928. — № 18. — С. 551.

ресах контрагента, иногда идущих в ущерб государственным интересам»[1]. В связи с этим предлагалось заменить понятие «наиболее выгодные условия» понятием «наиболее низкая цена».

Однако же и на аукционе есть масса возможностей создать преференции конкретным претендентам[2]. Чтобы продемонстрировать непродуманность законодательного тяготения к аукционам, достаточно отвлечься от юриспруденции и обратиться к теории игр — разделу прикладной математики, который изучает оптимальные стратегии в играх.

Игра — это процесс, в котором участвуют две и более стороны, ведущие борьбу за реализацию своих интересов. Каждая из сторон имеет свою цель и использует некоторую стратегию, которая может вести к выигрышу или проигрышу — в зависимости от поведения других игроков. Разновидностью игры являются торги (аукционы и конкурсы). Возьмем для примера «торги покупателя», победитель которых определяется по наименьшей цене или наименьшей цене в совокупности с другими условиями. Хотя участники торгов предлагают заказчику оптимальную, с их точки зрения, цену и в среднем оценивают свои возможности и ситуацию правильно, оказывается, что победитель, как правило, получает заказ (заключает контракт, договор) по цене ниже экономически оправданной. Расчет условных вероятностей в такой математической модели однозначно показывает, что чаще всего побеждает тот участник торгов, который переоценил свои возможности. Это удивительное математическое следствие называют «проклятием победителя» (англ. winner's curse), оно является неотъемлемой особенностью любых открытых рынков и аукционов, причем как аукционов по покупке товаров, так и аукционов по предложению услуг. «Проклятие победителя» (ошибка получения нерентабельного контракта, в широком смысле — информационная асимметрия рынка) существует независимо от того, осознают ли участники рынка такую опасность. Это неизбежное следствие условий задачи, а отнюдь не ошибок в рассуждениях или тактике участников[3].

Самое привлекательное по цене предложение редко оказывается на практике самым выгодным. Заниженная цена часто означает, что поставщик переоценил свои возможности, работает себе в убыток или на пределе рентабельности и, следовательно, не имеет резерва надежности. В результате работа часто делается с существенно более низким качеством, чем изначально предполагалось, и дольше, чем было запланировано, при этом не следует исключать возможность, что заказ не будет выполнен вообще. Так что тот факт, что участник аукциона является победителем, говорит скорее не о его реалистичности, а о его оптимистичности.

---

[1] *Позняк М.* Производство публичных торгов на государственные подряды и поставки по новому положению // Еженедельник советской юстиции. — 1928. — № 18. — С. 551.

[2] См. подробнее: Лукавый тендер // New Times. — 2010. — 25 октября; Счетная палата проверила ФСФР и ФАС России // Аудит. — 2010. — № 9. — С. 1.

[3] См. подробнее: *Нейман Д., Моргенштейн О.* Теория игр и экономическое поведение. — М., 1970; *Оуэн Г.* Теория игр: учеб. пособие. — М., 2004 и др.

Неслучайно сейчас в России серьезно обострилась проблема ценового демпинга на аукционах, высказываются предложения ввести понятие «демпинг» в законодательные акты о торгах с тем, чтобы требовать от участника аукциона, сделавшего существенное снижение цены, объяснений, за счет каких альтернативных решений может быть выполнен договор по заведомо заниженной цене, либо установить некую «цену отсечения», по достижении которой аукцион должен быть прекращен[1]. Ведь известны случаи, когда аукционная цена снижается вплоть до 1 рубля или аукцион уходит в минус, как это уже случалось в практике работы Высшего Арбитражного Суда РФ[2].

Целесообразно все же избегать «голого» ценового аукциона, на котором играет роль исключительно ценовое предложение с большим количеством участников. У компании с разумной ценовой политикой мало шансов выиграть на таком аукционе. Поэтому переход к аукционам везде и всюду под маркой антикоррупционных процедур заведомо является ошибочным, нерациональность использования такой игры уже давно доказана математиками. Как верно отмечено И.А. Андреевым, преимущественное использование модели конкурса или аукциона зависит от уровня стандартизации предмета торгов: чем он выше, тем большую распространенность должен иметь аукцион как способ заключения договора[3].

На наш взгляд, дихотомическое разделение торгов на аукционы и конкурсы в законодательстве может быть сохранено, выделение неких промежуточных форм между ними вряд ли оправданно. Представляется, что будущее принадлежит аукционам с ограниченным кругом участников, с избирательным подходом к претендентам на участие в них. Ужесточение требований к претендентам на участие в аукционе — это та золотая середина, которая позволит найти некий компромисс между конкурсами и аукционами.

---

[1] Проблемы борьбы с ценовым демпингом на аукционах были предметом дискуссии в ходе Парламентских слушаний, проведенных Комитетом Государственной Думы РФ по строительству и земельным отношениям 18 октября 2010 г.

[2] Об аукционе по технической поддержке сайтов арбитражных судов, закончившемся с ценой «минус 26,6 тыс. руб.», см. подробнее: *Новиков В.* Госзакупка с отрицательным результатом // http://www.rian.ru/pravo_issue/20091224/201196783.html

[3] *Андреев И.А.* Заключение договора оказания финансовых услуг субъекту естественной монополии посредством открытого конкурса в гражданском праве Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2009. — С. 11.

К.В. Кичик,
ассистент
(МГУ)

К ВОПРОСУ О ПОНЯТИЯХ «ПРОКЬЮРЕМЕНТ» И «ЗАКУПКИ»

Обращение к вопросам формирования и реализации государственного (муниципального) заказа предполагает оперирование экономическими понятиями, многие из которых имеют также и юридическое значение. Во избежание путаницы и неоднозначного их понимания представляется необходимым определение содержания этих понятий и обозначение различий между ними.

Относительно новым экономическим институтом является прокьюремент, под которым экономисты понимают, прежде всего, «совокупность практических методов и приемов, позволяющих максимально обеспечить интересы заказчика при проведении закупочной кампании посредством конкурсных торгов»[1]. «Прокьюремент» подразумевает создание прозрачной и справедливой системы закупок материальных ресурсов посредством организации регламентированных процедур, базирующихся на основе конкурсов (торгов, тендеров)[2].

В данном случае под заказчиком понимается любой субъект, заинтересованный в проведении закупочных процедур, представляющий интересы либо публично-правового образования, либо свои собственные.

Встречается и более узкое понимание прокьюремента как «системы организации государственных закупок продукции, работ и услуг, обеспечивающей экономное расходование средств бюджета»[3].

«Под прокьюрементом в международной практике принято понимать форму управленческой технологии, совокупность практических методов, приемов, инструментов, используемых в процессе организации государственных закупок, распределения государственных заказов в процессе проведения конкурсных торгов, предоставления объектов в аренду или кон-

---

[1] Организация и проведение конкурсов на закупку продукции для федеральных государственных нужд: Учебно-методическое пособие для государственных служащих / под ред. В.И. Смирнова, Н.В. Нестеровича. — М., 2002. — С. 12. См. также: *Смирнов В.И.* Ошибочные цели — ложный результат эффективности общественных закупок // Государственные и муниципальные закупки-2008. Сборник докладов III Всероссийской практической конференции-семинара. — М., 2008. — С. 140.

[2] См.: *Чистякова Е.А.* Государственные закупки в России / под ред. проф. В.Т. Денисова. — Саратов, 2004. — С. 7.

[3] *Афанасьев М.В., Афанасьева Н.В., Кныш В.А.* Государственные закупки в рыночной экономике. — СПб., 2004. — С. 17. См. также: *Лопатников В.С., Соколова И.П., Тажетдинов С.Р.* Закупки для государственных нужд: Особенности законодательства и контроль за его соблюдением (на примере Санкт-Петербурга). — СПб., 2008. — С. 226.

цессию в целях рационализации процедур, облегчения их прохождения для участников, соблюдения справедливости, предотвращения коррупции»[1].

Если понимать под прокьюрементом систему организации именно государственных закупок, представляется спорной точка зрения, согласно которой совокупность методов и приемов, составляющих содержание прокьюремента, позволяют «максимально обеспечить интересы покупателя»[2]. Возможно, автор не учла существующее в законодательстве различие между государственными заказчиками и покупателями. Указанные субъекты в некоторых случаях совпадают (прежде всего, когда госзаказчик заключает договор на обеспечение так называемых собственных нужд). Однако при сложной структуре договорных связей, предусматривающей заключение в соответствии с государственным контрактом договоров поставки товаров для государственных и муниципальных нужд (ст. 529 ГК РФ), покупатель выступает в качестве самостоятельного субъекта.

Существует и еще одно понимание прокьюремента: «Прокьюремент — это западная система организации закупок и размещения заказов. Это слово, пока еще почти не известное в России, может быть переведено как материально-техническое обеспечение. В отличие от концепции снабжения, принятой в плановой экономике, прокьюремент исходит из того, что каждый экономический агент, будь то государственная организация или частное предприятие, должен сам обеспечивать свои потребности, покупая необходимые товары и услуги на открытом рынке»[3].

Прокьюремент понимается как система организации закупок для удовлетворения собственных нужд. Заказчиком в этом понимании прокьюремента вполне может выступать любое юридическое или физическое лицо, реализующее свои имущественные интересы посредством проведения торгов и использования других институтов закупок (примером удачного применения закупочных процедур может служить опыт РАО «ЕЭС России»[4]).

Большинство экономистов выделяют следующие принципы прокьюремента (их также называют принципами закупок): открытость (гласность), равноправие (справедливость), экономичность, эффективность, ответственность[5]. Дополнительно в качестве принципов прокьюремента в юридической литературе выделяют также поддержку отечественной индустрии и занятости, социальную справедливость, развитие регионов, националь-

---

[1] *Корепанова-Камская Д.С.* Принуждение к совершению сделки или отказу от ее совершения как возможный риск прокьюремента // Законодательство. — 2010. — № 6.

[2] *Афанасьева Н.В.* Прокьюремент в системе государственного регулирования предпринимательства. Цит. по: *Афанасьев М.В., Афанасьева Н.В., Кныш В.А.* Указ. соч. — С. 18.

[3] *Захаров А.Н.* Организация закупок и размещение заказов (прокьюремент). — М., 1996. — С. 5, 6.

[4] См. подробнее: Эффективное управление корпоративными закупками. Опыт РАО «ЕЭС России» / Под общ. ред. Г.А. Сухадольского. — М., 2007.

[5] См.: Становление рыночной системы государственных закупок в России / В.И. Смирнов, Н.В. Нестерович, Е.Ю. Гончаров и др. — Казань, 2000. — С. 51, 52; *Чистякова Е.А.* Указ. соч. — С. 7, 8 и др.

ную безопасность[1], конкуренцию, защиту окружающей среды, поддержание устойчивого развития[2] и др.

Институт прокьюремента является сугубо экономическим. Несмотря на это, термин «прокьюремент» употребляется в официальных документах, пусть и крайне редко[3]. Активно использовать столь экзотичный термин в нормативных актах отечественный законодатель не решается. В то же время некоторые специалисты употребляют его на практике.

Весьма близким к термину «прокьюремент» и более знакомым отечественным правоприменителям является термин «закупки» («государственные закупки»), часто употребляемый в отношениях по размещению государственного заказа.

В юридической литературе отмечается, что в России даже в официальных документах, имея в виду «государственные закупки», часто употребляют термины «торги», «конкурсы», «тендеры», что является отражением пока еще недостаточной «закупочной культуры» и суженного понимания существа процесса[4].

За рубежом государственные закупки часто называют «правительственными закупками» («правительственными заказами»). Причем принятый у нас термин «государственные закупки» в целом соответствует общепринятому в международной практике понятию «правительственные закупки» (government procurement), поскольку оба термина указывают на субъект закупочной деятельности (правительство в широком смысле, включая все государственные и муниципальные органы) и тем самым определяют процедурные («технологические») и правовые особенности госзакупок[5].

Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг[6], на котором основаны многие законы о государственных закупках стран Вос-

---

[1] См.: *Сироткина Н.Г.* Государственные и муниципальные закупки как часть бюджетного процесса в Российской Федерации. — Н. Новгород, 2006. — С. 5.

[2] См.: *Лопатников В.С., Соколова И.П., Тажетдинов С.Р.* Указ. соч. — С. 212.

[3] В соответствии с п. 1.2.2 генерального соглашения между Тендерным комитетом г. Москвы и ОАО «Объединенная редакция изданий Мэра и Правительства Москвы» от 3 июня 2004 г. стороны обязуются «осуществлять совместную деятельность в сфере развития системы городского прокьюремента» (СПС «КонсультантПлюс»). Можно привести и другие примеры употребления термина «прокьюремент» в официальных документах (Методические рекомендации по организации мероприятий, направленных на обеспечение сбалансированности местных бюджетов, утв. постановлением Администрации Корякского автономного округа от 3 мая 2007 г. № 258; постановление Администрации города Рязани от 23 мая 2007 г. № 1544 «Об утверждении Программы обучения муниципальных служащих города Рязани на 2007 год» // СПС «КонсультантПлюс»).

[4] Становление рыночной системы государственных закупок в России. — Казань, 2000. — С. 22.

[5] Там же. — С. 21.

[6] Принят в г. Нью-Йорке 31 мая 1994 г. 17 июня 1994 г. на 27-й сессии ЮНСИТРАЛ // СПС «КонсультантПлюс».

Законодательство, основанное на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг или в значительной мере опирающееся на него, принято во многих государствах, в том числе в Азербайджане, Албании, Афганистане, Бангладеш, Гайане, Гамбии, Гане, Замбии, Казахстане, Кении, Кыргызстане, на Маврикии, Мадагаскаре, в Малави, Молдо-

точной Европы, под закупками понимает «приобретение любыми способами товаров (работ) или услуг» (ст. 2 Закона).

Похожее определение закупок содержится в Законе Украины от 1 июня 2010 г. № 2289-VI «Об осуществлении государственных закупок». В соответствии со ст. 2 Закона под государственными закупками понимается «приобретение заказчиком товаров, работ и услуг за государственные средства» в установленном Законом порядке.

Указанные определения закупок представляются весьма абстрактными в связи с недостаточной определенностью слова «приобретение», под которым некоторые специалисты понимают не только переход права собственности на имущество по гражданско-правовой сделке, но и иные формы «получения» имущества[1].

При регулировании отношений по закупкам и поставкам сельскохозяйственной продукции в Российской Федерации термин «закупка» употребляется в специальном значении. При этом «закупка» противопоставляется «поставке».

Так, согласно ст. 1 Федерального закона от 2 декабря 1994 г. № 53-ФЗ «О закупках и поставках сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд»[2], под закупкой понимается форма организованного приобретения государством сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия у товаропроизводителей (поставщиков) для последующей переработки или реализации потребителю (покупателю) на взаимовыгодных договорных условиях. В похожем значении термин «закупка» употребляется в ст. 535 ГК РФ (договор контрактации).

Под поставкой же в Законе понимается форма организованных договорных отношений между товаропроизводителем (поставщиком) и потребителем (покупателем) готовой для использования сельскохозяйственной продукции и продовольствия.

Похожие определения закупок и поставок содержатся в аналогичных региональных законах[3].

Одни авторы разграничивают договор закупки и договор поставки сельскохозяйственной продукции для государственных нужд, другие, напро-

---

ве, Монголии, Непале, Нигерии, Объединенной Республике Танзании, Польше, Руанде, Румынии, Словакии, Уганде, Узбекистане, Хорватии и Эстонии (Статус типовых законов ЮНСИТРАЛ по состоянию на 14 мая 2009 г. // СПС «КонсультантПлюс»).

[1] В «Межамериканской Конвенции о транспарентности приобретений обычных вооружений» указано: ««Приобретение» означает получение обычных вооружений посредством купли, аренды, закупок, дарения, ссуды или любым иным способом, будь то из зарубежных источников или за счет отечественного производства. «Приобретение» не включает получение прототипов, опытных изделий и оборудования на стадии исследований, разработки, испытания и оценки в той мере, в какой такие прототипы, изделия или оборудование не включаются в состав вооруженных сил» (СПС «КонсультантПлюс»).

[2] СЗ РФ. — 1994. — № 32. — Ст. 3303.

[3] См., например: ст. 1 Закона Республики Башкортостан от 21 декабря 1994 г. № ВС-26/16 «О закупках и поставках сельскохозяйственной продукции и продовольствия для государственных нужд в Республике Башкортостан» (СПС «КонсультантПлюс»).

тив, рассматривают договор закупки и поставки сельскохозяйственной продукции для государственных нужд как единый договор[1].

Таким образом, определение государственных закупок, содержащееся в Законе № 53-ФЗ, не может быть использовано в качестве универсального для всех госзакупок в связи со спецификой регулируемых указанным законом отношений.

Встречается в специальном законодательстве и иное соотношение понятий «закупка» и «поставка». Так, например, согласно ст. 2 Федерального закона от 29 декабря 1994 г. № 79-ФЗ «О государственном материальном резерве»[2], под поставкой материальных ценностей в государственный резерв понимается «закупка и (или) отгрузка (доставка) материальных ценностей в организации для хранения». В то же время, согласно ст. 2 Федерального закона от 22 ноября 1995 г. № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции»[3], под оборотом продукции понимается ее «закупка (в том числе импорт), поставки (в том числе экспорт), хранение и розничная продажа».

В специальном (узком) значении термин «закупка» употребляется и в иных законах[4].

Госзакупкам уделяется большое внимание в экономической литературе.

«На практике термин «государственные закупки» используется только в рамках характеристики взаимодействия государственных заказчиков с поставщиками товаров, работ, услуг», в то же время «в макроэкономической теории содержание термина «государственные закупки» близко к его современному юридическому толкованию и подразумевает под собой часть произведенных в стране или за рубежом товаров и услуг, закупаемых правительством, государственными органами за счет средств государственного бюджета»; «государственный заказ — есть одна из форм проявления государственных закупок в транзитивной экономике»[5]. Таким образом, категория «государственный заказ» рассматривается в качестве более узкой по отношению к категории «государственные закупки», что, по нашему мнению, противоречит содержанию указанных понятий.

Государственные закупки следует рассматривать исключительно в качестве инструмента реализации государственного заказа. Сформирован-

---

[1] См.: *Носова З.И.* Договоры о закупках сельскохозяйственной продукции. — М., 2004.

[2] СЗ РФ. — 1995. — № 1. — Ст. 3.

[3] СЗ РФ. — 1995. — № 48. — Ст. 4553.

[4] Например, согласно ст. 49 Федерального закона от 8 января 1998 г. № 3-ФЗ «О наркотических средствах и психотропных веществах» проверочная закупка — это оперативно-розыскное мероприятие, при котором с ведома и под контролем органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, допускается приобретение наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, а также инструментов или оборудования // СЗ РФ. — 1998. — № 2. — Ст. 219.

[5] *Демин А.А.* Государственный заказ как фактор развития государственного сектора трансформационной экономики: теоретико-экономические аспекты: Дис. ... канд. экон. наук. — Челябинск, 2007. — С. 65—71.

ный заказ можно реализовать лишь посредством закупок. Таким образом, категория «государственный заказ» не может быть более узкой по отношению к категории «государственные закупки». Эти понятия некорректно сравнивать между собой. Хотя с некоторой долей условности вполне допустимо включение госзакупок в содержание госзаказа, поскольку существование заказа без закупок теоретически возможно (если заказ сформирован, но не реализован — размещен и исполнен), а закупок без заказа — исключено.

«Сам термин «государственные закупки» почти в каждой стране интерпретируется по-своему. В большинстве случаев речь идет о закупках за счет государственного бюджета на обеспечение жизнедеятельности и функционирования органов государственной власти. При этом из понятия «закупки для государственных нужд» исключаются закупки товаров (работ, услуг), приобретаемых с целью их дальнейшей перепродажи»[1].

Такое же понимание государственных закупок отражено в п. 8 ст. III Генерального соглашения по тарифам и торговле (вступило в силу 1 января 1948 г.), согласно которому госзакупки осуществляются «для правительственных целей, а не для коммерческой перепродажи или для использования в производстве товаров для целей коммерческой продажи»[2].

По мнению А.Е. Зуева, «заказ» относится к формированию, «закупка» — к размещению, а «поставка» к исполнению госзаказа[3].

Пожалуй, можно согласиться с тем, что термин «закупка» имеет отношение, прежде всего, к размещению госзаказа. Государственный заказ размещается в соответствии с законодательно установленным порядком, который и называют «закупками».

Полагаем, что институт государственных закупок с юридической точки зрения очень близок к институту размещения государственного заказа. Понятие «государственные закупки» часто употребляют в научной и иной литературе при обозначении лишь «размещения заказа» (в том числе в таких словосочетаниях, как «законодательство о госзакупках», «закупочный механизм», «закупочные процедуры» и проч.). Иногда эти два термина просто совпадают.

Процесс закупок продукции для государственных нужд олицетворяется, прежде всего, с этапом размещения заказов на поставку продукции, поэтому и способы размещения заказов часто называют способами закупок продукции[4].

---

[1] *Кузнецов К.В.* Настольная книга поставщика и закупщика: торги, конкурсы, тендеры. — М., 2003. — С. 131.

[2] Генеральное соглашение по тарифам и торговле ГАТТ. — СПб., 1994 // СПС «КонсультантПлюс».

[3] *Зуев А.Е.* Государственный заказ как инструмент реализации экономической политики региона: на примере Санкт-Петербурга: Дис. ... канд. экон. наук. — СПб., 2005. — С. 16.

[4] См.: *Белов В.Е.* Правовое регулирование размещения государственных заказов // Право и экономика. — 2005. — № 2.

Исходя из этого, представляется обоснованным употребление таких терминов, как «простые закупки»[1] (или «закупки малого объема»[2], «микрозакупки»[3], т.е. размещение заказа на сумму, не превышающую установленного Центральным банком РФ предельного размера расчетов наличными деньгами в Российской Федерации между юридическими лицами по одной сделке), «конкурентные закупки на основе переговоров с несколькими поставщиками», «закупки в обычной торговой сети («с полки»)»[4], «лотовые» и «консолидированные закупки»[5] и проч.

Встречаются и не совсем удачные, по нашему мнению, термины, как, например, «субъектные закупки»[6], под которыми авторы понимают закупки, осуществляемые для нужд субъектов РФ.

Вывод о схожести категорий «закупка» и «размещение заказа» подтверждается при анализе норм действующих и утративших силу нормативных актов в рассматриваемой сфере. То, что по терминологии прежнего законодательства именовалось «закупкой из единственного источника»[7], по терминологии Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд»[8] называется «размещением заказа у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика)» (гл. 6).

Несмотря на приведенные аргументы, категории «государственная закупка» и «размещение государственного заказа» не совпадают по содержанию. Понятие «государственная закупка» является более объемным, поскольку включает в себя не только «размещение заказа», т.е. действия государственных заказчиков (уполномоченных органов) по определению поставщиков, но и элементы исполнения госзаказа (реализации государственного контракта). Сложно признать закупкой лишь определение поставщика в установленном порядке. Закупка предпола-

---

[1] *Доронкин А.С.* Изменения в Закон № 94-ФЗ в части способов и процедур размещения заказов // Госзаказ в вопросах и ответах. — 2009. — № 1. — С. 10; *Воробьева О.М.* Размещение заказа у субъектов малого предпринимательства: существующие проблемы и пути их решения // Государственные и муниципальные закупки-2008: Сборник докладов III Всероссийской практической конференции-семинара. — М., 2008. — С. 24.

[2] *Кузнецова И.В., Трефилова Т.Н., Еременко Н.В.* Размещение заказа в 2006—2008 годах: подводим итоги // Госзаказ: управление, размещение, обеспечение. — 2009. — № 15. — С. 37.

[3] *Бортенева О.А.* Способы размещения заказов на поставку товаров (работ, услуг) для государственных нужд в свете нового законодательства // Налоги (газета). — 2006. — № 8.

[4] Становление рыночной системы государственных закупок в России. — С. 23.

[5] Организация и проведение конкурсов на закупку продукции для федеральных государственных нужд. — С. 168—177; Предложения Координационного совета по антикризисным мерам в государственных закупках // Госзаказ: управление, размещение, обеспечение. — 2009. — № 15. — С. 24.

[6] *Тищенко А.Г.* О некоторых проблемах размещения государственного оборонного заказа // Право в Вооруженных силах. — 2006. — № 6.

[7] Подпункт «г» п. 30 Положения об организации закупки товаров, работ и услуг для государственных нужд, утв. Указом Президента РФ от 8 апреля 1997 г. № 305 (положение утратило силу) // СПС «КонсультантПлюс».

[8] СЗ РФ. — 2005. — № 30 (ч. 1). — Ст. 3105.

гает получение государственным заказчиком исполнения по государственному контракту.

Представляется спорной и точка зрения, согласно которой понятия «государственный заказ» и «государственные закупки» тождественны[1]. При этом под государственным заказом понимается «реализуемый в целях обеспечения государственных нужд сложный и непрерывный процесс, состоящий из совокупности последовательных этапов: прогнозирования, планирования и формирования, размещения, исполнения и контроля»[2].

Формирование государственного заказа (в т.ч. прогнозирование и планирование) и контроль за его надлежащим исполнением не входят в содержание понятия «государственные закупки». Последние имеют отношение лишь к размещению госзаказа и его исполнению. Закупки не формируются. Формируется заказ, на основании которого затем осуществляются закупки (определяется поставщик, исполняется контракт). Да, контроль за закупками осуществляется. Но этот контроль не является сущностным признаком закупок (и госзаказа, кстати, тоже), поскольку контроля (внутреннего и/или внешнего) может и не быть при осуществлении закупок.

Полагаем, что имеющаяся неопределенность в понимании термина «государственные закупки», как и категории «государственный заказ», послужила поводом для отказа российского законодателя от его употребления. В Законе о размещении заказов слово «закупка» не используется. Такое решение законодателя является обоснованным, поскольку обособление государственных закупок в самостоятельный экономико-юридический институт может внести путаницу в действующее правовое регулирование отношений по формированию и реализации государственного заказа.

---

[1] См.: *Кикавец В.В.* Государственный заказ или государственные закупки: неопределенность понятий и целей — основная причина правовых коллизий сферы государственного заказа в Российской Федерации // СПС «КонсультантПлюс».

[2] Там же.

С.А. Кощеев,
аспирант
(ПАГС)

ИНСТИТУТ ДОГОВОРНОГО НЕДРОПОЛЬЗОВАНИЯ КАК СРЕДСТВО МОДЕРНИЗАЦИИ ЭКОНОМИКИ

В настоящее время, когда хозяйствующие субъекты заняты поиском эффективных экономических решений и путей преодоления последствий экономического кризиса, нельзя обойти вниманием институт договорного недропользования, являющийся важным инструментом освоения труднодоступных участков недр и более полной выработки отработанных месторождений.

Действующее законодательство о недрах, включая Закон РФ от 21 февраля 1992 г. № 2395-1 «О недрах»[1] и Федеральный закон от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции»[2], в недостаточной степени регулирует такую значительную и важную сферу общественных отношений, как пользование недрами. Недропользователи сталкиваются с рядом сложных системных проблем, не урегулированных надлежащим образом действующей нормативно-правовой базой.

Система регулирования отношений недропользования, основанная на административном, лицензионно-разрешительном порядке допуска пользователей и осуществления ими пользовательских прав на эксплуатацию недр, не способствует устойчивому экономическому развитию государства, осложняет привлечение инвестиций и затрудняет рациональное природопользование. Недостаток действующей системы управления и распоряжения недрами заключается в гипертрофированной роли государства в управлении недрами, выражающейся в монополии лицензионно-разрешительного порядка недропользования, фактически снижающей активность хозяйствующих субъектов по геологическому изучению, разведке и добыче полезных ископаемых, особенно по истощенным и малодебитным месторождениям.

Современное законодательство о недрах России унаследовало от СССР основную концепцию управления недрами — административно-разрешительный механизм. Так, Закон РФ «О недрах» закрепил принцип разрешительного недропользования, который был установлен еще советским законодательством. В основе недропользовательских отношений по-прежнему лежит доктрина административного регулирования. Действующий подход не отвечает потребностям современного экономического разви-

[1] СЗ РФ. — 1995. — № 10. — Ст. 823.
[2] СЗ РФ. — 1996. — № 1. — Ст. 18.

тия, особенно с учетом того обстоятельства, что недропользователь в современной России является частным инвестором.

Исходя из сложившейся ситуации, очевиден вывод о необходимости трансформации подхода по предоставлению недр в пользование и развития договорного недропользования. При этом особый интерес представляет вопрос об основаниях возникновения отношений недропользования, в частности о правовой природе договора, порождающего право на добычу полезных ископаемых. Рассуждения о договоре, заключаемом государством с лицом, добывающим полезные ископаемые, зачастую сопровождаются указанием на арендную природу такого договора[1].

Арендной квалификации рассматриваемого договора препятствует противоречие действительной юридической направленности правоотношений по добыче полезных ископаемых установленной законом цели договора аренды (пользование объектом аренды). В Законе «О недрах» сказано, что недра предоставляются в пользование для разведки и добычи полезных ископаемых. Причем согласно ст. 10 указанного Закона срок пользования недрами определяется сроком отработки месторождения полезных ископаемых. Очевидно, что действительной правовой целью сторон является добыча полезных ископаемых с возникновением на них права собственности недропользователя. Достижение указанной цели полностью исчерпывает экономический интерес недропользователя. Более того, институт аренды не учитывает всего многообразия отношений между государством и недропользователем. Так, договором аренды не могут быть учтены все обстоятельства выполнения горных работ, лимитирование объемов добычи и порядок приобретения права собственности на полезные ископаемые. Таким образом, форма договора аренды является неприемлемой для оформления недропользовательских отношений.

Существует мнение об оформлении отношений по добыче полезных ископаемых в виде договора купли-продажи. Прежде всего, договор купли-продажи предполагает обязанность продавца передать покупателю известное количество товара. Проецируя договор купли-продажи на отношения по добыче полезных ископаемых, необходимо учесть, что собственник недр не может гарантировать недропользователю количество и качество полезных ископаемых, поскольку само нахождение ископаемых в конкретном участке недр носит вероятностный характер. Указанная особенность обусловлена свойствами недр. Величина вероятности может быть довольно значительной при наличии подробной и достоверной геологической информации и даже при осуществлении пробной добычи[2].

---

[1] См.: *Дроздов И.А.* Договоры на передачу в пользование природных ресурсов. — М., 2001. — С. 20, 85, 88; *Дудиков М.В.* О необходимости правового регулирования разделения участков недр на отдельные объекты недропользования // Экологическое право. — 2004. — № 4. — С. 32—35; *Он же.* О переходе права пользования участками недр // Экологическое право. — 2003. — № 3. — С. 7—12.

[2] См.: *Мельников Н.Н., Бусырев В.М.* Экономические аспекты освоения месторождений. — Апатиты, 2001. — С. 51—68.

Применение договора купли-продажи для оформления отношений по добыче полезных ископаемых едва ли правильно в связи с подрядным характером недропользовательских отношений. По сути, государство, являясь собственником недр и предоставляя право добычи третьим лицам, обязывает их к осуществлению подрядных работ по добыче недр. Подрядная обязанность пользователя недр также обусловлена требованием государства к уплате платежей, определяемых от стоимости добытых полезных ископаемых при их извлечении недропользователем. Соответственно, стоимость полезных ископаемых может быть определена только путем их фактической добычи. Указанное обстоятельство определяет характер недропользовательских отношений: если бы в подрядном элементе не было необходимости, то рассматриваемые отношения приобрели бы форму обычной купли-продажи строго определенного полезного ископаемого с известными количественными и качественными показателями.

П.М. Ходырев предлагает в законодательстве о недрах закрепить два вида договоров, на основании которых должна осуществляться добыча полезных ископаемых:

договор о выполнении работ по добыче полезных ископаемых (подрядный договор), в том числе условие о передаче подрядчику в качестве вознаграждения части добытых полезных ископаемых (соглашение о разделе продукции). При помощи подряда для государственных нужд можно поддерживать добычу полезных ископаемых на нерентабельных месторождениях, создавать и сохранять рабочие места в горнодобывающей промышленности, обеспечивать потребности экономики в стратегических видах полезных ископаемых. Данная позиция уже частично реализована в отечественном праве путем законодательного закрепления и практической реализации соглашений о разделе продукции;

договор, предусматривающий возникновение права собственности недропользователя на добытые им полезные ископаемые[1].

В мировой недропользовательской практике договор, наделяющий контрагента государства правом собственности на добытые полезные ископаемые, именуется концессионным[2]. Однако в отечественном законодательстве (ст. 4 Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях»[3]) участки недр не включены в число объектов концессионных соглашений.

Одним из ключевых является вопрос защиты от одностороннего прекращения прав недропользования. В условиях действующего лицензионного режима ситуация выглядит малопривлекательной для недропользователей. Нечетко и широко сформулированные нормы Закона РФ «О недрах» в части прекращения и приостановления права пользования недрами

---

[1] См.: *Ходырев П.М.* Правовая природа договора об эксплуатации участка недр // Закон. — 2007. — № 12. — С. 69—75.

[2] См.: *Джонстон Д.* Международный нефтяной бизнес. Налоговые системы и соглашения о разделе продукции. — М., 2000. — С. 41.

[3] СЗ РФ. — 2005. — № 30. — Ст. 3126.

предоставляют государственным органам возможность толковать эти нормы таким образом, чтобы позволить им отозвать либо аннулировать лицензию по инициативе выдавших ее учреждений.

Следует отметить еще один существенный недостаток действующего разрешительного порядка недропользования — ограниченная оборотоспособность прав недропользователей на разрабатываемые месторождения. При лицензионном режиме отсутствует возможность переуступить права или заложить их. Право залога для пользователей недр, особенно иностранных, является существенно важным. Это связано прежде всего с тем, что крупномасштабные недропользовательские проекты невозможно осуществить без привлечения крупных заемных средств.

Лицензионный режим не позволяет использовать международные судебные институты при разрешении спорной ситуации.

Таким образом, ввиду неэффективности действующего механизма предоставления прав пользования недрами очевидна необходимость его изменения. Наиболее эффективной будет передача права пользования участками недр на основе гражданско-правовых механизмов, включая договоры концессий и договоры подряда.

В то же время распространение договорного режима предоставления прав пользования недрами на абсолютно все виды месторождений полезных ископаемых представляется нецелесообразным. Сложность нынешней геополитической ситуации, обусловлена в том числе проблемой энергетической безопасности. Общепризнанным фактом является ведущее положение России в области снабжения энергетическими ресурсами Европы и Азии. Принятие и распространение элементов упрощения процедуры пользования природными ресурсами, включая минимизацию государственного влияния, на все виды участков недр выглядели бы по меньшей мере недальновидными. Поэтому обоснованным представляется предложение разделить все виды участков недр на стратегические и нестратегические. Первые следовало бы изъять из оборота или существенно ограничить в обороте путем определения их особого правового режима и механизмов предоставления в пользование, а на вторые участки недр — распространить в возможном объеме предложенную схему договорных отношений.

В основу такого разграничения следует положить Федеральный закон от 29 апреля 2008 г. № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства»[1]. Данный нормативный акт установил изъятия ограничительного характера для иностранных инвесторов при их участии в уставных капиталах хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства и осуществляющих геологическое изучение недр и (или) разведку и добычу полезных ископаемых на участках недр федерального значения.

[1] СЗ РФ. — 2008. — № 18. — Ст. 1940.

В целях надлежащей реализации указанного Федерального закона в Закон РФ «О недрах» были внесены соответствующие изменения[1]. В статью 2.1 введены качественные и количественные критерии разграничения и отнесения участков недр к участкам недр федерального значения.

Деление всех видов участков недр на стратегические и нестратегические соответствует классификации, нашедшей закрепление в Федеральном законе от 29 апреля 2008 г. № 57-ФЗ. Это дает основание предположить, что изложенный выше подход в некоторой степени совпадает с позицией законодателя и в перспективе может быть реализован.

Таким образом, развитие договорных отношений в недропользовании должно способствовать интенсивному привлечению инвестиций, рациональному природопользованию и стабильности отношений сторон, внедрению современной техники и прогрессивных технологий, прежде всего, благодаря привлечению иностранных инвестиций. Возникновение и усиление роли договорных отношений в области недропользования позволят субъектам правоотношений при наличии пробелов в законодательстве руководствоваться принципами свободы усмотрения, хозяйственной целесообразности.

Идея договорного предоставления недр в пользование уже отчасти реализована в отечественном законодательстве путем законодательного закрепления соглашений о разделе продукции. Так, Федеральный закон «О соглашениях о разделе продукции», принятый, как указано в его преамбуле, в развитие законодательства Российской Федерации в области недропользования и инвестиционной деятельности, устанавливает правовые основы отношений, возникающих в процессе осуществления российских и иностранных инвестиций в поиск, разведку и добычу минерального сырья на территории Российской Федерации, а также на континентальном шельфе и в пределах исключительной экономической зоны Российской Федерации на условиях соглашений о разделе продукции. Данный Федеральный закон, по сути, утвердил правовые основания трех заключенных до его введения соглашений о разделе продукции, причем распространил свое действие только на заключаемые вновь соглашения. Это освоение Харьягинского месторождения (оператор — Total, совладельцы — Hydro и администрация Ненецкого автономного округа) и два проекта на шельфе Охотского моря — «Сахалин 1» (оператор — Exxon Neftegaz Ltd, совладельцы — ExxonMobil, ONGC, Sodeco и «Роснефть») и «Сахалин 2» (оператор — Sakhalin Energy, совладельцы — «Газпром», Shell, Mitsui и Mitsubishi).

То обстоятельство, что в России сейчас действует всего три проекта на условиях соглашения о разделе продукции, причем эти проекты заключе-

[1] Федеральный закон от 29 апреля 2008 г. № 58-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» // СЗ РФ. — 2008. — № 18. — Ст. 1941.

ны до введения в действие указанного выше специального Федерального закона, иллюстрирует несовершенство правовой базы и отсутствие преследуемого изначально стимула в разработке допускаемых к такому режиму месторождений полезных ископаемых.

Единственное соглашение о разработке южной части Самотлорского нефтегазоконденсатного месторождения в Ханты-Мансийском автономном округе на условиях раздела продукции, инициированное ОАО «Тюменская нефтяная компания» — ныне ОАО «ТНК-ВР Холдинг», подписанное в конце 1999 г., до настоящего момента так и не реализовано, чему имеется масса причин.

Во-первых, это соглашение по месторождению, разрабатываемому более 30 лет, в то время как Закон «О соглашениях о разделе продукции» в первую очередь рассчитан на вновь вводимые в разработку месторождения. Это вызвало целый ряд юридических и экономических проблем, таких как включение в состав возмещаемых затрат недоамортизированного имущества, необходимость обеспечения раздельного учета произведенной продукции с месторождения и сохранения сложившегося уровня налоговых поступлений в местные бюджеты и т.д.

Во-вторых, имела место и непроработанность в законодательстве целого спектра проблем, среди которых можно упомянуть отсутствие механизма передачи государству возмещенного имущества, способов принятия государственной стороной согласованных решений между Правительством РФ и правительством субъекта Федерации, разделения полномочий государства как стороны соглашения и государства как субъекта административно-правовых отношений, наделенного государственно-властными полномочиями, в лице органов государственной власти. Таким образом, заключенное соглашение о разделе продукции по Самотлорскому месторождению так и не заработало в полную силу.

Между тем специальный правовой режим — соглашение о разделе продукции — изначально был направлен на освоение месторождений полезных ископаемых в труднодоступных районах со сложными климатическими и геологическими условиями, а также являлся способом привлечения отечественных и зарубежных инвесторов к освоению наиболее сложных месторождений нефти и газа. Прежде всего, это месторождения на континентальном шельфе, которые требуют не только значительных затрат на освоение, но и использования передовых технологий добычи и накопленного опыта работы мировых нефтяных компаний.

Существует множество иных положительных черт соглашений о разделе продукции — это, во-первых, механизм, который позволяет государству изымать природную ренту в зависимости от горно-геологических характеристик конкретного месторождения, — а это и есть решение давно обсуждаемой проблемы дифференциации налогообложения полезных ископаемых. Во-вторых, стабильность режима соглашения о разделе продукции обеспечивает его инвестиционную привлекательность. В-третьих, только при использовании соглашения о разделе продукции недропользователь

обязан приобретать 70% российского оборудования и использовать не менее 80% российского персонала, что превращает соглашение о разделе продукции в инструмент экономической и социальной политики государства.

Возникает резонный вопрос о причинах неработоспособности такого механизма предоставления недр в пользование, как соглашение о разделе продукции. Ответ на него можно получить посредством анализа схемы подготовки соглашений о разделе продукции, которая на настоящий момент сформировалась в России. Так, для заключения одного соглашения о разделе продукции необходимы: проведение двух аукционов, принятие двух федеральных законов, около 10 актов на уровне Правительства РФ (не считая распоряжений, заключений на законопроекты), около 15 заседаний комиссии по подготовке соглашения о разделе продукции, более 20 согласований с министерствами и ведомствами, около пяти экспертиз, в том числе экологическая, правовая, экономическая и др. Временные рамки указанных мероприятий ориентировочно занимают два-три года. Очевидным является чрезмерное количество согласительных процедур и бюрократических проволочек, представляющих собой основную преграду на пути успешного внедрения соглашений о разделе продукции.

Для того чтобы переломить подобную порочную практику, необходимо упростить действующий процесс подготовки соглашений о разделе продукции. Утверждение отдельными федеральными законами перечня участков недр, право пользования которыми может быть предоставлено на условиях раздела продукции, лишено смысла. Как показывает опыт, такое утверждение просто затягивает время, и никакого реального контроля на этой стадии не осуществляется. Иначе как объяснить тот факт, что в перечень попали месторождения, которые в настоящий момент успешно разрабатываются или готовятся к разработке на условиях действующей налоговой системы?

Также не имеет смысла утверждение отдельным федеральным законом уже заключенного соглашения. Правовая природа и технология утверждения гражданско-правового договора специальным законом не ясны, ведь в таком случае соглашению придается статус федерального законодательного акта со всеми соответствующими последствиями.

Очевидно, что существенно усложняет процедуру заключения соглашений о разделе продукции и необходимость проведения двух аукционов. В соответствии с Законом «О соглашениях о разделе продукции» сначала надо провести аукцион на право пользования недрами на условиях действующей налоговой системы, а в случае отсутствия участников можно проводить аукцион на условиях соглашения о разделе продукции. При таких обстоятельствах еще раз обращает на себя внимание несостоятельность практики утверждения перечня недр, разработка которых может производиться на условиях соглашения о разделе продукции. Внесение участка недр в указанный перечень, по сути, является подтверждением отсутствия к нему интереса разрабатывать участок на условиях действующей налоговой системы и исключает повторную постановку такого вопроса.

Для разрешения проблем и реализации Федерального закона «О соглашениях о разделе продукции» в него необходимо внести изменения, направленные на либерализацию процесса заключения соглашений о разделе продукции. Полномочия по утверждению участков недр, по которым могут заключаться соглашения о разделе продукции, и по утверждению соглашений о разделе продукции, заключенным по участкам недр в особой экономической зоне Российской Федерации и на континентальном шельфе, следовало бы передать от Федерального Собрания РФ Правительству РФ как органу исполнительной власти, уполномоченному заключать указанные соглашения и обязанному представлять заключения на соответствующие законопроекты, а также обосновывать целесообразность включения в перечень недр тех или иных участков недр.

Указанные недостатки действующей разрешительной системы и законодательно закрепленного договорного механизма предоставления недр в пользование (соглашение о разделе продукции) достаточным образом иллюстрируют всю проблемность сложившейся в данной сфере ситуации и острую необходимость ее трансформации. Предложенные варианты изменения рассмотренных систем предоставления прав пользования недрами позволят начать новый этап развития отношений недропользования, вдохнуть жизнь в значительный по количеству фонд отработанных участков недр и дать импульс развитию малых добывающих предприятий.

Н.В. Кузнецова,
кандидат юридических наук
(УдГУ)

ОСНОВАНИЯ ПРЕКРАЩЕНИЯ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ПО СОГЛАШЕНИЮ СТОРОН: СВОБОДА ВЫБОРА И ОГРАНИЧЕНИЯ

Особое место в системе оснований прекращения гражданско-правовых обязательств занимают такие, для применения которых требуется соглашение сторон, т.е. договорное основание. К ним в соответствии с действующим законодательством относятся отступное (ст. 409 ГК РФ) и новация (ст. 414 ГК РФ).

Относительно возможности квалификации прощения долга как договорного основания прекращения обязательств (дарения) следует заметить, что для освобождения должника от исполнения лежащей на нем обязанности должно быть достаточно получения им уведомления от кредитора. Нет никаких препятствий для исполнения должником этой обязанности и после получения такого уведомления. При данных обстоятельствах, на наш взгляд, следует руководствоваться п. 4 ст. 1109 ГК РФ, в соответствии с которым денежные суммы и иное имущество, предоставленное во исполнение несуществующего обязательства, при условии, что должник знал об отсутствии у него обязательства, является неосновательным обогащением, не подлежащим возврату. Если предметом дара (ст. 572 ГК РФ) выступает освобождение должника от исполнения обязанности перед кредитором, то дарение следует квалифицировать как одностороннюю сделку.

В современных условиях гражданского оборота не только законодательство, но и судебная практика устанавливают значительную степень свободы участников обязательства относительно выбора оснований их прекращений. Так, например, именно судебно-арбитражная практика предоставляет возможность участникам обязательства — субъектам предпринимательской деятельности — применять в определенных случаях прощение долга[1], допускает возможность новации неустойки в заемное обязательство[2] и т.д.

Вместе с тем, признавая право субъектов обязательств на приобретение и осуществление своих гражданских прав своей волей и в своем интересе, следует учитывать те ограничения предоставленной им свободы, которые предусмотрены действующим законодательством. Речь идет, в част-

[1] Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 21 декабря 2005 г. № 104 «Обзор практики применения арбитражными судами норм ГК РФ о некоторых основаниях прекращения обязательств», п. 3.

[2] Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 21 декабря 2005 г. № 103 «Обзор практики применения арбитражными судами статьи 414 ГК РФ», п. 5.

ности, о праве сторон прекратить отступным обязательство по возврату полученного по недействительной сделке. Судебно-арбитражная практика установила определенное правило решения данного вопроса: «если соглашением об отступном не нарушены права и интересы третьих лиц или публичные интересы, предоставлением отступного может быть прекращено и обязательство по возврату полученного по недействительной сделке, возникшее в силу ст. 167 ГК РФ»[1]. Указанное правило противоречит тем положениям, которые предусмотрены ст. 167 ГК РФ.

Во-первых, в соответствии с п. 1 этой статьи недействительная сделка не влечет юридических последствий за исключением тех, которые связаны с ее недействительностью, и недействительна с момента ее совершения. Очевидно, что в случае применения отступного в качестве основания прекращения обязательства по возврату полученного по недействительной сделке такая сделка будет являться основанием для возникновения иных правовых последствий, нежели связанных с ее недействительностью, то есть будет выступать правоустанавливающим юридическим фактом, что противоречит п. 1 ст. 167 ГК РФ.

Во-вторых, п. 2 ст. 167 ГК РФ предусматривает, что при недействительности сделки каждая из сторон обязана возвратить другой все полученное по сделке, а в случае невозможности возвратить полученное в натуре — возместить его стоимость в деньгах, если иные последствия недействительности не предусмотрены законом. Если же обязательство по возврату полученного по недействительной сделке будет прекращено отступным, наступит иное последствие ее недействительности, предусмотренное не законом, а соглашением сторон, что противоречит императивному предписанию п. 2 ст. 1 67 ГК РФ.

Заметим, что возможность прекращения обязательства по возврату полученного по недействительной сделке судебно-арбитражная практика установила применительно к возврату движимого имущества, право на которое не подлежит специальному оформлению. При таком подходе ситуация значительно осложняется, если по недействительной сделке передано недвижимое имущество, право собственности на которое возникает, по общему правилу, с момента государственной регистрации. В случае признания сделки недействительной на ее основании не может возникнуть право собственности, и в соответствии со ст. 17 Федерального закона от 21 июля 1997 г. от № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»[2] регистрационная запись о праве собственности на такое имущество подлежит погашению на основании судебного решения о признании сделки недействительной. При этом возможность прекращения обязательства по возврату недвижимого имущества другой стороне по недействительной сделке отступным, размер и

---

[1] Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 21 декабря 2005 г. № 102 «Обзор практики применения арбитражными судами статьи 409 ГК РФ», п. 6.

[2] СЗ РФ. — 1997. — № 30. — Ст. 3594.

порядок предоставления которого определяются исключительно по усмотрению сторон, оставляет открытым вопрос об основании возникновения права на приобретенную по такой сделке недвижимость. Очевидно, что у приобретателя недвижимости в этом случае отсутствуют правовые основания для повторной регистрации права собственности. Соглашение об отступном таковым быть не может, поскольку является лишь правопрекращающим юридическим фактом, а недействительная сделка не порождает правовых последствий кроме тех, которые указаны в п. 2 ст. 167 ГК РФ.

Современный уровень развития экономических отношений требует изменения их правового регулирования. Правило, согласно которому обязательство по возврату полученного по недействительной сделке может быть прекращено предоставлением отступного, если при этом не нарушены законные права и интересы третьих лиц и публично-правовые интересы, должно быть закреплено законодательно в ст. 409 ГК РФ. Содержание же норм ст. 167 ГК РФ при этом также требует изменения на предмет соотношения их с положениями не только ст. 302 ГК РФ, но и ст. 409 ГК РФ.

С.В. Горбылев,
аспирант
(ГОУ ВПО СГАП)

ПРИМЕНЕНИЕ ЭСКРОУ-СЧЕТОВ В ЦЕЛЯХ ИПОТЕЧНОГО КРЕДИТОВАНИЯ: АМЕРИКАНСКИЙ ОПЫТ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ И РОССИЙСКАЯ ПРАВОВАЯ ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ

В настоящее время рынок ипотечного кредитования в России активно развивается. Участниками ипотечных сделок являются, во-первых, заемщики — лица, которые берут ипотечный кредит для приобретения жилья, во-вторых, кредиторы — как правило, банки, которые этот ипотечный кредит выдают заемщикам.

Ипотечное кредитование предусматривает, что банк самостоятельно осуществляет функции, связанные с кредитованием, — рассматривает заявки, проводит андеррайтинг, выдает кредит, обслуживает выданный кредит (открывает счет, собирает платежи по кредиту, обращает взыскание на имущество должника при возникновении задолженности по кредиту и т.д.). Однако часть этих функций банк может передать сторонней организации, например взыскание задолженности — коллекторскому агентству, сбор платежей по кредиту — специальному агенту-эскроу.

В данном случае нас интересует именно договорная конструкция эскроу-счетов[1], которая рассматривается российскими специалистами-юристами одновременно и как форма безналичных расчетов, и как способ обеспечения обязательств.

Эскроу означает любую сделку, в силу которой одно лицо для осуществления продажи, отчуждения, обременения или передачи внаем недвижимого или движимого имущества другому лицу передает какой-либо долговой документ, деньги, товарораспорядительный документ или другую ценность третьему лицу для того, чтобы оно держало переданную ценность до наступления определенного события или исполнения условия, когда такая ценность подлежит передаче третьим лицом должнику или кредитору или их представителям[2].

Эскроу определяется как обязательство, согласно которому денежные средства передаются должником (депонентом) третьему лицу (эскроу-аген-

---

[1] В Германии такие счета получили название «доверительные», в Дании — «клиентские», в Голландии — «номинальные», в штате Калифорния США — «эскроу-счета». Подробнее об этом см., например: *Буркова А.Ю.* Эскроу-счета: перспективы в российском законодательстве // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2009. — № 1.

[2] См.: *Сперанский А.* Нужны ли нам эскроуподобные счета? // Бухгалтерия и банки. — 2007. — № 5.

ту), функцией которого является обеспечение исполнения обязательств должника перед кредитором[1].

Согласно еще одному определению, эскроу — подписанный и скрепленный печатью документ, выдаваемый при условии, что он вступит в силу только после наступления определенного события[2].

На наш взгляд, эскроу-счет можно определить как особый банковский счет, которым может распоряжаться третье лицо, не являющееся владельцем счета, при наступлении определенных обстоятельств, установленных договором.

Во многих зарубежных странах конструкция эскроу-счетов используется при заключении сделок купли-продажи жилых помещений, а также при предоставлении ипотечных кредитов. Например, эскроу-счетом может быть счет, на который работодатель перечисляет сотруднику заработную плату. При этом при предоставлении такому сотруднику ипотечного кредита для приобретения жилья сотрудник утрачивает право распоряжаться денежными средствами, равными сумме ежемесячных платежей банку для погашения задолженности. Эти средства на основании постоянного платежного поручения переводятся на счет банку-кредитору. Такая схема удобна как кредитору, так и должнику, многократно снижает риски неисполнения и является одной из причин низких ставок по ипотечным кредитам в развитых странах.

Эскроу-расчеты имеют наибольшую популярность в англо-саксонской правовой системе. Так, Гражданский кодекс штата Калифорния содержит следующее положение: «Подлежащее предоставлению по договору имущество может быть передано третьему лицу, которое при наступлении определенных условий должно будет его передать во исполнение договора. Владение третьим лицом под условием называется эскроу»[3] (ст. 1057).

Финансовый кодекс штата Калифорния[4] определяет эскроу как любую сделку, в силу которой одно лицо для осуществления продажи, отчуждения, обременения или передачи внаем недвижимого или движимого имущества другому лицу передает какой-либо долговой документ, деньги, товарораспорядительный документ или другую ценность третьему лицу для того, чтобы это третье лицо держало переданную ценность до наступления определенного события или исполнения условия, когда такая ценность подлежит передаче третьим лицом должнику или кредитору или их представителям (ст. 17003).

Эскроу в англо-американском праве — депонирование у третьего лица денежной суммы на имя другого лица с тем, чтобы она была выдана ему лишь после выполнения известного условия. Таким образом, в процессе применения механизма эскроу деньги освобождаются в пользу одной из

---

[1] Escrow Principles and Practices by Sherry Shindler Price. — 2005. — P. 4.

[2] См.: *Грудцына Л.Ю.* Как правильно распорядиться своим имуществом (наследование, дарение, рента) // СПС «КонсультантПлюс»; *Калганова Л.А.* Реализация арестованного имущества (в исполнительном производстве): Учеб. пособие. — М., 2006.

[3] California Civil Code // https:// westlaw.com/

[4] California Financial Code // https:// westlaw.com/

сторон при исполнении этой стороной определенных обязательств перед другой стороной.

При схеме эскроу-счетов одна сторона вносит деньги или имущество эскроу-агенту. Последний держит депозит эскроу до наступления определенного события или исполнения обязательств. Бенефициар имеет возможность получить денежные средства или имущество только при соблюдении заранее оговоренных условий. Все эти условия оговариваются при передаче денег или иного имущества эскроу-агенту. В случае неисполнения условий договора бенефициаром эскроу-агент при наступлении оговоренного срока возвращает сумму вклада лицу, которое перевело денежные средства или имущество.

Таким образом, эскроу-счет надежно исполняет гарантийную (обеспечительную) функцию.

В качестве эскроу-агента могут выступать как организации (в том числе банки[1]), так и физические лица (чаще всего функцию агентов берут на себя представители юридических профессий). Причем это могут быть и одно, и два лица, действующие в интересах каждой из сторон договора, открывая совместный счет. Одно из основных требований, предъявляемых к агентам, — наличие разрешения на ведение юридической деятельности, наличие собственно квалификации юриста и т.п. Исключение в этом вопросе составляют США, где лицо, желающее оказывать услуги эскроу-агента, должно иметь специальную лицензию[2]. Еще одно «требование» к эскроу-агенту — взаимное доверие к нему сторон. Соответственно, выбор кандидатуры агента осуществляется по взаимному согласованию сторон.

Бенефициаром может быть продавец. Это лицо передает подписанные договоры эскроу-агенту, предоставляет иные требуемые документы. Интерес бенефициара — переложить ведение сделки на специалиста, чтобы каждое условие сделки было соблюдено и лицо, которое платит, не получило право собственности на имущество, пока такое лицо не выполнило обязательства по сделке.

В качестве лица, которое перечисляет денежные средства, может выступать покупатель. Обязательства такого лица включают перечисление денежных средств эскроу-агенту, сообщение эскроу-агенту условий, на которых вторая сторона может получить денежные средства, исполнение иных обязанностей по договору. Если со стороны этого лица еще участвует кредитор, то именно он перечисляет денежные средства эскроу-агенту[3].

---

[1] В роли эскроу-агентов часто выступают именно банки и иные финансовые организации, репутация которых не вызывает никаких сомнений и полностью удовлетворяет стороны сделки. Однако, как показывает практика, чем выше репутация банка, тем больше требований будет предъявлено к соглашению об эскроу, тем меньше обязательств будет стараться взять сам банк.

[2] См.: *Мовляк И.* Расчеты с использованием эскроу-агента // http://www.murs.com.ua/ru/articles/rascheti_s_pomoshyu_escrow.pdf

[3] См. об этом подробнее: *Буркова А.* Квазиобеспечительные обязательства: международная практика, регулирование и перспективы развития в России // www.law-n-life.ru/arch/109_Burkova.doc

Схематически механизм эскроу можно представить следующим образом:

1. Имеется денежное обязательство, которое стороны договорились обеспечить при помощи эскроу.

2. Заключается, как правило, трехстороннее соглашение между сторонами договора и эскроу-агентом (Escrow Agreement).

3. Кредитор поручает своему банку перечислить денежные средства на счет эскроу-агента или уполномочивает эскроу-агента списать денежные средства со счета кредитора.

4. После зачисления денежных средств на счет-эскроу они блокируются на этом счете.

5. После исполнения обязательства должником деньги списываются со счета эскроу-агента по его поручению и перечисляются на счет должника. Как правило, право и одновременно обязанность по перечислению денег на счет должника у агента-эскроу возникают после получения им письма, подписанного обеими сторонами, однако в соглашении с эскроу-агентом (Escrow Agreement) может быть предусмотрено, что сам эскроу-агент будет контролировать правильность исполнения обязательства, но и в этом случае на перечисление денежных средств должнику агент-эскроу должен получить согласие и поставщика, и покупателя.

6. Если по истечении срока, указанного в Escrow Agreement (Closing date), эскроу-агент не получит от сторон главного обязательства согласие на перечисление денежных средств должнику, у него возникает обязанность вернуть деньги кредитору и закрыть счет-эскроу, хотя часто после истечения срока, указанного в Escrow Agreement (Closing date), у эскроу-агента возникает сначала обязанность уведомить стороны основного обязательства о закрытии счета-эскроу и перечислении денежных средств на счет кредитора. Если возражения сторон главного обязательства не поступают в течение определенного срока, эскроу-агент должен закрыть счет эскроу и вернуть деньги кредитору. Если возражения поступают, эскроу-агент должен их рассмотреть и принять решение, хотя, как правило, у него есть право после рассмотрения возражений запросить у сторон главного обязательства дополнительную информацию для принятия окончательного решения[1].

Возвращаясь к проблеме применения эскроу-счетов в сфере ипотечного кредитования, следует отметить, что в настоящее время российское законодательство делает невозможным использование эскроу-счетов по следующим причинам:

Наличие норм в Гражданском кодексе РФ, согласно которым владелец счета вправе свободно (без ограничения) распоряжаться денежными средствами на счете (ст. 845 и 858). Таким образом, эскроу-агент в любой момент может направить денежные средства, находящиеся на счете, на любые цели.

[1] См.: *Лебедев В., Ницевич А.* Зачем нужен агент эскроу // Финансовый директор. — 2006. — № 10.

Владелец счета вправе в любое время по заявлению расторгнуть договор банковского счета (ст. 859 ГК РФ), и договором такое право не может быть ограничено. Эскроу-агент может оспорить эти ограничения.

Установлена очередность списания денежных средств со счета, которая не может быть изменена по соглашению сторон (ст. 855 ГК РФ). То есть денежные средства, фактически принадлежащие одним контрагентам (например, платежи по ипотечному кредиту от заемщика), могут быть взысканы по требованиям других кредиторов в первую очередь.

Операции по банковскому счету составляют банковскую тайну, которую запрещено раскрывать третьим лицам (ст. 857 ГК РФ).

Перечисленные особенности действующего российского гражданского законодательства можно свести к минимуму путем внедрения одной из правовых конструкций, позволяющих реализовать механизм счетов эскроу, — специального обеспечительного банковского счета. Глава 45 ГК РФ могла бы быть дополнена специальной статьей, посвященной договору обеспечительного банковского счета. Введение дополнительной специальной статьи целесообразно с точки зрения юридической техники (с учетом возможного количества изменений и дополнений в законодательство)[1].

Потребуется также внести изменения в Федеральный закон от 11 ноября 2003 г. № 152-ФЗ «Об ипотечных ценных бумагах»[2] и Федеральный закон от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве»[3].

Если эскроу-счета будут все-таки введены на российском рынке, то при подготовке законодательства предстоит урегулировать ответственность эскроу-агента, в том числе при неправомерных действиях сторон и банков, в которых эскроу-агенты открывают счета; то, кто понесет риски потерь, если имущество, переданное эскроу-агенту, утеряно или повреждено; когда (в какой момент времени) должно переходить право собственности на имущество; требования к лицам, которые могут действовать в качестве эскроу-агентов; возмездность эскроу-счетов; соотношение режима эскроу-счетов с законодательством о противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем; действительность основных соглашений при невыполнении эскроу-соглашений.

В конечном счете осуществление законодательных изменений позволит снизить кредитные риски и риски, связанные с банкротством юридических лиц, которые ложатся на тех лиц, которые по характеру существующих договорных отношений вынуждены передавать свои денежные средства под контроль другим лицам. В частности, будут значительно снижены риски, возникающие в связи с движением денежных средств, поступающих по ипотечному покрытию ипотечных ценных бумаг. Это по-

---

[1] См. об этом подробнее: *Владыкин А.А.* Правовое регулирование рынка ипотечных ценных бумаг: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2007.

[2] СЗ РФ. — 2003. — № 46 (ч. 2). — Ст. 4448.

[3] СЗ РФ. — 2007. — № 41. — Ст. 4849.

зволит повысить кредитное качество ипотечных активов и, следовательно, рейтинг выпускаемых ипотечных ценных бумаг.

Вместе с тем, пока российское законодательство об эскроу-счетах отсутствует, участники гражданского оборота активно продолжают использовать иностранное право и обращаются к иностранным правопорядкам. Последнее влечет увеличение рисков для российских участников гражданского оборота и вызывает негативные экономические последствия в виде вынужденного вывода капитала за пределы страны[1].

Проблема отсутствия отечественного законодательства в исследуемой сфере решается посредством привлечения иностранных банков в качестве эскроу-агентов. Стороны заключают трехсторонний договор, регулируемый правом страны с либеральным законодательством, признающим эскроу-счета, в соответствии с которым иностранный банк открывает для субъектов основного обязательства эскроу-счет. Стороны направляют банку инструкцию о порядке осуществления операций в отношении денежных средств, поступающих на эскроу-счет, которая является неотъемлемой частью договора. В ней указываются, как правило, такие данные, как цена основного обязательства и его ключевые условия; порядок перехода прав на предмет договора; документы, подлежащие подписанию и передаче эскроу-агенту сторонами основного обязательства; порядок ведения учета по счету эскроу-агентом; условия закрытия эскроу-счета и порядок перечисления денежных средств, находящихся на этом счете; дата исполнения главного обязательства (Closing date); размер вознаграждения эскроу-агента, порядок его выплаты и пр. В результате такое соглашение, будучи подчиненным иностранному праву, позволяет избежать всех перечисленных выше сложностей[2].

Однако этот механизм не может быть использован в силу объективных причин при заключении и реализации договора ипотечного кредитования, поэтому в настоящее время он применяется при осуществлении многих других операций, где происходят сложные денежные расчеты между сторонами. Ведь значение договора эскроу-счета в коммерческой практике не ограничивается только сделками ипотечного кредитования. Привлечение эскроу-агента целесообразно также в случае проведения сделок M&A (Mergers&Acquisitions), в проектном финансировании, при купле-продаже ценных бумаг и пр.[3]

Кроме того, одним из самых эффективных методов защиты интересов участников акционерных соглашений является право каждой из сторон при возникновении определенных обстоятельств потребовать выкупа от другой стороны своих акций или, наоборот, принудительно приобрести пакет акций другого акционера по зафиксированной в соглашении

---

[1] См.: Концепция развития законодательства о ценных бумагах и финансовых сделках (проект) // Вестник гражданского права. — 2009. — № 2.

[2] См.: *Oltmanns V.R.* Going Into Escrow. — 2006. — P. 47.

[3] См.: *Чураков Р.С.* Эскроу-счет по российскому праву // Закон. — 2007. — № 8.

цене. Однако гарантированно обеспечить исполнение этого правила можно только при использовании института эскроу-агента, который пока нашим законодательством не предусмотрен[1].

Эскроу-агента целесообразно привлекать в торговых сделках, когда вместо аккредитива в качестве средства обеспечения обязательств можно использовать механизм эскроу (деньги при этом будут поступать на эскроу-счета, а при выполнении продавцом контрактных обязательств — выплачиваться продавцу).

Таким образом, учитывая не только социальную значимость задачи формирования рынка доступного жилья, но и эффективность использования механизма эскроу-счетов в коммерческой практике, перспективы правового регулирования эскроу-счетов не должны вызывать сомнения. И хотя отечественная правовая система и позволяет в некоторой степени воспроизвести преимущества рассматриваемого механизма уже сейчас[2], адекватное и полноценное его применение станет возможным только после того, как положения об эскроу-счете будут закреплены в законе.

---

[1] См.: Стенограмма обсуждения законопроекта «Об акционерных соглашениях» на Национальном совете по корпоративному управлению // http://www.nccg.ru/; *Доронин Ю.А.* Договор о порядке осуществления прав участников хозяйственных обществ // Журнал российского права. — 2009. — № 10.

[2] Подробнее о законодательных возможностях реализации механизмов эскроу-счетов по российскому праву, которые предлагаются к использованию или используются на практике, см.: *Чураков Р.С.* Эскроу-счет по российскому праву // Закон. — 2007. — № 8.

О.М. Иванов,
вице-президент Ассоциации
региональных банков России

НОРМАТИВНОЕ ОГРАНИЧЕНИЕ СТОИМОСТИ КРЕДИТА: ЗАПРЕТ РОСТОВЩИЧЕСТВА В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

Мировой финансовый кризис 2007—2010 гг. заставил законодателей, правительства и общество вернуться к обсуждению «вечных» вопросов регулирования финансового рынка, среди которых заметное место занимает проблема нормативного ограничения размера процентных ставок по кредитам (займам). Напомним, что «спусковым крючком» кризиса стала ситуация на американском рынке ипотечных кредитов, предоставленных заемщикам со слабой кредитной историей. Подобные заемщики берут взаймы, как правило, под крайне высокие проценты и имеют весьма ограниченные возможности возврата долга. Таким образом, непомерное разрастание сегмента высокодоходных и высокорискованных займов спровоцировало масштабный финансовый кризис, который многие наблюдатели сравнивают с временем Великой депрессии.

Возможно ли, используя арсенал инструментов гражданского права, снизить риск возникновения подобных проблем в будущем? Может ли используемый в зарубежных юрисдикциях набор ограничений, и прежде всего запрет ростовщичества[1], быть использован в России?

Рассмотрим антиростовщическое законодательство, действующее в четырех юрисдикциях, — Франции, США, Германии и Великобритании. Они перечислены в порядке постепенного понижения жесткости регулирования, а также уменьшения определенности правовых предписаний. Если французский и американский законодатели определили максимально допустимый размер процентных ставок в законе, то их германские и британские коллеги сформулировали весьма общие запреты, избегая установления точных количественных критериев. При этом германская судебная практика выработала собственные «объективированные» признаки ростовщических сделок, а английские судьи, рассматривая каждое конкретное дело, учитывают индивидуальные обстоятельства. Столь существенное расхождение во взглядах на регулирование ростовщичества во Франции, Германии и Великобритании тем более удивительно, что на протяжении

[1] Ростовщичество можно понимать в узком и широком смысле слова. В первом смысле под ростовщичеством разумеется извлечение чрезмерной выгоды из денежной ссуды путем эксплуатации затруднительного положения должника, во втором — вообще всякая договорная сделка, при которой происходит несоразмерное оказываемой услуге обогащение вследствие нужды или стесненного положения другой стороны.

последних 25 лет в этих странах — членах Европейского Союза проведена огромная работа по гармонизации законодательства в сфере потребительского кредитования.

Французское законодательство о ростовщичестве признается одним из наиболее жестких в Европе. Согласно ст. L313-3 Потребительского кодекса ростовщическим признается заем, предоставленный под годовую процентную ставку, размер которой на момент выдачи более чем на одну треть превышает среднюю процентную ставку по кредитам того же вида и с тем же уровнем риска, выданным кредитными организациями в течение предыдущего квартала. Среднерыночные процентные ставки определяются уполномоченным ведомством и согласуются с Национальным кредитным советом (Conseil national du credit). Нарушение законодательства о ростовщичестве является преступлением и наказывается лишением свободы или денежным штрафом. Помимо этого, в зависимости от срока займа заемщик вправе отказаться от выплаты процентов, превышающих установленный в законе максимум.

Общие принципы определения годовой процентной ставки установлены в ст. L313-1 Потребительского кодекса. В расчет принимаются все прямые или косвенные расходы, комиссии или выплаты (включая платежи посредникам, которые участвовали в сделке), если они связаны с фактическими издержками заемщика. Таким образом, данная ставка является эффективной процентной ставкой (le taux effectif global). Порядок определения процентной ставки устанавливает Госсовет.

В расчет эффективной процентной ставки не принимаются расходы, связанные с обеспечением (гарантией) кредита, а также с его юридическим оформлением, в случае если размер таких расходов не может быть определен до заключения договора. При расчете годовой процентной ставки во внимание должна приниматься амортизация основного долга, в случае если кредит погашается регулярными платежами.

Антиростовщическое законодательство США является более сложным, нежели французское. Нормы, вводящие ограничения процентных ставок, содержатся не в федеральных законах, а в законах штатов. Действует большое количество изъятий для отдельных видов кредиторов (например, национальных банков) и отдельных видов кредитов (например, обеспеченных недвижимостью), которые резко снижают практическую значимость запретов. Таким образом, в настоящее время ограничение ставок сохраняет свое значение прежде всего при предоставлении малых займов и продажах в кредит.

Американская судебная практика определяет ростовщичество следующим образом: «взимание за пользование денежными средствами большего вознаграждения, чем максимальная процентная ставка, допустимая законом»[1]. Выделяются четыре основных признака ростовщичества (usury): предоставление займа или возникновение долга; наличие согла-

[1] *Foreign Commerce v. Tonn*, 789 F.2d 221 (3d Cir. 1986).

шения между сторонами о том, что основная сумма долга должна быть выплачена безусловно; взимание большего вознаграждения, чем максимальная процентная ставка, допустимая законом; наличие со стороны кредитора намерения на обход закона с самого начала трансакции.

Правовая доктрина выработала специальные правила для доказывания наличия намерения со стороны кредитора. Истец не обязан подтверждать, что ответчик-заимодавец имел намерение заключить ростовщическую сделку. Суд, как правило, не выясняет субъективного отношения кредитора к содеянному. Если стоимость заимствования является чрезмерной, он просто презюмирует наличие ростовщического намерения. В то же время заключение суда о наличии намерения совершить ростовщическую сделку в отдельных штатах может быть опровергнуто заимодавцем со ссылкой на случайность или добросовестное заблуждение.

Современное германское законодательство не содержит точных критериев ростовщических займов. Такие критерии устанавливаются судом, прежде всего Федеральным верховным судом Германии (BGH), который при этом опирается на общие положения гражданского права. В Гражданском уложении Германии (BGB) вводится понятие сделок, нарушающих добрые нравы, признаки которых раскрываются не в законе, а в судебной практике. Такие сделки в силу §138 BGB I признаются недействительными. Ростовщические сделки относятся к сделкам, нарушающим добрые нравы, и потому также недействительны. Вторая часть §138 BGB выделяет следующие признаки ростовщичества (Wucher): явное несоответствие собственного и встречного предоставлений, а также использование стесненного положения, неопытности, легкомыслия либо слабоволия контрагента[1].

Размер процентов или иных вознаграждений по займу, существенно превышающий рыночный, может быть квалифицирован судом как явное несоответствие собственного и встречного предоставлений. Данного обстоятельства, однако, недостаточно для применения §138 BGB II (ростовщичество). Помимо него требуется доказать, что кредитор использовал стесненное положение заемщика. По делам в сфере потребительского кредитования явное несоответствие предоставлений признается Федеральным верховным судом (BGH) нарушением добрых нравов с последующим применением §138 BGB I. В то время как на коммерческий кредит подобная судебная практика не переносится, за исключением случаев, когда имеет место не только явное, но и особо крупное несоответствие между собственным и встречным предоставлением[2].

При доказывании факта ростовщичества отсутствует необходимость выяснять наличие умысла на эксплуатацию, достаточно того, что кредитор осознает стесненное положение заемщика, факт явного несоответст-

---

[1] Следует обратить внимание на то, что в случае ростовщичества недействительными в силу §138 BGB II в отличие от сделки, нарушающей добрые нравы (§138 I BGB), будут не только заем как основная сделка, но также абстрактные сделки, направленные на его исполнение.

[2] См.: *Вебер Х.* Обеспечение обязательств. — М., 2009.

вия собственного и встречного предоставлений и использует его неблаговидным образом.

При проверке объективной стороны фактического состава, предусмотренного §138 I BGB, суд на первых порах устанавливал определенный предел только для коммерческих кредитов — от 40 до 50% годовых. Суд полагал невозможным переносить судебную практику по делам о ростовщичестве в сфере коммерческого кредита на потребительские кредиты, погашаемые частями и в рассрочку. Выясняя, является ли стоимость кредита в каждом конкретном случае слишком высокой, Федеральный верховный суд суммирует все следующие платежи заемщика. Далее рассчитываемый таким образом эффективный процент сравнивается с договорными условиями, предлагаемыми другими кредитными организациями для кредитов с погашением частями, которые являются обычными на этом рынке и экономически приемлемыми.

В настоящее время Федеральный верховный суд находит явное несоответствие между собственным и встречным исполнением по кредитам с погашением частями тогда, когда эффективный процент, установленный в договоре, приблизительно вдвое превышает среднерыночный процент, что означает более чем 100%-е превышение. Так как в данном случае четкая граница отсутствует, положения §138 BGB I следует применять также тогда, когда относительная разница договорных и рыночных процентов составляет 90—100% и установленные банком условия кредитного договора по большей части являются необоснованно обременительными для заемщика. Если же предусмотренный договором процент менее чем на 90% превышает рыночный процент, суд не усматривает явного несоответствия предоставлений; более того, допустимое относительное превышение рыночного процента может достигать 110%, если, например, необходимо принимать в расчет, что долгосрочные кредиты предоставляются в условиях снижающихся процентных ставок.

Наконец, в периоды высоких процентных ставок Федеральный верховный суд использует также абсолютный масштаб — разницу в размере 12 процентных пунктов между договорными и рыночными процентами — в качестве критерия явного несоответствия и придает этому показателю ту же оценочную функцию, что и относительной разнице в размере около 100%.

В 2006 г. законодатель Великобритании отказался от института «вымогательской кредитной сделки» и исключил соответствующие нормы из Закона о потребительском кредите (§137—140). Вместе с тем в него были включены положения о «несправедливом отношении» (§140A—140D). Новые правила дают суду право изменить условия кредитного соглашения, если он установит, что отношения между кредитором и должником, возникшие из договора (или иного соглашения, относящегося к рассматриваемому), являются несправедливыми по отношению к должнику, в силу одной или нескольких указанных ниже причин (§140A (1)): условий кредитного договора или иного соглашения, относящегося к нему (related

agreement); способа, которым кредитор осуществляет или принудительно реализует свои права по кредитному договору или иному соглашению, относящемуся к нему; иных действий (или бездействия) со стороны кредитора (или от его имени), имевших место до или после заключения кредитного договора или иного соглашения, относящегося к нему.

Разрешая дело, суд должен принять во внимание все обстоятельства, относящиеся как к кредитору, так и к должнику. В случае если устанавливается факт несправедливого отношения, суд имеет самые широкие полномочия. Он может обязать кредитора полностью или в части вернуть должнику или поручителю ранее уплаченные ими суммы, обязательство по уплате которых возникло из кредитного договора, в связи с его заключением или из иного соглашения, относящегося к нему. Суд может также уменьшить размер платежей или освободить должника или поручителя от обязательства по таким договорам, прекратить иные обязанности, наложенные на них договором, а также изменить условия кредитного договора или иного соглашения, относящегося к нему (§140B).

В мае 2008 г. Офис справедливой торговли (OFT) выпустил Руководство «Несправедливое отношение»[1], в котором предпринял попытку более подробно описать данное понятие. Новые нормы не только позволяют заемщику оспаривать кредитное соглашение в суде на основании того, что отношения между ним и кредиторами, возникшие из данного соглашения, носят несправедливый характер, но и расширяют возможности потребителя по подаче жалобы в Службу финансового омбудсмена (п. 1.2 Руководства).

Критерии несправедливого отношения напрямую не связаны с размером ставок или платежей, в отличие от прежних положений о вымогательских кредитных сделках. Тем не менее основанием для признания отношения к заемщику несправедливым может стать чрезмерная стоимость кредита. Например, процентная ставка или размер комиссий, установленные в кредитном договоре, могут быть настолько завышены по сравнению с аналогичными сделками в том же секторе рынка или платежами заемщиков в схожей ситуации, что все отношение в целом станет несправедливым. При определенных обстоятельствах такие отношения для заемщиков — физических лиц могут быть жестокими или эксплуататорскими даже в том случае, когда размер процентной ставки соответствует среднерыночному для рассматриваемого сектора.

Опыт российского регулирования. Нормативное ограничение заемных процентов на Руси насчитывает почти тысячелетнюю историю, хотя в отличие от католической Европы в русском праве отсутствовал продолжительный период полного запрета на дачу денег «в рост»[2]. Более того, дол-

[1] Unfair relationships: Enforcement action under Part 8 of the Enterprise Act 2002, OFT guidance, May 2008 (OFT854).

[2] Несмотря на то что при Иване Грозном соответствующие ограничения были включены в Судебник, а затем воспроизведены в Соборном уложении 1649 г., они, по свидетельству историков, остались недействующими.

гое время (XIV—XVII вв.) ведущую роль в проведении ссудных операций играли православные монастыри, которые позже характеризовались исследователями как «первые русские банки»[1].

В то же время ограничение размера процентов по займам не известно современному российскому праву. Тому можно назвать несколько причин.

Роль кредита как такового в период построения плановой социалистической экономики, отрицающей товарно-денежные отношения, была полностью утрачена. Огосударствление кредитной системы и административно-командные методы управления сделали ненужным использование иных инструментов регулирования. В плановой экономике ставка по кредитам и депозитам (в госструдсберкассах) формировалась не рыночным способом, на основе взаимодействия спроса и предложения, а директивно устанавливалась правительством и государственными банками. Использование какого-либо иного, например гражданско-правового, порядка ограничения размера процентов по займам в этих условиях было излишним. Всякая частнопредпринимательская деятельность преследовалась уголовным порядком.

Система коммерческих банков в конце 1980-х — начале 1990-х гг. создавалась в условиях полной разбалансировки кредитно-финансовой системы и гиперинфляции. Уровень процентных ставок по банковским кредитам в этот период достигал 100—200% годовых. В условиях безудержного роста цен и рыночных процентных ставок идея нормативного ограничения последних не имела экономических оснований. Установление предела заемного процента, как и введение любых антиростовщических норм, входило в очевидное противоречие с либеральной идеологией, господствовавшей в начале рыночных реформ в современной России[2].

Помимо этого, общий объем кредитов, предоставленный российскими банками физических лицам, до начала 2000-х гг. оставался крайне незначительным. Следовательно, установление максимального процента как мера, направленная на защиту граждан-потребителей, не имело очевидного смысла.

В период создания российской банковской системы, а также современного гражданского и банковского законодательства не только не существовало идеологических, исторических, экономических и финансовых предпосылок для введения соответствующего ограничения, напротив, внешние условия диктовали прямо противоположное решение.

В гражданском праве единственный масштаб для заемного процента — учетная ставка банковского процента (ст. 395 ГК РФ). Эта ставка играет роль «законного» процента. Согласно общему правилу за пользова-

---

[1] В этом можно усмотреть сходство с так называемым французским периодом развития европейской банковской системы, который пришелся на XII—XIII вв. Этот период связан с банковскими операциями монашеских орденов, в первую очередь ордена тамплиеров. См.: *Андрюшин С.А.* Банковские системы. — М., 2011. — С. 29—30.

[2] Это время в российской истории можно сравнить с серединой XIX в. в Западной Европе, на которую пришлась отмена всяких ограничений процентных ставок по кредитам.

ние чужими денежными средствами уплачивается законный процент, если иной размер процентов не установлен законом или договором. Под учетной ставкой банковского процента (законным процентом) высшие суды понимают ставку рефинансирования Банка России[1].

В отсутствие прямого запрета ростовщических процентных ставок заемщики в целях защиты собственного интереса используют следующие гражданско-правовые конструкции: недействительность кабальной сделки (ст. 179 ГК РФ); запрет злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ); применение последствий ничтожности сделки, заведомо противной основам порядка или нравственности (ст. 169 ГК РФ).

Исследование эффективности применения вышеназванных правовых институтов для целей ограничения ростовщической деятельности не является целью настоящей работы. Можно лишь указать, что ни один из них не может быть прямо сопоставлен с правовыми конструкциями, известными праву Германии или Великобритании (сделки, нарушающие добрые нравы, вымогательские сделки, несправедливое отношение). Признаки кабальной сделки по российскому закону, например, являются настолько ограничительными (стечение тяжелых обстоятельств), что прямое применение соответствующих норм к типовой сделке потребительского кредитования оказывается невозможным.

Критики идеи нормативного ограничения стоимости кредита приводят следующие аргументы:

наиболее эффективный контроль за ценами устанавливается на свободном рынке, где кредиторы свободно конкурируют друг с другом;

установление потолка процентных ставок не позволяет многим потребителям рассчитывать на получение кредита, т.е. тем самым устанавливаются требования к кредитному качеству заемщиков.

Тем не менее, как отмечают американские авторы[2], современные законодатели предпочитают вводить нормы, запрещающие ростовщичество. Это дает им, с одной стороны, рычаг влияния на кредитную индустрию, а с другой — поддержку избирателей, которые повсеместно требуют снижения процентов по кредитам. Потребность в таком регулировании испытывается тем острее, чем менее обеспеченными, финансово-грамотными и защищенными являются потребители.

Сторонники ограничения процентных ставок, по сути, приводят аргументы, сходные с доводами своих оппонентов. По их мнению, государство должно следить, чтобы заемщики уплачивали справедливую цену, а кредиторы получали справедливый доход. Кроме того, уровень максимальной процентной ставки определяет, какая группа потенциальных заемщиков получит доступ к легальному кредиту. Поскольку такое решение

---

[1] Пункт 51 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 6, Пленума ВАС РФ № 8 от 1 июля 1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

[2] *Marsh G.A.* Consumer Protection Law, third edition, — West group, 2003. — P. 239.

имеет огромное значение для экономики в целом, отдавать его принятие в руки финансовой индустрии было бы опрометчиво и даже опасно. Заимодавцы заинтересованы в получении прибыли, значит, они готовы давать деньги под любые ставки, соразмерные уровню риска. В ситуации, когда достаточно большое число заемщиков привлекает кредит под высокую ставку, растет масса тех, кто в конечном счете не сможет его вернуть. Увеличение риска дефолта влечет рост ставок, что приводит к массовым банкротствам. Это больно бьет по экономике в целом, следовательно, государство должно самостоятельно определять, с какого момента (уровня процентной ставки) граждане более не должны иметь возможности занимать. Таким образом, нормы, вводящие запрет ростовщичества, по мнению их сторонников, являются инструментом регулирования, стимулирующим экономический рост.

Вне зависимости от результатов этой экономической дискуссии одной из основных задач права, опирающегося на принципы справедливости, является недопущение эксплуатации должника кредитором. Это необходимо как для обеспечения благосостояния населения, так и для реализации социально-экономической функции кредита.

А.Е. Польщикова,
аспирант
(БелГУ)

ИНВЕСТИЦИОННЫЙ ДОГОВОР (КОНТРАКТ) В СУДЕБНО-АРБИТРАЖНОЙ ПРАКТИКЕ: ПРОБЛЕМЫ КВАЛИФИКАЦИИ В СПОРАХ О ВОЗНИКНОВЕНИИ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ НА ВНОВЬ СОЗДАННУЮ НЕДВИЖИМУЮ ВЕЩЬ

Помимо привлечения кредитных средств для вложения и покупки недвижимости часто лица (инвесторы) вступают в партнерские отношения для реализации проекта по вложению денежных средств в недвижимость. Необходимо отметить, что экономические процессы в виде девелопмента, который в России только проходит стадию становления, выделяясь в особый род инвестиционно-строительной деятельности, опосредуется гражданско-правовыми механизмами, существующими в современном гражданском законодательстве. Вложения в инвестиционно-строительный проект опосредованы заключением договора строительного подряда, договора о совместной деятельности, а также договора долевого участия в строительстве. Заключение инвестиционного договора вызывает трудности его гражданско-правовой квалификации при разрешении судебных споров.

Квалификация в судебной практике инвестиционного договора в строительстве претерпела достаточно существенные изменения. Так, анализ арбитражной практики середины 1990-х гг. показывает, что ВАС РФ в большинстве случаев квалифицировал инвестиционный договор в строительстве в качестве договора простого товарищества[1].

В актуальной судебно-арбитражной практике все чаще выносятся решения без гражданско-правовой квалификации инвестиционного договора. При этом со ссылкой на Закон РФ от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»[2], п. 3 ст. 7 Закона РСФСР от 26 июня 1991 г. № 1488-1 «Об инвестиционной деятельности в РСФСР»[3] и ст. 421 Гражданского кодекса РФ суды признают самостоятельность такого договора. Обращения к данным законам, регулирующим инвестиционную деятельность, приводят суды к невозможности установления:

---

[1] См., например: постановление Президиума ВАС РФ от 28 мая 1996 г. № 4/96 // Вестник ВАС РФ. — 1996. — № 9; от 2 апреля 1996 г. № 7849/95 // Вестник ВАС РФ. — 1996. — № 7; от 24 июня 1997 г. № 5166/96 // Вестник ВАС РФ. — 1997. — № 10; от 6 августа 1996 г. № 1620/96 // Вестник ВАС РФ. — 1996. — № 11; от 24 июня 1997 г. № 4197/96 // Вестник ВАС РФ. — 1997. — № 10.

[2] СЗ РФ. — 1999. — № 9. — Ст. 1096.

[3] Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР. — 1991. — № 29. — Ст. 1005.

порядка заключения и расторжения такого договора;

вопроса землепользования при осуществлении строительства;

последствий неисполнения инвестором обязательств по финансированию строительства;

последствий фактического прекращения инвестиционной деятельности до завершения строительства и сдачи объекта в эксплуатацию;

последствий привлечения инвестором заемных средств для финансирования строительства по договорам соинвестирования (долевого участия в строительстве);

процедуры раздела объекта инвестиций и урегулирования споров на данной стадии и т.д.

В теории не выработаны какие-либо критерии отнесения того или иного гражданско-правового договора к инвестиционному. Это привело к тому, что в качестве инвестиционных Высший Арбитражный Суд РФ рассматривал споры, связанные с договором аренды земли, строительного подряда, кредитного договора, а также в связи с внесением вклада в уставный капитал хозяйственного общества[1]. К числу таких договоров был отнесен и договор о долевом участии в строительстве[2].

Рассматривая договор участия в долевом строительстве, большинство авторов также отмечают его инвестиционный характер[3]. Но есть и противоположные мнения[4], аргументированные тем, что вложение инвестиций предполагает получение прибыли, так как это предпринимательская деятельность, а гражданин, приобретая имущество по договору участия в долевом строительстве, не получает никакой выгоды[5].

---

[1] См.: Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 18 января 2001 г. № 58 «Обзор практики разрешения судами споров, связанных с защитой иностранных инвесторов» // Хозяйство и право. — 2001. — № 4.

[2] См.: Постановление Пленума ВАС РФ от 27 сентября 1994 г. № 29 «О проверке в порядке надзора законности и обоснованности решений арбитражных судов, вступивших в законную силу, от 17 марта 1994 г. по делу № 15-190» // Вестник ВАС РФ. — 1995. — № 1; постановление ФАС Уральского округа от 19 мая 2008 г. № А74-1479/2006-Ф02-6502/06-С1; постановление ФАС Центрального округа от 29 ноября 2006 г. № А09-3533/06-29 // СПС «КонсультантПлюс».

[3] См.: *Бобровникова М.А.* Договор участия в долевом строительстве // Журнал российского права. — 2006. — № 1. — С. 76; *Трапезников В.* Правовое регулирование инвестиционной деятельности в жилищном строительстве // Право и экономика. — 2005. — № 9. — С. 13.

[4] См.: *Майфат А.В.* Инвестиционные отношения: понятие и некоторые особенности регулирования // Юридический мир. — 1999. — № 12. — С. 27. О противопоставлении инвестиционного (стремление получить прибыль) и потребительского (для собственного проживания) характера деятельности лиц при направлении средств в объекты жилищного строительства см.: *Козлова Е.Б.* Привлечение финансовых средств физических лиц в жилищное строительство // Юридический мир. — 1999. — № 1, 2. — С. 53—61; *Свирин Ю.* Инвестор или потребитель? // Российская юстиция. — 1997. — № 3. — С. 36, 37; *Скловский К.И.* Проблемы собственности и владения в гражданском праве России: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1999. — С. 56.

[5] См.: *Рыбалов А.О.* Договоры, заключаемые в соответствии с новым ФЗ «Об участии в долевом строительстве», не являются инвестиционными // Арбитражные споры. — 2006. —

Осуществление инвестиционной деятельности сопряжено для инвестора с определенным риском[1], он состоит в потере вложения или задержки в получении экономического эффекта. Однако гарантии, закрепленные в Федеральном законе от 30 декабря 2004 г. № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации»[2] (далее — ФЗ № 214-ФЗ), снижают такой риск для лица, приобретающего вещь по договору долевого участия в строительстве. Как следствие, сомнительно приравнивать дольщика к категории инвестора[3]. Риск является необходимым элементом инвестиционных отношений, однако стоит признать, что проблема инвестиционного риска и его соотношения с риском предпринимательским не разрешена[4]. Существует также мнение, что обозначение договора долевого участия как «инвестиционного» ничего не дает для его квалификации[5].

На наш взгляд, договор о долевом участии нельзя признать инвестиционным. Во-первых, нет критериев отнесения гражданско-правовых договоров к числу инвестиционных. Во-вторых, специальное регулирование для договора о долевом участии предусмотрено в ФЗ № 214-ФЗ, а не в Федеральном законе от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений».

В судебной практике последних лет можно встретить квалификацию инвестиционного договора в строительстве в качестве договора простого товарищества[6], но уже превалируют решения судов с признанием самостоятельности такого рода контрактов. Это, конечно, не может не вызвать обоснованную критику в правовой литературе[7].

№ 1; *Козлова Е.Б.* Поиск модели договора долевого участия в строительстве и его учетная регистрация // Хозяйство и право. — 2002. — № 2. — С. 77 и след.

[1] В.А. Ойгензихт определяет риск как психическое отношение к своей или чужой деятельности (*Ойгензихт В.А.* Проблема риска в гражданском праве. — Душанбе, 1972. — С. 216).

[2] СЗ РФ. — 2005. — № 1 (ч. 1). — Ст. 40.

[3] О категориях риска в строительстве см.: *Максимов С.Н.* Девелопмент (развитие недвижимости). — СПб., 2003. — С. 45.

[4] См.: *Майфат А.В.* Гражданско-правовые конструкции инвестирования: Монография. — М., 2006; *Каминка А.И.* Основы предпринимательского права. — Пг., 1917. — С. 86, 89.

[5] См.: *Резцова Е.В.* Правовая природа договора долевого участия в жилищном строительстве: Дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2006. — С. 10; *Сайфулова Л.Г.* Договор долевого участия в жилищном строительстве: Дис. ... канд. юрид. наук. — Самара, 2001. — С. 9.

[6] См., например: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 3 ноября 2004 г. № А11-9700/2003-К2-Е-4160/350; постановление ФАС Московского округа от 14 ноября 2006 г., 21 ноября 2006 г. № КГ-А40/11088-06 по делу № А40-282/06-43-4.

[7] См., например: *Скловский К.И.* Договор долевого участия в строительстве и возникновение права собственности на объект долевого строительства // Хозяйство и право. — 2008. — № 7. — С. 38—50; *Костко В.* Инвестиционный договор: односторонний отказ от исполнения // Хозяйство и право. — 2010. — № 3. — С. 59—66; *Павлодский Е.* Правовая природа «инвестиционного контракта» // Право и экономика. — 2000. — № 9. — С. 73, 74; *Козлова Е.Б.* Привлечение финансовых средств физических лиц в жилищное строительство // Юридический мир. — 1999. — № 1, 2. — С. 53—61.

В постановлении ФАС Северо-Западного округа от 9 июля 2004 г. № А42-8749/03-13 сделан вывод о том, что инвестиционный договор не является договором простого товарищества, так как в нем отсутствует соединение вкладов (критерии: ведение общей бухгалтерии и регламентация порядка управления общим имуществом). Между тем, хотя Гражданский кодекс РФ не установил, кто из товарищей будет вести консолидированный учет и отчетность в случае, если в самом договоре простого товарищества такая обязанность не будет возложена на кого-либо одного из товарищей, в соответствии с Федеральным законом от 21 ноября 1996 г. № 129-ФЗ «О бухгалтерском учете»[1] обязанность по ведению общего учета и отчетности возлагается на каждого из участников объединения. Относительно ведения общих дел товарищей, если порядок не установлен в договоре, он определяется по правилам ст. 1044 ГК РФ. В этой связи приведенные судом критерии не являются существенными для договора простого товарищества и могут быть восполнены за счет установленных законом норм.

Вопросы незаключенности и недействительности инвестиционного договора в судебной практике напрямую зависят от правовой квалификации заключенного между сторонами договора. Так, суд на основании ст. 1041 ГК РФ признал договор простого товарищества незаключенным, поскольку из текста договора не смог определить его предмет (не указаны строительный номер дома, его площадь и этажность, отсутствует проектная документация)[2]. Однако предметом договора простого товарищества является совместная деятельность, направленная на достижение общей цели. Если стороны определили ее как строительство объекта недвижимости, это не значит, что отсутствуют признаки договора простого товарищества. В другом деле суд пришел к верному, на наш взгляд, выводу о заключении сторонами договора простого товарищества, поскольку имеются квалифицирующие признаки данного вида договора — соединение вкладов, удовлетворяющих требованиям ст. 1042 ГК РФ, и совместная деятельность для достижения общей цели (строительство академгородка)[3]. Суды также признают договор о совместной деятельности по строительству объекта недвижимости заключенным, несмотря на отсутствие в нем порядка покрытия расходов и убытков (их стороны в силу ст. 1046 ГК РФ несут пропорционально стоимости вклада в общее дело, пропорция которого определяется в соответствии со ст. 1042 ГК РФ)[4].

---

[1] СЗ РФ. — 1996. — № 48. — Ст. 5369.

[2] Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 1 марта 2007 г. № А11-14900,707/2005-К1-1/656-91.

[3] Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 27 февраля 2007 г. № Ф08-6685/2006; постановление ФАС Московского округа от 7 июня 2005 г. № КГ-А40/4083-05.

[4] См.: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 4 июня 2007 г. № Ф04-2997/2007(34283-А70-38); постановление ФАС Центрального округа от 29 января 2007 г. № А14-29154-2005-986/29; постановление ФАС Дальневосточного округа от 13 декабря 2005 г. № Ф03-А51/05-1/3810; постановление ФАС Московского округа от 30 июля 2001 г. № КА-А40/3861-01.

Последствием признания договора незаключенным (недействительным) является отсутствие основания для приобретения права собственности на спорный объект[1].

В постановлении от 1 июня 2004 г. № 639/04[2] Президиум ВАС РФ указал на то, что несоответствие инвестиционного договора, связанного со строительством объектов недвижимости, требованиям ст. 1041 ГК РФ не делает его незаключенным, если участники договора не определили его как договор простого товарищества. При этом не все «инвестиционные договоры», предмет которых составляет строительство недвижимости, являются по своей природе договором простого товарищества. Судам важно определить, была ли направлена воля лиц, участвующих в договоре, на создание общей долевой собственности.

В одном из дел суд удовлетворил требования заказчика-застройщика (истца) о взыскании с инвестора задолженности по договору инвестирования, так как при рассмотрении дела было установлено, что работы по договору инвестирования были выполнены истцом полностью и подлежат оплате ответчиком. В данном случае между сторонами был заключен договор инвестирования, в соответствии с которым общество (исполнитель) приняло на себя функцию заказчика-застройщика по проектированию и строительству объекта для инвестора, который обязался обеспечивать финансирование заказа в объемах согласно графику. Такой договор по правовой природе является договором строительного подряда[3].

В других ситуациях стороны, заключая договор о создании объекта недвижимости, не только не называют его договором простого товарищества, но и не выражают волю на установление общей долевой собственности, а также не предусматривают порядок раздела долей и приобретения собственности в здании. Несмотря на это, рассматривая спор, суд, сославшись на ст. 1041 ГК РФ, посчитал договор незаключенным ввиду отсутствия в нем указанных условий, притом что участники договора не определили его как договор простого товарищества (совместной деятельности)[4]. В похожем деле суд, не квалифицируя его как договор простого товарищества, определил его sui generis как договор, «направленный на создание объекта»[5].

---

[1] См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 15 мая 2007 г. № 15725/06; постановление ФАС Уральского округа от 31 августа 2006 г. № Ф09-7648/06-С4; постановление ФАС Уральского округа от 6 декабря 2005 г. № Ф09-3976/05-С4; постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 24 апреля 2007 г. № Ф04-2167/2007(33372-А67-9). В последнем суд отказал в иске о понуждении ответчика к исполнению обязательств по передаче прав по договору простого товарищества, поскольку истец не представил доказательств внесения сторонами вкладов по договору и наличия общего имущества (объекта незавершенного строительства).

[2] Вестник ВАС РФ. — 2004. — № 9 (дело № А58-8140/2002).

[3] См.: Постановление ФАС Московского округа от 1 декабря 2005 г. № КГ-А41/11863-05.

[4] См.: Постановление Девятого Арбитражного апелляционного суда от 27 февраля 2009 г. № 09АП-1824/2009-ГК по делу № А40-67986/07-50-577; постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 31 августа 2004 г. № Ф04-6083/2004(А03-4180-10).

[5] Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 10 апреля 2006 г. № Ф04-3768/2005(20070-А45-35), Ф04-3768/2005(20397-А45-35) по делу № А45-4737/04-СА44/145а.

Значительное количество дел связано с признанием права собственности инвестором на объект строительства (его часть) ввиду отсутствия акта реализации инвестиционного контракта, отражающего раздел долей в натуре (акт распределения помещений между инвесторами, акт о результатах инвестиционной деятельности), необходимого для проведения государственной регистрации права истца. Суды, установив завершение строительства спорного объекта, отсутствие каких-либо нарушений прав третьих лиц, удовлетворяют такие требования[1]. Подчеркивается, что акт о реализации инвестиционного проекта не является правоустанавливающим документом на вновь созданные объекты недвижимого имущества, однако он фактически подтверждает прекращение всех обязательств, вытекающих из инвестиционного контракта[2].

В других делах суд отказывает в признании права собственности, так как у соинвестора по договору инвестирования может возникнуть право требования к ответчику передачи находящейся в его собственности индивидуально определенной части в объекте инвестиций[3]. Такой вывод суда сделан без учета формы участия соинвестора в строительстве объекта. Согласно договору стороны определили свое участие в долевом строительстве с целью создания нового недвижимого имущества, что может рассматриваться как предмет договора о совместной деятельности. Однако суд решил, что соинвестор вправе требовать в собственность индивидуально-определенную часть в объекте инвестиций, соответственно, у него отсутствует право общей собственности на объект инвестиций[4].

Таким образом, у соинвестора возникают лишь обязательственные, но не вещные права по отношению к ответчику. Такой вывод суды основывают на Федеральном законе от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» (ст. 4). Закон допускает осуществление инвестиционной деятельности опосредованно, то есть через финансирование инвестора — соинвестирование (субинвестирование)[5]. По мнению судов,

---

[1] См.: Постановление ФАС Московского округа от 11 января 2010 г. № КГ-А41/14076-09-1-2.

[2] См.: Постановления Девятого Арбитражного апелляционного суда от 19 ноября 2009 г. № 09АП-20817/2009-ГК, 09АП-21335/2009-ГК, 09АП-21483/2009-ГК, 09АП-21799/2009-ГК.

[3] См.: Постановление Десятого Арбитражного апелляционного суда от 30 сентября 2009 г. № 09АП-17460/2009-ГК; постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 17 ноября 2005 г. № Ф04-8251/2005(16980-А46-36). Данный вывод суда подтверждается сложившейся судебной практикой. См.: Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 15 мая 2009 г. № КГ-А40/3206-09; постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 27 ноября 2008 г. № КГ-А40/10953-08; постановление ФАС Московского округа от 19 марта 2009 г. № КГ-А40/222-09-П; постановление ФАС Московского округа от 29 мая 2009 г. № КГ-А40/4655-09; постановление ФАС Московского округа от 17 августа 2009 г. № КГ-А40/6801-09.

[4] См.: Постановление ФАС МО от 2 октября 2009 г. № КГ-А40/9448-09.

[5] Похожий подход нашел отражение в п. 61 постановления Пленума ВАС РФ и ВС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» // Вестник ВАС РФ. — 2010. — № 5.

Закон разграничивает правовой статус инвестора, принимающего участие в инвестиционном контракте, и соинвестора, не участвующего в контракте и осуществляющего финансирование инвестора в целях приобретения в будущем от инвестора части объекта инвестиций[1].

Что касается ссылки на ст. 218 ГК РФ, то в спорных правоотношениях она, по мнению судов, неприменима, так как данные отношения регулируются специальными нормами, вытекающими из инвестиционных отношений[2].

Арбитражные суды по-разному смотрят на механизм защиты соинвестора в случае ненадлежащего исполнения договора со стороны инвестора. С одной стороны, суды констатируют отсутствие до подписания акта о результатах реализации инвестиционного проекта основания для обращения с исковыми требованиями о выделении доли, об определении доли, о признании права собственности. При этом истец может лишь в случае уклонения инвестора от подписания акта о результатах реализации инвестиционного проекта обратиться с иском об обязании подписать такой акт[3]. С другой стороны, суды при разрешении спора проводят выдел соответствующей доли в натуре и признают право собственности каждого из участников долевой собственности[4].

Остается констатировать, что причины вышеуказанных противоречий усматриваются в неразграничении договоров о создании и приобретении/отчуждении вещи, непонимании природы договора простого товарищества и наделении «инвестиционного договора» самостоятельными чертами. Если стороны заключают инвестиционный договор, предметом которого является «объединение усилий инвестора-заказчика и соинвестора для совместной реализации инвестиционного проекта по строительству и вводу в эксплуатацию инвестиционного объекта», то сформулированный таким образом предмет договора de lege ferenda мог бы являться предметом договора простого товарищества. Правовыми последствиями осуществления указанной деятельности являются возникновение у инвесторов права общей долевой собственности на объект недвижимости[5] и осуществляемый в силу требований ст. 1043 ГК РФ раздел объекта инвестиционной деятельности в натуре (распределение результатов совместной деятельности) после ввода его в эксплуатацию.

---

[1] См.: Постановление ФАС Московского округа от 30 декабря 2009 г. № КГ-А40/14446-09; постановление ФАС Московского округа от 17 августа 2009 г. № КГ-А40/6801-09.

[2] См.: Постановление Десятого Арбитражного апелляционного суда от 22 марта 2010 г. по делу № А41-22656/09; от 22 марта 2010 г. по делу № А41-21957/09; от 22 марта 2010 г. по делу № А41-21793/09; от 19 марта 2010 г. по делу № А41-22654/09; от 19 марта 2010 г. по делу № А41-21756/09.

[3] См.: Постановление Девятого Арбитражного апелляционного суда от 7 сентября 2009 г. № 09АП-11783/2009-ГК, 09АП-11784/2009-ГК.

[4] См.: Постановление ФАС МО от 14 апреля 2010 г. № КГ-А40/2451-10.

[5] См.: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 14 мая 2008 г. по делу № А82-8649/2006-35: размер вложений сторон в строительство должен быть определен только после ввода объекта в эксплуатацию.

Если привлечение соинвестором финансирования осуществляется посредством договора, предметом которого является передача субинвестору доли в объекте при получении разрешения на его ввод в эксплуатацию, то de facto такие отношения представляют собой договор купли-продажи будущей вещи. Истцы, заявляющие иски о признании права собственности из договора, не являются участниками инвестиционного контракта, соответственно, состоят в обязательственных правоотношениях и вправе требовать от инвестора передачи объекта строительства. В этой ситуации выбор такой формы защиты нарушенного права, как признание права собственности на долю в общем имуществе, является неверным, а наличие или отсутствие акта не рассматривается судами в качестве правовых оснований возникновения у истца права собственности на спорное имущество в силу ст. 218 ГК РФ[1].

Условием предъявления иска является отсутствие обязательственных отношений между истцом и ответчиком[2], иными словами, стороны спора не должны иметь иной связи, кроме самой вещи. Тем не менее тот факт, что иск о признании права едва ли предназначен для защиты прав обязательственных, сам по себе не свидетельствует о том, что он создан для вещных прав[3].

Подводя итог вышеизложенному, следует констатировать, что наименование договора не может влиять на квалификацию правоотношений сторон, поскольку она определяется исходя из условий договора и его признаков, предусмотренных соответствующими положениями ГК РФ. Единственным договором в ГК РФ, из которого может возникать право собственности на недвижимую вещь, является договор простого товарищества. Последний не может смешиваться с другими договорами. Иные виды договоров опосредуют процесс строительства вещи, а само право собственности на нее возникает из факта создания недвижимой вещи (строительства) при условии соблюдения всех правил и норм.

По своей природе инвестиционный договор, где стороны обязуются совместно организовать, построить, сотрудничать в процессе строительства или реконструкции недвижимого имущества, является договором о совместной деятельности. Такая гражданско-правовая квалификация дает большую защищенность инвестору, вложившему в строительство свои активы, так как позволяет установить на объект строительства общую долевую собственность. В этой ситуации распорядительная власть будет у собственников объекта, что исключает отчуждение объекта без согласия инвестора.

В договорах, где стороны обязуются «передать» объект в будущем, право собственности возникает производно в соответствии с п. 2 ст. 218

---

[1] См.: Постановление Десятого Арбитражного апелляционного суда от 22 марта 2010 г. по делу № А41-14203/09.

[2] См.: Постановление ФАС ВВО от 19 октября 2006 г. № А29-11601/2005-2э.

[3] См.: *Скловский К.И.* Об условиях предъявления иска о признании права собственности // Вестник ВАС РФ. — 2008. — № 1. — С. 39.

ГК РФ. Представляется допустимым применить при заключении договора на предмет, который не существует, фикцию того, что с момента возникновения самого объекта приобретатель может считаться его собственником. Недвижимая вещь, проданная таким образом, становится собственностью покупателя с момента ее индивидуализации путем ее передачи от застройщика к дольщику (инвестору). При этом создание застройщиком (единолично либо совместно на основании договора простого товарищества) объекта недвижимости — здания, в состав которого входят объекты договора — помещения, относится к первоначальному способу приобретения прав собственности на него (общей долевой собственности, в случае совместной деятельности нескольких лиц на стороне застройщика).

Классификация договоров в зависимости от основания возникновения права собственности на вновь созданную недвижимую вещь на договоры о создании объекта и договоры о приобретении/отчуждении объекта, предусматривающие разные способы приобретения права собственности (первоначальный и производный), является необходимым условием определения фигуры первичного собственника недвижимой вещи.

Б.А. Булаевский,
кандидат юридических наук
(ИЗиСП)

МОДЕРНИЗАЦИЯ ЭКОНОМИКИ И ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВАЯ ОХРАНА ИНТЕРЕСОВ ЛИЧНОСТИ (НА ПРИМЕРЕ ДЕЛИКТНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ)

В своем послании Федеральному Собранию РФ в ноябре 2009 г. Президент России Д.А. Медведев указал на необходимость модернизации отечественной экономики: «В XXI веке нашей стране вновь необходима всесторонняя модернизация... По-настоящему современным может считаться только общество, настроенное на непрерывное обновление, на постоянные эволюционные преобразования социальных практик, демократических институтов, представлений о будущем, оценок настоящего, на постепенные, но необратимые перемены в технологической, экономической, культурной областях, на неуклонное повышение качества жизни»[1]. При этом обязанностью государства было названо следование законным интересам всех граждан России, а способность выполнять эту обязанность — главным критерием эффективности государства.

Понимаемая как изменение в соответствии с требованиями современности (придание современного характера чему-либо, приспособление к современным взглядам, идеям, потребностям)[2], модернизация связана с введением нового, более эффективного. При этом модернизация позиционируется исключительно с улучшениями, которые должны положительно отражаться не только на непосредственном объекте модернизации, но и на сопряженных процессах и явлениях.

Модернизируя экономику, государство не может не учитывать необходимость соответствующих изменений в праве. В одних случаях это введение новых правовых институтов, в других — изменение практики применения действующих либо их обновление, наконец, это возможное изъятие неработающих и устаревших, изживших себя институтов. Как справедливо указывал С.Н. Братусь, экономические потребности общества и экономический строй общества через политику определяют содержание действующих в данном обществе правовых норм[3]. Однако содержание норм не должно оцениваться лишь в контексте правовой охраны нового. Изменение либо устранение правовых норм, равно как применение новых норм, не должно приводить к ослаблению правовой охраны сложившихся отношений.

---

[1] Из Послания Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации 12 ноября 2009 г. // http://www.i-russia.ru/sessions/reports/6.html

[2] http://ru.wikipedia.org/

[3] См.: *Братусь С.Н.* О роли советского права в использовании экономических законов социализма. В кн.: О роли права в использовании объективных экономических законов / под ред. С.Н. Братуся. — М., 1954. — С. 10.

При этом следование законным интересам граждан должно быть важнейшим индикатором всякой социальной модернизации. Возможные отступления допустимы лишь в качестве исключений и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ).

Экономика — это, прежде всего, сфера позитивного регулирования. Но ее модернизация самым непосредственным образом может проявиться и в форме вредоносных последствий.

Так было уже не однажды. Вот лишь некоторые примеры истории.

Изобретение Гутенберга и последовавшее за этим формирование книжной отрасли промышленности на первый взгляд сулило одни плюсы. Однако особая экономическая ценность экземпляра произведения литературы совсем скоро привела к осознанию необходимости охраны особых интересов, о которых до массового книгопечатания даже не возникало разговоров. А поводом к этому стали существенные потери первых издателей, которые были вызваны недобросовестной конкуренцией «переиздателей». При этом позитивное регулирование возникло далеко не сразу[1].

Другой пример связан с появлением автомобилей. Если первое дорожно-транспортное происшествие со смертельным исходом 17 августа 1896 г. в Лондоне[2] было воспринято как случайное и «виновника» не стали привлекать к ответственности, то с развитием автопрома и постоянно прогрессирующим увеличением числа дорожно-транспортных происшествий потребовалась серьезная работа по правовой охране интересов потерпевших от ДТП. Немногим ранее соответствующее регулирование потребовалось и в связи с увеличением числа несчастных случаев при эксплуатации железнодорожного транспорта[3].

Однако не только транспорт принес повышенную опасность для окружающих. Обнаружение в 1895 г. В.К. Рентгеном особого излучения[4] и последствия его проявления для живых организмов также потребовали адекватных мер правовой охраны интересов личности.

Эти и многие другие примеры не оставляют сомнений в возможности вредоносных последствий технических новаций.

Еще больше оснований для соответствующих опасений в современных условиях. Использование возможностей суперкомпьютеров, технологий высокопроизводительной обработки данных, космических технологий (ГЛОНАСС и др.), появление новой высокосложной техники и многие другие достижения современности при очевидной пользе для модерни-

---

[1] См. подробнее: *Канторович Я.А.* Основные идеи гражданского права. — М., 2009. — С. 335 и след.

[2] http://www.newsland.ru/News/Detail/id/339414/cat/37/ со ссылкой на http://p-i-f.livejournal.com/480731.html

[3] Информация о первом крушении поезда на паровой тяге датируется 8 ноября 1873 г. // http://chgk-1.ru/matl/turnirs/samara/02_03/11.htm

[4] http://forum.tssi.ru/index.php?showtopic=5299&st=140 со ссылкой на http://taina.aib.ru/primeti/11/08.htm

зации любой экономики не должны заслонять вероятную вредоносность, что требует не только технических, но и специальных правовых решений.

Так, например, вполне эффективный институт ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности, иногда оказывается не востребованным для решения возникающих проблем.

Отчасти это обусловлено тем, что правоприменители привыкли ориентироваться на конкретные формулировки правовых предписаний либо официальные разъяснения. В частности, применение правил ст. 1079 ГК РФ об ответственности за вред, причиненный деятельностью, создающей повышенную опасность для окружающих, во многих случаях не реализуется только потому, что та или иная деятельность не указана в качестве повышенно опасной в тексте закона либо не приведена в качестве примера в разъяснениях Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ.

Здесь, как видится, возможным решением могло бы стать более четкое определение критериев повышенной опасности в самом законе. В качестве альтернативного решения возникающих проблем можно назвать, например, расширение перечня поименованных источников повышенной опасности (раскрываемого по большей части в официальных разъяснениях высших судебных инстанций). При этом обоснование повышенной опасности отдельных видов деятельности должно стать предметом глубоких научных исследований и дискуссий[1].

Еще одно решение видится в нормативном закреплении презумпции повышенной опасности деятельности, связанной с использованием новых технологий и технических средств. Такая презумпция должна быть приоритетно направлена на охрану интересов потребителей результата (эффекта) соответствующей деятельности. При этом основанная на такой презумпции норма должна четко определять критерии новизны, необходимые для применения презумпции, ориентировать на конкретное распределение бремени доказывания между заинтересованными лицами, а также определять иные пределы применения презумпции (например, возможно, что действие предлагаемой презумпции должно носить срочный характер).

Наконец, вполне эффективным средством правовой охраны интересов граждан зарекомендовало себя страхование (прежде всего, обязательное страхование гражданской ответственности). Возможно, именно страхование могло бы стать инструментом оперативной охраны интересов, вовлекаемых в сферы применения всевозможных новаций (как минимум, в пределах нескольких первых лет после внедрения новации).

Наряду с технической и технологической составляющей необходимым звеном в системе мер по модернизации экономики должна стать оптимизация деятельности хозяйствующих субъектов. Бесконтрольное правона-

---

[1] См., например: *Крыжановская А.А.* Гражданско-правовая ответственность за вред, причиненный в связи с использованием сложных программ для ЭВМ: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2009. Предлагая собственное определение сложных программ и раскрывая факторы повышенной опасности при их использовании, автор вполне убедительно обосновывает возможность причисления деятельности по использованию таких программ к источникам повышенной опасности.

деление субъектов хозяйственной деятельности в угоду текущим потребностям, «отстранение» их от ответственности и многие другие просчеты в регламентации новой деятельности способны приводить к неменьшим вредоносным последствиям.

Весьма характерным примером в этом смысле может быть деятельность коллекторских агентств и специальных подразделений кредитных организаций по возврату долгов. Решая задачи повышения защищенности кредиторов и снижения кредитных рисков (особенно в период становления такой деятельности), указанные лица зачастую прибегали к сомнительным с точки зрения правовой охраны методам достижения целей. Череда дозвонов с напоминанием о долге, публичное размещение информации о должниках и тому подобные меры нередко приводят к негативным последствиям. При этом страдают, как правило, добропорядочные граждане, не сумевшие своевременно погасить долг по независящим от них причинам (задержка заработной платы, лишение работы, болезнь и др.). Особых нареканий заслуживают публичные формы воздействия на должников. Мало того что частное дело (обязательство одного лица перед другим) становится достоянием общественности (а этот факт уже сам по себе может причинить моральный вред должнику), так еще нередко при этом допускаются оскорбительные формы выражения соответствующей информации. Если к этому добавить факты незаконного распространения персональных данных, то картина и вовсе складывается удручающая. Указанные «столкновения» оптимизации кредитного рынка (равно как и любой другой сферы хозяйствования) и института невмешательства в частную жизнь не должны иметь места.

Возможным ответом на подобные правонарушения могло бы стать расширение сферы применения двух взаимосвязанных презумпций: презумпции недостоверности распространенной о лице негативной информации (ст. 152 ГК РФ) и презумпции морального вреда при распространении такой информации. При этом вполне возможно, что в условиях «закостенелого минимализма» присуждаемых в порядке компенсации морального вреда сумм в законе следовало бы закрепить определенные «штрафные суммы» в пользу потерпевших за конкретные формы правонарушений (например, за распространение персональных данных).

Таковы лишь некоторые из возможных ответных правовых решений на непроизвольные «вызовы» модернизации.

Как видно, возможность негативных последствий модернизации экономики во многом закономерна (прежде всего, в силу новизны и недостаточной опробированности новаций, а также по причине просчетов в регламентации связанных с ней процессов). Однако это не должно служить препятствием на пути неизбежного продвижения вперед, к новому качеству жизни. В связи с модернизацией экономики миссия права видится в том, чтобы, решая важнейшую свою задачу — охрану прав и законных интересов личности, оптимально содействовать позитивным процессам в экономике, предлагая перспективные, во многом универсальные модели правовых решений.

М.Ш. Магомедов,
приглашенный исследователь
(Институт права стран Восточной Европы
Кильского университета, Германия)

ПРАВОВОЙ СТАТУС ИНОСТРАННОГО ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА, ПОДКОНТРОЛЬНОГО ЛИЦАМ ГОСУДАРСТВА-РЕЦИПИЕНТА ИЛИ ТРЕТЬЕЙ СТРАНЫ, В РОССИЙСКОМ ИНВЕСТИЦИОННОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

Потребность осуществления предпринимательской деятельности может обусловить создание группы юридических лиц, когда посредством участия одного юридического лица в уставном капитале другого последовательно создается вертикально интегрированная структура, представляющая собой экономическое единство, которое обычно не наделяется нормами права юридического лица.

Значительные материально-правовые и процессуальные преимущества, предусмотренные в двусторонних инвестиционных договорах (ДИД) и национальном инвестиционном законодательстве, могут служить стимулом для создания юридических лиц, которые: 1) de jure имеют национальную принадлежность государства-контрагента по соответствующему ДИД; 2) не осуществляют реальную хозяйственную деятельность на территории данного государства; 3) de facto подконтрольны лицам государства-реципиента (SC-I) или третьего государства (SC-II)[1].

Отношения между составными элементами конструкции SC были одним из предметов анализа в некоторых делах, рассмотренных Международным центром по урегулированию инвестиционных споров (ИКСИД)[2]. Так, в деле Tokios Tokelés v Ukraine[3] заявитель представлял собой Tokios Tokelés — коммерческое юридическое лицо, созданное в соответствии с правом Республики Литва. Данное юридическое лицо в 1994 г. по праву Украины уч-

---

[1] Подобные схемы взаимодействия юридических лиц принято именовать shell companies. См., например: *Jeffrey Sullivan*, *Alex Hiendl*. A Protected Shell? — Shell Companies and Foreign Investment Law // Legal Aspects of Investment Contracts. Ed. by *A. Trunk* and *A. Aliyev*. Eastlaw Press. — Baku, 2009. — P. 123—142; *Jeswald W. Salacuse*. The Law of Investment Treaties. Oxford University Press. — New York, 2010. — P. 190.

Далее по ходу исследования, если иное специально не обозначено, словосочетание «конструкция SC» будет обозначать конструкцию SC-I.

[2] См., например: *Tokios Tokelés v Ukraine*, Decision on Jurisdiction and Dissent, ICSID Case No ARB/02/18, IIC 258 (2004), 20 ICSID Rev-FILJ 205, signed 29 April 2004; *Aguas del Tunari SA v Bolivia*, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/3, IIC 8 (2005), signed 21 October 2005; *Rompetrol Group NV v Romania*, Decision on Preliminary Objections, ICSID Case No ARB/06/3; IIC 322 (2008), signed 18 April 2008; *Phoenix Action Ltd v Czech Republic*, Award, ICSID Case No ARB/06/5; IIC 367 (2009), signed 9 April 2009 despatched 15 April 2009.

[3] См.: *Tokios Tokelés v Ukraine*, Decision on Jurisdiction and Dissent, ICSID Case No ARB/02/18; IIC 258 (2004).

редило Taki spravy, в уставном капитале которого являлось единственным участником (иными словами, Taki spravy представляет собой «компанию одного лица» — one man company). В свою очередь, Tokios Tokelés контролировалось украинскими частными лицами: в деле стороны не оспаривали, что 99% выпущенных в обращение акций принадлежит украинским частным лицам, а также то, что данные лица занимают две трети руководящих должностей Tokios Tokelés. На данном основании ответчик (Украина) просил ИКСИД признать Tokios Tokelés не «истинным»[1] лицом Республики Литва. ИКСИД после исследований, относящихся к делу вопросов факта и права, не согласился с доводом представителей Украины.

В условиях отсутствия единообразного подхода к конструкции SC наиболее целесообразным видится рассмотрение следующих аспектов: 1) что понимается под термином «иностранный инвестор» в российском инвестиционном законодательстве (в свете анализа проблемы SC); 2) каковы правовые последствия (преимущества и недостатки) признания лица из конструкции SC иностранным инвестором.

Федеральный закон от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»[2] (далее — ФЗИИ) предусматривает, что иностранный инвестор это «иностранное юридическое лицо, гражданская правоспособность которого определяется в соответствии с законодательством государства, в котором оно учреждено, и которое вправе в соответствии с законодательством указанного государства осуществлять инвестиции на территории Российской Федерации» (ст. 2).

Толкование данной нормы позволяет утверждать, что российское законодательство не содержит запрета для того, чтобы лицо из конструкции SC приобрело статус иностранного инвестора. Иными словами, если в применимом праве прямо не установлено иное, то с формальной точки зрения не имеет значения, какие лица участвуют в уставном капитале иностранного инвестора. Данный вывод соответствует позиции, обозначенной во многих делах ИКСИД[3].

Квалификация определенного лица из конструкции SC как иностранного инвестора не может рассматриваться в качестве основной проблемы, но должна предварять гораздо более важный в практическом плане вопрос — каковы правовые последствия подобной квалификации для деятельности соответствующих лиц. В данной связи необходимо определить как преимущества, так и недостатки использования конструкции SC.

---

[1] «The Respondent argues ... that the Claimant is not a «*genuine* (выделено мной. — *М.М.*) entity» of Lithuania ...». См.: Ibid. Para. 21.

[2] СЗ РФ. — 1999. — № 28. — Ст. 3493. О данном Федеральном законе подробнее см.: *Фархутдинов И.З.*, *Магомедов М.Ш.* Федеральный закон «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» — 10 лет спустя: опыт, проблемы и пути совершенствования // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2009. — № 11. — С. 78—89; № 12. — С. 61—69.

[3] См., например: *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction. 29.1.2004. §116; *Tokios Tokelés v Ukraine*, ICSID Case No ARB/02/18, IIC 258 (2004), Decision on Jurisdiction and Dissent. 29.4.2004. §36; *Rompetrol Group NV v Romania*, Decision on Preliminary Objections, ICSID Case No ARB/06/3; IIC 322 (2008), signed 18 April 2008.

Некоторые преимущества использования конструкции SC[1]:

1. Режим деятельности иностранных инвесторов. В соответствии со ст. 4 (1) ФЗИИ «правовой режим деятельности иностранных инвесторов... не может быть менее благоприятным, чем правовой режим деятельности... предоставленный российским инвесторам, за изъятиями, устанавливаемыми федеральными законами». Данное положение большинством авторов оценивается как норма, предоставляющая иностранным инвесторам национальный режим[2]. Однако имеются и иные мнения: так, Т.Н. Нешатаева, указывая на режим наиболее благоприятствуемой нации (НБН), ссылается в качестве примера на ст. 4 ФЗИИ[3].

Очевидно, что режим НБН не означает предоставления каких-либо прав per se. В условиях данного режима можно говорить лишь о предоставлении прав на подобные гарантии, которые могут быть найдены путем отсылки иностранного инвестора к нормам, которые призваны регулировать отношения с участием инвесторов из третьих стран. Таким образом, п. 1 ст. 4 ФЗИИ устанавливает национальный режим, поскольку содержание данного режима применительно к инвесторам из конкретного государства не зависит от гарантий, предусмотренных для инвесторов других стран.

Неоднозначно может быть истолковано[4] положение о том, что правовой режим деятельности иностранных инвесторов не может быть менее благоприятным, чем правовой режим деятельности, предоставленный российским инвесторам. Иными словами, режим, предоставляемый иностранным инвесторам, приравнивается не к режиму, который установлен для российских лиц, а к режиму деятельности российских инвесторов. Очевидно, что объем понятия «российское лицо» гораздо шире объема понятия «российский инвестор». Соответственно, необходимо определить, кто считается российским инвестором и для каких целей нужна подобная квалификация.

Статья 4 (п. 1) Федерального закона от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»[5] определяет, что «субъектами инве-

---

[1] Представляется, что в целом набор инвестиционных гарантий, закрепленных в российском праве, совпадает с набором гарантий по международному инвестиционному праву, применимому к иностранной инвестиционной деятельности в Российской Федерации. В ситуации наличия международно-правовых норм об инвестиционных гарантиях национальные нормы аналогичного характера «отходят» на второй план. Однако нормы российского права иностранных инвестиций становятся основным источником гарантий, когда отсутствует применимый международный договор.

[2] См., например: *Ануфриева Л.П.*, *Спектор А.А.* Принцип национального режима в регулировании международной торговли // Журнал российского права. — 2007. — № 10; *Богуславский М.М.* Международное частное право: Учеб. 6-е изд. — М., 2009. — С. 278; *Морозова Н.В.* Иностранная инвестиционная деятельность: правовая доктрина и международный арбитраж // Евразийский юридический журнал. — № 1 (8). — 2009. — С. 84.

[3] *Нешатаева Т.Н.* Суд и общепризнанные принципы и нормы международного права // Вестник ВАС РФ. — 2004. — № 3 // СПС «КонсультантПлюс».

[4] В данном случае мы рассматриваем гипотетическую ситуацию буквального толкования ст. 4 (1) ФЗИИ.

[5] СЗ РФ. — 1999. — № 9. — Ст. 1096.

стиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений... являются *инвесторы* (выделено мной. — *М.М.*), заказчики, подрядчики, пользователи объектов капитальных вложений и другие лица». Пункт 2 ст. 4 данного ФЗ перечисляет российских и иностранных инвесторов: «инвесторами могут быть физические и юридические лица, создаваемые на основе договора о совместной деятельности и не имеющие статуса юридического лица объединения юридических лиц, государственные органы, органы местного самоуправления (вероятно, данный перечень состоит из лиц, которые могут считаться российскими инвесторами. — *М.М.*), а также иностранные субъекты предпринимательской деятельности (иностранные инвесторы. — *М.М.*)». Термин «инвестор» используется и в других ФЗ[1].

Таким образом, иностранный инвестор может рассчитывать на предоставление только лишь определенных прав в соответствии с теми нормативно-правовыми актами, которые регулируют отношения с участием российских инвесторов и не предусматривают каких-либо изъятий для иностранных инвесторов.

Так, п. 1 ст. 2 ГК РФ определяет, что «правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием иностранных граждан... и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом». Однако деятельность иностранного инвестора по объективным причинам не может быть полностью урегулирована нормами гражданского законодательства. Поскольку п. 3 ст. 2 ГК РФ делает оговорку, что «к имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении... гражданское законодательство не применяется, если иное не предусмотрено законодательством», иностранному инвестору следует искать источник прав, которые ему потребуются в рамках публично-правовых отношений.

Целесообразным может быть обращение к норме п. 3 ст. 62 Конституции РФ: «Иностранные граждане... пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности наравне с гражданами Российской Федерации, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором Российской Федерации». Однако, учитывая, что конструкция SC рассчитана на использование института юридических лиц, важно установить, может ли иностранный инвестор — юридическое лицо ссылаться на п. 3 ст. 62 Конституции РФ. Подобная ссылка может быть осуществлена через п. 1 ст. 19 Конституции РФ, который определяет, что все равны перед законом и судом. Однако такой вывод достаточно спорен: данная статья помещена в главу о правах и свободах человека и гражданина; соответственно, нельзя с уверенностью утверждать, что положения п. 1 ст. 19 Конституции РФ имеют в виду также и юридические лица.

---

[1] См., например: Федеральный закон от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции» // СЗ РФ. — 1996. — № 1. — Ст. 18; Федеральный закон от 5 марта 1999 г. № 46-ФЗ «О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг» // СЗ РФ. — 1999. — № 10. — Ст. 1163.

Таким образом, хотя ст. 4 (п. 1) ФЗИИ построена по типу нормы, которая должна предоставлять иностранному инвестору национальный режим, но буквальное (возможно, что «нужное») толкование сможет приравнять данный правовой режим к правовому режиму деятельности российского инвестора.

2. Полная и безусловная защита прав и интересов иностранных инвесторов. Практический интерес для иностранного инвестора представляет норма п. 1 ст. 5 ФЗИИ о том, что ему на территории РФ предоставляется полная и безусловная защита прав и интересов, которая обеспечивается ФЗИИ, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами РФ, а также международными договорами РФ.

Очевидно, что определенная обтекаемость формулировки данной статьи оставляет многие вопросы ее имплементации на усмотрение правоприменительного органа. В случае когда компетенция быть таким органом принадлежит международному арбитражу, для иностранного инвестора открываются перспективы толкования нормы п. 1 ст. 5 ФЗИИ в свете того, как толкуется режим «защиты и безопасности» (protection and security) в практике международных арбитражей (прежде всего, ИКСИД)[1].

В юридической литературе указываются элементы, составляющие содержание режима защиты и безопасности[2]. Так, в частности, в некоторых решениях по инвестиционным спорам сфера действия данного режима была расширена путем включения обязательств государства по защите от «нефизического» вреда. В этой связи государство-реципиент может быть ответственно за отсутствие «правовой безопасности» (legal security), которая определяется качеством правовой системы, определенностью ее норм и возможностью предвидеть последствия их применения[3].

3. Право осуществлять деятельность в любых не запрещенных формах. Норма ст. 6 ФЗИИ наделяет иностранного инвестора правом осуществлять инвестиции на территории Российской Федерации в любых формах, не запрещенных ее законодательством. Иными словами, для иностранного инвестора в сфере выбора форм инвестирования действует принцип «все, что не запрещено, — разрешено».

Наиболее ярким примером ограничений и запретов для иностранных инвестиций является Федеральный закон от 29 апреля 2008 г. № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны и безопасности государства»[4] (Федеральный закон № 57-ФЗ).

---

[1] См., например: *Parkerings-Compagniet AS v Lithuania*, Award on jurisdiction and merits, ICSID Case No ARB/05/8; IIC 302 (2007), signed 14 August 2007; *Siemens AG v Argentina*, Award and Separate Opinion, ICSID Case No ARB/02/8, IIC 227 (2007), signed 6 February 2007.

[2] См.: *Jeswald W. Salacuse*. Op. cit. — P. 207—217; Standards of Investment Protection. Edited by *August Reinisch*. Oxford University Press. — 2008. — P. 131—150.

[3] См.: *Jeswald W. Salacuse*. Op. cit. — P. 217.

[4] СЗ РФ. — 2008. — № 18. — Ст. 1940. О данном Федеральном законе подробнее см.: *Магомедов М.Ш.* Некоторые аспекты правовых последствий введения ограничений иностранных инвестиций в стратегические отрасли в РФ // Евразийский юридический журнал. — 2009. — № 1 (8). — С. 55—66.

Представляется, что, в частности, практической пользой для иностранных инвесторов от ст. 6 ФЗИИ может являться то, что их деятельность запрещается или ограничивается только в случае специального указания на это в Федеральном законе № 57-ФЗ.

4. Гарантия свободы передачи прав и обязанностей. Важной является ст. 7 ФЗИИ, в соответствии с которой «если иностранное государство... производит платеж в пользу иностранного инвестора по гарантии (договору страхования), предоставленный иностранному инвестору в отношении инвестиций, осуществленных им на территории Российской Федерации, и к этому иностранному государству... переходят права (уступаются требования) иностранного инвестора на указанные инвестиции, то в Российской Федерации такой переход (уступка требований) *признается правомерным* (выделено мной. — *М.М.*)» (п. 2).

Признание правомерности уступки требования (суброгация) означает признание обязанности уплатить компенсацию за утраченные инвестиции иностранному государству как правопреемнику инвестора. В правовой литературе отмечается, что основная особенность суброгации состоит в том, что права частного лица передаются субъекту международного права, защищаются на межгосударственном уровне, т.е. происходит трансформация гражданско-правовых отношений в международные публично-правовые[1]. Однако данное утверждение не бесспорно: так, Комиссия международного права ООН указала на то, что не любое соглашение между государствами является международным договором[2]. Кроме того, нельзя исключить то, что в данном случае государства будут рассматриваться только в качестве частных лиц. Однако и в такой ситуации «государство, признающее суброгацию, будет проявлять повышенную осторожность... чтобы избежать затем конфронтации с государством (даже если такое государство выступает как частное лицо, данное обстоятельство не лишает его публично-правовых характеристик. — *М.М.*), которому инвестор цедирует свои права требования»[3].

К неблагоприятным последствиям использования конструкции SC можно отнести следующие:

1. Федеральный закон № 57-ФЗ и конструкция SC: общее правило. В соответствии с п. 2 ст. 3 Федерального закона № 57-ФЗ понятие «иностранный инвестор» используется в значении, указанном в ст. 2 ФЗИИ. Поскольку, как было отмечено выше, ст. 2 ФЗИИ не предусматривает прямого запрета для приобретения лицом из конструкции SC статуса иностранного инвестора, то автоматически наряду с гарантиями по российскому праву иностранных инвестиций лицо из конструкции SC подпадает под ограничения Федерального закона № 57-ФЗ.

2. Понятие «иностранный инвестор» в Федеральном законе № 57-ФЗ и ФЗИИ: две цели — одна дефиниция. Известно, что для решения вопроса

---

[1] См.: *Лукашук И.И.* Международное право. Особенная часть. — М., 2007.

[2] Yearbook of ILC, 1950. — Vol. II. — P. 189.

[3] *Богуславский М.М.* Указ. соч. — С. 284.

о предоставлении правом иностранных инвестиций гарантий важно как то, кто осуществляет капиталовложение, так и то, что представляет собой данное капиталовложение[1]. Однако для установления ограничений иностранных инвестиций в стратегические отрасли важно несколько иное: нужно установить, что субъект правоотношения является иностранным («чужим») лицом, а также то, что данный субъект установил и осуществляет контроль над юридическим лицом, которое занимается хотя бы одним из видов деятельности, указанной в ст. 6 Федерального закона № 57-ФЗ.

Данные тезисы позволяют усомниться в безупречности избранного российским законодателем решения о прямом заимствовании дефиниции «иностранный инвестор» из ФЗИИ — федерального закона, имеющего иную цель и призванного регулировать хотя и смежные, но иные общественные отношения. Определение «иностранный инвестор» важно для права иностранных инвестиций для целей предоставления определенных гарантий. Разумно, что не каждый субъект иностранного правопорядка получает данный статус. Соответственно, у дефиниции «иностранный инвестор» цель — путем установления определенных критериев ограничить круг лиц, которые смогут воспользоваться гарантиями права иностранных инвестиций. Применительно к Федеральному закону № 57-ФЗ можно указать, что законодатель расширительно подошел к установлению перечня субъектов, на которых распространяют свое действие нормы данного Закона (п. 2 ст. 3). Таким образом, не совсем понятна причина использования одной и той же дефиниции для законов, преследующих разные цели.

3. Понятие «группа лиц» по Федеральному закону № 57-ФЗ: перспективы взаимодействия лиц из конструкции SC с их российскими партнерами. Использование конструкции SC может иметь последствия и для не входящих в нее российских лиц. Статья 1 Федерального закона № 57-ФЗ определяет, что для группы лиц, в которую входит иностранный инвестор (группа лиц), устанавливаются изъятия ограничительного характера. Пункт 12 ст. 9 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»[2] (далее — Закон о защите конкуренции) устанавливает, что группой лиц считаются, в частности, лица, являющиеся участниками одной и той же финансово-промышленной группы (ФПГ). Таким образом, в качестве группы лиц можно квалифицировать совокупность иностранных и российских юридических лиц и (или) иностранных граждан (подданных) и российских граждан, входящих в одну и ту же ФПГ.

Правовая неопределенность действия нормы п. 12 ст. 9 ФЗ о защите конкуренции обуславливается тем, что Федеральный закон от 30 ноября 1995 г. № 190-ФЗ «О финансово-промышленных группах»[3] утратил силу в связи с принятием Федерального закона от 22 июня 2007 г. № 115-ФЗ[4]. Помимо данного сугубо правового пробела в регулировании не учитыва-

---

[1] См.: *Jeswald W. Salacuse*. Op. cit. — P. 159.

[2] Российская газета. — 2006. — № 162.

[3] СЗ РФ. — 1995. — № 49. — Ст. 4697.

[4] СЗ РФ. — 2007. — № 26. — Ст. 3088.

ется природа соответствующих явлений: конструкция ФПГ подразумевает построение отношений между ее членами на координационной основе. Таким образом, участие российского лица совместно с иностранным инвестором в ФПГ не является самодостаточным основанием нахождения первого под контролем второго. Кроме того, ФПГ предполагает, что совместная экономическая деятельность участников данного образования ведется по гораздо более узкому направлению, чем в случае с холдингом. Таким образом, российское лицо может контролировать хозяйственное общество, имеющее стратегическое значение (ХОИСЗ), и в это же время данная деятельность может быть никак не сопряжена с деятельностью, координация которой осуществляется в рамках соответствующей ФПГ.

В пункте 1 ст. 4 Федерального закона № 57-ФЗ для группы лиц установлено требование, в соответствии с которым совершение сделок, влекущих за собой установление контроля участника данной группы над ХОИСЗ, допускается при наличии решения о предварительном согласовании таких сделок в соответствии с Федеральным законом № 57-ФЗ. Исходя из данного установления, российскому лицу необходимо получить предварительное согласие в случае, если данные лица состоят с иностранным инвестором в одной ФПГ и желают совершить сделку (сделки) по установлению контроля над ХОИСЗ.

Подобная неожиданная ситуация вызвана неполной согласованностью норм Федерального закона № 57-ФЗ и Закона о защите конкуренции. Возможно, более удачным вариантом регулирования описанных отношений было бы включение в Федеральный закон № 57-ФЗ собственной дефиниции «группа лиц»: вероятно, что сущностные различия между отношениями по защите конкуренции и отношениями по ограничению иностранных инвестиций в стратегические отрасли будут в будущем (в т.ч. в результате изменения ст. 9 Закона о защите конкуренции) негативно сказываться на процессе правового регулирования данных сфер.

Если в применимом международном договоре или национальном праве прямо не установлено иное, то с формальной точки зрения не имеет значения, какие лица (лицо) участвуют в уставном капитале иностранного инвестора. Соответственно, лицам из конструкции SC не может быть отказано в предоставлении гарантий, если иное специально не определено. Российское инвестиционное законодательство не содержит прямого запрета на то, чтобы соответствующее лицо в конструкции SC приобрело статус иностранного инвестора.

Квалификация определенного лица из конструкции SC как иностранного инвестора должна быть увязана с тем, каковы правовые последствия (преимущества и недостатки) подобной квалификации для деятельности соответствующих лиц.

Использование конструкции SC может иметь существенные негативные последствия для лиц, являющихся элементами данной конструкции. Данный факт усугубляется прямым (без учета существа регулируемых общественных отношений) заимствованием из других актов многих дефиниций, используемых в Федеральном законе № 57-ФЗ.

РЕКОМЕНДАЦИИ V ЕЖЕГОДНЫХ НАУЧНЫХ ЧТЕНИЙ ПАМЯТИ ПРОФЕССОРА С.Н. БРАТУСЯ НА ТЕМУ «ИНСТИТУТЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА И МОДЕРНИЗАЦИЯ ЭКОНОМИКИ»

Модернизация российской экономики является одной из ключевых общегосударственных задач на сегодняшний день. Решение ее во многом зависит от степени эффективности правового инструментария. При этом первостепенную роль в системе правового обеспечения модернизации призваны играть институты гражданского права — это обусловлено самой сущностью гражданского права, которое должно способствовать прогрессивному развитию экономики, сбалансированно выражая и эффективно защищая интересы участников гражданского оборота.

Обсуждение в рамках V Ежегодных научных чтений памяти профессора С.Н. Братуся различных аспектов современного состояния и перспектив **развития отечественного гражданского права, его роли в социально-экономическом развитии российского общества** позволило выявить узловые правовые проблемы модернизации экономики Российской Федерации.

В ходе дискуссии были, в частности, освещены вопросы правового обеспечения реального сектора экономики, эффективности правовых стимулов инновационного развития и правовых гарантий предпринимательской деятельности, а также ряд других насущных проблем.

Участники научных чтений обозначили ряд основных направлений совершенствования гражданского законодательства в рамках общего процесса модернизации экономики.

Совершенствование институтов российского гражданского права направлено на его прогрессивное развитие и обеспечение эффективной правовой основы модернизации экономики России при сохранении преемственности и стабильности гражданского законодательства. Важная задача законодателя, следуя четкой и логически непротиворечивой системе гражданского законодательства, — добиваться стабильности гражданского оборота на основе предоставления универсальных гарантий защиты прав и законных интересов его участников.

Участники чтений отмечают необходимость развития и конкретизации нормативной регламентации существующих способов защиты гражданских прав, а также доктринальной проработки новых способов защиты права (в частности, восстановления корпоративного контроля).

Модернизация экономики страны настоятельно требует развития институтов вещного права, совершенствования и расширения круга и содержания вещных прав. Необходимо дать исчерпывающий перечень вещ-

ных прав, а также их классификацию, включающую ограниченные вещные права.

Важным направлением совершенствования институтов гражданского права является развитие гражданско-правовой регламентации юридических лиц:

повышение эффективности законодательства о юридических лицах путем унификации соответствующих гражданско-правовых норм и их преимущественного включения непосредственно в ГК РФ;

реформирование системы организационно-правовых форм юридических лиц, в том числе некоммерческих, ее исчерпывающее регулирование в ГК РФ; четкое разделение юридических лиц с точки зрения организационной структуры на корпорации (построенные на началах членства) и юридические лица некорпоративного характера (унитарные предприятия, фонды, учреждения);

уточнение критериев разграничения юридических лиц на коммерческие и некоммерческие организации, установление пределов осуществления предпринимательской деятельности некоммерческими организациями. В связи с этим не теряют актуальности рекомендации III Ежегодных научных чтений памяти профессора С.Н. Братуся, посвященных теоретическим и практическим проблемам некоммерческих организаций (29 октября 2008 г.);

более четкое законодательное отражение вопросов опосредованного участия государства в гражданском обороте посредством юридических лиц таких организационно-правовых форм, как государственная корпорация, унитарное предприятие, автономное, бюджетное и казенное учреждения;

развитие отдельных институтов корпоративного права (реорганизация и ликвидация юридических лиц; соглашения об осуществлении корпоративных прав).

Особо следует выделить направления совершенствования норм обязательственного права, в том числе:

совершенствование гражданско-правового института сделок — для обеспечения активного развития инновационного высокотехнологичного бизнеса в России важно развивать положения гражданского законодательства об условных сделках;

принятие норм, стимулирующих исполнение обязательств, а также более эффективное использование различных способов защиты прав и законных интересов кредиторов, включая применение в необходимых случаях механизма принуждения;

совершенствование норм об ответственности за нарушение (неисполнение, ненадлежащее исполнение) обязательств;

развитие института залога специальных объектов гражданского оборота, таких как имущественные права (требования), а также ценные бумаги;

расширение круга субъектов, которым предоставлено право выдачи гарантий.

Необходимо развивать заложенную в ГК РФ систему гражданско-правовых договоров. Полагаем недопустимой ситуацию, когда ряд важнейших

для экономического развития страны законов, в частности Федеральный закон от 28 декабря 2009 г. № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации», Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 190-ФЗ «О теплоснабжении», Федеральный закон от 26 марта 2003 г. № 35-ФЗ «Об электроэнергетике», содержат положения о договорах, противоречащие ГК РФ.

Создание международного финансового центра в Российской Федерации требует развития нормативных положений ГК РФ о ценных бумагах, а также специальной регламентации сделок, опосредующих инвестирование на российском финансовом рынке.

В связи с широким использованием гражданско-правовых конструкций в ходе модернизации российской экономики повышенное внимание следует уделить не только положениям ГК РФ, но также и проблематике взаимодействия гражданского законодательства с другими отраслями отечественного законодательства. Правоприменительная практика подсказывает, что решение этой проблемы — в гармонизации гражданского законодательства с нормативными положениями других отраслей законодательства (бюджетного, налогового, валютного, земельного и др.), в том числе и в части используемой терминологии.

СОДЕРЖАНИЕ

ДОКЛАДЫ

Б.С. Братусь. Профессор права, поборник справедливости 5

Е.Ю. Валявина. Актуальные вопросы защиты прав субъектов предпринимательской деятельности в современных условиях (в практике арбитражных судов) 18

В.В. Витрянский. Роль институтов гражданского права в минимизации последствий экономического кризиса..... 29

В.П. Мозолин. Модернизация права собственности в экономическом измерении..... 38

О.М. Свириденко. Институт несостоятельности (банкротства) в системе гражданского права 44

А.В. Турбанов. Система страхования банковских вкладов: современность и новые вызовы 53

Л.Г. Ефимова. Совершенствование договорных конструкций в безналичных расчетах 60

ВЫСТУПЛЕНИЯ В ПРЕНИЯХ

В.Н. Литовкин. Творческое наследие профессора С.Н. Братуся и современность.....69

О.В. Гутников. Оптимизация видов юридических лиц в соответствии с потребностями гражданского оборота.....81

Б.И. Пугинский. Правовая трактовка предпринимательства 92

В.С. Нерсесян. Пути и способы совершенствования гражданско-правового регулирования отношений между физическими и юридическими лицами 95

В.Н. Яковлев. Компоненты окружающей природной среды: отношения по их использованию и охране 103

М.А. Егорова. Модернизация государственного регулирования торговой деятельности как института гражданского права: достижения и перспективы развития 112

Н.И. Клейн. Укрепление системы договоров в процессе модернизации экономики.....120

Е.А. Абросимова. Функциональность юридического лица и модернизация законодательства 123

О.А. Слепенкова. Отдельные аспекты страхования ответственности владельца опасного объекта 131
С.В. Моргунов. Проблемы оборота недвижимого имущества....137
Т.К. Канатов. Тенденции развития гражданского права в Республике Казахстан и влияние гражданского права на минимизацию последствий экономического кризиса 144
Н.Г. Доронина. Инвестиционное законодательство и модернизация экономики 150

МАТЕРИАЛЫ, ПРЕДСТАВЛЕННЫЕ В ПИСЬМЕННОМ ВИДЕ

З.И. Цыбуленко. О спорных положениях концепции развития гражданского законодательства РФ....161
Е.В. Вавилин. Совершенствование механизма осуществления прав как одно из условий модернизации экономики 167
В.В. Долинская. Развитие института правосубъектности и его значение для гражданского оборота 172
Т.В. Сойфер. Основные направления развития законодательства об объединениях юридических лиц 182
В.П. Емельянцев. Развитие законодательства о реорганизации юридических лиц и планируемые процессы концентрации и деконцентрации капитала 192
Т.А. Нуждин. К вопросу о правовой природе решения о реорганизации юридических лиц....201
Ю.А. Доронин. Акционерные соглашения как современный механизм регулирования корпоративных отношений....207
А.О. Иншакова. Акционерные соглашения как правовой механизм защиты прав участников акционерных обществ в гармонизированном корпоративном регулировании Российской Федерации и ОЭСР....214
С.В. Кружкова. Институт саморегулируемых организаций как инструмент модернизации....217
Н.В. Субанова. Лицензирование и саморегулирование как инструменты правового регулирования предпринимательской деятельности 222
В.В. Кванина. О «безответственной» ответственности оценщиков 230
Ю.Б. Фогельсон. Защита интересов предпринимателей средствами мягкого права 236

Е.А. Галиновская. Вещные права на землю и проблемы правового регулирования рынка земли 242

И.В. Цветков. Конкурентоспособность договорного права как фактор модернизационного успеха 251

О.А. Беляева. Институт торгов в контексте модернизации отечественной экономики....257

К.В. Кичик. К вопросу о понятиях «прокьюремент» и «закупки»....264

С.А. Кощеев. Институт договорного недропользования как средство модернизации экономики 272

Н.В. Кузнецова. Основания прекращения гражданско-правовых обязательств по соглашению сторон: свобода выбора и ограничения 280

С.В. Горбылев. Применение эскроу-счетов в целях ипотечного кредитования: американский опыт правового регулирования и российская правовая действительность 283

О.М. Иванов. Нормативное ограничение стоимости кредита: запрет ростовщичества в законодательстве зарубежных стран 290

А.Е. Польщикова. Инвестиционный договор (контракт) в судебно-арбитражной практике: проблемы квалификации в спорах о возникновении права собственности на вновь созданную недвижимую вещь....298

Б.А. Булаевский. Модернизация экономики и гражданско-правовая охрана интересов личности (на примере деликтных правоотношений)....307

М.Ш. Магомедов. Правовой статус иностранного юридического лица, подконтрольного лицам государства-реципиента или третьей страны, в российском инвестиционном законодательстве....311

Рекомендации V ежегодных научных чтений памяти профессора С.Н. Братуся на тему «Институты гражданского права и модернизация экономики» 319

CONTENTS

REPORTS

B.S. Bratus. The professor of the law, the advocate of justice 5

E.U. Valiavina. Urgent questions of entrepreneurs rights protection in the present conditions (in the practice of arbitration courts) 18

V.V. Vitriansky. The role of institutes of civil law in minimization of economic crisis consequences..... 29

V.P. Mozolin. Modernization of property rights in the economic dimension 38

O.M. Sviridenko. Institute of insolvency (bankruptcy) in the civil law system 44

A.V. Turbanov. System of insurance of bank deposits: modern and new challenges..... 53

L.G. Efimova. Improvement of contractual structures in non-cash transactions.....60

SPEECHES

V.N. Litovkin. Creative heritage of professor S.N. Bratus and modernity.....69

O.V. Gutnikov. The optimization of legal entities types according to requirements of civil transactions.....81

B.I. Puginski. The legal interpretation of entrepreneurship 92

V.S. Nersesian. Ways and means of improving civil-legal regulation of relations between individuals and legal entities 95

V.N. Iakovlev. The components of the environment: the relationship to their use and protection 103

M.A. Egorova. Modernization of state regulation of commercial activities as an institution of civil law: achievements and prospects 112

N.I. Klein. Strengthening the system of contracts in the process of economic modernization.....120

E.A. Abrosimova. The functionality of a legal entity and the modernization of legislation 123

O.A. Slepenkova. Several aspects of the insurance liability of the owner of a dangerous object 131

S.V. Morgunov. Problems turnover of real estate 137

T.K. Kanatov. Trends in the development of civil law in the Republic of Kazakhstan and the influence of civil law to minimize the consequences of economic crisis 144

N.G. Doronina. The investment legislation and economy modernization 150

WRITING MATERIALS

Z.I. Tzibylenko. On the contentious provisions of the Concept of development of civil legislation of the Russian Federation 161

E.V. Vavilin. Improving the mechanism for the implementation of rights as one of the conditions of economic modernization 167

V.V. Doliskaya. Development of the institution of legal personality and its relevance to the civil turnover 172

T.V. Soifer. The main directions of development of the legislation on associations of legal entities 182

V.P. Emeliantzev. Development of legislation on the reorganization of legal entities and planned processes of concentration and deconcentration of capital 192

T.A. Nyjdin. On the legal nature of the decision on the reorganization of legal entities 201

U.A. Doronin. Shareholder agreements as a modern regulatory framework of corporate relations 207

A.O. Inshakova. Shareholder agreements as a legal mechanism to protect the rights of joint stock companies in the harmonized corporate management of the Russian Federation and the OECD 214

S.V. Kryjkova. Institute of self-regulatory organizations as a instrument for modernization 217

N.V. Sybanova. Licensing and self-regulation as instruments of legal regulation of business activities 222

V.V. Kvanina. About «irresponsible» responsibility of appraisers 230

U.B. Fogelson. Protection of business interests by means of soft law 236

E.A. Galinovskaia. Property rights to land and problems of legal regulation of land market 242

I.V. Tzvetkov. Competitiveness of contract law as a factor in the success of the modernization 251
O.A. Beliaeva. Institute of trades in the context of the modernization of the domestic economy 257
K.V. Kichik. To a question about the concepts of "procurement" and "purchases" 264
S.A. Koscheev. Institute of contractual subsoil use as a means of modernizing the economy 272
N.V. Kyznezova. Grounds for termination of civil liabilities under the agreement of the parties: the freedom of choice and constraints 280
S.V. Gorbilev. The use of escrow accounts to mortgage lending: the American experience of legal regulation and the Russian legal validity 283
O.M. Ivanov. Regulatory restrictions cost of credit: a usury interdiction in the legislation of foreign countries....290
A.E. Polschikova. Investment agreement (contract) in arbitration practice: issues of qualification in the debate about the origin of ownership of the newly created immovable 298
B.A. Bylaevski. Modernization of the economy and civil legal protection of the individual interests (for example tort law relations)....307
M.Sh. Magomedov. Legal status of foreign entities, controlled by the state of the recipient or a third country, in Russian investment law 311

References of the V Annual scientific readings devoted to the memory of professor S.N. Bratys on «Institutions of civil law and modernization of the economy» 319

ИНСТИТУТЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА И МОДЕРНИЗАЦИЯ ЭКОНОМИКИ

ИЗДАТЕЛЬСТВО ЮСТИЦИНФОРМ
(юридическая, экономическая и другая деловая литература;
журналы «Право и экономика»,
«Вестник арбитражной практики»)

Главный редактор
В.А. Вайпан

Генеральный директор
В.В. Прошин

Санитарно-эпидемиологическое заключение
№ 77.99.60.953.Д.010271.09.08 от 25.09.2008 г.

Подписано в печать 04.10.2011. Бумага офсетная
Формат 60x90/16. Гарнитура «Ньютон». Печать офсетная. Печ.л. 20,5
Тираж 500 экз. Заказ №

С полным ассортиментом продукции Юстицинформ
вы можете ознакомиться на сайте издательства в разделе «Прайс-лист»
http://www.jusinf.ru

ЗАО «Юридический Дом «Юстицинформ»
111024, г. Москва, ул. Энтузиастов 2-я, д. 5
Тел.: (495) 232-12-42
E-mail: pravoecon@jusinf.ru
info@jusinf.ru (по вопросам маркетинга и приобретения книг)
WWW: http://www.jusinf.ru

Отпечатано в Обществе с ограниченной ответственностью
«Чебоксарская типография №1»

428019, г. Чебоксары, пр. И. Яковлева, 15