

САХАЛИНСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Межвузовский сборник научных статей

ВЫПУСК 7

ЮЖНО-САХАЛИНСК
2010

УДК 340 (06)
ББК 67
Ю 70

Печатается по решению редакционно-издательского совета
Сахалинского государственного университета, 2010 г.

Ю 70

Юридический журнал: межвузовский сборник научных статей / Сост. и отв. ред. И. И. Андриановская. – Вып. 7. – Южно-Сахалинск: СахГУ, 2010. – 104 с.

ISBN 978-5-88811-308-0

В сборник включены статьи, посвященные современным проблемам общей теории и истории государства и права, трудового, гражданского и административного права, правосудия, уголовного права, криминологии и криминалистики.

Для научных и практических работников, студентов юридических вузов.

Составитель и ответственный редактор:

И. И. Андриановская, кандидат юридических наук, доцент.



© Сахалинский государственный
университет, 2010

СОДЕРЖАНИЕ

РАЗДЕЛ I

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

<i>Исаева Т. С.</i> Из истории становления судебной системы на Дальнем Востоке	5
<i>Андреановская И. И.</i> Условия применения преемственных положений в современном праве (на примере норм трудового права)	8
<i>Бреднева В. С.</i> Место и роль научного правосознания в правоприменительной деятельности	12
<i>Каратеев П. Ю.</i> Некоторые теоретические аспекты законотворчества: понятие, содержание и социальная роль ☒	16

РАЗДЕЛ II

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

<i>Андреева А. Е.</i> Международно-правовые акты в сфере портового контроля безопасности мореплавания . ☒	20
<i>Павлова А. А.</i> Концессионные соглашения как форма инвестиционной деятельности в РФ	25

РАЗДЕЛ III

ГРАЖДАНСКОЕ, ТРУДОВОЕ И НАЛОГОВОЕ ПРАВО

<i>Зыкина Т. А.</i> Право работника на стабильность в трудовых отношениях на примере переводов, которые обязан осуществить работодатель	35
<i>Сазанова И. В.</i> О понятии злоупотребления субъективным правом	39
<i>Бакунов А. В.</i> Продажа предприятия в ходе внешнего управления	43
<i>Андреановская И. И.</i> Гарантии и компенсации в трудовом праве: преемственность и новизна	54
<i>Морозов Е. В.</i> Об основаниях, исключающих ответственность за совершение налогового правонарушения . ☒	58

РАЗДЕЛ IV

УГОЛОВНОЕ ПРАВО

<i>Зеленина М. В.</i> Проблемы классификации международных преступлений на международном и национальном уровне	63
<i>Нагаева Т. И.</i> Классификация преступлений (виды преступлений) и виды преступного деяния	70
<i>Никитин Ю. А.</i> Причины и проблемы молодежной наркомании Сахалинской области.	75

РАЗДЕЛ V

ГРАЖДАНСКИЙ И УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

<i>Афанасьева Е. В.</i> Взаимность как необходимое условие для признания и приведения в исполнение решений иностранных судов в правовой системе Российской Федерации	80
<i>Товбин М. А.</i> К вопросу о безопасности обжалования в российском гражданском процессе.	83

РАЗДЕЛ VI

НОВОЕ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

<i>Карташова Г. Н.</i> Современные тенденции развития законодательства об опеке и попечительстве	87
--	----

РАЗДЕЛ VII

ИНФОРМАЦИЯ ВУЗОВ

<i>Никитин Ю. А.</i> Материалы конференции «Формирование толерантности в молодежной среде: проблемы и практика» ☒	96
Справка об авторах ☒	103

РАЗДЕЛ I

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

ИЗ ИСТОРИИ СТАНОВЛЕНИЯ СУДЕБНОЙ СИСТЕМЫ НА ДАЛЬНЕМ ВОСТОКЕ

В настоящее время, когда в Российской Федерации происходит судебная реформа, небезынтересно обратиться к истокам ее становления. Многие первые акты, относящиеся к реформированию судебной системы, были приняты в период новой экономической политики.

Следует отметить, что демократизация судебной системы происходила постепенно. Так, 16 ноября 1922 г. Приморский избирком опубликовал приказ, на основе которого все ранее существующие судебные постановления со всеми состоящими при них органами в пределах Приморской губернии упразднялись с увольнением личного состава. Вместе с тем в циркулярном письме центра страны от 22 ноября 1922 г. указывалось: «Ломку существующих судебных органов “буфера” (ДВР) сразу проводить нецелесообразно, из-за отсутствия подготовленных судебных работников, а отличие в нормах избирательного права Конституции РСФСР 1918 г. и ДВР не дает многим судьям сохранить свое право»¹.

По решению Верховного суда РСФСР кассационный суд бывшей Дальневосточной республики сохранялся и был переименован в Высший кассационный суд Дальнего Востока. Политнарсуды бывшей ДВР были переименованы в губревтрибуналы. На местах создавались народные суды, которые рассматривали как гражданские, так и уголовные дела. Народный судья решал дела единолично или с двумя заседателями, а если дело касалось убийства, разбоя, взятки, спекуляции, то количество заседателей увеличивалось до шести. Кандидаты в народные судьи в губернских городах выдвигались на заводах, фабриках и утверждались губисполкомом на один год, а в уездах кандидаты в судьи выдвигались и утверждались уездными и волостными ревкомами. Списки народных заседателей составлялись один раз в год, отдел юстиции устанавливал необходимое количество для каждого участка народного суда. За время присутствия народных заседателей в суде за ними сохранялась заработная плата.

Отзыв народного судьи до срока или его перемещение могли быть только по предложению наркомата юстиции, а губревком должен сообщать мотивы отзыва судей, это гарантировало независимость судей от местных влияний.

С 1 мая 1923 г. вводилось в действие на Дальнем Востоке «Положение о судоустройстве РСФСР»,

принятое IV сессией ВЦИК 31 октября 1922 г. Перестройка судебной системы на основе нового «Положения о судоустройстве» происходила не одновременно во всех губерниях Дальнего Востока, а по мере их подготовки.

В первую очередь она проводилась в Приморской губернии, где в качестве первой инстанции сохранился народный суд, в каждом городе создавалось несколько участков. Так, во Владивостоке их было пять и два участка в Уссурийске, Шкотово, Черниговке, Ольге, Спасске, Владими́ре-Александровске, Посъете.

Один судебный участок народного суда обслуживал 34 тысячи человек, на каждом судебном заседании рассматривалось в среднем около 10 дел, а в месяц народный суд рассматривал около 305 дел².

При народных судах существовали специальные разъездные суды, которые выезжали в те пункты, где отсутствовали судебные участки. При народных судах находились судебные следователи. На каждого следователя в среднем приходилось около 70 дел в месяц³.

Жалобы на действия следователя по вопросам следственного производства рассматривались прокуратурой. Прокурор имел право знакомиться с отдельными актами предварительного следствия, давать по ним указания следователю отменять или применять меру пресечения, мог избирать ее сам, если она не была назначена. Предложения прокурора о замене меры пресечения более легкой являлись для следователя обязательными. Интересно, что спорные вопросы, которые возникали между следователем и наблюдавшим за следствием прокурором, разрешались в заседании суда.

Характерной особенностью создания народных судов Дальнего Востока в 20-е годы было их назначение ревкомами в отличие от выборности в центре страны и утверждение отделом юстиции. Общее руководство народными судами Приморской губернии осуществлял Президиум народных судей, первым председателем был назначен А. И. Некрасов, а членами С. И. Белкин, В. И. Земцев, И. М. Залецкий. 1 мая 1923 г. был образован Губернский суд и созданный ранее Президиум вошел в его состав. Состав губсуда назначался Наркоматом юстиции РСФСР по представлению Дальревкома в составе председателя, двух заместителей и восьми членов суда. Губсуд состоял

¹ Красное знамя. – 1922. – № 56. – 1 декабря.

² ЦГА РФ. – Ф. 1235. – Д. 102. – С. 127; Д. 227. – С. 18.

³ Дальневосточный путь. – 1923. – № 148. – 3 июля.

из уголовного и гражданского отделений. Уголовное отделение возглавлял А. А. Иваненко, а председателем гражданского отделения был Н. В. Кулагин. Всего в губернских судах Дальнего Востока насчитывалось 98 участков народных судов со штатом 344 человека⁴.

В мае 1923 г. при всех губернских судах были созданы трудовые сессии народных судов, рассматривающие дела, связанные с нарушениями Кодекса законов о труде. Они состояли из одного постоянного народного судьи и представителя от губернского отдела труда.

Согласно ст. 163 и 169 Кодекса законов о труде, трудовые сессии рассматривали иски рабочих к предпринимателям, а также нарушения законов о труде по вопросам нормирования, применения наемного труда, найма рабочих, минута биржу труда, принуждения к сверхурочным работам⁵. Большая часть нарушений трудового законодательства касалась частных предприятий. Так, за три месяца 1924 г. в Забайкальской губернии из 74 дел 63 приходилось на частные предприятия⁶. Это было следствием большого количества в 1923 г. на Дальнем Востоке частных предприятий (они составляли большую часть от общего числа созданных в то время предприятий)⁷.

Незначительные нарушения трудового законодательства рассматривались в примирительных камерах и третейских судах. Так, для усиления борьбы со взяточничеством при народных судах создавались камеры по борьбе со взяточничеством.

Определенный интерес в становлении судебной системы Дальнего Востока представляла ее организация у малых народов, где судом первой инстанции являлся суд родового управления, которому были подсудны дела по искам членов объединений, по брачно-семейным и гражданским делам, а также спорные вопросы о праве пользования пастбищами, рыболовными угодьями. Из уголовных дел ему были подсудны все дела, кроме контрреволюционных, должностных, дел о бандитизме, ложного доноса.

Второй инстанцией был районный туземный суд. Судебных защитников в судах не было, им мог быть любой гражданин, не порочащий себя. Определенную категорию дел рассматривали губернские трибуналы.

Учитывая приграничное положение Приморской губернии и сильно развитую контрабанду, председателем Верховного суда РСФСР для соблюдения государственных фискальных интересов на-

значался специальный судья из центра по нарушениям таможенного и акцизного уставов.

При Приморском отделе народного образования создавалась комиссия по делам несовершеннолетних правонарушителей, которая располагала приемником-распределителем на 40 человек, трудовой колонией в районе станции Океанская, детским домом для размещения беспризорных и колонией дефективных детей на о. Русском на 60 человек⁸.

В январе 1923 г. создается первая на Дальнем Востоке юридическая консультация, которая насчитывала 160 человек, из которых 75 находились во Владивостоке. Большинство судебных защитников были из числа бывших присяжных поверенных или мировых сулей, на общем собрании избирался председатель из шести человек.

Первый состав коллегии защитников состоял из председателя А. И. Некрасова и шести членов: Грязина, Чернявского, Гаца, Винклера, Игнатьева и Дугелевского.

Для координации судебной деятельности Дальнего Востока в мае 1923 г. создается Дальневосточное отделение Верховного суда, в подчинении которого находилось шесть губернских судов (Приморский, Амурский, Приамурский, Забайкальский, Бурят-Монгольский).

Отделение Дальневосточного суда действовало в составе: Президиума, кассационной коллегии по уголовным и гражданским делам, судебной коллегии. Рабочим органом отделения являлся Президиум, состоящий из председателей коллегий. Президиум ведал распределением обязанностей между членами суда, назначал специальный состав суда для ревизий губсудов. Уголовная и гражданская коллегии рассматривали кассационные жалобы, осуществляя надзор за нижестоящими судами, а также рассматривали дела, отнесенные законом к подсудности Верховного суда, в качестве суда первой инстанции.

При отделении Верховного суда не было дисциплинарной коллегии, права и функции ее были отнесены к ведению Президиума. С правом совещательного голоса на заседаниях отделения Президиума присутствовал прокурор Дальневосточной области.

Руководство всей деятельностью Дальневосточного отделения Верховного суда осуществлял председатель К. П. Рогинский, которому 19 августа 1923 г. нарком юстиции Д. И. Курский выдал удостоверение как уполномоченному наркомата юстиции на Дальнем Востоке⁹. Дальневосточное

⁴ РАДВ. – Ф. 2422. – Д. 863. – Л. 97.

⁵ Собрание кодексов РСФСР. – М., 1927. – С. 298.

⁶ РАДВ. – Ф. 1235. – Д. 423. – Л. 184.

⁷ Статистический вестник. – Кн. 1. – Чита, 1924.

⁸ Два года Советской власти в Приморье. – Владивосток, 1925. – С. 132.

⁹ Красное знамя. – 1922. – № 58. – Декабрь.

отделение широко практиковало выездные сессии, где принимал участие прокурор Дальневосточной области Е. М. Дебрев.

Согласно статистическим данным, только за первую половину 1923 г. в Амурской губернии проводилось 28 выездных сессий, Приморской – 13, в Забайкальской – 14¹⁰.

В первый период деятельности отделения Верховного суда РСФСР Дальнего Востока (примерно три месяца) процент истребованных дел в порядке надзора доходил до 80 %, отмененных приговоров – до 70 %, а в губернских судах – до 53 %. Высокие проценты объясняются не только формальными нарушениями, допускаемыми судами, но и применением законодательства прежних властей.

Для укрепления судебных органов кадрами в г. Чите была открыта юридическая школа, из Верховного суда РСФСР были направлены опытные юристы: в Амурскую область – Н. Н. Мирян, Н. А. Глазунов, в Забайкалье – А. А. Ценбаева, Г. М. Баншт, в Приморскую – П. Н. Черенцов и А. А. Баркович, а также Лурье-Машкина, К. Знаменский¹¹. Все судебные органы получали еженедельник «Советская юстиция».

Ввиду отдаленности Дальневосточной области

от центра и особых условий переходного периода 6 ноября 1923 г. создается Дальневосточный областной дисциплинарный суд, которому были подсудны дела служебных упущений, проступков, неправильных действий, совершенных председателями или членами Президиума в губисполкоме, уполномоченными наркоматов на Дальнем Востоке, а также директорами и членами правления трестов и отдельных предприятий. В губерниях действовали дисциплинарные суды.

К концу 1924 г. структура и деятельность судебного аппарата Дальнего Востока были отрегулированы, сократилось количество кассационных и надзорных дел от 150 до 30 в месяц. Можно отметить, что к тому времени стабилизировалась деятельность судебного аппарата, улучшился качественный состав работников суда. Необходимо сказать и о том, что на тот период полностью сложились демократические принципы советского правосудия: выборность судей, участие народных заседателей и прокурора в судебном процессе, устность, гласность, состязательность, право обвиняемого на защиту, национальный язык судопроизводства, независимость судей и подчинение только закону.

¹⁰ Дальневосточный путь. – 1923. – № 461. – 16 июня.

¹¹ Красное знамя. – 1923. – № 923. – 11 июля.

УСЛОВИЯ ПРИМЕНЕНИЯ ПРЕЕМСТВЕННЫХ ПОЛОЖЕНИЙ В СОВРЕМЕННОМ ПРАВЕ (НА ПРИМЕРЕ НОРМ ТРУДОВОГО ПРАВА)

Преемственность в любой отрасли права проявляется в закреплении в современном праве основных положений, выработанных несколько десятилетий назад, но, несмотря на это, действующих и достаточно эффективных. Эти положения зачастую составляют важную основу современного правового регулирования отношений. Наличие преемственных положений в праве свидетельствует о том, что не только возможно, но и необходимо использовать наиболее оптимальные основные правила, приемы, способы, принципы в регулировании различных видов отношений. Преемственные положения, существующие в праве, его различных отраслях, во-первых, обеспечивают стабильность в праве (его отраслях), а во-вторых, выступают катализатором динамики права в тех случаях, когда преемственные положения или их часть требуют замены.

Конечно, в различных отраслях права различна степень преемственности. В трудовом праве положение такого рода наблюдается большое количество, поэтому в нем можно отметить высокую степень преемственности. Преемственные положения признаны наукой трудового права, подтверждены правоприменительной практикой. Без этих элементов постоянства (их можно назвать константой в праве) невозможно эффективное правовое регулирование труда. Задача законодателя в современных условиях состоит в том, чтобы разумно сочетать преемственные, действующие и новые положения.

Применение преемственных положений в праве в целом и трудовом в частности, на наш взгляд, связано, по меньшей мере, с тремя условиями.

Во-первых, нормы такого рода должны соответствовать современному уровню развития отношений, сложившихся в данный период времени. Во-вторых, они должны быть согласованы с другими нормами, возникшими в иные периоды времени. В-третьих, их применение должно быть необходимым и оправданным с учетом экономических, социальных или производственных причин. Кратко эти условия можно обозначить следующим образом. Первое – условие *адекватности* преемственных положений сложившемуся уровню регулирования общественных отношений. Второе – *согласованности* преемственных положений с действующими в данный период времени нормами. Третье – *оправданности (обоснованности)* применения рассматриваемых преемственных

положений. Рассмотрим обозначенные условия в предлагаемой последовательности.

Адекватность преемственной нормы – важнейшее условие жизнеспособности права. Это условие свидетельствует не только о соответствии действующих норм, но и о соответствии новых вводимых в правовую материю норм сложившемуся уровню общественных отношений. Насколько норма права будет соответствовать существующим отношениям, адекватно выражать экономические, политические, социальные реалии в государстве, настолько она (норма) будет действенной в современный период.

В трудовом праве можно выделить значительное количество преемственных положений, адекватных современному уровню правового регулирования труда. Некоторые правила действуют уже более 85 лет, и они востребованы. В частности, некоторые положения КЗоТ РСФСР 1922 г. практически в неизменном виде нашли отражение в современном законодательстве о труде. Например, норма о запрете требовать от работника выполнения работы, не обусловленной трудовым договором, была закреплена в ст. 36 КЗоТ 1922 г., ст. 24 КЗоТ 1971 г. В настоящее время данное правило закреплено в ст. 60 Трудового кодекса РФ. Другой пример связан с положением о том, что «если ни одна из сторон не потребовала расторжения срочного трудового договора в связи с истечением его срока, а работник продолжает работать после истечения срока трудового договора, договор считается заключенным на неопределенный срок». Данная норма закреплена в ст. 58 ТК РФ. Приведенное положение предусматривалось в ст. 30 КЗоТ 1971 г. и в ст. 45 КЗоТ 1922 г.

Согласованность преемственных и действующих положений – необходимое условие не только существования, но и развития права. Поэтому не требует особой аргументации тезис о том, что нормы права внутри отдельной отрасли или институтов права должны быть согласованы, то есть находиться в соответствии друг с другом. Отсутствие согласованности норм права может свидетельствовать о его неэффективности.

Несогласованность правовых предписаний между отраслями права и внутри них – нередкое явление в современном праве России. Такого рода несоответствия, расхождения, нестыковки, а зачастую и противоречия можно обнаружить в ряде отраслей права¹. В итоге нарушение межотраслевой или внутриотраслевой согласованности негативно влияет

¹ Например: Хохлов, Е. Б. *Некоторые актуальные проблемы теории и практики современного российского трудового права* / Е. Б. Хохлов // *Правоведение*. – 2006. – № 5. – С. 63–64.

на правоприменительную практику. К примеру, длительное время внутренняя согласованность норм трудового права была нарушена вследствие недостаточно четкой определенности сферы действия норм трудового права. В результате наблюдалась рассогласованность между отдельными положениями КЗоТ и рядом иных нормативных актов, регулирующих трудовые отношения. В конечном итоге это привело к противоречиям практики. Речь идет о ст. 1 КЗоТ РСФСР 1971 г. (в ред. 1992 г.), в которой сфера действия кодекса определялась следующим образом: «Кодекс законов о труде РСФСР регулирует трудовые отношения всех работников...». Вместе с тем из кодекса не была исключена ст. 3, ограничивающая действие ст. 1 кодекса относительно членов кооперативов и колхозов.

Напомним и другой пример несогласованности норм КЗоТ РСФСР 1971 г. Так, ч. 2 ст. 41 КЗоТ устанавливала: «Нормы продолжительности рабочего времени не могут быть изменены по соглашению между администрацией... с профсоюзным комитетом или рабочим и служащим». В то же время ст. 49 того же кодекса предусматривала обратное: по соглашению между рабочим, служащим и администрацией могут быть установлены неполный рабочий день или неполная рабочая неделя как при приеме на работу, так и впоследствии.

Несогласованности подобного рода можно отметить и в современном ТК РФ. Так, в ст. 61 наблюдается разночтение между частями первой и четвертой, которое проявляется в том, что в части первой обозначено: «договор вступает в силу со дня его подписания сторонами...», а в части четвертой – «аннулированный трудовой договор считается незаключенным». На самом деле этот договор заключен в силу нормы части первой (он сторонами подписан), но он не может действовать по причине неприступления человека к работе. Поэтому он не может считаться незаключенным.

Термин «аннулирование» введен в трудовое право недавно, его значение достаточно сложно определить, если в буквальном смысле слова (сведение к нулю), то это вполне возможно по причине его уничтожения. А если договор уничтожен, то есть ли какой-либо (в том числе и правовой) смысл считать его незаключенным?

Новое положение, введенное в ч. 4 ст. 61 ТК в 2006 году, вряд ли устраняет указанную несогласованность. Напротив, усугубляет ее, включая следующее положение: «Аннулирование трудового договора не лишает работника права на получение обеспечения по обязательному социальному страхованию при наступлении страхового случая в период со дня заключения трудового договора до дня его аннулирования». Полагаем рассмотренная несогласованность будет существовать до тех пор,

пока законодатель не определит термин «аннулирование» или откажется от него, воспользовавшись известным в гражданском праве термином «недействительность договора», закрепив в нормах трудового права определенную специфику.

Приведем еще одно несоответствие. Часть 1 ст. 72¹ ТК РФ определяет: «...перевод – ... постоянное или временное изменение трудовой функции и (или) структурного подразделения...». Вместе с тем ч. 3 той же статьи гласит: «...не требует согласие работника перемещение в другое структурное подразделение». Таким образом, в соответствии с частью первой изменение структурного подразделения – перевод, а с частью третьей – перемещение, если воспользоваться указанным в скобках в части первой ст. 72¹ ТК союзом «или». Как применять на практике указанное положение? Представляется, что в целях устранения указанной несогласованности норм необходимо пересмотреть нормы о переводах на другую работу и вполне возможно отказаться от некоторых из них.

Что касается *оправданности (обоснованности)* оставления преемственных норм в праве, то здесь значительна роль экономических, социальных, политических и других обстоятельств.

Говоря, например, о политической оправданности, уместно привести слова И. Я. Киселева, который, исследуя особенности трудового права в результате сформированных тоталитарных режимов в октябре 1917 года в России, в октябре 1922-го в Италии и в январе 1933 года в Германии, отмечает: «Милитаризация труда, его всеобщность и принудительность рассматривались в трудах партийных теоретиков, в постановлениях партийных съездов как магистральный путь решения производственных и социальных проблем на пути строительства социалистического общества в России»². Естественно, эта политика нашла отражение в нормах советского трудового права.

В трудовом праве экономическая и социальная оправданность тех или иных норм очевидна. Например, в период социализма абсолютно оправданной была норма, предусматривающая, что «нормирование заработной платы осуществляется государством с участием профессиональных союзов». В современных условиях нормирование сведено к совещательной формулировке участия представительных органов работников при установлении норм труда.

В рамках социальной обоснованности должны быть учтены интересы сторон трудовых отношений. При установлении правовых норм законодателю необходимо учитывать гармоничное соотношение интересов различных сторон. При этом интересы сторон должны быть оптимальным образом сбалансированы. Нередко интересы сторон нарушаются в праве. В частности, это происходит в

² Киселев, И. Я. Трудовое право в тоталитарном обществе / И. Я. Киселев. – М., 2003. – С. 11.

тех случаях, когда вновь вводимые нормы не согласуются с теми, которые действуют длительное время. Новая норма (как и преемственная) не должна нарушать гармоничного соотношения прав и обязанностей сторон в правоотношениях, которые складываются в результате ее реализации.

Сложнее всего, на наш взгляд, отразить в праве интересы всех субъектов, участвующих в правоотношениях. Тем не менее подобная задача поставлена в ТК РФ. Впервые в истории трудового законодательства закреплена необходимость создания правовых условий для достижения оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений, интересов государства. Эта задача нашла легальное закрепление в конкретных нормах ТК РФ. Так, в ст. 21, 22 ТК установлены права и обязанности сторон трудового договора, первым из которых для одной и другой сторон закреплено право на заключение, изменение и расторжение трудового договора. Но, к сожалению, на практике приходится наблюдать их несовпадение. Причем, как подмечает Л. Чиканова, это несовпадение не всегда основано на объективных и справедливых представлениях: имеет место субъективизм, непонимание или прямое игнорирование требований закона, в первую очередь со стороны работодателя³.

Зачастую в трудовом праве наблюдается отсутствие обоснованности правовых норм. В этой связи, полагаем, будет уместен пример из зарубежной практики правового регулирования труда. Обратим внимание на известные события, которые произошли в феврале – марте 2006 года во Франции. Эти события были связаны с повсеместным введением «договора первого найма», который коснулся в первую очередь небольших компаний и являлся частью «экстренного плана по борьбе с безработицей». Иными словами, вновь вводимые нормы трудового права Франции были экономически обоснованны. Чего нельзя сказать о социальном обосновании этих норм. Новый вид трудовых контрактов официально был направлен на трудоустройство молодежи, от 23 до 40 % которой на то время были охвачены безработицей. Новый вид контрактов позволял предпринимателям без объяснений и предварительных предупреждений (уведомлений) увольнять молодых работников в возрасте до 26 лет. В этой связи явно наблюдается несовпадение интересов государства и работников (профсоюзов и студенческих организаций). С точки зрения социального согласования интересов

данная норма представляется необоснованной.

Между тем действующий в то время президент Франции Жак Ширак отметил, что Конституционный Совет признал этот закон соответствующим интересам государства. Тем не менее две трети французов выступали за отмену подготовленного правительством и недавно принятого парламентом закона, предусматривающего повсеместное введение «договора первого найма». В Национальной ассамблее Франции возникли серьезные разногласия, и конфликт в итоге вышел за рамки социального. В рассматриваемом законе интересы государства и значительной части граждан Франции не только не были согласованы, но и не были учтены, что и повлекло конфликтную ситуацию в обществе.

В связи с приведенным примером можно выделить еще и *правовую обоснованность* (оправданность) норм. Внедряя новое или сохраняя преемственное положение, законодатель помимо экономической, социальной, политической обоснованности, обязательно должен предполагать также и правовую обоснованность (или правовую целесообразность).

Следует отметить, что в современном праве введение новых норм, институтов, а порой и отраслей права зачастую лишено правового обоснования. Безусловно, вопросы экономической, социальной, политической оправданности важны на современном этапе формирования российского права. Но, на наш взгляд, более важен вопрос о правовой оправданности тех или иных норм (нормативных актов). Правовая оправданность, или правовая целесообразность, свидетельствует о необходимости с правовой точки зрения введения тех или иных норм (нормативно-правовых актов в целом). По свидетельству ученых, «современное состояние российского законодательства во многом не отвечает общественным потребностям»⁴. Вопрос в рамках юриспруденции может быть поставлен о соответствии российского законодательства современному правовому развитию (правовому прогрессу).

Представляется, что вопрос о целесообразности принятия конкретных нормативных актов должен быть поставлен на самом первоначальном этапе разработки нормативно-правового акта – от идеи законодательства до его принятия. Так, В. М. Баранов, рассматривая вопрос об идее законопроекта, обращает внимание на то, что компетентные органы вынуждены рассматривать «порой совершенно «несуразные», «шалые» проекты нормативных актов», и приводит по этому поводу некоторые данные⁵.

³ См.: Чиканова, Л. *Права работников и работодателей при поступлении (приеме) на работу* / Л. Чиканова // *Хозяйство и право*. – 2004. – № 10. – С. 14.

⁴ Радченко, В. И. *Практические аспекты прогнозирования законодательства и эффективности применения прогнозируемых норм* / В. И. Радченко, О. А. Иванов, И. В. Плюгина [и др.] // *Журнал российского права*. – 2008. – № 8. – С. 3.

⁵ См.: Баранов, В. М. *Идея законопроекта: сущность, практическая ценность, технико-юридическое оформление* / В. М. Баранов // *Журнал российского права*. – 2008. – № 8. – С. 10–11.

Следует отметить, что примеры правовой необоснованности не так редки в современном законодательстве России. Можно привести пример правовой необоснованности, или правовой нецелесообразности, включения отдельных норм в трудовом праве. Так, с 1922 года во всех действующих кодексах было закреплено основание прекращения трудового договора по соглашению сторон: ст. 44 КЗоТ 1922 г., ст. 29 КЗоТ 1971 г., ст. 77 ТК РФ. Это положение вполне преемственно. С 1922 по 2002 год законодатель придерживался правильной, на наш взгляд, позиции: стороны самостоятельны в определении процедуры увольнения, в установлении сроков увольнения и других процедур прекращения договора. Поэтому никаких других правил на этот счет в кодексе не содержалось. Формулировка основания «соглашение сторон» предполагает, что все действия сторон по этому поводу должны быть согласованы и определены. Поэтому в рамках сказанного представляются излишними с точки зрения правовой целесообразности

(обоснованности) различного рода уточнения. С указанных позиций считаем нецелесообразным включение в ТК РФ ст. 78 «Расторжение трудового договора по соглашению сторон», в которой установлено, что трудовой договор может быть в любое время расторгнут по соглашению сторон. Это и так понятно. Более того, видится несогласованность между названием и содержанием ст. 78 ТК: в названии отмечено основание прекращения трудового договора, а в ее содержании – одно из правил процедуры его прекращения. Можно приводить и другие аргументы, в том числе и практического характера, но ограничимся сказанным.

Таким образом, возможность обособленного выделения, по меньшей мере, трех рассмотренных условий преемственности правовых норм обусловлена исследовательским подходом. Однако нарушение данных условий при формировании ряда норм и институтов современного права, в том числе и трудового, приводит порой к серьезным ошибкам законодателя и правоприменителей.

МЕСТО И РОЛЬ НАУЧНОГО ПРАВОСОЗНАНИЯ В ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Общественные отношения динамичны. В современных условиях с развитием общества и правотворческой деятельности государства значительно увеличивается объем нормативных актов. Зачастую законодательство не успевает за развитием общественных отношений: в результате возникают пробелы и коллизии. В таких случаях правоприменителям уже недостаточно элементов профессионального уровня правосознания.

Возникает необходимость детально ориентироваться в правовых категориях, знать виды и правила толкования, более точно формулировать предложения в правоприменительных актах, то есть владеть правилами юридической техники, безошибочно определять место различных по видам нормативных актов в иерархической системе, расположенной по юридической силе. Можно согласиться с Т. В. Кашаниной, что «приемы законодательной техники позволяют излагать нормы права сгруппированно и тем самым повышают степень экономичности права»¹. И чем сложнее становятся общественные отношения, чем многослойнее законодательство, тем больше рационально-идеологических компонентов научного правосознания необходимо задействовать правоприменителям в процессе осуществления юридической деятельности.

Позитивное право достаточно строго, жестко регулирует общественные отношения. Однако существует немало правовых норм, реализация которых в той или иной степени зависит от усмотрения правоприменителя. Оперирование оценочными понятиями представляет определенную сложность для правоприменительной практики.

Например, статья 92 Семейного кодекса РФ: «Суд может освободить супруга от обязанности содержать другого нетрудоспособного нуждающегося в помощи супруга или ограничить эту обязанность определенным сроком как в период брака, так и после его расторжения:

– в случае, если нетрудоспособность нуждающегося в помощи супруга наступила в результате злоупотребления спиртными напитками, наркотическими средствами или в результате совершения им умышленного преступления,

– в случае непродолжительности пребывания супругов в браке,

– в случае недостойного поведения в семье супруга, требующего выплаты алиментов»².

При этом Семейный кодекс не раскрывает, что означает «непродолжительность пребывания супругов в браке» – какой конкретно срок имеется в виду? Какие действия составляют «недостойное поведение»? Кого следует считать «нуждающимся»? Каким сроком «суд может ограничить эту обязанность»?

Именно правоприменитель квалифицирует действия правонарушителя. В уголовном праве немало конкурирующих норм, и в некоторых ситуациях не всегда просто определить, какое деяние имеет место: или «убийство» (ст. 105 УК), или «убийство, совершенное при превышении пределов необходимой обороны» (ст. 108 УК), или «причинение смерти по неосторожности» (ст. 109 УК)?

Для точного определения подлежащей применению нормы в каждой конкретной ситуации правоприменителю необходимо досконально проанализировать состав преступления: определить субъекта, выявить, на что посягает преступное деяние, исследовать субъективную и объективную стороны, найти причинно-следственную связь.

Иногда сложности квалификации носят массовый характер и затрагивают интересы многочисленных субъектов массового правосознания.

Так, в судебно-арбитражной практике, сложившейся до принятия закона³, договоры, регулирующие взаимоотношения застройщиков с участниками долевого строительства по поводу финансирования строительства, нередко квалифицировались как договоры простого товарище-

¹ Кашанина, Т. В. Происхождение государства и права / Т. В. Кашанина. – М., 2004. – С. 299; См. также: Кашанина, Т. В. Юридическая техника / Т. В. Кашанина. – М., 2007. – 510 с.; Кашанина, Т. В. Логика права как элемент юридической техники / Т. В. Кашанина // Журнал российского права. – 2008. – № 2. – С. 25–35.

² Семейный кодекс Российской Федерации: федер. закон от 29 декабря 1995 № 223-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1996. – № 1. – Ст. 16. [В ред. закона № 106-ФЗ от 30.06.2008 // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2008. – № 27. – Ст. 3124.]

³ Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации: федер. закон от 30 декабря 2004 года. № 214-ФЗ // Российская газета. – 2004. – 31 декабря. – № 292.

ства (договоры о совместной деятельности)⁴.

Однако данную судебную практику нельзя было считать единой. В некоторых случаях суды совершенно правомерно указывали на несоответствие такого рода договоров конструкции простого товарищества⁵.

Причем позиции высших судебных инстанций расходились принципиально: Высший арбитражный суд квалифицировал долевое участие в строительстве как договор простого товарищества, а Верховный суд – как договор подряда⁶. Подобные договоры нередко квалифицировались как особые договоры, не предусмотренные Гражданским кодексом⁷. И лишь в 2004 году был принят закон, определивший правовую природу договора долевого участия в строительстве, выделив его в самостоятельную разновидность договоров.

Во всех вышеобозначенных и схожих случаях правоприменителю недостаточно рационально-идеологических компонентов профессионального правосознания, необходимо подключение элементов научного (теоретического) правосознания.

Ярким подтверждением того, что в действительности на некоторых участках правоприменения задействованы отдельные компоненты теоретического правосознания, являются постановления Пленума Верховного суда и постановления Пленума Высшего арбитражного суда, в которых на теоретическом уровне разъясняется, как применять нормы права в наиболее стандартных ситуациях.

Научное, или теоретическое, правосознание характерно тем, что отличается анализом повторяющихся событий, зачастую с высокой степенью интенсивности⁸. Научное правосознание формируется на базе широких и глубоких правовых обобщений прошлого и настоящего опыта, на знании закономерностей возникновения, развития и функционирования права и специальных исследований социально-правовой действительности.

Высшими судебными инстанциями выраба-

тываются программы правового поведения общества, временная последовательность их осуществления, выполнения юридических действий и операций, прогнозы правового поведения на основании оценки его современного состояния. Обобщение прошлого и будущего дает возможность прогнозировать будущее. Это, в свою очередь, дает возможность совершенствовать юридическую деятельность, преобразовывать правовую действительность, формировать правовую культуру.

Важная составляющая научного правосознания – это идеи, концепции, взгляды, выражающие систематизированное теоретическое освоение права. Научное правосознание включает идеи, основные исходные начала, выражающие сущность права как специфического социального регулятора, то есть в том числе и принципы права. Принципы права – это несущая конструкция, на основе которой покоятся и реализуются не только нормы, институты или отрасли, но и вся его система. Они служат своеобразным маяком не только для правотворческой, но и для правоприменительной деятельности.

От степени соблюдения принципов права зависят слаженность, стабильность, эффективность юридической деятельности. А потому правоприменителю необходимо детально знать все многообразие таких принципов, осознавать их ценность, важность, роль в правовом регулировании.

Так, например, принцип справедливости. Он означает соответствие между ролью лица в обществе и его социально-правовым положением, соразмерность между деянием и воздаянием, между заслуженным поведением и поощрением, выражает общесоциальную сущность права и поиск компромисса между участниками правоотношений, между государством и гражданином⁹. Принцип справедливости прямо закреплен в Уголовном кодексе (ст. 6 УК), но не закреплен в Земельном кодексе, однако это не означает, что судья при рассмотрении земельных споров должен выносить несправедливые решения – все разнообразие

⁴ Постановление ФАС Поволжского округа от 16 мая 2002 г. по делу № А06-2631-18/2001; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 8 августа 2003 г. по делу № А21-3538/02-С2; Постановление ФАС Центрального округа от 19 июня 2001 г. по делу № А23-53/9-2000Г; Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 9 августа 2004 г. по делу № А33-9502/03-С2-Ф02-2977/04-С2 // *Справочная правовая система «Консультант плюс»*.

⁵ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 6 июня 2001 г. по делу № А05-04707/00-166/23; Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 21 октября 2004 г. по делу № Ф04-7574/2004(5733-А70-9) // *Справочная правовая система «Консультант плюс»*.

⁶ Обзор судебной практики Верховного суда РФ. Обобщение практики рассмотрения судами Российской Федерации дел по спорам между гражданами и организациями, привлекающими денежные средства граждан для строительства многоквартирных жилых домов, от 21 января 2003 г. // *Бюллетень Верховного суда РФ*. – 2003. – № 2.

⁷ Скворцов, А. Правовое регулирование инвестиционной деятельности в строительстве / А. Скворцов. – М., 2005. – 159 с.

⁸ Тенилова, Т. Л. Временные характеристики в сфере правосознания / Т. Л. Тенилова // «Черные дыры» в российском законодательстве. – 2006. – № 4. – С. 44.

⁹ Малько, А. В. Правоведение / А. В. Малько. – М., 2005. – С. 72.

принципов и условий их применения необходимо учитывать¹⁰.

Любое судебное решение оценивается субъектами массового правосознания с точки зрения справедливости или несправедливости. И потому судье необходимо знать все проблемные аспекты такой философско-правовой категории, как «справедливость».

Теоретическое (научное) правосознание формируется исходя из глубоких правовых обобщений, закономерностей и социальных исследований правовой действительности. Именно доктрины, разработанные правовые концепции могут подсказать правоприменителям возможности повышения эффективности профессиональной деятельности, устранения дефектов. Знание правил юридической техники, разрабатываемых правоведами, способствует уменьшению изъятий в правоприменительных актах.

Юридическая техника – совокупность принципов, правил, методов, средств и приемов, используемых для качественного написания и оформления (проектов) текстов правовых актов.

Например, тексты правовых актов должны соответствовать общим нормам современного русского языка. Функционально-стилистические особенности языка права предполагают официальный характер, документальность, максимальную точность, экономичность использования языковых средств. Важно, чтобы положения правоприменительного акта не противоречили законам логики. Необходимо следование определенным правилам использования реквизитов и оформления правового акта в целом, а также его структурных частей; использование дополнительных структурно-смысловых элементов; соблюдение требований к терминологии правовых актов, таких, как «единство», «смысловая однозначность», «стилистическая нейтральность»; «системность терминологии», «распространенность и общепризнанность», «стабильность», «доступность», «корректность».

В процессе правоприменительной деятельности возникает необходимость толкования в связи с абстрактностью юридических норм, специальной терминологией, дефектностью правотворческого процесса (неясностью).

Для верного толкования не всегда достаточно специализированных компонентов профессионального правосознания, в сложных случаях (пробелы, коллизии, нестандартные правовые предписания) необходимы рационально-идеологические компоненты научного (теоретического)

правосознания. Неправильное истолкование закона приводит к неправильному выводу о правах и обязанностях субъектов, к неадекватной закону их реализации.

Необходимость и специфика правоприменительного толкования предопределяют особенности и возможности использования основных компонентов не только профессионального, но и теоретического правосознания в этой специализированной, правовой по содержанию деятельности. Наряду с конкретизированными правовыми представлениями, при помощи которых уясняются формально закрепленные правовые предписания, правосознание правоприменителя должно включать представления о праве в целом, его принципах и свойствах. Развитость этих компонентов позволяет уяснить правовые нормы, непосредственно применяемые к конкретным фактическим обстоятельствам, не сами по себе, а в сложной и динамичной правовой системе с учетом их социально-политического и специально-юридического содержания.

Научное (теоретическое) правосознание существует наряду с профессиональным (специализированным) и массовым (обыденным) уровнями правосознания. Сама категория «уровень правосознания» является слабо разработанной в юридической науке: до сих пор нет общепризнанной дефиниции и не сформировалось единого представления о данном аспекте правосознания.

В авторской интерпретации: уровень правосознания – это структурное образование в правосознании, которое выражает степень развитости, значимости рационально-идеологических, социально-психологических и поведенческих компонентов правосознания отдельных категорий субъектов.

В качестве специфических свойств уровней правосознания возможно выделить: тесную связь с носителем (субъектом юридической деятельности), уникальность, изолированность, функциональность, прикладной (обеспечивающий) характер.

Свойство «тесная связь с носителем» означает, что уровень, являясь структурным образованием в правосознании, невозможно исследовать в совершенном отрыве от его субъектов.

«Уникальность» раскрывается в своеобразии и неповторимости каждого уровня, который помимо общих для всех свойств имеет набор только ему присущих качеств. Если для массового уровня характерны признаки – хаотичность, зависимость от повседневного опыта, эмпиричность; для профессионального – точность, детальность, процедур-

¹⁰ *Земельный кодекс Российской Федерации от 25.10.2001 № 136-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 2001. – № 44. – Ст. 4147. [В ред. закона № 141-ФЗ от 22.07.2008 // Российская газета. – 2008. – 25 июля. – № 158]; Уголовный кодекс Российской Федерации: федер. закон от 13 июня 1996 № 63-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1996. – № 25. – Ст. 2954. [В ред. закона № 20-ФЗ от 13.02.2009 // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2009. – № 7. – Ст. 788].*

ность, зависимость от конкретной осуществляемой субъектами юридической деятельности; то теоретический (научный) уровень правосознания характеризуется фундаментальностью, научностью.

«Изолированность» проявляется в разграничении уровней между собой по степени развитости и сформированности рационально-идеологических, социально-психологических и поведенческих компонентов, значению и роли в правовом регулировании. При этом такая «изолированность» не является абсолютной. В случае обращения правоприменителей к правовым доктринам, научным разработкам и рекомендациям в структуру профессионального правосознания включаются элементы научного уровня правосознания, что может положительно отразиться на качестве и содержании юридической деятельности.

«Функциональность» раскрывается в обладании каждым уровнем собственного предназначения, определенной функции в жизни общества. Массовое правосознание выражает в целом потребности членов общества, их реакцию на принимаемые законы, различные государственные решения, на процесс осуществления правоприменителями юридической деятельности. Профессиональное правосознание выражает прежде всего потребности правоприменителей, а также раскрывает их возможности и потенциал в решении правовых вопросов. Теоретическое (научное) правосознание выражает преимущественно потенциал представителей науки в комплексном решении широкого спектра правовых проблем.

«Прикладной (обеспечивающий) характер» проявляется в том, что уровни правосознания задают направленность юридической деятельности, обеспечивают различные ее виды.

Сама правоприменительная деятельность с позиций инструментальной теории права рассматривается в качестве властной, организующей деятельности компетентных государственных органов по вынесению индивидуально-конкретных правовых предписаний.

Особый, специально-юридический характер правоприменительной деятельности определяется особенностями ее структуры.

Субъекты обладают властными полномочиями. Вопреки традиционной позиции субъектами правоприменительной деятельности являются не только государственные органы и должностные лица, но и муниципальные органы, третейские суды, не входящие в систему органов государственной власти.

Объективная сторона, в которую входят различные действия и операции правоприменителей, протекает в режиме разрешительного типа регулирования с использованием правовых средств в строгих процессуально-процедурных формах.

Закрепляя полномочия компетентных органов по осуществлению правоприменительной деятельности, законодатель в большинстве случаев предписывает активную деятельность субъектов, без которой невозможно разрешение конкретного дела в отношении других лиц. При этом правоприменительная деятельность направлена не на удовлетворение собственных интересов правоприменителей, а сориентирована на потребности и интересы лиц, реализующих права и обязанности, в конечном счете на потребности и интересы всего общества.

Процессуальные правовые средства являются своеобразным юридическим инструментарием правоприменителей, без использования и овладения которым не могут быть обеспечены требования, предъявляемые к правоприменительной деятельности и ее результату – правоприменительным актам.

Субъективная сторона правоприменительной деятельности включает преимущественно профессиональное правосознание, однако, как было доказано ранее, присутствуют и элементы научного (теоретического) уровня правосознания. Оно формируется на основе специального правового воспитания (образования), юридической науки у лиц и социальных групп, специально занимающихся правоприменительной деятельностью.

В то же время правоприменительная деятельность – явление сложное, не сводимое к изданию актов применения права. Оно включает большое число неформальных связей и отношений: должностные лица различных звеньев правоприменительной системы формируют свои позиции по вопросам применения закона, высказывают мнение и влияют на мнения других лиц, принимают решения по конкретным делам, изменяют текущую практику, выступают с предложениями по совершенствованию законодательства. При этом на действия правоприменителя воздействуют общество, социальные группы, к которым он принадлежит. Весь этот сложный механизм правовых, организационных, психологических и иных связей отношений и образует правоприменительную деятельность.

Таким образом, как понимание общих принципов и «духа» права, так и необходимость раскрытия отдельных юридических конструкций, специально-юридических терминов, оценочных понятий применительно к конкретным жизненным ситуациям требует присутствия в профессиональном правосознании правоприменителей элементов теоретического правосознания, включающих данные юридической науки, а также понимания основных этических и нравственных воззрений на место и роль права в жизни общества с учетом особенностей правового регулирования в текущий момент.

НЕКОТОРЫЕ ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ЗАКОНОТВОРЧЕСТВА: ПОНЯТИЕ, СОДЕРЖАНИЕ И СОЦИАЛЬНАЯ РОЛЬ

Статья посвящена отдельным вопросам современной теории законодательства: его понятию, связи с правотворчеством, существенным качествам и социальной роли.

The article is devoted to the specific issues of the modern theory of lawmaking: its definition, connection with the regulatory acts' making, essential features and the social role.

Изучение всякого объекта действительности начинается с постижения сущности, смысла и значения такого объекта.

Как отмечал в свое время Дж. Ст. Миль, «едва ли есть какая-нибудь другая сфера умственного труда, которая в такой бы степени нуждалась не только в опыте, но и в специальной подготовке путем долгого и кропотливого изучения, как составление законов»¹.

Проблема уяснения сущности законодательства охватывает комплекс вопросов, связанных с более широким родовым понятием «правотворчество». Данный термин, как и большинство других понятий в социальных науках, не имеет полной и единой научной трактовки и разными авторами на разных этапах развития отечественной теоретической юриспруденции понимался и понимается неоднозначно.

Так, в семидесятые годы прошлого столетия отечественные юристы при рассмотрении про-

блем правотворчества придерживались исключительно марксистских взглядов² и утверждали, что по социально-классовому содержанию правотворчество представляет собой возведение в закон, то есть в общеобязательное правило, воли господствующего класса или народа, стоящего у власти, особую форму или вид деятельности государства, состоящий в установлении, а также изменении или отмене правовых норм³, либо «форму государственного руководства обществом, завершающую процесс формирования права и отражающую социальные факторы этого процесса в виде возведения классов, стоящих у власти, в общеобязательные правила поведения – правовые нормы»⁴.

При этом подчеркивалось диалектическое единство норм права и правоотношений. Соответственно, предлагалось понимать право как определенное единое объемлющее явление, включающее правоотношение в свою структуру⁵. При таком понимании права правотворчеством следовало бы считать создание не только норм права, но и правоотношений, являющихся производными от таких норм⁶. Однако большинство юристов того периода все же обоснованно использовали понятие правотворчества в нормативном смысле, подразумевая под ним процесс создания правовых норм⁷.

Постепенно понятие правотворчества несколько трансформировалось и в восьмидесятые годы

¹ Миль, Дж. Ст. Представительное правление / Дж. Ст. Миль. – СПб., 1898. – С. 96.

² Как известно, К. Маркс и Ф. Энгельс указывали, что воля, обусловленная определенными отношениями, должна получить всеобщее выражение в виде государственной воли, в виде закона, стать независимой от личного произвола каждого отдельного господствующего индивида. (См.: Маркс, К., Энгельс, Ф. Сочинения / К. Маркс, Ф. Энгельс. – М., 1955. – Т. 3. – С. 322.)

³ См.: Самощенко, И. С. О правовых формах осуществления функций Советского государства / И. С. Самощенко // Советское государство и право. – 1956. – № 3. – С. 86; Васильев, А. М. О классификации актов Верховного Совета СССР / А. М. Васильев // Советское государство и право. – 1953. – № 8. – С. 16–17; Алексеев, С. С. Общая теория социалистического права (курс лекций) / С. С. Алексеев. – Свердловск, 1966. – С. 22.

⁴ Марксистско-ленинская общая теория права и государства: основные институты и понятия. – М., 1970. – С. 576.

⁵ См.: Пионтковский, А. А. Некоторые вопросы общей теории государства и права / А. А. Пионтковский // Советское государство и право. – 1956. – № 1. – С. 19–32; Кечекьян, С. Ф. Правоотношения в социалистическом обществе / С. Ф. Кечекьян. – М., 1958. – С. 30; Патюлин, В. А. Теоретические и практические вопросы субъективных прав граждан / В. А. Патюлин // Советское государство и право. – 1967. – № 7. – С. 130–131.

⁶ См.: Мицкевич, А. В. Понятие правотворчества / Правотворчество в СССР / Под ред. А. В. Мицкевича. – М., 1974. – С. 31–32.

⁷ Вместе с тем следует отметить, что некоторые ученые подходили к пониманию правотворчества с более широких позиций и предлагали понимать под этим процессом не специфическую деятельность компетентных органов, а специфическое явление в жизни общества, организованного в государство. При этом имелась в виду именно правотворческая деятельность, охватывающая как формирование правовых взглядов общества, так и процессы их закрепления и выражения в соответствующих нормативных актах. (См., напр.: Соколов, Н. Я. Формы участия народных масс в совершенствовании социалистического законодательства: автореф. дис. ...канд. юрид. наук / Н. Я. Соколов. – М., 1966. – С. 7; Степанов, И. М. Демократические основы правотворчества в СССР / И. М. Степанов // Советское государство и право. – 1960. – № 4. – С. 86–87.)

уже включало в себя более широкий круг явлений, включая все сложные процессы, предшествующие решению о подготовке текста проекта нормативного правового акта. В данный период правотворчество, как правило, трактовалось как «выражающая волю народа, направленная на достижение целей развития общества, организационно-оформленная деятельность государства по выявлению потребности в нормативном правовом регулировании общественных отношений и создании в соответствии с выявленными потребностями новых правовых норм и отмене действующих»⁸.

С середины девяностых годов наиболее типичным стало определение правотворчества, в соответствии с которым последнее представляет собой «процесс познания и оценки правовых потребностей общества и государства, формирования и принятия правовых актов уполномоченными субъектами в рамках соответствующих процедур»⁹.

В настоящее время в теории права отсутствует единство мнений относительно понятия правотворчества и его содержания. При этом в большинстве случаев правотворчество понимается в широком и узком смыслах, что зависит от того или иного подхода к пониманию самого права.

Так, широким подходом к данному вопросу считается подход с позиций естественного права, что предполагает рассмотрение правотворческих органов как органов, которые не формируют, не творят право, а только открывают его и обнаруживают, облекая в законы и иные нормативные правовые акты¹⁰.

Известно, что позитивное право трактуется как социальный регулятор, создаваемый для того, чтобы в общеобязательном порядке определять, что юридически дозволено, а что юридически недозволено. С точки зрения юридического позитивизма в его классическом понимании воля государства, по существу, является единственным фактором, порождающим право. В этой связи правотворчество в узком смысле представляет собой деятельность специально уполномоченных государственных органов по установлению, изменению и отмене норм права¹¹.

Таким образом, сторонники позитивного права рассматривают правотворчество в органической

связи с государством как организующее начало, реально воздействующее на поведение людей и коллективных образований посредством разработки и принятия юридических норм.

Понятие «законотворчество» в большинстве случаев рассматривается как вид правотворчества, выделяемый из последнего в соответствии со следующими критериями: а) субъект правотворчества, правомочность которого обусловлена конституционным или законодательным статусом; б) регламенты правотворчества, регулирующие процессы подготовки, обсуждения, принятия и вступления в силу правовых актов; в) специфика правотворческих процессов, ориентированная на строго определенные виды правовых актов как на цели их воздействия, на легальные рамки правоформирующих действий; г) правильное определение темы будущего правового акта, его возможного объема и содержания¹².

При этом среди специалистов отсутствует единство мнений относительно дефиниции законотворчества. Так, например, И. В. Гойман-Калинский, Г. И. Иванец, В. И. Червонюк определяют законотворчество как деятельность представительного (законодательного) органа государственной власти, связанную с выявлением потребности в законодательном регулировании, разработкой и принятием законов¹³.

В других случаях термин «законотворчество» понимается более узко без включения в его объем деятельности по выявлению потребности в законодательном регулировании – как «деятельность высшего законодательного органа государственной власти в лице народных представителей или непосредственно самого народа (референдум) по установлению, изменению или отмене правовых норм, внешне закрепляемых в форме закона, осуществляемая в особом процедурном порядке в соответствии с правом на законотворчество, закрепленным в Конституции»¹⁴.

М. Ю. Спиринов выделяет два значения рассматриваемого термина: как деятельности, направленной на создание правовых норм, обладающих высшей юридической силой, и как специальной юридической категории, означающей соответствующую юридически значимую деятельность¹⁵.

⁸ Научные основы советского правотворчества. – М., 1981. – С. 17.

⁹ Правовые акты: учебно-практическое и справочное пособие / Под ред. Ю. А. Тихомирова, И. В. Котелевской. – М., 1999. – С. 33.

¹⁰ См.: Протасов, А. Н. Теория государства и права. Проблемы теории права и государства / А. Н. Протасов. – М., 2001. – С. 159.

¹¹ См.: Кожевников, С. Н. Проблемы теории права. Курс лекций. Право: понятие, сущность, система; правотворчество и правовое регулирование / С. Н. Кожевников. – Нижний Новгород, 2004. – Ч. I. – С. 151.

¹² См., напр.: Правовые акты: учебно-практическое и справочное пособие. – С. 39.

¹³ См.: Гойман-Калинский, И. В. Элементарные начала общей теории права: учеб. пособие для вузов / И. В. Гойман-Калинский, Г. И. Иванец, В. И. Червонюк. – М., 2003. – С. 216.

¹⁴ Общая теория государства и права: учеб. пособие. – Ростов-н/Д., 2007. – С. 160.

¹⁵ См.: Спиринов, М. Ю. Указ. соч. – С. 40, 56.

По мнению известного ученого и политика А. Шохина, «законотворчество можно рассматривать в двух измерениях: собственно-юридическом (нормативном) и социально-политическом. В первом понимании это строго урегулированные конституционными и другими правовыми нормами процедуры внесения законопроекта в парламент, его рассмотрения, доработки и принятия, а также подписания и обнародования... Другая сторона законотворчества отражает его понимание как процесса выявления и реализации в законе социальных интересов...»¹⁶.

Как отмечает Т. Е. Зяблова, причиной столь неоднозначной трактовки понятия законотворчества является стремление отразить законотворчество как сложный, многоаспектный процесс, имеющий социальную природу и юридически процессуальную форму осуществления¹⁷.

Нам представляется, что о законотворчестве действительно можно говорить в широком и узком смыслах. При этом в широком смысле законотворчество включает в себя как возникновение самой идеи о необходимости принятия (издания) того или иного закона, так и научную экспертизу законопроекта, а также его обсуждение, принятие и обнародование. В узком же смысле законотворчество главным образом сводится к разработке, составлению текста конкретного законопроекта, формулированию его отдельных положений¹⁸.

Таким образом, особенности законотворчества, выражающие его сущностные качества, которые делают целесообразной и столь необходимой его специальную научную разработку, состоят, по нашему мнению, в следующем: а) законотворчество представляет из себя деятельность, направленную на создание актов высшей юридической силы – законов, которые занимают особое, ведущее место среди других нормативных правовых актов; б) за-

конотворчество представляет собой выражение личной воли граждан, которые лично либо через своих представителей вправе принимать участие в создании законов¹⁹; в) законотворчество – это деятельность, направленная на выявление и реализацию в законах социальных интересов, поскольку, стремясь разрешить ту или иную задачу, законодатель, как правило, оказывается в эпицентре столкновения противоборствующих социальных интересов, претендующих на законодательное признание и закрепление. Как верно отмечает В. В. Лапаева, задача законодателя в данном случае заключается в поиске правовой модели согласования различных социальных интересов, при которой свобода одних лиц в реализации своих интересов не ущемляла бы свободу других. Такая модель согласования интересов позволяет выявить правообразующий интерес (некую теоретическую конструкцию выражения и защиты интересов различных социальных групп)²⁰. Таким образом, основная цель закона – найти адекватный ответ на требования и веления общества, которые нуждаются в едином решении – в том, по словам Р. Иеринга, «конечном пункте», где сходятся, переплетаясь, интересы многих социальных сил²¹.

Таким образом, с учетом вышеизложенного общее понятие законотворчества можно определить по содержанию как возведение в закон воли граждан, выявление и реализация в законе общественных интересов, а по форме – как деятельность законодательного (представительного) органа государственной власти либо непосредственно самого народа (референдум) по установлению, изменению или отмене правовых норм, внешне закрепленных в форме закона, осуществляемая в особом процедурном порядке в соответствии с нормативно-закрепленным правом на осуществление законотворчества.

¹⁶ Шохин, А. Взаимодействие властей в законодательном процессе / А. Шохин. – М., 1999. – С. 42.

¹⁷ См.: Зяблова, Т. Е. Социальные основы законотворчества в современной России: дис. ...канд. юрид. наук / Т. Е. Зяблова. – Владимир, 2004. – С. 27.

¹⁸ Необходимо отметить тот факт, что в теоретической литературе внимание нередко акцентируется именно на последнем (узком) аспекте законотворчества. См., напр.: Поленина, С. В. Законотворчество в Российской Федерации / С. В. Поленина. – М., 1996; Пиголкин, А. С. Проблемы совершенствования российского законодательства / А. С. Пиголкин, М. С. Студеникина, Т. Н. Рахманина // Юридический мир. – 1998. – № 11–12; Законодательство России в XXI веке / Под ред. Ю. А. Тихомирова [и др.]. – М., 2002; Чиркин, В. Е. Законодательная власть / В. Е. Чиркин. – М., 2008.

¹⁹ Как известно, все иные акты правотворчества являются отражением воли либо отдельных должностных лиц, либо государственных органов, либо представителей отдельных государств и государственных образований, а также администраций предприятий, учреждений, организаций (при создании корпоративных нормативных актов).

²⁰ См.: Лапаева, В. В. Социология права / В. В. Лапаева. – М., 2001. – С. 151.

²¹ Иеринг, Р. Цель в праве / Р. Иеринг. – СПб., 1906. – С. 30.

РАЗДЕЛ II

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ АКТЫ В СФЕРЕ ПОРТОВОГО КОНТРОЛЯ БЕЗОПАСНОСТИ МОРЕПЛАВАНИЯ

В настоящее время Международной морской организацией (ИМО) принято множество международно-правовых документов, в которых содержатся нормы о контроле над иностранными судами в портах. Анализ содержания этих международных договоров показывает, что все документы можно разделить на две основные группы. Первая группа документов содержит отдельные положения о контроле в портах. Вторая группа целиком посвящена институту портового контроля.

Первую группу документов составляют **международно-правовые акты по безопасности мореплавания**: Международная конвенция о грузовой марке 1966 г. (КГМ-66); Международная конвенция по охране человеческой жизни на море 1974 г. (СОЛАС-74); Международная конвенция по предотвращению загрязнения с судов 1973 г., измененная Протоколом 1978 г. к этой конвенции (МАРПОЛ-73/78); Международная конвенция о подготовке и дипломировании моряков и несении вахты 1978 г. (ПДМНВ-78); Конвенция о Международных правилах предупреждения столкновения с судами в море 1972 г. (МППСС-72); Международная конвенция по обмеру судов 1969 г. (КОС-69); Конвенция № 147 Международной организации труда о минимальных нормах на торговых судах 1976 г. (МОТ-147)¹.

Ко второй группе договоров относятся **региональные соглашения о контроле судов государством порта**: Парижский меморандум о взаимопонимании по контролю судов государством порта (Парижский меморандум 1982 г.); Латиноамериканский меморандум о взаимопонимании по контролю судов государством порта (Латиноамериканский меморандум 1992 г.); Меморандум

о взаимопонимании по контролю судов государством порта в Азиатско-Тихоокеанском регионе (Токийский меморандум 1993 г.); Меморандум о взаимопонимании по контролю судов государством порта в Карибском регионе 1996 г.; Меморандум о взаимопонимании, о контроле судов со стороны государства порта в регионе Черного моря (Черноморский меморандум 2000 г.)².

Особое положение среди международных документов в сфере портового контроля занимают («**Процедуры контроля государством порта**», принятые Резолюцией ИМО А.787(19) в 1995 г.)³. Эта резолюция является практическим руководством для проведения проверок иностранных судов в порту.

Вкратце остановимся на характеристике каждой группы международных документов в сфере портового контроля.

Международно-правовые акты по безопасности мореплавания

Региональные меморандумы в силу своего правового статуса не разрабатывают и не могут разрабатывать требования к судам, экипажам и судовладельцам. Такие требования уже содержатся в международных конвенциях по безопасности мореплавания. Все требования, содержащиеся в конвенциях, можно разделить на пять групп: 1) по проектированию судов, их конструкции и оборудованию; 2) по контролю при строительстве судов; 3) по эксплуатации судна (укомплектование экипажем, погрузка, перевозка, предупреждение аварийности, связи); 4) по организации поиска и спасания; 5) по контролю в портах, организации расследования аварий⁴.

¹ Международная конвенция о грузовой марке (КГМ-66/88). – СПб., 1999; Консолидированный текст Конвенции СОЛАС-74. – СПб., 2002 (включает изменения и дополнения, опубликованные в бюллетенях № 1–16); Международная конвенция по предотвращению загрязнения моря с судов 1973/78. – СПб., 1999; Международная конвенция о подготовке и дипломировании моряков и несении вахты 1978/95 г. (ПДМНВ-78/95). – СПб., 1998; Международная конвенция по обмеру судов 1969 г. (КОС-69). – СПб., 2000; Конвенция МОТ № 147 «О минимальных нормах на торговых судах» 1976 г. // Конвенции и рекомендации, принятые МОТ с 1967 г. – Женева, 1983.

² Парижский меморандум о взаимопонимании по контролю судов государством порта в Европейском регионе (Парижский меморандум). – СПб., 2002; Латиноамериканский меморандум о взаимопонимании по контролю судов государством порта (Латиноамериканский меморандум). – СПб., 1999; Меморандум о взаимопонимании по контролю судов государством порта в Азиатско-Тихоокеанском регионе (Токийский меморандум). – СПб., 2005; Меморандум о взаимопонимании по контролю судов государством порта в Карибском регионе (Карибский меморандум). – СПб., 1999; Меморандум о контроле в портах государств Черноморского бассейна 2000 г. (Черноморский меморандум). – СПб., 2006.

³ Процедуры контроля судов государством порта (Резолюция А.787(19) ИМО с поправками в А.882 (21) от 25 ноября 1999 г.). – СПб., 2004.

⁴ Прусс, В. М. Международно-правовые аспекты безопасности мореплавания / В. М. Прусс, В. Боевич, Т. Р. Короткий. – Одесса, 2002. – С. 30.

Меморандумы ввели общее понятие для этой группы конвенций – «применимые инструменты». Все применимые инструменты имеют почти аналогичные статьи о контроле иностранных судов в портах (Правило 19 главы I, измененное Протоколом-88 к СОЛАС; правило 6.2 главы IX и правило 4 главы XI СОЛАС-74; статья 21 КГМ-66, измененная Протоколом-88 к КГМ-66; статьи 5 и 6; правило 8 А Приложения I; правило 15 Приложения II; правило 8 Приложения III и правило 8 Приложения V к МАРПОЛ-73/78; статья X ПДМНВ-78). Согласно этим положениям, каждое судно, находящееся в порту другого государства-участника, подлежит контролю властями государства порта, цель которого – проверить наличие действительных свидетельств, предусмотренных конвенцией. Задача инспектора портового контроля – проверить на борту судна наличие необходимых свидетельств и соответствие состояния судна и экипажа требованиям применимых инструментов.

Таким образом, из положений применимых инструментов следует, что главная задача властей государства порта при инспектировании – проверить наличие на судне действительных свидетельств.

Здесь следует заметить, что проверка не может считаться полноценной, если заключается только в проверке свидетельств и документов, находящихся на судне. Наличие свидетельства на годность к плаванию не является неопровержимым и достаточным доказательством мореходности судна. «Мореходность» – понятие широкое, оно включает в себя не только технические, но и юридические, социальные аспекты. Так, чтобы судно было признано мореходным, оно должно, прежде всего, обладать всеми юридическими признаками (наличие регистрации, национальность, название и номер, наличие судовых документов). Другой не менее важный аспект мореходности – это техническая годность. В свою очередь, техническая годность к плаванию включает несколько элементов. Это требование к корпусу судна, герметичности люковых закрытий, к двигателям, генераторам и вспомогательному оборудованию, системе вентиляции, трубопроводов и т. д. Основные требования к техническому состоянию (конструкции и оборудованию) судна определяются СОЛАС 74/78 и МАРПОЛ 73/78.

Судно должно быть мореходным и в социальном аспекте. А для этого недостаточно, чтобы оно было только укомплектовано экипажем надлежащей квалификации.

Учитывая, что до 80 % морских аварий происходит из-за «человеческого фактора», портовые

власти особое внимание должны уделять проверке условий труда моряков⁵.

Из перечня применимых инструментов видно, что из десяти конвенций только одна затрагивает вопросы защиты социальных прав моряков (Конвенция МОТ №147). Значительную часть норм применимых инструментов составляют нормы технико-правового характера (СОЛАС-74, ПДНВ-78, МАРПОЛ-73/78). Безусловно, что международная унификация технических стандартов в сфере обеспечения безопасности мореплавания носит важный характер, однако установление единых международных стандартов в сфере трудовых отношений моряков является не менее важной задачей.

Безопасность мореплавания нельзя сводить только к предотвращению аварий путем совершенствования конструкций судов и методов судовождения. Эта проблема является многоаспектной и требует комплексного подхода, включающего принятие на международном уровне правовых, технических, организационных, экономических и социальных мер, направленных на обеспечение безопасности мореплавания и применение этих мер в совокупности⁶.

Особое внимание проблеме труда моряков уделяет Международная организация труда (МОТ). В рамках этой организации принято более трех десятков конвенций, посвященных вопросам трудовых отношений в морском судоходстве, в том числе и упомянутая выше конвенция № 147.

Приложение МОТ-147 содержит 15 конвенций, из которых, например, Россия ратифицировала только восемь, а именно: № 23 «О репатриации моряков»; № 58 «О минимальном возрасте для работы в море»; № 73 «О медицинском освидетельствовании моряков»; № 87 «О свободе ассоциаций и защите права на организацию»; № 92 «О помещениях для экипажей на борту судна» (пересмотренная); № 98 «О праве на организацию и ведение коллективных переговоров»; № 134 «О предупреждении несчастных случаев»; № 138 «О минимальном возрасте» (пересмотренная).

Отсутствие единых трудовых норм в морском судоходстве, во-первых, делает правовое положение моряков недостаточно защищенным. Так, моряки часто работают на судах иностранных государств, и, к сожалению, не все государства уделяют должное внимание социальной защите этой категории работников. Во-вторых, дополнительные трудности возникают при инспектировании судов в порту в связи с тем, что должностные лица осуществляют проверку иностранных судов только на соответствие требованиям конвенций МОТ, ратифицированных их государством флага.

⁵ Сидорченко, В. Ф. Капитан морского судна / В. Ф. Сидорченко, А. И. Скворцов. – СПб., 2001. – С. 64.

⁶ Мамонтова, А. С. Международно-правовые меры обеспечения безопасности мореплавания / А. С. Мамонтова // Транспортное право. – 2007. – № 1. – С. 22.

В 2006 году Международная конференция труда на своей 94-й сессии приняла Конвенцию о труде в морском судоходстве. На заключительных заседаниях конференции сводная конвенция получила высокую оценку практически от представителей всех делегаций. Ожидается, что конвенция должна вступить в силу в течение нескольких лет.

Пожалуй, наиболее адекватную оценку сводной конвенции дало Международное бюро труда в Докладе 1 (1А), которое рассматривает новую конвенцию в качестве «четвертого столпа» международной нормативной правовой системы, регулирующей морское судоходство, в дополнение к ключевым конвенциям ИМО, таким, как СОЛАС-74, ПДНВ-78/95, МАРПОЛ-73/78⁷.

Международное бюро труда в Докладе 1 (1А) «Принятие акта с целью сведения воедино норм о труде в морском судоходстве» приводит следующие доводы в пользу создания сводной конвенции:

1. Соответствующие конвенции МОТ, многие из которых затрагивают какую-либо проблему, были весьма неравномерно ратифицированы и еще более неравномерно соблюдаются и проводятся в жизнь. Это не только лишает многих моряков достойных условий труда, но и создает потенциальные экономические трудности и несправедливые условия для судовладельцев и правительств, которые стремятся создать достойные условия труда для моряков.

2. В конвенциях не предусмотрено никаких правовых механизмов, дающих возможность незамедлительно вносить изменения в их нормы в зависимости от темпов развития конкретного сектора морского судоходства. Даже поправки, касающиеся незначительных технических деталей, требуют проведения дорогостоящих процедур по пересмотру норм, их анализа и принятия на морской сессии Международной конференции труда.

3. Часто возникают трудности, связанные с пониманием этих актов, поскольку они включают сложные, несоординированные, дублирующие друг друга положения.

4. Многочисленные, но при этом раздробленные и не взаимосвязанные друг с другом конвенции МОТ, несмотря на непреходящую юридическую ценность их основного содержания, в настоящее время имеют значительно меньшее значение, чем другие широко ратифицированные конвенции в сфере морского судоходства, в которых рассматриваются вопросы безопасности на море и защиты морской среды⁸.

В связи со сказанным считаем целесообразным включить Конвенцию о труде в морском судоходстве 2006 г. (с момента вступления ее в силу) в перечень применимых инструментов во всех региональных меморандумах вместо Конвенции МОТ № 147.

Региональные соглашения о портовом контроле

Целями региональных соглашений о портовом контроле являются:

- инспектирование иностранных судов в портах;
- использование одинаковых инструментов контроля;
- применение согласованных мер;
- взаимный информационный обмен⁹.

Роль меморандумов о взаимопонимании по контролю судов государствами порта значительна. Важность этих документов заключается, прежде всего, в том, что:

– меморандумы обуславливают соблюдение принципа исключения дискриминации при контроле в отношении судов различных флагов, а также формулируют отношение к судам, не подпадающим по своим размерам под действие конвенций, и к судам стран, не являющихся участниками конвенции (в п. 2.4 Парижского меморандума, п. 2.3 Латиноамериканского меморандума, п. 2.5 Токийского меморандума, в п. 2.4 Карибского меморандума, п. 2.4 Черноморского меморандума определено: «При применении соответствующего инструмента все морские власти обеспечивают, чтобы суда стран, не являющихся стороной такого инструмента, или суда с параметрами ниже конвенционных не оказывались в льготных условиях»);

– в принятых документах впервые установлены основные принципы организации контроля, в том числе характер действий государства порта, пределы действий инспекторов и их ответственность, перечень оснований для ужесточения или ослабления проверок при инспекциях, процедуры исполнения инспекций, контроль исполнения результатов инспекций и т. п. (Парижский меморандум раздел 3, Латиноамериканский меморандум раздел 3, Токийский меморандум раздел 3, Карибский меморандум раздел 3, Черноморский меморандум раздел 3);

– в принятых документах впервые изложены принципы создания гармонизированной системы взаимодействия между государствами флага

⁷ Иванов, Г. Г. Конвенция о труде в морском судоходстве 2006 г. / Г. Г. Иванов // *Международное публичное и частное право*. – 2006. – № 4 (31). – С. 29.

⁸ Там же.

⁹ Клюев, В. В. Контроль безопасности мореплавания на российских судах / В. В. Клюев // *Морские вести России*. – 2005. – № 9–10. – С. 6–7.

в вопросах контроля судов, в том числе создания межнациональных схем обмена информацией, относящейся как к результатам инспекций, так и к случаям нарушения конвенционных требований, при нахождении судов в море (Парижский меморандум раздел 4, Латиноамериканский меморандум раздел 4, Токийский меморандум раздел 4, Карибский меморандум раздел 4, Черноморский меморандум раздел 4);

– государства-участники составляют списки, открытые для страховщиков и фрахтователей, содержащие полную историю инспекций каждого конкретного судна, количество задержаний, выявленные недостатки, а также страны обмениваются информацией о задержаниях;

– в принятых документах устанавливаются соответствующие организации, обеспечивающие реализацию и функционирование меморандумов, – комитет, состоящий из представителей всех морских властей, и подотчетный ему секретариат; определяются порядок и направления их деятельности (Парижский меморандум раздел 6, Латиноамериканский меморандум раздел 6, Токийский меморандум раздел 6, Карибский меморандум раздел 6, Черноморский меморандум раздел 7);

– органами меморандумов принимаются попытки сотрудничества и координации своих действий по аналогичным меморандумам в других регионах, включая осуществление совместных инспекционных проверок.

Анализ содержания меморандумов показывает, что, с одной стороны, их тексты имеют схожее содержание, это касается, прежде всего, положений о принципах контроля, порядке проведения инспекций, об информационном обмене, органах меморандумов и т. д. С другой стороны, меморандумы отличаются тем, что каждый определяет разное количество иностранных судов, которое должно быть проинспектировано в порту региона от общего количества судов, заходящих в порт за год (например, морские власти государств-участников Парижского меморандума обязуются довести до 25 % общее число проверенных иностранных судов, посещающих его порты в течение года; Токийского – до 50 %; Латиноамериканского, Карибского и Черноморского – до 15 %). Кроме того, каждый меморандум отдает при инспектировании предпочтение разным торговым судам. Так, в Токийском меморандуме определено: «...безусловный приоритет придается инспектированию: судов, которые, по сообщению лоцманов или портовых властей, имеют недостатки, могущие поставить под сомнение безопасность их плавания; судов, которые были предметом доклада или уведомления, поступивших от других властей; судов с опасными

грузами...». В Латиноамериканском меморандуме сказано, что: «При выборе судов для инспектирования морские власти должны обращать особое внимание на: пассажирские суда, суда типа ро-ро и навалочные суда; нефтеналивные танкеры, газозавозы, химозавозы и т. д.»¹⁰.

Следует сказать, что до сих пор на международном уровне вопрос об унификации норм о портовом контроле не поднимался. В силу своего географического положения наша страна является участницей трех региональных меморандумов (Парижского, Токийского и Черноморского). Так, в портах европейского региона России руководствуются положениями Парижского меморандума, в Дальневосточном регионе – Токийского меморандума, а в регионе Черного моря – Черноморского. Это ставит в неодинаковые условия экипажи судов и их судовладельцев. Именно поэтому принятие единого универсального международного документа в этой сфере особенно актуально для России.

«Процедуры контроля судов государствами порта». Резолюция ИМО А.787 (19)

Основываясь на расширяющейся практике контроля иностранных судов государствами порта, учитывая положительные результаты контроля, а также тот факт, что через региональные соглашения контроль судов уже практикуется значительным числом стран, в ноябре 1995 г. ИМО на своей 19-й Ассамблее приняла Резолюцию А.787 (19) «Процедуры контроля судов государствами порта» («Процедуры контроля»).

В Резолюции А.787 (19) были частично использованы некоторые предшествующие решения ИМО (Резолюции А.481 (XII) и А.742 (18)), а некоторые предыдущие решения (Резолюции А.466 (12) с поправками, А.543 (13), А.597 (15), МЕРС.26 (23) и А.742 (18)) утратили силу и были отменены. Резолюция А.787 (19) поставила институт контроля судов государствами порта на качественно более высокую правовую ступень – если ранее контроль осуществлялся участниками региональных соглашений, то теперь он должен выполняться всеми членами ИМО.

«Процедуры контроля» представляют собой объемный по содержанию документ, который состоит из шести глав и десяти дополнений.

Главы:

- Глава 1. Общие положения.
- Глава 2. Инспекции государствами порта.
- Глава 3. Более детальные проверки.
- Глава 4. Нарушения и задержания.
- Глава 5. Требования по предоставлению информации.
- Глава 6. Процедуры рассмотрения вопроса.

¹⁰ П. 3.3 Токийского меморандума. – С. 16; П. 3.4 Латиноамериканского меморандума. – С. 18.

Дополнения:

- Дополнение 1. Руководство в отношении задержания судов.
- Дополнение 2. Руководство по проведению расследований и инспекций в соответствии с Приложением I к МАРПОЛ-73/78.
- Дополнение 3. Руководство по проведению расследований и инспекций в соответствии с Приложением II к МАРПОЛ-73/78.
- Дополнение 4. Перечень свидетельств и документов.
- Дополнение 4 А. Руководство по контролю судов государством порта по международной конвенции по обмеру судов 1969 г.
- Дополнение 5. Сообщение об инспекции в соответствии с процедурами ИМО по контролю судов государством порта.
- Дополнение 6. Сообщение о несоответствиях, которые не были полностью устранены или отремонтированы временно.
- Дополнение 7. Сообщение о принятых действиях, направляемое уведомившей власти.
- Дополнение 8. Формат сообщения о нарушении МАРПОЛ-73/78.
- Дополнение 9. Комментарии государства флага судна к сообщению о несоответствиях.

В «Процедурах контроля» использованы все главные принципы и положения, содержащиеся в региональных соглашениях; вместе с этим многие из этих положений получили дальнейшее

развитие за счет дополнений, совершенствования формулировок, введения необходимой детализации и конкретности. В документ вошли также и новые положения, в частности, в отношении усиления контроля мер по предотвращению загрязнения среды. Помимо предмета и порядка проведения проверок, в «Процедурах контроля» оговариваются также и сопутствующие вопросы, например, взаимоотношение инспектора и экипажа, проверка информации, обмен информацией, реагирование государством флага и другие вопросы¹¹.

Анализ содержания «Процедур контроля» показывает, что некоторые положения резолюции ИМО аналогичны положениям региональных меморандумов. Например, раздел 1.2 главы 1 – «Применение» «Процедур контроля» содержит аналогичные нормы с нормами разделов 1 и 2 «Обязательства» и «Применимые инструменты» меморандумов¹². Все это говорит о том, что «Процедуры контроля» и меморандумы взаимосвязаны между собой. Так, инспектор при проверке судна руководствуется одновременно положениями меморандумов и «Процедур контроля». В отличие от региональных соглашений «Процедуры контроля» обязательны для государств-участников ИМО любого региона. В связи с вышесказанным считаем целесообразным включить положения «Процедур контроля» в будущий универсальный международный документ о портовом контроле.

¹¹ Дмитриев, В. И. *Обеспечение безопасности плавания: учеб. пособие* / В. И. Дмитриев. – М., 2005. – С. 281–282.

¹² Разделы 1, 2 Парижского меморандума. – С.12–16; Раздел 1 Токийского меморандума. – С. 8; Разделы 1–2 Латиноамериканского меморандума. – С.12–13.

КОНЦЕССИОННЫЕ СОГЛАШЕНИЯ КАК ФОРМА ИНВЕСТИЦИОННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В РФ

В современный период рыночного реформирования политика государства направлена, прежде всего, на создание и поддержание высокого социально-экономического и культурного уровня жизни страны. С этой целью в государстве разрабатываются экономические программы, принимаются законодательные акты, подписываются международные соглашения. Однако для реализации любой экономической реформы, социальной программы государство неизбежно сталкивается с проблемой эффективного управления собственностью.

Из всего многообразия экономических функций государства одно из главных его предназначений состоит в формировании институциональной среды для хозяйственной деятельности, составной частью которой являются институты партнерства государства и бизнеса.

Существуют различные формы партнерства государства и бизнеса, применяемые в мире, но наибольший интерес представляет концессия – форма привлечения капитала, когда государство (местные органы власти) сдает в эксплуатацию на конкретный срок на возмездных условиях землю, источники природных богатств, предприятия, другие хозяйственные объекты юридическим или частным лицам. Концессионер вкладывает свои средства в разработку полезных ископаемых и освоение районов, строительство/организацию объектов инфраструктуры/производства, получая за это соответствующую прибыль и уплачивая оговоренную договором сумму государству, сдавшему ему в концессию объект. По мере развития концессионной территории часто возникают совместные предприятия с использованием капитала концессионера и предприятия государства.

Институт концессии широко распространен по всему миру по следующим причинам:

- приток дополнительных инвестиций в экономику государства;
- элементы гражданско-правового договора, автономия воли сторон делает эту форму более привлекательной по сравнению с лицензионным порядком;
- государство, обуславливая участие властного характера, предоставляет льготы и преференции в различных сферах на период осуществления проекта;
- соглашение заключается на длительный срок, что позволяет концессионеру выполнить все обя-

зательства по проекту, а также обернуть вложенные инвестиции;

- соглашения заключаются в отношении широкого круга объектов – как инфраструктурных, так и природных, что позволяет развивать как экономические, так и социальные сферы жизни общества и государства;

- государство не вмешивается в деятельность концессионера, не создает помех в свободном и своевременном выполнении поставленных задач;

- во многих странах созданы специальные инвестиционные фонды, оказывающие содействие концессионным проектам путем привлечения материальных средств со своей стороны. Существуют также международные организации (например, Всемирный банк, Международный валютный фонд), активно оказывающие финансовую поддержку проектов по всему миру;

- наличие специального законодательства, регулирующего концессионные соглашения и предоставляющего гарантии сохранения правового положения концессионера;

- возврат в собственность государства модернизированного/построенного объекта;

- наличие многообразных форм концессионных соглашений в зависимости от правомочий концессионера в отношении объекта концессии (проектирование, финансирование, конструирование, строительство, управление, передача государству, поддержание, уничтожение и т. д.). Комбинирование правомочий концессионера позволяет наиболее точно отразить интерес концессионера к участию в проекте, эффективно использовать ресурсы государства в общественно полезных целях.

В настоящее время в РФ действует Федеральный закон от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях»¹ (далее – Закон о концессиях). Его принятие – явный показатель значимости данного института в российской экономике и необходимости его оформления в российском праве. Согласно ст.1 данного закона, его «целями ...являются привлечение инвестиций в экономику РФ, обеспечение эффективного использования имущества, находящегося в государственной или муниципальной собственности... и повышение качества товаров, работ, услуг, предоставляемых потребителям».

После принятия указанного закона концессионный механизм стал одной из основных форм

¹ ФЗ от 21.07.2005 № 115-ФЗ (ред. от 17.07.2009) «О концессионных соглашениях» // СЗРФ. – 25.07.2005. – № 30 (ч. II). – Ст. 3126.

государственно-частного партнерства в экономических и социальных программах государства². Однако за несколько лет существования Закона о концессиях в России заключено лишь незначительное количество концессионных соглашений в области развития инфраструктуры³. Основная причина низкого интереса участников рынка к концессионным соглашениям – отсутствие четкого правового механизма защиты прав концессионера, особенно иностранного.

Говоря о нормах, подлежащих применению к концессионным отношениям сторон, необходимо отметить, что Закон о концессиях рассматривает концессионное соглашение как договор с элементами различных договоров, предусмотренных федеральными законами, и содержит отсылки на гражданское законодательство, а также иные нормативно-правовые акты, подлежащие применению при регулировании концессионных отношений (ст. 2, 3). Однако в настоящий момент не прекращаются научные дискуссии о природе концессионных соглашений. Одни авторы рассматривают концессионные соглашения как публично-правовые, или административные, договоры и предлагают регулировать их актами административного права⁴. Другие исследователи склоняются к гражданско-правовой природе соглашения⁵. Третьи настаивают на комплексном регулировании договора при его смешанной природе⁶.

Таким образом, не ясно, как должны работать отсылочные нормы, то есть к каким нормативно-правовым актам отсылать. Очевидно, что закон нуждается в доработке, поскольку практика его применения показала недостаточность правового регулирования в целом. Причем работу необходимо проводить не только на национальном уровне, но и на межгосударственном, поскольку на сегодняшний момент каких-либо международных до-

кументов, регулирующих концессионные отношения, нет. В подобной ситуации потенциальные инвесторы скорее изберут иную гражданско-правовую конструкцию инвестирования, обеспеченную надлежащей национальной и межгосударственной защитой, нежели согласятся вступить в концессионные обязательства на территории РФ.

Однако с экономической точки зрения концессионные соглашения – это, прежде всего, механизм привлечения инвестиций в экономику. Поэтому непосредственный интерес представляет проблема соотношения концессионных и инвестиционных отношений. Можно ли рассматривать концессионные соглашения как форму инвестирования и часть инвестиционной деятельности? Применимы ли нормы, регулирующие инвестиционные отношения в спорных ситуациях, возникающих между концедентом и концессионером? И изменится ли в таком случае правовое положение концессионера, гарантирующее стабильное и безопасное положение на протяжении всего срока действия договора?

В настоящее время инвестиционные отношения регулируются большим нормативно-правовым массивом, что обусловлено высокой значимостью инвестиционных отношений, инвестиционного сотрудничества для экономики государства. Сравнительно-правовой анализ источников права позволяет сделать вывод о том, что правовое регулирование иностранных инвестиций в РФ представляет сложную двухуровневую систему, сочетающую национально-правовую и международно-правовую компоненты.

Так, национально-правовой компонент представлен общим и специальным законодательством. Специальное законодательство составляют предметные (или рамочные) законодательные и подзаконные акты, специально ориентированные на регламентацию правового режима

² Напр.: Распоряжение Правительства РФ от 19.01.2006 № 38-р «О Программе социально-экономического развития Российской Федерации на среднесрочную перспективу (2006–2008 годы)» // СЗРФ. – 30.01.2006. – № 5. – Ст. 589; Распоряжение Правительства РФ от 17.11.2008 № 1663-р (ред. от 02.11.2009) «Об утверждении основных направлений деятельности Правительства РФ на период до 2012 года и перечня проектов по их реализации» // СЗРФ. – 01.12.2008. – № 48. – Ст. 5639.

³ См. напр.: Распоряжение Правительства РФ от 30.11.2006 № 1708-р (ред. 28.08.2009) «Об инвестиционных проектах, реализуемых при государственной поддержке за счет средств Инвестиционного фонда Российской Федерации» // СЗРФ. – 25.12.2006. – № 52 (ч. III). – Ст. 5606.

⁴ См. напр.: Еришов, Ю. А. Каким быть закону о концессиях? / Ю. А. Еришов // Приложение к экономической газете «Экономика и жизнь». – 1992. – № 3. – С. 8; Бахрах, Д. Н. Административное право России: учебник / Д. Н. Бахрах. – М.: Эсмо, 2006. – С. 132–135; Мозолин, В. П. Право США и экспансия американских корпораций / В. П. Мозолин. – М., 1997. – С. 100.

⁵ Доронина, Н. Г. Регулирование инвестиций как форма защиты экономических интересов государства / Н. Г. Доронина, Н. Г. Семилютина // Журнал российского права. – 2005. – № 9. – С. 13; Мороз, С. П. Нефтяные контракты / С. П. Мороз // Энергетическое право. – 2007. – № 2. – С. 27; Басин, Ю. Г. Контракты на недропользование: проблемы юридической квалификации и систематизации / Ю. Г. Басин, М. К. Сулейманов, Е. Б. Осипов, О. И. Ченцова // Энергетическое право. – 2007. – № 2. – С. 32.

⁶ Савинова, О. Н. Договорное регулирование концессионных отношений по законодательству Российской Федерации / О. Н. Савинова. – Казань: ЗАО «Новое знание», 2006. – С. 14–15; Линник Л. Концессионные соглашения – одна из форм привлечения инвестиций / Л. Линник // Инвестиции в России. – 2002. – № 7. – С. 5.

собственно инвестиционной деятельности или ее конкретных организационных и правовых форм, легализованных в РФ. К специальному можно отнести Федеральные законы «Об инвестиционной деятельности в РСФСР»⁷, «Об инвестиционной деятельности в РФ, осуществляемой в форме капитальных вложений»⁸, «Об иностранных инвестициях в РФ»⁹, «О рынке ценных бумаг»¹⁰, «О лизинге»¹¹, «О соглашениях о разделе продукции»¹² и другие законодательные и подзаконные акты.

Общее законодательство составляют комплексные законодательные и подзаконные акты, носящие универсальный характер и устанавливающие основные принципы, и общие положения правового регулирования деятельности на территории РФ отечественных и зарубежных инвесторов наряду с другими субъектами хозяйственной деятельности. К таким актам относятся, прежде всего, ГК РФ, ТК РФ, НК РФ, Федеральные законы «Об акционерных обществах»¹³, «Об обществах с ограниченной ответственностью»¹⁴, «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности»¹⁵, «О валютном регулировании и валютном контроле»¹⁶, «О лицензировании отдельных видов деятельности»¹⁷ и др.

Международно-правовой компонент представлен международными конвенциями и двусторонними и многосторонними соглашениями, регулирующими инвестиционные отношения, такими, как: Конвенция об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций (Сеул, 11 октября 1985 г.)¹⁸, Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Вашингтон, 18 марта 1965 г.)¹⁹, Конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге²⁰. Со многими странами заключены двусторонние соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений²¹, а также межгосударственные соглашения о сотрудничестве в области инвестиционной деятельности²². Разработка и принятие этих документов есть не что иное, как международное сотрудничество по важным экономическим вопросам, стремление упростить инвестиционную деятельность государств, защитить права инвесторов.

Столь обширное правовое регулирование позволило охватить многие вопросы, касающиеся прав и законных интересов инвестора. Рассмотрение концессионных отношений в рамках инвестиционных позволило бы распространить широкий

⁷ Закон РСФСР от 26.06.1991 № 1488-1 (ред. от 30.12.2008) «Об инвестиционной деятельности в РСФСР» // Бюллетень нормативных актов. – 1992. – № 2–3.

⁸ ФЗ от 25.02.1999 № 39-ФЗ (ред. от 24.07.2007) «Об инвестиционной деятельности в РФ, осуществляемой в форме капитальных вложений» // СЗРФ. – 01.03.1999. – № 9. – Ст. 1096.

⁹ ФЗ от 09.07.1999 № 160-ФЗ (ред. от 29.04.2008) «Об иностранных инвестициях в РФ» // СЗРФ. – 12.07.1999. – № 28. – Ст. 3493.

¹⁰ ФЗ от 22.04.1996 г. № 39-ФЗ (ред. от 19.07.2009) «О рынке ценных бумаг» // СЗРФ. – 22.04.1996. – № 17. – Ст. 1918.

¹¹ ФЗ от 29.10.1998 № 164-ФЗ (ред. от 26.07.2006) «О финансовой аренде (лизинге)» // СЗРФ. – 02.11.1998. – № 44. – Ст. 5394.

¹² ФЗ от 30.12.1995 № 225-ФЗ (ред. от 30.12.2008) «О соглашениях о разделе продукции» // СЗРФ. – 01.01.1996. – № 1. – Ст. 18.

¹³ ФЗ от 26.12.1995 г. № 208-ФЗ (ред. от 19.07.2009) «Об акционерных обществах» // СЗРФ. – 01.01.1996. – № 1. – Ст. 1.

¹⁴ ФЗ от 08.02.1998 г. № 14-ФЗ (ред. от 02.08.2009) «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗРФ. – 16.02.1998. – № 7. – Ст. 785.

¹⁵ ФЗ от 08.12.2003 № 164-ФЗ (ред. от 02.02.2006) «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» // СЗРФ. – 15.12.2003. – № 50. – Ст. 4850.

¹⁶ ФЗ от 10.12.2003 № 173-ФЗ (ред. от 22.07.2008) «О валютном регулировании и валютном контроле» // СЗРФ. – 15.12.2003. – № 50. – Ст. 4859.

¹⁷ ФЗ от 08.08.2001 № 128-ФЗ (ред. от 30.12.2008, с изм. от 18.07.2009) «О лицензировании отдельных видов деятельности» // СЗРФ. – 13.08.2001. – № 33 (часть I). – Ст. 3430.

¹⁸ Конвенция вступила в силу в 1988 году. Россия ратифицировала Конвенцию (Постановление ВС РФ от 22.12.1992 № 4186-1) // Международно-правовые основы иностранных инвестиций в России: сборник нормативных актов и документов. – М.: Юридическая литература, 1995. – С. 197–276.

¹⁹ Конвенция вступила в силу 14.10.1966. Россия подписала Конвенцию 16.06.1992. Конвенция не вступила в силу для России на 20.12.2004 // Советский журнал международного права. – 1991. – № 2. – С. 210–229.

²⁰ Россия присоединилась к Конвенции с заявлением (Федеральный закон от 08.02.1998 № 16-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. – 09.08.1999. – № 32. – Ст. 4040.

²¹ Действующие соглашения с Туркменистаном, Таджикистаном, Украиной, Казахстаном, Узбекистаном, Республикой Чили и т. д. (более 50 государств).

²² Напр.: Совместное заявление о принципах и целях развития торгового, экономического и инвестиционного сотрудничества между Российской Федерацией и Соединенными Штатами Америки (подписано в г. Вашингтоне 28.09.1994) // Дипломатический вестник. – 1994. – № 19–20. – С. 15–18.

спектр правовых гарантий инвестора на концессионера. Однако формулировки действующего Закона о концессиях прямо не указывают на связь между концессионной деятельностью (определение объектов концессии, выбор концессионера, согласование и подписание концессионного договора) и инвестиционной. Постараемся разобраться в этом подробно.

Прежде необходимо определить, что означают термины «инвестор», «инвестиция», «инвестиционная деятельность» в законодательстве РФ и международных соглашениях.

ФЗ «Об инвестиционной деятельности в РФ, осуществляемой в форме капитальных вложений» закрепляет понятие инвестиционной деятельности как «вложение инвестиций и осуществление практических действий в целях получения прибыли и (или) достижения иного полезного эффекта» (ст. 1). Согласно п. 2 ст. 1 Закона РСФСР «Об инвестиционной деятельности в РСФСР», инвестиционная деятельность также включает в себя, во-первых, вложение инвестиций, или инвестирование, а во-вторых, совокупность практических действий по реализации инвестиций.

ФЗ «Об иностранных инвестициях в РФ» под иностранной инвестицией понимает «вложение иностранного капитала в объект предпринимательской деятельности на территории РФ в виде объектов гражданских прав, принадлежащих иностранному инвестору ... в том числе денег, ценных бумаг, иного имущества, имущественных прав ... интеллектуальной собственности, а также услуг и информации» (ст. 2). Иностранным же инвестором могут быть иностранное юридическое лицо, иностранная организация, не являющаяся юридическим лицом, и иностранный гражданин при условии наличия у них надлежащей правоспособности и дееспособности (ст. 2).

В качестве договорной формы инвестиций можно рассматривать договор лизинга, в котором арендодатель выступает инвестором, вкладывающим свои средства в реальное производство²³. Так, ФЗ «О лизинге» инвестиционную деятельность, в данном случае лизинговую, определяет как деятельность по приобретению имущества и передаче его в аренду (ст. 2).

Соглашение стран СНГ от 24.12.1993 «О сотрудничестве в области инвестиционной деятельности»²⁴ определения инвестиционной деятельности не содержит, однако указывает, что «инвестициями Сторон являются все виды имущественных, финансовых, интеллектуальных ценностей, вкладываемые инвесторами Сторон в объекты пред-

принимательской и других видов деятельности в целях получения прибыли (дохода), достижения социального эффекта» (ст. 3).

В какие объекты могут вкладываться инвестиции? Согласно Закону РСФСР «Об инвестиционной деятельности в РСФСР», объектами инвестиционной деятельности являются вновь создаваемые и модернизируемые фонды и оборотные средства во всех отраслях и сферах народного хозяйства страны, ценные бумаги, целевые денежные вклады, научно-техническая продукция и другие объекты собственности, а также имущественные права и права на интеллектуальную собственность (ст. 3).

Аналогичное определение закреплено и в других актах законодательства. Так, ФЗ «Об инвестиционной деятельности в РФ, осуществляемой в форме капитальных вложений» признает в качестве объектов капитальных вложений находящиеся в частной, государственной, муниципальной и иных формах собственности различные виды вновь создаваемого и (или) модернизируемого имущества, за изъятиями, устанавливаемыми федеральными законами (ст. 3).

Анализ приведенных норм позволяет нам рассматривать иностранного концессионера в качестве иностранного инвестора, поскольку ФЗ «О концессионных соглашениях» определяет концессионера как индивидуального предпринимателя, российское или иностранное юридическое лицо либо действующих без образования юридического лица по договору простого товарищества два или более указанных юридических лица (ст. 5).

Поскольку инвестиции могут вкладываться практически в любые объекты гражданских прав, несомненно, деятельность концессионера, финансирующего строительство/реконструкцию объекта концессионного соглашения (недвижимого имущества), может рассматриваться как вложение инвестиций.

Небольшое затруднение вызывает толкование «инвестиционной деятельности». Законодательные формулировки дают двойное понимание последней – как процесс вложения капитала и как процесс вложения и осуществления практических действий по извлечению прибыли.

Если прибегнуть к практике англо-американской системы права, то в США важное значение в инвестиционной деятельности играет понятие «инвестиционный контракт», выработанное решениями Верховного суда США, а также федеральными и местными судами при применении Закона «Об эмиссионных ценных бумагах» (Securities Act of 1933), содержащего перечисление всех ви-

²³ Фархутдинов, И. З. *Международное инвестиционное право: теория и практика применения: научно-практ. издание* / И. З. Фархутдинов. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – С. 232.

²⁴ *Бюллетень международных договоров*. – 1995. – № 4.

дов инвестиционных ценных бумаг²⁵. Основными элементами такого контракта являются передача инвестором имущества в собственность другому лицу и получение дохода усилиями исключительно учредителя предприятия. Сам инвестор не принимает участие в такой деятельности. Придерживаясь американской практики, существует точка зрения, что нельзя отнести к инвестированию экономические схемы, где возможный доход может быть получен усилиями заинтересованного лица, которому вложения изначально принадлежали: полное товарищество, договор о совместной деятельности и т. д. В американской судебной практике такие правоотношения не характеризуются как инвестиционные, поскольку получение прибыли зависит от самих партнеров. Подобно США, в России по этой же причине ни концессии, ни соглашения о разделе продукции к инвестиционным отношениям не относятся. Хотя формально, как следует из текста (ст. 1), Закон «О соглашениях о разделе продукции» призван «регламентировать процесс инвестирования иностранными субъектами в объекты, находящиеся на территории РФ». Из анализа возникающих отношений видно, что договор в данном случае не делает государство участником инвестиционных отношений, поскольку получение прибыли здесь осуществляется действиями того субъекта, который заключил договор с государством. Следуя этому, автор определяет инвестора как субъекта, осуществляющего передачу имущества (инвестиций) в собственность другого лица с целью получения в будущем материальной выгоды (дохода), которая может быть создана в результате предпринимательской или иной деятельности субъекта, получившего имущество, или третьих лиц, связанных с указанным лицом, не имеющим правовой возможности участвовать в процессе использования инвестиций и получения дохода²⁶.

Однако существует и противоположная точка зрения, согласно которой «субъектами инвестиционных отношений являются инвесторы – собственники средств (инвестиций в любой форме),

вложенных в создание, расширение или модернизацию производства материальных и духовных благ, а также в инфраструктуру»²⁷.

В литературе инвестиционная деятельность определяется различным образом. По мнению В. А. Бублика, инвестиционной «следует признавать деятельность ...инвесторов, связанную с вложением и долгосрочным использованием ...инвестиций»²⁸. Н. Н. Вознесенская считает, что «под инвестициями следует понимать такое предоставление средств иностранным инвестором, при котором обязательным является экономическая активность. Производственная деятельность иностранного элемента направлена на согласованное целевое использование этих средств при условии, что эта деятельность приведет к созданию обусловленного производственного объекта, способствующего развитию экономики молодого государства, повышению экономического потенциала»²⁹. Ю. В. Потапова полагает, что инвестиционная деятельность – это вложение объектов гражданских прав, за исключением предусмотренных законодательством, в объекты предпринимательской и (или) иной не запрещенной законом деятельности и осуществление практических действий с целью получения прибыли и (или) достижения иного полезного эффекта³⁰. По мнению В. В. Бочарова, инвестиционная деятельность представляет собой совокупность практических действий юридических лиц, государства и граждан по реализации инвестиций³¹.

Другие авторы, напротив, говоря об инвестиционной деятельности, ограниченно рассматривают ее только как процесс вложения средств (инвестирования). Так, в частности, Н. И. Клейн понимает под последней «деятельность, направленную на размещение ...денежных или иных имущественных средств с целью получения прибыли»³². А. Г. Богатырев отмечает, что «инвестиционная деятельность в основном заключается в инвестировании в производство материальных и духовных благ»³³.

²⁵ Гражданско-правовые конструкции инвестирования: монография / А. В. Майфат. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – С. 6.

²⁶ Там же. С. 24.

²⁷ Международное инвестиционное право: теория и практика применения: научно-практ. изд. / И. З. Фархутдинов. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – С. 191.

²⁸ Бублик, В. А. Гражданско-правовое регулирование внешнеэкономической деятельности в Российской Федерации: проблемы теории, законодательства и правоприменения / В. А. Бублик. – Екатеринбург: изд-во УрГЮА, 1999. – С. 128.

²⁹ Вознесенская, Н. Н. Иностраннные инвестиции и смешанные предприятия в странах Африки / Н. Н. Вознесенская. – М., 1975. – С. 26.

³⁰ Потапова, Ю. В. Правовое регулирование инвестиционной деятельности в субъектах Российской Федерации: автореф. дис. ...канд. юрид. наук / Ю. В. Потапова. – М., 2003. – С. 12.

³¹ Бочаров, В. В. Финансово-кредитные методы регулирования рынка инвестиций / В. В. Бочаров. – М.: Финансы и статистика, 1993. – С. 8.

³² Предпринимательское право: курс лекций / Под ред. Н. И. Клейн. – М.: Юрид. лит., 1993. – С. 143.

³³ Богатырев, А. Г. Государственно-правовой механизм регулирования инвестиционных отношений (вопросы теории): автореф. дис. ...канд. юрид. наук / А. Г. Богатырев. – М., 1996. – С. 11.

По нашему мнению, формулировка ФЗ «Об инвестиционной деятельности в РФ, осуществляемой в форме капитальных вложений», закрепляющая инвестиционную деятельность как «*вложение инвестиций и осуществление практических действий в целях получения прибыли и (или) достижения иного полезного эффекта*» (ст. 1), должна иметь приоритетное значение при определении содержания понятия. На это также указывает и ст. 4 – инвесторы «осуществляют капитальные вложения ... с использованием собственных и (или) привлеченных средств ... заказчики осуществляют реализацию инвестиционных проектов ... заказчиками могут быть инвесторы». Конечно, допустимы ситуации, когда инвестиционная деятельность ограничивается вложением инвестиций (например, при лизинге, когда использует инвестиции/приобретенное имущество уже не инвестор), но буквальное толкование приведенной статьи не позволяет исключить осуществление практических действий инвестора из содержания инвестиционной деятельности. Тогда и деятельность концессионера, который «обязуется за свой счет создать и (или) реконструировать ... недвижимое имущество ... осуществлять деятельность с использованием объекта концессионного соглашения»³⁴, может быть отнесена к инвестиционной деятельности.

Кроме того, осуществление практических действий инвестора по реализации инвестиций вытекает из предпринимательской природы инвестиционной деятельности. ФЗ «О концессионных соглашениях» прямо не предусматривает право концессионера заниматься предпринимательской деятельностью, однако и не запрещает. Более того, ст. 8 закона предусматривает возможность передачи объекта концессионного соглашения в пользование третьим лицам при условии соблюдения условий концессионного соглашения. Таким образом, можно не согласиться с мнением, что целью инвестиционных отношений является извлечение прибыли, а концессионных – исключительно достижение общественно полезных целей³⁵. Напротив, в зарубежной литературе особо отмечается, что прочное и долгосрочное партнерство возможно лишь при условии соблюдения принципа обоюдной выгоды: «...государственно-частные партнерства – это соглашения (с обязательным по закону контрактом), которые выгодны для обоих секторов. Частному сектору необходимо получать прибыль для того, чтобы инвестировать и развиваться, государственный сектор стремится

предоставлять услуги гарантированного качества и максимально эффективно использовать общественные ресурсы»³⁶.

На основании изложенного мы вправе рассматривать концессионное соглашение как форму осуществления инвестиций. Интересно отметить, что, например, в Инвестиционном кодексе Республики Беларусь от 22 июня 2001 г. № 37-3 содержится наиболее полный перечень правовых форм осуществления инвестиций, среди которых упоминается и концессия³⁷.

Следовательно, объем гарантий иностранного инвестора в концессионных соглашениях определяется не только ФЗ «О концессионных соглашениях», но и иными актами инвестиционного законодательства.

Так, на иностранных концессионеров будут распространяться не только гарантии, установленные ФЗ «О концессионных соглашениях» (осуществления деятельности, предусмотренной соглашением; равноправия; прав концессионера при неблагоприятном изменении законодательства), но и дополнительные, закрепленные в инвестиционном законодательстве, двусторонних и многосторонних соглашениях, международных договорах:

1. Гарантия использования иностранным инвестором различных форм осуществления инвестиций на территории РФ.

2. Гарантия перехода прав и обязанностей иностранного инвестора другому лицу.

3. Гарантия компенсации при национализации и реквизиции имущества иностранного инвестора.

4. Гарантия от неблагоприятного изменения законодательства РФ, включающая стабилизационную оговорку.

5. Гарантия использования и перевода за пределы РФ доходов, прибыли и других правомерно полученных денежных сумм.

6. Гарантия права иностранного инвестора на беспрепятственный вывоз из РФ имущества и информации в документальной форме или в форме записи на электронных носителях, которые были первоначально ввезены на территорию РФ в качестве иностранной инвестиции.

7. Гарантия прав иностранного инвестора на приобретение ценных бумаг.

8. Гарантия участия иностранного инвестора в приватизации.

9. Гарантия предоставления иностранному ин-

³⁴ ФЗ «О концессионных соглашениях». – Ст. 3.

³⁵ Савинова, О. Н. Договорное регулирование концессионных отношений по законодательству РФ: дис. ...канд. юрид. наук / О. Н. Савинова. – Казань, 2006. – С. 43.

³⁶ *HM Treasure RFI: Meeting the Investment Challenge*. – London: Stationary Office, 2003.

³⁷ См.: Антипова, О. М. Правовое регулирование инвестиционной деятельности (анализ теоретических и практических проблем) / О. М. Антипова. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – С. 187.

вестору права на земельные участки, другие природные ресурсы, здания, сооружения и иное недвижимое имущество.

10. Гарантия гласности в обсуждении инвестиционных проектов.

11. Гарантия обеспечения надлежащего разрешения спора, возникшего в связи с осуществлением инвестиционной и предпринимательской деятельности на территории РФ иностранным инвестором.

12. Гарантия рассмотрения споров с использованием международных механизмов защиты своих прав, применимых в силу участия РФ в международных договорах.

Как видно, инвестиционные гарантии обеспечивают права инвестора не только на этапе заключения соглашения и реализации вложенных средств, но и при возникновении возможного спора. Это особенно важно, поскольку в настоящее время действуют два международных института, деятельность которых направлена на защиту прямых иностранных инвестиций.

Вашингтонская конвенция 1965 г. о порядке разрешения инвестиционных споров между государством и лицом другого государства учредила Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (ICSID – International Center for Settlement of Investment Disputes), рассматривающий инвестиционные споры, которые вытекают из отношений, связанных с иностранными инвестициями, а также некоторые споры, вытекающие из коммерческих сделок. Причем полномочия ICSID не ограничены лишь урегулированием споров между государствами-участниками и их физическими и юридическими лицами. В соответствии с Дополнительными правилами к конвенции 1979 г. участие сторон спора в конвенции 1965 г. не является обязательным. Это представляется особенно важным для России, которая до сих пор конвенцию не ратифицировала. Однако в Типовом проекте правительства РФ предусматривается, что для разрешения инвестиционных споров возможно обращение в ICSID на основании упомянутых Дополнительных правил³⁸. Вашингтонская конвенция четко определила, что необходимо понимать под «инвестиционными спорами», а также указала порядок обращения и рассмотрения таких споров. Важное значение Вашингтонской конвенции для защиты прав инвесторов заключается в том, что создан международный арбитражный центр, специализирующийся на определенной категории споров и позволяющий участникам инвестиционных отношений качественно и своевременно решать споры.

Сеульская конвенция 1985 г. об учреждении

Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций учредила Многостороннее агентство по гарантиям инвестиций (MIGA – Multilateral Investment Guarantee Agency), которое осуществляет страхование от политических (некоммерческих) рисков в отношении инвестиций, осуществляемых в какой-либо стране-члене из других стран-членов, а также осуществляет другую деятельность по оказанию содействия потоку иностранных инвестиций в развивающиеся страны-члены и между ними (консультативные услуги, техническая помощь в привлечении долгосрочного частного капитала в национальную экономику).

Оба указанных института играют большую роль в деле становления и развития международного инвестиционного права, являются центрами накопления и применения опыта освоения инвестиций в различных странах, оказывают исключительную поддержку развивающимся странам.

Несомненно, применение норм концессионного и инвестиционного законодательства к концессионным отношениям порождает проблему коллизии норм упомянутых законодательных актов. К примеру, ФЗ «О концессионных соглашениях» и ФЗ «Об иностранных инвестициях в РФ» по-разному разрешают вопрос стабилизационной оговорки при неблагоприятном изменении законодательства РФ для инвестора, причем инвестиционное законодательство содержит более благоприятное для инвестора условие. Налицо конкуренция норм общего и специального характера, и применению подлежит норма специального закона. Однако в таком случае права концессионера будут ущемлены по сравнению с правами инвестора, что нельзя признать удачным с точки зрения формирования благоприятного климата для развития концессионных отношений в РФ.

Учитывая изложенное, представляется разумным внесение дополнений в ФЗ «О концессионных соглашениях». Предлагаем дополнить статью 18 ФЗ «О концессионных соглашениях», изложив ее в следующей редакции.

Статья 18. Гарантии осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением:

«1. При осуществлении деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, концессионеру гарантируется защита его прав и законных интересов в соответствии с Конституцией Российской Федерации, международными договорами Российской Федерации, настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами, иными нормативными правовыми актами Российской Федерации.

³⁸ Постановление Правительства РФ от 09 июля 2001 г. № 456 «О заключении соглашений о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений» // СЗРФ. – 2001. – № 25. – Ст. 2578.

В случае если нормами инвестиционного законодательства Российской Федерации устанавливаются более выгодные условия и гарантии для осуществления деятельности субъектов концессионного соглашения по сравнению с нормами настоящего Федерального закона, применению подлежат нормы инвестиционного законодательства».

Список используемой литературы

Международные соглашения:

1. Конвенция об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций: (Сеул, 11 октября 1985 г.) // Международно-правовые основы иностранных инвестиций в России: сборник нормативных актов и документов. – М.: Юридическая литература, 1995.
2. Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Вашингтон, 18 марта 1965 г.) // Советский журнал международного права. – 1991. – № 2.
3. Конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге // СЗРФ. – 09.08.1999. – № 32. – Ст. 4040.
4. Совместное заявление о принципах и целях развития торгового, экономического и инвестиционного сотрудничества между Российской Федерацией и Соединенными Штатами Америки (подписано в г. Вашингтоне 28.09.1994) // Дипломатический вестник. – 1994. – № 19–20. – С. 15–18.
5. Соглашение стран СНГ от 24.12.1993 «О сотрудничестве в области инвестиционной деятельности» // Бюллетень международных договоров. – 1995. – № 4.

Нормативно-правовые акты РФ:

1. Закон РСФСР от 26.06.1991 № 1488-1 (ред. от 30.12.2008) «Об инвестиционной деятельности в РСФСР» // Бюллетень нормативных актов. – 1992. – № 2–3.
2. ФЗ от 26.12.1995 г. № 208-ФЗ (ред. от 19.07.2009) «Об акционерных обществах» // СЗРФ. – 01.01.1996. – № 1. – Ст. 1.
3. ФЗ от 30.12.1995 № 225-ФЗ (ред. от 30.12.2008) «О соглашениях о разделе продукции» // СЗРФ. – 01.01.1996. – № 1. – Ст. 18.
4. ФЗ от 22.04.1996 г. № 39-ФЗ (ред. от 19.07.2009) «О рынке ценных бумаг» // СЗРФ. – 22.04.1996. – № 17. – Ст. 1918.
5. ФЗ от 08.02.1998 г. № 14-ФЗ (ред. от 02.08.2009) «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗРФ. – 16.02.1998. – № 7. – Ст. 785.
6. ФЗ от 29.10.1998 № 164-ФЗ (ред. от 26.07.2006) «О финансовой аренде (лизинге)» // СЗРФ. – 02.11.1998. – № 44. – Ст. 5394.
7. ФЗ от 25.02.1999 № 39-ФЗ (ред. от 24.07.2007) «Об инвестиционной деятельности в РФ, осущест-

вляемой в форме капитальных вложений» // СЗРФ. – 01.03.1999. – № 9. – Ст. 1096.

8. ФЗ от 09.07.1999 № 160-ФЗ (ред. от 29.04.2008) «Об иностранных инвестициях в РФ» // СЗРФ. – 12.07.1999. – № 28. – Ст. 3493.

9. ФЗ от 08.08.2001 № 128-ФЗ (ред. от 30.12.2008, с изм. от 18.07.2009) «О лицензировании отдельных видов деятельности» // СЗРФ. – 13.08.2001. – № 33 (ч. I). – Ст. 3430.

10. ФЗ от 08.12.2003 № 164-ФЗ (ред. от 02.02.2006) «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» // СЗРФ. – 15.12.2003. – № 50. – Ст. 4850.

11. ФЗ от 10.12.2003 № 173-ФЗ (ред. от 22.07.2008) «О валютном регулировании и валютном контроле» // СЗРФ. – 15.12.2003. – № 50. – Ст. 4859.

12. ФЗ от 21.07.2005 № 115-ФЗ (ред. от 17.07.2009) «О концессионных соглашениях» // СЗРФ РФ. – 25.07.2005. – № 30 (ч. II). – Ст. 3126.

13. Постановление Правительства РФ от 09 июля 2001 г. № 456 «О заключении соглашений о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений» // СЗРФ. – 2001. – № 25. – Ст. 2578.

14. Распоряжение Правительства РФ от 19.01.2006 № 38-р «О Программе социально-экономического развития Российской Федерации на среднесрочную перспективу (2006–2008 годы)» // СЗРФ. – 30.01.2006. – № 5. – Ст. 589.

15. Распоряжение Правительства РФ от 30.11.2006 № 1708-р (ред. 28.08.2009) «Об инвестиционных проектах, реализуемых при государственной поддержке за счет средств Инвестиционного фонда Российской Федерации» // СЗРФ. – 25.12.2006. – № 52 (ч. III). – Ст. 5606.

16. Распоряжение Правительства РФ от 17.11.2008 № 1663-р (ред. от 02.11.2009) «Об утверждении основных направлений деятельности Правительства РФ на период до 2012 года и перечня проектов по их реализации» // СЗРФ. – 01.12.2008. – № 48. – Ст. 5639.

Учебная литература:

1. Антипова, О. М. Правовое регулирование инвестиционной деятельности (анализ теоретических и практических проблем) / О. М. Антипова. – М.: Волтерс Клувер, 2007.
2. Басин, Ю. Г. Контракты на недропользование: проблемы юридической квалификации и систематизации / Ю. Г. Басин, М. К. Сулейманов, Е. Б. Осипов, О. И. Ченцова // Энергетическое право. – 2007. – № 2.
3. Бахрах, Д. Н. Административное право России: учебник / Д. Н. Бахрах. – М.: Эсмо, 2006.
4. Богатырев, А. Г. Государственно-правовой механизм регулирования инвестиционных отношений (вопросы теории): автореф. дис. ...канд. юрид. наук / А. Г. Богатырев. – М., 1996.
5. Бочаров, В. В. Финансово-кредитные методы регулирования рынка инвестиций / В. В. Боча-

ров. – М.: Финансы и статистика, 1993.

6. Бублик, В. А. Гражданско-правовое регулирование внешнеэкономической деятельности в Российской Федерации: проблемы теории, законодательства и правоприменения / В. А. Бублик. – Екатеринбург: изд-во УрГЮА, 1999.

7. Вознесенская, Н. Н. Иностраные инвестиции и смешанные предприятия в странах Африки / Н. Н. Вознесенская. – М., 1975.

8. Гражданско-правовые конструкции инвестирования: монография / А. В. Майфат. – М.: Волтерс Клувер, 2007.

9. Доронина, Н. Г. Регулирование инвестиций как форма защиты экономических интересов государства / Н. Г. Доронина, Н. Г. Семилютина // Журнал российского права. – 2005. – № 9.

10. Ершов, Ю. А. Каким быть закону о концессиях? / Ю. А. Ершов // Приложение к экономической газете «Экономика и жизнь». – 1992. – № 3.

11. Линник, Л. Концессионные соглашения – одна из форм привлечения инвестиций / Л. Линник // Инвестиции в России. – 2002. – № 7.

12. Мозолин, В. П. Право США и экспансия аме-

риканских корпораций / В. П. Мозолин. – М., 1997.

13. Мороз, С. П. Нефтяные контракты / С. П. Мороз // Энергетическое право. – 2007. – № 2.

14. Потапова, Ю. В. Правовое регулирование инвестиционной деятельности в субъектах Российской Федерации: автореф. дис. ...канд. юрид. наук / Ю. В. Потапова. – М., 2003.

15. Предпринимательское право: курс лекций / Под ред. Н. И. Клейн. – М.: Юрид. лит., 1993.

16. Савинова, О. Н. Договорное регулирование концессионных отношений по законодательству РФ: дис. ...канд. юрид. наук / О. Н. Савинова. – Казань, 2006.

17. Савинова, О. Н. Договорное регулирование концессионных отношений по законодательству Российской Федерации / О. Н. Савинова. – Казань: ЗАО «Новое знание», 2006.

18. Фархутдинов, И. З. Международное инвестиционное право: теория и практика применения: научно-практ. издание / И. З. Фархутдинов. – М.: Волтерс Клувер, 2005.

19. HM Treasure RFI: Meeting the Investment Challenge. – London: Stationary Office, 2003.

РАЗДЕЛ III

ГРАЖДАНСКОЕ, ТРУДОВОЕ И НАЛОГОВОЕ ПРАВО

ПРАВО РАБОТНИКА НА СТАБИЛЬНОСТЬ В ТРУДОВЫХ ОТНОШЕНИЯХ НА ПРИМЕРЕ ПЕРЕВОДОВ, КОТОРЫЕ ОБЯЗАН ОСУЩЕСТВИТЬ РАБОТОДАТЕЛЬ

Стабильность трудовых отношений следует понимать как их устойчивость, основанную на поддержании взаимовыгодного баланса прав работника и работодателя. Такие отношения основаны на трудовых договорах, в которых все условия взаимодействия согласованы сторонами. При этом не имеет значения срок, на который заключен трудовой договор: стабильными могут быть как договоры на неопределенный срок, так и срочные договоры.

В стабильности трудовых отношений заинтересованы обе его стороны, поэтому в трудовом законодательстве закреплено положение о том, что все изменения в содержании трудового договора, включая перевод на другую работу, допускаются только по взаимному письменному соглашению¹. Тем не менее на практике часто возникает необходимость изменить условия трудового договора с работником².

Право работника на стабильность в трудовых отношениях, таким образом, более подвержено воздействию, чем аналогичное право работодателя. По этой причине в случаях, когда возникает необходимость в прекращении трудового договора (нарушении стабильности его условий), законодатель предусмотрел определенные гарантии для работника, позволяющие ему избежать увольнения. Эти гарантии определяются обстоятельствами, при наступлении которых работодатель обязан перевести работника на другую работу. Обстоятельства, гарантирующие работникам возможность избежать увольнения, можно условно разделить на четыре группы.

Первая группа, самая многочисленная, объединяет ситуации, при которых работник не может продолжать выполнение оговоренной в трудовом договоре работы или не желает продолжать работу на предложенных работодателем измененных условиях³. Многообразие оснований для обязательных переводов работников объединяется тем, что сохранение трудовых отношений в том виде, в котором они существуют, невозможно и работодатель встает перед необходимостью уволить работника, но одновременно с предупреждением

о предстоящем увольнении у него существует обязанность предложить работнику перевод на другую работу (вакантную должность) и при согласии работника осуществить такой перевод. Игнорирование работодателями этой обязанности нарушает процедуру увольнения. Более того, в тех случаях, когда это предусмотрено коллективным договором, коллективными соглашениями или трудовым договором, работодатель должен предложить работнику вакансии, имеющиеся у него в других местностях. При этом следует помнить, что не является вакантной временно не занятая должность, например, на период нахождения работника в отпуске по уходу за ребенком.

Классическим примером обстоятельств первой группы является сокращение численности или штата работников организации индивидуального предпринимателя.

Так, работавший в должности главного специалиста в отделе продаж в филиале Российского фонда федерального имущества в Архангельской области А. обратился в суд с иском о восстановлении на работе, с которой был уволен 4 июня 2008 г. на основании п. 2 ст. 81 ТК РФ в связи с сокращением штата. Как пояснил А. в суде, работодатель планировал перевести его на вновь введенную должность начальника отдела реализации филиала, однако без объяснения причин отменил ранее изданный приказ о переводе. Также в ходе судебного заседания было установлено, что на момент увольнения А. в организации, помимо должности начальника отдела реализации филиала, имелись и другие вакантные должности: ведущего специалиста, руководителя представительства фонда в Ненецком автономном округе, которые также не были ему предложены. Решением Ломоносовского районного суда г. Архангельска А. был восстановлен в своей должности.

Следует учитывать, что работник может заблуждаться относительно имеющихся у работодателя вакантных должностей.

Ш. был уволен с должности главного бухгалтера ОАО «Архангельский трест инженерно-строи-

¹ Исключения из этого правила предусмотрены в ст. 72.2. ТК РФ и определяются наступлением экстраординарных событий (например, катастрофа природного или техногенного характера, производственная авария, несчастный случай на производстве и др.).

² Гл. 12 ТК «Изменение трудового договора»; отдельные нормы о переводах содержатся в гл. 13 ТК РФ «Прекращение трудового договора»; в гл. 41 «Особенности регулирования труда женщин, лиц с семейными обязанностями», в гл. 28 «Другие гарантии и компенсации».

³ П. 7 ст. 77; п. 8 ст. 77; п. 11 ст. 77; п. 2 ст. 81; п. 3 ст. 81; п. 2 ст. 83 ТК РФ.

тельных изысканий». По мнению Ш., ему не была предложена вакантная должность начальника административно-коммерческого отдела. Однако в Октябрьском районном суде г. Архангельска, куда за восстановлением на работе обратился Ш., было установлено, что работодатель не имел вакантных должностей, соответствующих квалификации истца при проведении сокращения его должности. Согласно материалам дела, Ш. был предупрежден о предстоящем увольнении 3 мая 2006 г., уволен с работы 05.07.2006, а должность начальника административно-коммерческого отдела, на которую он претендовал, не была вакантной с 1 марта 2006 г.

К первой группе обязательных для работодателя переводов следует также отнести ситуации, когда работники в соответствии с действующим законодательством по окончании срока их полномочий не могут в силу правового запрета продолжать выполнение своей работы и должны быть трудоустроены работодателем. Примером могут служить переводы с должности ректора, проректора, руководителя филиала (института) в государственных и муниципальных высших учебных заведениях, которые замещаются лицами в возрасте не старше шестидесяти пяти лет. В соответствии со ст. 332 ТК РФ указанные лица переводятся по письменному заявлению на иные должности, соответствующие их квалификации. При этом ФЗ РФ «О высшем и послевузовском профессиональном образовании»⁴ в ст. 20 предусмотрел возможность введения в высшем учебном заведении должности президента, замещать которую рекомендовано лицам, имеющим опыт работы в должности ректора высшего учебного заведения.

Вторая группа обязательных для работодателя переводов работников объединяет такие ситуации, когда выполняемая работа становится опасной для жизни и здоровья работника, а также когда перевод рекомендован медицинским заключением. В соответствии со ст. 220 ТК РФ за работником на время перевода сохраняются место работы (должность) и средний заработок. Если предоставление другой работы невозможно, работодатель обязан оплатить время простоя.

В качестве отрицательно влияющих на жизнь и здоровье работника необходимо рассматривать различные химические и биологические вещества, а также производственные факторы (вибрация, шум, воздействие ультразвука, перемещение тяжестей вручную, работа с электронно-вычислительными машинами и др.), которые могут воздействовать на организм работника в процессе

его трудовой деятельности. Следует отметить, что в Российской Федерации сохранилась тенденция роста удельного веса работников, занятых в условиях, не отвечающих санитарно-гигиеническим нормам. В течение 2002–2007 гг. этот показатель увеличился с 19,2 до 24,0 %⁵.

Опасность выполняемой работы для жизни и здоровья работника может быть оценена как специальными государственными контролирующими органами, так и самим работником. Серьезность ситуации подтверждается тем, что по подсчетам специалистов ежегодные экономические потери в России, связанные с производственным травматизмом и профессиональной заболеваемостью занятых на работах с вредными и опасными условиями труда, составляют более 4900 млрд. рублей⁶.

Перевод на другую работу должен быть рекомендован медицинским заключением, выданным в порядке, установленном федеральными законами и иными нормативными правовыми актами.

К. проходил службу в Федеральном государственном учреждении «Исправительная колония № 7» (ФГУ ИК № 7) в должности начальника стрельбища группы ИТО, связи и вооружения отдела охраны. В связи с бытовой травмой, полученной в результате дорожно-транспортного происшествия, он был направлен на военно-врачебную комиссию (ВВК), которая признала его негодным к продолжению службы в занимаемой им должности, но годным к продолжению службы в должностях, отнесенных к четвертой группе предназначения. Работодатель не предложил ему рекомендованные ВВК должности. Фактически, как установил Соломбальский районный суд г. Архангельска, куда впоследствии обратился за восстановлением на работе К., возможности его перевода на другую должность для дальнейшего прохождения службы у работодателя имелись.

Необходимо принимать во внимание, что утрата трудоспособности должна быть стойкой, а не временной. Частичная утрата трудоспособности не является основанием для перевода работника на другую работу, если он надлежащим образом выполняет свои трудовые обязанности и выполняемая работа ему не противопоказана по состоянию здоровья. Показателен следующий пример.

Л. работала в должности сортировщика материалов, деталей и изделий в лесопильном цехе ЗАО «ЛДК «Архангельсклес»». Работодатель ни разу не направлял Л. как при поступлении на работу, так и в последующем на обязательные ежегодные медицинские осмотры. Л. прошла медико-социальную

⁴ СЗ РФ 1996. – № 35. – Ст. 4135.

⁵ *Культура охраны труда на рабочих местах на уровень современных требований // Бюллетень национального информационного центра по безопасности и гигиене труда. Серия: Отечественная информация. – Вып. 1. – М., 2008. – С. 8.*

⁶ *Охрана труда. Экспресс-информация. Отечественный опыт. – М., 2008. – С. 6.*

экспертизу по направлению своего лечащего врача. После прохождения экспертизы Л. была определена третья группа инвалидности и установлен запрет на выполнение тяжелого физического труда и подъем тяжестей, что было зафиксировано в особой форме справки. Копию справки Л. передала в отдел кадров с целью информирования работодателя о состоянии своего здоровья. Работодатель расценил полученную справку как медицинское заключение, препятствующее продолжению работы Л. в качестве сортировщика материалов, деталей и изделий и уволил ее с работы. Тем не менее представленная справка не являлась медицинским заключением о состоянии здоровья, которое бы препятствовало Л. выполнять обусловленную трудовым договором работу, а ссылка работодателя на отсутствие подходящей ей по состоянию здоровья работы не была признана судом обоснованной.

Работодатель должен следовать положениям Федерального закона от 30.03.1999 г. № 52-ФЗ «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения», в ст. 34-й которой сказано, что в целях предупреждения возникновения и распространения инфекционных заболеваний, массовых неинфекционных заболеваний (отравлений) и профессиональных заболеваний работники отдельных профессий, производств и организаций при выполнении своих трудовых обязанностей обязаны проходить предварительные при поступлении на работу и периодические профилактические медицинские осмотры (далее – медицинские осмотры).

Следуя законодательству, работодатель вправе направить работника для прохождения медицинского осмотра. По результатам осмотра лечебно-профилактическое учреждение вправе выдать заключение, подтверждающее отсутствие противопоказаний к выполнению соответствующей работы либо содержащее рекомендации о необходимости перевода работника по состоянию здоровья на другую работу.

Для работников ряда профессий законом предусмотрены обязательные медицинские осмотры. Например, на железнодорожном транспорте такие медицинские осмотры проводятся с целью медицинского обеспечения безопасности движения поездов, сохранения здоровья и трудоспособности работников, которые непосредственно связаны с движением поездов или осуществляют профессиональную деятельность в условиях повышенной опасности⁷.

В соответствии с требованиями статьи 182 Трудового кодекса РФ при переводе работника, нуждающегося в предоставлении другой работы

на основании медицинского заключения, за этим работником при условии его перевода на другую постоянную нижеоплачиваемую работу в той же организации сохраняется его прежний средний заработок в течение одного месяца со дня перевода, а при переводе в связи с трудовым увечьем, профессиональным заболеванием или иным повреждением здоровья, связанным с работой, – до установления стойкой утраты профессиональной трудоспособности либо до выздоровления.

Следует заметить, что федеральным законодательством как исключение из общего правила по созданию для работника безопасных условий труда предусмотрены работы, выполнение которых изначально опасно для жизни и здоровья работников. Например, работа спасателей⁸.

Третья группа обязательных для работодателя переводов работников относится исключительно к работающим женщинам, которые могут требовать перевода на другую работу в двух случаях: беременности и наличия детей в возрасте до полутора лет (ст. 254 ТК РФ).

Предоставляемая работа должна исключать воздействие на организм женщины неблагоприятных производственных факторов и соответствовать медицинскому заключению. Во всех случаях работа, которую обязан предоставить работодатель, носит временный характер.

Беременная женщина и женщина с детьми в возрасте до полутора лет имеет право получать прежний средний заработок в течение всего времени работы на новом месте. При отсутствии возможности предоставить беременной женщине более легкую работу работодатель обязан освободить ее от работы и выплачивать средний заработок до тех пор, пока не появится возможность ее перевода в соответствии с медицинским заключением на рекомендованную работу. Иногда работодатели создают специальные рабочие места для такой категории женщин.

Нарушения прав работающих беременных женщин и женщин, имеющих детей в возрасте до полутора лет, встречаются часто, при этом они практически не обращаются в суд, прокуратуру или иной властный орган за восстановлением нарушенных прав. Приведем один пример, когда женщина воспользовалась своим правом на защиту.

29 августа 2005 г. Ю. была принята в МУП «МКП №1» уборщиком производственных помещений в службу обслуживания и эксплуатации жилого фонда. В этот момент она находилась на четвертом месяце беременности. Несколько раз ей приходилось пропускать работу в связи с тем, что у нее был

⁷ О порядке проведения обязательных предварительных, при поступлении на работу, и периодических медицинских осмотров на федеральном железнодорожном транспорте: Положение от 29 марта 1999 г. № 6 Ц Министерства путей сообщения Российской Федерации.

⁸ Об аварийно-спасательных службах и статусе спасателей: ФЗ РФ СП РФ 1995. – № 35. – Ст. 3503.

токсикоз первой степени. 1 октября 2005 г. вместо выполнения установленной законом обязанности для работодателя по переводу беременной женщины на другую работу мастер предложила ей уволиться. Ю. написала заявление об увольнении по собственному желанию и была уволена. Впоследствии Ю. обратилась с иском о восстановлении на работе в Соломбальский федеральный районный суд г. Архангельска, ссылаясь на вынужденный характер увольнения.

По просьбе беременной женщины работодатель обязан установить неполный рабочий день или неполную рабочую неделю с оплатой пропорционально отработанному времени или в зависимости от выработки (ч. 1 ст. 93 ТК РФ)⁹. Безусловно, неполная рабочая неделя может быть установлена беременной женщине по ее просьбе на период временного перевода на основании медицинского заключения.

Четвертая группа обязательных для работодателя переводов работников – это временный перевод спортсмена на работу к другому работодателю. Специфика правоотношений между работодателем и работником-спортсменом нашла отражение в новой главе 54.1 ТК РФ «Особенности регулирования труда спортсменов и тренеров»¹⁰.

В случаях, когда работодатель не имеет возможности обеспечить участие спортсмена в спортивных соревнованиях, он обязан предложить спортсмену временный перевод к другому работодателю на срок, не превышающий одного года. Такой перевод осуществляется с письменного согласия спортсмена и требует наличия предварительной договоренности между работодателями. На период временного перевода работодатель по

месту временной работы заключает со спортсменом срочный трудовой договор в соответствии с требованиями ст. 348.2 ТК РФ.

Особенностью данного перевода является временное приостановление действия трудового договора с работодателем по месту основной работы.

Следует отметить существенные моменты, которые следует принимать во внимание работодателям при осуществлении обязательных переводов работников. Помимо наличия законных оснований для осуществления перевода, следует учитывать мнение работника и действовать по взаимному соглашению сторон. Также работодатель обязан предложить работнику все имеющиеся вакансии, которые эти работники могли бы занять в соответствии со своей квалификацией, а при их отсутствии – имеющуюся вакантную нижестоящую должность или нижеоплачиваемую работу. Если работник отказывается от перевода либо у работодателя нет возможности осуществить перевод, возможны различные варианты действий работодателя, включая увольнение работника.

Кроме того, работодатель, предлагая перевод на другую работу, должен учитывать состояние здоровья работника и оплачивать его труд на основании действующего законодательства.

В отдельных случаях работодатель обязан сохранять прежнее место работы, на которое работник вправе вернуться.

Обязанность работодателя соблюдать названные обстоятельства является важной гарантией реализации работником его права на стабильность в трудовых отношениях, поскольку обеспечивает ему возможность избежать увольнения.

⁹ Аналогичное право имеет один из родителей (опекун, попечитель), имеющий ребенка в возрасте до четырнадцати лет, ребенка-инвалида в возрасте до восемнадцати лет.

¹⁰ О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации: ФЗ от 28.02.2008 № 13-ФЗ // СЗ РФ 2008. – № 9. – Ст. 812.

О ПОНЯТИИ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ СУБЪЕКТИВНЫМ ПРАВОМ

Проблема злоупотребления субъективным правом имеет многовековую историю. Со времен римского частного права юристы пытаются примирить известные суждения, с одной стороны: «Nullus videtur dolo facere, qui jure suo utitur» (никто не считается поступающим злоумышленно, если он пользуется своим правом), с другой стороны: «malitiis non est indulgendum» (злоупотребление непростительно). Основным был и остается вопрос о том, существует ли феномен злоупотребления правом и какова его природа?

До настоящего времени, несмотря на закрепление в ГК РФ ст. 10, юридическая общественность далека от сколь-нибудь единого мнения по вопросу о необходимости легального запрета злостного правопользования.

Ряд авторов активно высказывается за исключение ст. 10 ГК РФ из гражданского законодательства или ограничение ее содержания шиканой¹.

Другие авторы, напротив, ратуют за максимальное широкое применение ст. 10 ГК РФ, так как, по их мнению, это способствует созданию справедливого гражданского оборота². Столь неоднозначное отношение к ст. 10 ГК РФ как в правоприменительной практике, так и в научной литературе заставляет снова обратиться к концептуальным проблемам института злоупотребления правом.

Особенностью злоупотребления правом служит то, что субъект не нарушает запрет и не выходит за пределы субъективного права. Однако интересы участника правоотношения в этом случае очевидно ущербны, так как он желает получить несоразмерные выгоды за счет умаления интересов других лиц.

В связи с чем следует обратиться к вопросу о соотношении категорий «субъективное право» и «интерес». Указанная проблема традиционно звучит так: входит ли интерес в содержание субъективного права?

Авторство введения в юридическую литературу категории интереса как социального основания системы права принадлежит Р. Иерингу. Он сформулировал теорию интереса, согласно которой субъективное право есть юридически защищенный интерес. Р. Иеринг выделяет два генеральных побудительных вектора деятельности человека. Первый обращен в прошлое: сначала осознается нужда, потом следует действие. Другой обращен в будущее: сначала осознается цель (желаемое благо), затем следует действие, то есть субъект действует для того, чтобы достичь цели. Цели определяют функции субъекта, поэтому главным законом общественного развития, по мнению Р. Иеринга, является целевой закон как правосозидающая сила. Природа права заключается в необходимости общественного регулирования и согласования интересов различных социальных субъектов³. Теорию интереса как сущности субъективного права поддержали многие отечественные правоведы. Ряд ученых полагает, что интерес входит в содержание субъективного права и является его ведущим элементом⁴. Другие авторы утверждают, что интерес не может входить в содержание субъективного права, так как является предпосылкой и целью субъективного права⁵.

По нашему мнению, ближе к истине последнее утверждение. В отечественной науке укоренилось понимание субъективного права как юридически обеспеченного вида и меры возможного поведения лица. Вид – это само социально допустимое и желаемое поведение, а мера – это определенная законом граница возможного поведения субъекта. Содержание субъективного права состоит из двух правомочий: возможности самостоятельного поведения управомоченного лица и возможности требовать определенного поведения от обязанных

¹ См., напр.: Емельянов, В. И. *Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами* / В. И. Емельянов. – М., 2002. – С. 60; Пашин, В. М. *Институт злоупотребления субъективными правами de lege feranda* / В. М. Пашин; под ред. О. Ю. Шилохвоста // *Актуальные проблемы гражданского права*. – Вып. 7. – М., 2003. – С. 28–62.

² См.: Щенникова, Л. В. *Злоупотребление правом: Дух и буква закона* / Л. В. Щенникова // *Законодательство*. – 1999. – № 5. – С. 22.

³ См.: Иеринг, Р. *Цель в праве* / Р. Иеринг. – Т. 1. – СПб., 1881. – С. 314–317.

⁴ См.: Венедиктов, А. В. *Государственная социалистическая собственность* / А. В. Венедиктов. – М.; Л., 1948. – С. 36–39; Иоффе, О. С. *Советское гражданское право* / О. С. Иоффе. – Т. 1. – Л., 1958. – С. 73; Толстой, Ю. К. *К теории правоотношения* / Ю. К. Толстой. – Л., 1959. – С. 43–46; Коркунов, Н. М. *Лекции по общей теории права* / Н. М. Коркунов. – СПб., 1908. – С. 139.

⁵ См.: Братусь, С. Н. *О соотношении гражданской правоспособности и субъективных гражданских прав* / С. Н. Братусь // *Советское государство и право*. – 1949. – № 8. – С. 34; Грибанов, В. П. *Интерес в гражданском праве* / В. П. Грибанов // *Советское государство и право*. – 1967. – № 1. – С. 55.

лиц. Иногда в структуре субъективного права выделяют третье правомочие: право на судебную защиту⁶.

Функция субъективного права заключается в том, что оно предоставляет субъекту юридически обеспеченные возможности для реализации его интересов. Интерес же представляет собой потребность, присущую человеку как социальному субъекту. Желаемый результат реализации выбранных субъектом возможностей, направленный на удовлетворение потребности, именуется целью⁷. Соответственно потребность составляет содержание интереса, а цель является предметом, на который интерес направлен. Не следует отождествлять субъективное право как средство реализации интересов и сам интерес, который нуждается в средствах для своего осуществления. Для других лиц интерес субъекта может проявиться в процессе его реализации. Реализация же интереса представляет собой фактическое поведение. Следовательно, категория интереса не входит в содержание субъективного права как специфического правового средства, поскольку мера возможного поведения выражает возможность не фактическую, а юридическую⁸. Содержание субъективного права предоставляет только юридико-технические средства для удовлетворения потребностей субъектов. С. С. Алексеев справедливо отмечает значение интереса как «мостика», связывающего право с реальными жизненными отношениями⁹.

Особенностью гражданского права является то, что закон не предписывает субъекту четко заданных, жестких правил поведения, а устанавливает свободный выбор возможностей для реализации частных интересов. Однако необходимо учитывать, что материальные и духовные блага как предметы интереса – это ограниченный ресурс, поэтому достижение потребностей происходит в условиях конкуренции, и соответственно отношения по их поводу являются эквивалентно-возмездными. Участники гражданских правоотношений, реализуя свои интересы, должны руководствоваться взаимной выгодой всех участников отношения.

В конкретной же жизненной ситуации возможна гиперболизация частного интереса, когда субъект использует законные возможности для получения чрезмерных выгод, преимуществ, одновременно нарушая законные интересы других субъектов. В защите подобного интереса, несмотря на диспозитивность гражданского права, должно быть отказано, так как личный интерес,

притязающий на судебную защиту, не может быть противоправным.

Не случайно в структуре ГК РФ ст. 10, устанавливающая запрет злоупотребления правом, следует за ст. 9 ГК РФ, которая в соответствии с принципом диспозитивности закрепляет, что субъекты вправе по своему усмотрению осуществлять принадлежащие им гражданские права. Однако свобода правоосуществления не может быть абсолютной, так как право призвано обеспечивать свободу всех членов общества, а не одного отдельного субъекта на началах справедливости. Поэтому ст. 10 ГК РФ вслед за ст. 9 ГК РФ устанавливает запрет на использование права во зло другим участникам правоотношений.

Таким образом, в самом общем виде суть проблемы злоупотребления гражданским правом можно определить как осуществление субъективного права с целью реализации неправомерного интереса. Под неправомерным интересом следует понимать желание управомоченного лица приобрести чрезмерные преимущества, несоразмерные выгоды за счет умаления интересов других лиц. Так как интерес не составляет содержания субъективного права, то злостное правоупотребление характеризуется тем, что субъект не нарушает пределов субъективного права. Однако неправомерный интерес, согласно ст. 10 ГК РФ, не может претендовать на правовую защиту.

В процессе квалификации поведения как злоупотребления правом на неправомерность интереса указывают цели и способы осуществления субъективного права. Цель представляет собой предмет, на который интерес направлен. В случае если цели осуществления субъективного права предусмотрены конкретной нормой, то выбор лицом недозволенных целей следует оценивать не как злоупотребление правом, а как обычное правонарушение, как нарушение пределов субъективного права. Однако дозволительная направленность гражданско-правового регулирования предполагает, что субъект по своему усмотрению избирает цели осуществления гражданских прав. Другой аспект правового регулирования заключается в необходимости разумного ограничения эгоизма управомоченного лица, в установлении баланса между интересами отдельных субъектов. В этом плане законодатель не может безразлично относиться к выбору субъектом социально вредных целей. Во всяком случае цели использования субъективного права не должны нарушать общих требований гражданского

⁶ См.: Александров, Н. Г. Законность и правоотношения в советском обществе / Н. Г. Александров. – М., 1955. – С. 106.

⁷ См.: Керимов, Д. А. Категория цели в современном праве / Д. А. Керимов // Правоведение. – 1964. – № 3. – С. 33.

⁸ См.: Братусь, С. Н. О соотношении гражданской правоспособности и субъективных гражданских прав. – С. 34.

⁹ См.: Алексеев, С. С. Проблемы теории права / С. С. Алексеев. – Т. 1. – Свердловск, 1972. – С. 306.

права, таких, как добросовестность, разумность, соразмерность. Управомоченное лицо, преследуя определенные интересы, должно действовать целесообразно, осмысленно, учитывая интересы других участников правоотношений.

Предлагаемое понимание проблемы злоупотребления гражданским правом не следует смешивать с определением злоупотребления правом как употребления права вопреки его назначению. Последовательное принятие такого подхода означает, что каждое право имеет законное назначение. Соответственно суд в каждой ситуации должен устанавливать, соответствует ли поведение управомоченного назначению субъективного права. Мы же исходим из того, что само по себе субъективное право не имеет цели. Такое положение характерно именно для частного права. Принцип индивидуализма частного права как раз и предполагает ориентацию на свободу выбора, инициативность и самостоятельность участников правоотношений, но не эгоистическое отношение к чужим интересам. М. М. Агарков справедливо усматривает черты индивидуализма гражданского права в том, что самому субъекту предоставлено определение тех целей, которые он желает достичь путем осуществления своего права¹⁰. Цель принадлежит субъекту гражданского права, который использует юридические возможности, предоставляемые субъективным правом, для ее достижения в ходе реализации интереса. Только на стадии осуществления права при наличии дисбаланса интересов, ущемлении интересов другого субъекта и отсутствии нарушения пределов права можно ставить вопрос о цели использования права, другими словами, о соблюдении требования добросовестности.

Удовлетворяя свои интересы, субъект самостоятельно выбирает и способы осуществления права. Если субъективное право представляет юридическую возможность управомоченному лицу, то способ определяет конкретный вид его поведения. Соответственно способы, как правило, находятся за содержательными пределами субъективного права, поскольку характеризуют процесс осуществления субъективных прав. Можно действовать в пределах субъективного права, но из многочисленного арсенала способов его осуществления выбрать социально вредный. Выбор способа использования гражданского права в соответствии с принципом «разрешено все, что не запрещено

законом» подразумевает, что способ не должен нарушать принципиальные требования гражданского права. Смысл запрета злоупотребления правом и заключается в устранении социально недопустимых целей и способов осуществления гражданских прав.

Под злоупотреблением гражданским правом следует понимать действия управомоченного лица в пределах субъективного права, направленные на получение несоразмерных преимуществ путем нарушения законных интересов других лиц, а также использование гражданских прав способом, не соответствующим требованиям добросовестности, разумности.

Не следует смешивать злоупотребление субъективным правом с проблемой коллизии субъективных прав. Так, в ряде научных работ делается вывод о наличии лишь проблемы коллизии гражданско-правовых норм¹¹.

Еще М. М. Агарков отмечал, что не всегда в литературе разграничивают злоупотребление правом с недостатками закона (разграничение коллидирующих субъективных прав)¹².

Коллизию гражданских прав мы имеем в тех случаях, когда сталкиваются несколько равносильных гражданских прав на один и тот же предмет и ни одно из них не может быть удовлетворено иначе как целостным или частичным лишением этого предмета у всех остальных лиц¹³. Конфликт интересов субъектов является неизбежным спутником общественных отношений. Коллизия интересов, как представляется, характеризуется тем, что цели правообладателей противоположны, достижение цели одним субъектом причиняет или может причинить вред другому. Однако причинение ущерба в данном случае не означает, что лицо злоупотребляет правом.

Так, до принятия Федерального закона от 30 декабря 2008 г.¹⁴ участник общества с ограниченной ответственностью пользовался фактически неограниченным правом выхода из общества, неизбежно нарушая интересы юридического лица, на которое возлагается обязанность выплатить участнику действительную стоимость его доли. Однако его действия не могут оцениваться как злоупотребление правом, так как они были основаны на норме п. 1 ст. 26 ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ¹⁵, согласно которой участник вправе в любое время

¹⁰ См.: Агарков, М. М. *Ценность частного права* / М. М. Агарков // *Правоведение*. – 1992. – № 2. – С. 38.

¹¹ См.: Волков, А. В. *О классификации злоупотребительных действий по статье 10 ГК РФ* / А. В. Волков // *Закон и право*. – 2008. – № 5. – С. 22.

¹² См.: Агарков, М. М. *Избранные труды по гражданскому праву* / М. М. Агарков. – Т. II. – М., 2002. – С. 368.

¹³ См.: Гамбаров, Ю. С. *Гражданское право. Общая часть* / Ю. С. Гамбаров. – М., 2003. – С. 418.

¹⁴ См.: *ФЗ от 30 декабря 2008 № 312-ФЗ «О внесении изменений в часть первую ГК РФ и отдельные законодательные акты РФ»* // *СЗ РФ*. – 2009. – № 1. – Ст. 20.

¹⁵ *СЗ РФ*. 1998. – № 7. – Ст. 785.

выйти из общества независимо от согласия других его участников или самого общества.

В предпринимательской деятельности экономическое соперничество субъектов предполагает улучшение собственного положения на рынке за счет ущемления интересов конкурентов. При этом правопорядок, учитывая неизбежную вредность конкуренции для интересов отдельных предпринимателей, гарантирует свободу самореализации в интересах общества в целом. Согласно ФЗ «О защите конкуренции» от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ¹⁶, хозяйствующие субъекты вправе эффективно ограничивать экономические возможности друг друга. Однако возможности свободной конкуренции ограничиваются установленным законодательством запретом на экономическую деятельность, направленную на монополизацию и недобросовестную конкуренцию.

Таким образом, и в случае злостного правоупотребления, и в случае столкновения субъективных прав правообладатель может причинить вред другому лицу. Но если во втором случае субъект реализует интерес, охраняемый законом, его поведение соответствует социально допустимой модели поведения, то действия лица, злоупотребляющего правом, направлены на достижение корыстных, незаконных целей.

Еще одной сферой неизбежного столкновения интересов субъектов являются соседские отношения. Под соседями понимаются лица, чьи абсолютные гражданские права взаимно ограничиваются в силу объективных причин. Проживать в соседних квартирах, на рядом расположенных дачах и не иметь никаких претензий друг к другу практически невозможно. Громкие звуки, запахи, мусор неизбежно создают условия для взаимных претензий. Однако полное устранение неудобств возможно только при условии прекращения жизнедеятельности. В связи с этим еще римскими юристами было выработано правило, согласно которому собственник обязан терпеть обычные проявления соседской деятельности и не вправе предъявлять иски об их устранении. Из-за пересечения частно-правовых сфер при осуществлении соседского права разрешается причинять вред другому лицу, если такое причинение не выходит за пределы, устанавливаемые с помощью критерия терпимости.

Как отмечает Д. В. Дождев, стандартное использование имени не нуждается в согласовании с соседями, а иск по такому поводу абсурден. Эта мысль лежит в основе концепции Р. фон Иеринга о нормальной деятельности как критерии терпимости соседей. «Если мой сосед страдает нервными расстройствами, то это не повод для того, чтобы запретить мне играть на рояле, поскольку для нормальных людей такой шум вполне приемлем»¹⁷. В одной из новейших зарубежных гражданско-правовых кодификаций, Гражданском кодексе Квебека, содержится норма (п. 976), согласно которой «соседи должны терпеть обычные причиняемые соседями неудобства, которые не превышают должных пределов терпения, исходя из природы и местоположения их земельных участков или из местных обычаев»¹⁸.

В ряде работ современных российских авторов также сделан вывод о необходимости включения в действующее законодательство указания на критерий терпимости. Так, О. А. Поротикова предлагает изложить п. 2 ст. 10 ГК РФ в следующей редакции: «Осуществление гражданских прав одним лицом не должно нарушать права других участников гражданского оборота, за исключением случаев, при которых причиняемый третьим лицам вред является следствием обычной эксплуатации вещи и должен расцениваться как разумно терпимый»¹⁹.

Закрепление подобной нормы в гражданском законодательстве излишне. Такой подход как раз и является следствием ошибочного отождествления злоупотребления правом и нарушения прав и интересов других участников правоотношений. Однако если поведение лица при осуществлении субъективного права затрагивает интересы третьих лиц, но его намерения не направлены на причинение вреда другим субъектам или создание необоснованных преимуществ для себя самого, то субъект не злоупотребляет правом.

Таким образом, ст. 10 ГК РФ не должна быть средством устранения коллизии субъективных прав. Только законодатель с учетом особенностей и уровня общественного развития и целей правового регулирования вправе закреплять приоритет одного интереса над другим.

¹⁶ СЗ РФ. 2006. – № 31 (1 ч.). – Ст. 3434 (далее – Закон о конкуренции).

¹⁷ См.: Дождев, Д. В. Римское частное право / Д. В. Дождев. – М., 2003. – С. 386.

¹⁸ Гражданский кодекс Квебека. – М., 1999. – С. 164.

¹⁹ Поротикова, О. А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О. А. Поротикова. – М., 2002. – С. 12.

ПРОДАЖА ПРЕДПРИЯТИЯ В ХОДЕ ВНЕШНЕГО УПРАВЛЕНИЯ

Практически во всех правовых системах несостоятельности главенствующей является идея сохранить действующее предприятие в целом вместо продажи по частям¹. Это выгодно как с экономической, так и с социальной точки зрения. «Сохранение в работе предприятия предполагает за собой в итоге развитие бизнеса, в том числе профессиональную управляемость активами, инвестиции, рабочие места и стабильного налогоплательщика»². Продажа предприятия в целом выгодна, в том числе и его кредиторам, так как: «При благоприятной экономической ситуации на рынке стоимость продажи действующего предприятия значительно выше стоимости продажи отдельных объектов, которые, как правило, технологически и технически взаимосвязаны. Это позволяет кредиторам должника надеяться на удовлетворение их требований в большем размере»³.

Однако, когда заходит речь о продаже предприятия-должника в ходе внешнего управления, возникает ряд нерешенных вопросов, в первую очередь связанных с тем, что понимать под предприятием? В ст. 86 Федерального закона 1998 г. № 6 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» отождествлялись понятия «предприятие» и «бизнес»⁴. Предприятие в этом случае рассматривалось как «многообразные неоднородные и связанные между собой вещи и многоплановые действия, в совокупности направленные на достижение прибыли, как “дело” или “бизнес”»⁵. По мнению С. А. Степанова, предприятие в таком смысле представляет из себя несколько неопределенное понятие, включающее в себя не только правовые, но и экономические, технологические, социальные и иные черты и элементы⁶. Примечательно, например, что, согласно п. 2 ст. 86 указанного закона, при продаже предприятия все трудовые договоры (контракты),

действующие на момент продажи предприятия, сохраняли силу, при этом права и обязанности работодателя переходили к покупателю предприятия. То есть получалось, что покупатель предприятия вместе с имуществом «приобретал» также и рабочую силу, кадры компании, что плохо согласуется с классической цивилистической доктриной. Вряд ли законодатель в данном случае имел в виду включить в состав отчуждаемого предприятия его кадры как актив. Скорее всего, он ставил себе цель защитить интересы работников. Тем не менее результат налицо. В данной трактовке содержание термина «предприятие» можно сопоставить с его пониманием в англо-саксонской правовой доктрине, в которой под предприятием имеется в виду «бизнес», «дело», то есть в том числе совокупность связей и отношений между лицами, а не только совокупность имущества. Существует, например, такое понятие, как «good will», под которым понимается «престиж, деловая репутация, контакты и кадры компании как ее актив, который может быть оценен и занесен на специальный счет»⁷. Хотя такой «актив» и не имеет самостоятельной рыночной стоимости, показательна сама возможность наличия такой правовой конструкции. Такого же рода элементы предприятия выделяются во французской юридической литературе и называются *achallance*⁸. Многие российские ученые также выделяют в составе предприятия в том числе такие активы, как клиента (потребители продукции предприятия), шансы (возможные клиенты предприятия) и репутация⁹. В германской цивилистической доктрине, которой во многом следует российская цивилистика, под предприятием понимается «сумма вещей, прав или фактических отношений (возможности, добрая воля), которые через посредство субъекта прав (предпринимате-

¹ См.: Степанов, В. В. *Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии* / В. В. Степанов. – М., 1999. – С. 16.

² Егоров, Д. В. *О некоторых вопросах, связанных с продажей предприятия-должника в процедуре банкротства* / Д. В. Егоров // *Юрист*. – 2007. – № 11. – С. 49.

³ Там же. С. 49.

⁴ Там же. С. 49.

⁵ Там же. С. 49.

⁶ См.: Степанов, С. А. *Имущественные комплексы в российском гражданском праве* / С. А. Степанов. – М.: Норма, 2002. – С. 13.

⁷ Додонов, В. Н. *Словарь гражданского права* / В. Н. Додонов, Е. В. Каминская, О. Г. Румянцев; под общей ред. докт. юрид. наук В. В. Залесского. – М.: ИНФРА, 1997. – С. 48.

⁸ См.: Артабаева, Л. С. *Предприятие как имущественный комплекс* / Л. С. Артабаева // *Юрист*. – 2001. – № 6. – С. 19.

⁹ См.: Кулагин, М. И. *Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо* / М. И. Кулагин // *В кн.: Избранные труды*. – М., 1997. – С. 32.

ля) связаны в организационное единство»¹⁰. Таким образом, и в немецкой правовой литературе в состав предприятия включаются такие активы, как возможности и добрая воля.

Относительно перечисленных активов следует отметить, что в соответствии с Приказом Минфина РФ от 16.10.2000 № 91 н. (ред. от 27.11.2006) «Об утверждении положения по бухучету “Учет нематериальных активов”» ПБУ 14/2000 в составе нематериальных активов учитываются среди прочего также деловая репутация организации. При этом понятие деловой репутации трактуется достаточно широко. Так, например, отрицательную деловую репутацию, согласно указанному приказу, следует рассматривать как скидку с цены, предоставляемую покупателю в связи с отсутствием факторов наличия стабильных покупателей, репутации качества, навыков маркетинга и сбыта, деловых связей, опыта управления, уровня квалификации персонала и т. п. (то есть в данном случае деловая репутация кроме собственно репутации включает в себя и клиентулу, и кадры, и прочее).

Вступивший в силу Закон о банкротстве 2002 г. не воспринял понятия «бизнес» и использует понятие предприятия как имущественного комплекса, однако сохранил норму о том, что к покупателю предприятия переходят также права и обязанности работодателя (см. п. 3 ст. 110 указанного закона). Таким образом, можно констатировать, что вопрос по поводу состава активов предприятия остается открытым.

В действительности приобретателя предприятия могут интересовать с экономической точки зрения в первую очередь указанные выше активы (клиентула и шансы), а также кадры компании, ее деловые связи и т. д., а не набор «мертвых» предметов. На практике состав имущества может обновляться кардинально в довольно короткие сроки, например, вследствие инноваций. И в таком случае основой бизнеса является не материальный субстрат, а перечисленные активы. Однако, как мы уже отметили выше, такое представление о предприятии не согласуется с классическими представлениями, согласно которым предприятие является, прежде всего, имуществом. Например,

проблема включения кадров в состав активов продаваемого предприятия очевидно осложняется представлением о том, что трудовой коллектив в таком случае относят к числу отчуждаемых объектов. Однако нет никакой необходимости ставить вопрос таким образом. Во-первых, в экономическом смысле свойствами товара обладает не сам трудовой коллектив, а его труд; во-вторых, для предпринимателя не имеет значения то, каким образом будет передан такой актив, важен результат. С юридической точки зрения то, что такой переход должен регулироваться нормами трудового права, не вызывает сомнений. Хотя, как мы успели отметить, Закон о банкротстве регулирует этот вопрос. Представляется, что наряду с прочим комплексный характер этого закона позволил его разработчикам включить в него такую норму. Следует отметить, что существуют и сторонники включения в состав предприятия коллектива его сотрудников¹¹, при этом С. А. Степанов рассматривает такой коллектив как обременение¹². Однако следует согласиться с мнением Ю. С. Поварова о том, что «с точки зрения гражданского права ни при каких условиях к составу предприятия нельзя относить людей»¹³, и можно повторить, что, по нашему мнению, регулирование этого вопроса должно оставаться прерогативой трудового законодательства. О том, каким образом это должно происходить, мы будем говорить ниже. Задачей законодателя является юридическое оформление перехода вышеуказанных активов в той мере, насколько это возможно. То, каким образом это будет сделано, другой вопрос. В первую очередь необходимо определиться с сущностью такого явления, как предприятие.

Дискуссия по поводу того, что представляет из себя предприятие, велась еще в начале XX века. А. И. Каминка выделял три основных подхода¹⁴.

«Сторонники первого склонны были признать в предприятии субъект права в связи с тем, что “жизнь предприятия как будто бы не зависит от смены личности владельца”¹⁵»¹⁶.

Сторонники второго подхода «отрицали наличие юридического смысла в различении частного имущества купца и его торгового предприятия, видя в таковом только технически бухгалтер-

¹⁰ Эннекцерус, Л. Курс Германского гражданского права: Введение и общая часть / Л. Эннекцерус. – М.: изд-во иностранной литературы, 1950. – Т. 1, полутом 2. – С. 67.

¹¹ См.: Степанов, С. А. Предприятие как имущественный комплекс по Гражданскому кодексу РФ: автореф. дис. ...канд. юрид. наук / С. А. Степанов. – Екатеринбург, 2000. – С. 10; Артабаева, Л. С. Указ. соч. – С. 21.

¹² См.: Степанов, С. А. Указ. соч. – С. 10.

¹³ Поваров, Ю. С. Предприятие как объект гражданских прав: автореф. дис. ...канд. юрид. наук / Ю. С. Поваров. – Волгоград, 2000. – С. 7.

¹⁴ См.: Каминка, А. И. Очерки торгового права / А. И. Каминка. – СПб., 1911. – С. 105.

¹⁵ Удинцев, В. Оставление залога в пользовании должника / В. Удинцев // Вестник финансов, промышленности и торговли. – 1913. – № 14. – С. 57.

¹⁶ Романов, О. Е. Теоретические и практические аспекты определения состава предприятия как имущественного комплекса. Актуальные проблемы гражданского права: сборник статей / О. Е. Романов; под ред. О. Ю. Шилохвоста. – Вып. 6. – М.: изд-во НОРМА, 2003. – С. 201.

ский характер»¹⁷. Сторонником такого подхода являлся А. Х. Гольмстен, который полагал, что предприятие – это «определенная отрасль торговой деятельности, обособленная, с объективной стороны, известным родом сделок и товаров, а с субъективной – как профессия определенного лица»¹⁸. Таким образом, предприятие, по мнению А. Х. Гольмстена, может не иметь имущественного субстрата вообще.

Сторонники третьего подхода «рассматривали предприятие как целевое имущество. Так, Г. Ф. Шершеневич полагал торговым предприятием совокупность личных и имущественных средств, соединенных для достижения известной торгово-хозяйственной цели по определенному плану – самостоятельное меновое хозяйство, экономически независимое от того, кто его ведет, и от других предприятий, которые ведет то же лицо»^{19,20}.

Таким образом, основные моменты дискуссии по поводу предприятия наметились уже тогда, в том числе представление о предприятии как о субъекте права, которое можно считать атавизмом, сохранившимся в настоящее время в гражданском законодательстве вследствие технической небрежности и создающим терминологическую путаницу, возникшую вследствие того, что «ранее российское законодательство оперировало понятием “предприятие”, имея в виду именно субъекта (юридическое лицо) гражданских прав и участника имущественного оборота»²¹. В настоящее время «законодательство избавилось от этого порока. Тем не менее в юридической литературе до настоящего времени можно встретить взгляд на продажу предприятия, в том числе и в качестве субъекта гражданских прав и обязанностей»²².

Дискуссия по поводу предприятия как объекта, по сути, сводится к вопросу о том, является ли предприятием имущество, используемое для предпринимательской деятельности, или сама эта деятельность? В этой связи заслуживает внимания точка зрения В. Ю. Вольфа, который полагал, что: «...многие ошибочно склонны рассматривать сущность предприятия в том имуществе, которое хозяйствующий субъект использует для целей своей

промышленной деятельности, и считать предприятиями фабрики, заводы, конторы, товарные склады, сырье и прочее имущество, которое принадлежит предпринимателю». В. Ю. Вольф признавал, «что никакая предпринимательская деятельность невозможна вне наличия известных имущественных ресурсов, прежде всего – некоторой недвижимости (земельных участков, фабрик, заводов, складов, магазинов и т. п.)». «Но серьезно утверждать, что предприятие представляет собой не что иное, как совокупность фирменного имущества, нельзя»²³. Предприятие на ходу стоит обычно больше, чем одно фирменное имущество; успех предприятия зависит от того, насколько удачно предприниматель его организовал. Организовать предприятие без фирменного имущества нельзя, но дело не в нем одном, а в более или менее удачном использовании этого имущества для ведения промысла. Поэтому под предприятием необходимо разуметь конкретную организацию отдельных входящих в состав фирменного имущества элементов промышленной деятельности в ее отношении к рынку»^{24,25}. То есть то, что обычно называют «промысел», «дело» или «бизнес».

Следует также отметить, что В. Ю. Вольф «не уравнивал предприятие со всем имуществом хозяйствующего лица, отмечая для последнего необходимость вести торговое счетоводство отдельно по каждому принадлежащему ему предприятию»^{26,27}. Таким образом, В. Ю. Вольф допускал возможность наличия у хозяйствующего лица нескольких «промыслов» или «бизнесов», что важно для дальнейшего обсуждения вопроса о том, что следует считать предприятием.

Противники отождествления понятий «предприятие» и «бизнес», в свою очередь, обосновывали свою позицию тем, что организационная составляющая предприятия находится вне сферы правового регулирования. Так, О. Е. Романов полагает, что: «Гражданское право регулирует отношения, опосредующие имущественный оборот, а сферу цивилистической науки составляет, главным образом, изучение этого регулирования. Деятельность же, приносящая прибыль, как таковая

¹⁷ Романов, О. Е. Теоретические и практические аспекты определения состава предприятия как имущественного комплекса. Актуальные проблемы гражданского права: сборник статей / О. Е. Романов; под ред. О. Ю. Шиловской. – Вып. 6. – М.: изд-во НОРМА, 2003. – С. 201.

¹⁸ Гольмстен, А. Х. Очерки по русскому торговому праву / А. Х. Гольмстен. – СПб., 1895. – С. 38.

¹⁹ См.: Шершеневич, Г. Ф. Учебник торгового права / Г. Ф. Шершеневич. – М., 1994. – С. 70–72.

²⁰ Романов, О. Е. Указ. соч. – С. 202.

²¹ Брагинский, М. И. Договорное право. – Кн. 2: Договоры о передаче имущества / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – 3-е изд. – М.: «Статут», 2001. – С. 224.

²² Там же. С. 225.

²³ См.: Вольф, В. Ю. Основы хозяйственного права / В. Ю. Вольф. – М., 1928. – С. 51.

²⁴ Там же. С. 51.

²⁵ Романов, О. Е. Указ. соч. – С. 203–204.

²⁶ См.: Вольф, В. Ю. Указ. соч. – С. 52.

²⁷ Романов, О. Е. Указ. соч. – С. 204.

(ее организация, эффективность в рыночных условиях и т. п.) относится к области наук экономических»²⁸. Существования таких активов, как, например, клиента, шансы и репутация, по мнению О. Е. Романова, «отрицать нельзя – они объективно влияют на ценность предприятия. Но в восприятии их нужно согласиться с Г. Ф. Шершеневичем, признававшим подобного рода обстоятельства как факт, а не право»^{29,30}.

С такой позицией трудно согласиться. Представляется, что в этом случае О. Е. Романов допускает необоснованное упрощение. Причем представление об изучаемом явлении упрощается настолько, что извращается его сущность. Если довести мысль автора до логического конца, то в области права следует вообще отказаться от понятия «предприятие» за ненадобностью, так как у имущества как такового вообще не может быть «цели», «организации» и т. п. Все эти качества ему придает то дело, для которого имущество используется. Характерно, что автор вступает в противоречие с самим собой, заявляя, что в предприятии в юридическом смысле «нельзя усмотреть большее, нежели имущественную совокупность, определенно организованную для предпринимательства»³¹. Автор не может не признать наличия в составе предприятия «организационного» элемента, но пытается придать ему второстепенное значение, однако на самом деле эта «организационная» составляющая, как было отмечено выше, является сущностью предприятия, а имущество лишь его субстрат. Ссылка же на то, что все иные элементы предприятия, кроме имущества, явления не правовые³², свидетельствует лишь о недостатках в подходах к правовому регулированию таких явлений. Следует напомнить о приведенном выше примере, что в немецкой юридической литературе под предприятием понимаются в том числе и фактические отношения³³. Таким образом, мы можем согласиться с мнением В. В. Витрянского о том, что в настоящее время «в определении предприятия акцент сделан на имущественную составляющую в ущерб такой специфической стороне предприятия, как дело, промысел (бизнес), где основное значение приобретает круг клиентов и обязательств

собственника предприятия, связанных с деятельностью последнего»³⁴.

Пока законодатель трактует предприятие как совокупность имущества, между законодательством и практикой будут существовать непреодолимые расхождения. Как отмечает Д. В. Егоров, «до настоящего времени в специальной литературе и деловой среде понятия “предприятие” “бизнес”, “имущественный комплекс” часто используются как синонимы, что с правовой точки зрения неверно и вносит путаницу»³⁵. Представляется, что в итоге законодатель все-таки вынужден будет считаться с требованиями практики и пересмотреть свои позиции, вновь вернувшись к видению предприятия как «бизнеса», «дела», то есть целостного явления, представляющего в первую очередь отношения и связи, а не только совокупность имущества. Ссылка на то, что такие активы, как клиента, шансы, кадры, по своей природе не попадают в сферу правового регулирования, не может быть признана состоятельной. О том, каким образом могут быть «переданы» кадры предприятия, мы уже упоминали и будем говорить далее. Что касается такого актива, как клиента, шансы, деловая репутация, то это во многом взаимопересекающиеся понятия. Как отмечала Е. А. Флейшиц, «деловая репутация предприятия ... “клиента”, обусловленные ... порядком ведения предприятия, его местоположением, продолжительностью существования, известными ему местами выгодных закупок и сбыта, всею совокупностью тех особых сведений, которые принято называть тайнами предприятия – все эти деловые возможности или “шансы” предприятия часто образуют его главнейшую хозяйственную ценность»³⁶. В некоторых случаях клиенту отделяют от шансов, то есть возможностей предприятия иметь клиентов в будущем. Шансы определяются как оцененные в денежном выражении перспективы предприятия»³⁷. По мнению Е. А. Флейшиц, клиента и шансы – это действительно фактические условия жизни предприятия, однако «облеченное правовой силой соглашение о том или ином фактическом обстоятельстве вполне возможно»³⁸ (представляется, что этот вопрос может быть урегулирован не только

²⁸ Романов, О. Е. Указ. соч. – С. 211.

²⁹ См.: Каминка, А. И. Указ. соч. – С. 108.

³⁰ Романов, О. Е. Указ. соч. – С. 213.

³¹ Там же. С. 213.

³² Там же. С. 212.

³³ Эннексерус, Л. Указ. соч. – С. 67.

³⁴ Витрянский, В. В. Указ. соч. – С. 9.

³⁵ Егоров, Д. В. Указ. соч. – С. 49.

³⁶ Флейшиц, Е. А. Торгово-промышленное предприятие в праве западноевропейском и РСФСР / Е. А. Флейшиц. – Л.: Асадетиа, 1924. – С. 11.

³⁷ Бегичев, А. В. Предприятие как имущественный комплекс / А. В. Бегичев // Юридический мир. – 2001. – № 10. – С. 56–57.

³⁸ Флейшиц, Е. А. Указ. соч. – С. 36.

соглашением, но и напрямую законом). В нашем случае это означает, что продавец предприятия возлагает на себя «обязанность к воздержанию от всякого действия, которое отвлекло бы клиента от отчужденного им предприятия»³⁹. В частности, например, он обязан не создавать поблизости от отчужденного предприятия заведения, аналогичного проданному⁴⁰.

На данном этапе следует сделать вывод, что необходимо работать над определением содержания таких понятий, как «клиента» предприятия, его «деловая репутация», с целью закрепления их в легальном определении предприятия, а также способами их передачи при переходе предприятия к новому собственнику.

Итак, в действующем законодательстве предприятие определяется как имущественный комплекс (п. 1 ст. 132 ГК РФ, п. 1 ст. 110 Закона о банкротстве). «Имущественный комплекс как правовая конструкция используется в законе и для обозначения других, связанных между собой групп вещей и имущественных отношений. Например, “при ипотеке предприятия или иного имущественного комплекса в целом право залога распространяется на все входящее в его состав имущество, движимое и недвижимое, включая права требования и исключительные права, в том числе приобретенные в период ипотеки, если иное не предусмотрено законом или договором” (ст. 340 ГК РФ); “объектами доверительного управления могут быть предприятия и другие имущественные комплексы” (ст. 1013 ГК РФ)»⁴¹. Таким образом, законодатель допускает существование иных имущественных комплексов, которые не являются предприятием. В этом смысле «речь может идти о товариществах собственников жилья, энергетических и газовых станциях и даже имущественных комплексах некоммерческих организаций»⁴². Из этого можно сделать вывод, что имущественный комплекс – это более широкое понятие по сравнению с предприятием. С. А. Степанов полагает, что: «Соотношение понятий “предприятие” и “имущественный комплекс” следует рассматривать как соотношение частного и общего. Примененная

Гражданским кодексом формулировка “предприятие как имущественный комплекс” предполагает признание в качестве объектов гражданских прав не только предприятия, но и иного, более широкого понятия (имущественный комплекс), законодательное и правоприменительное развитие которого должно обеспечить регулирование современных усложнившихся экономических отношений»⁴³.

Однако остается открытым вопрос по поводу того, к какому роду объектов гражданского права относится имущественный комплекс? Гражданский кодекс РФ не раскрывает содержания этого понятия. Д. В. Егоров находит его сходство со сложной вещью, так как все элементы его состава объединены использованием по одному целевому назначению, однако отмечает, что сложная вещь – это совокупность только вещей⁴⁴.

В то же время и такая классификация, как «главная вещь» и «принадлежность», неприменимы к предприятию, так как: «Характер связи и взаимодействия элементов в составе имущественного комплекса как единого самостоятельного объекта гражданских правоотношений богаче и шире, чем простое соотношение главной вещи и принадлежности. Сохраняя свой самостоятельный характер, они составляют единое целое, обеспечиваемое целью, ради которой происходит комплексное объединение»⁴⁵.

Одним из основных признаков предприятия является использование имущества, входящего в его состав, для предпринимательской деятельности. При этом, исходя из анализа определения предприятия, закрепленного в ст. 132 ГК РФ, «имущественный комплекс должен использоваться в процессе данной предпринимательской деятельности в настоящее время»⁴⁶. В юридической литературе в таких случаях используется понятие «предприятие на ходу»⁴⁷, означающее, что предприятием не является имущественный комплекс, который «только потенциально возможно задействовать для осуществления предпринимательской деятельности или ранее эксплуатируемый, но функционирование которого приостановлено

³⁹ Флейшиш, Е. А. Указ. соч. – С. 36.

⁴⁰ См.: Куликов, А. *Ипотека предприятия как имущественного комплекса: учеб.-практич. пособие* / А. Куликов. – М., 2000. – С. 21–22.

⁴¹ Егоров, Д. В. Указ. соч. – С. 49.

⁴² Там же. С. 49.

⁴³ Степанов, С. А. Указ. соч. – С. 1.

⁴⁴ См.: Егоров, Д. В. Указ. соч. – С. 50.

⁴⁵ Там же.

⁴⁶ Там же.

⁴⁷ См.: Витрянский, В. В. *Пути совершенствования законодательства о недвижимом имуществе* / В. В. Витрянский // *Хозяйство и право*. – 2003. – № 6. – С. 12; См.: Цитович, П. П. *Очерк основных понятий торгового права* / П. П. Цитович. – М., 2001. – С. 91–92; Грибанов, А. *Понятие предприятия в российском гражданском праве* / А. Грибанов // *Хозяйство и право*. – 2003. – № 5. – С. 65; Бузанов, В. *Право на форму как объект гражданского оборота* / В. Бузанов // *Хозяйство и право*. – 2002. – № 8. – С. 48.

в силу каких-либо причин»⁴⁸. Эта точка зрения воспринята и арбитражными судами (Постановление ФАС ЗСО от 23 мая 2001 г. № Ф04/1416-261/А03-2001). Кассационная инстанция арбитражного суда признала правильными выводы судов нижестоящих инстанций о том, что проданный имущественный комплекс не являлся предприятием в смысле ст. 132 ГК РФ, так как «завод длительное время не функционировал как объект прав, а представлял собой имущественный комплекс, не используемый для осуществления предпринимательской деятельности». Из материалов дела следует, что «предприятие состояло из 5 зданий, 12 сооружений и 30 единиц технологического оборудования с законченным циклом производства готовой продукции. Это свидетельствует о том, что перечисленные объекты образуют имущественный комплекс, возможно, способный к потенциальному использованию в предпринимательской деятельности, но не более»⁴⁹.

Этой же точки зрения придерживается и А. В. Бегичев, который полагает, что предприятие должно «реально использоваться, то есть быть рабочим»⁵⁰, при этом, по его мнению, этот признак предприятие «должно сохранять и при переходе по наследству новому собственнику (наследнику)»⁵¹. Последнее представляется более чем спорным, так как автор посредством будущего состояния имущественного комплекса определяет его правовую природу в настоящий момент, то есть если он в дальнейшем не будет использоваться для осуществления предпринимательской деятельности, то и сейчас он предприятием не является. Вообще, вопрос об «использовании» имущественного комплекса также является одним из подводных камней (наряду с составом), возникающих при исследовании понятия «предприятие».

Как отмечает Д. В. Егоров: «...представление о предприятии как имущественном комплексе, который используется для предпринимательской деятельности в настоящее время (предприятие на ходу), не согласуется с законодательством о несостоятельности (банкротстве), т. к., согласно п. 1 ст. 110 Закона о банкротстве 2002 г. под предприятием понимается имущественный комплекс, «предназначенный для осуществления предпринимательской деятельности». То есть имущественный комплекс может не использоваться для пред-

принимательской деятельности в настоящее время, а быть только «предназначенным» для этого в будущем. Кроме того, п. 6 ст. 139 Закона о банкротстве 2002 г. устанавливает возможность продажи предприятия во время конкурсного производства. Доктринально по духу конкурсное производство вообще не предполагает ведение должником предпринимательской деятельности. Имущество должника как бы «консервируется» для его дальнейшей распродажи. При этом норма Закона допускает в ходе конкурсного производства продажу предприятия как имущественного комплекса, предназначенного для осуществления предпринимательской деятельности»⁵².

Вследствие этого Д. В. Егоров констатирует, что «в силу регулирования законодательством о банкротстве особых правоотношений, складывающихся в сфере несостоятельности (банкротства), предприятием как объектом гражданских прав будет иной имущественный комплекс, нежели тот, который поименован в п. 1 ст. 132 ГК РФ. Это не обязательно «предприятие на ходу». При этом, как указывалось ранее, Гражданский кодекс РФ допускает существование иных имущественных комплексов»⁵³. Сам Д. В. Егоров рассматривает это явление как негативное, так как понятие предприятия «в законодательстве получает еще одно толкование, что парализует его единообразное понимание и применение»⁵⁴. С этим выводом не согласуется позиция В. С. Ема и О. Е. Романова, которые полагают, что поскольку предприятие – это только имущество, то законодатель, «конструируя модель договора продажи предприятия, имел в виду отчуждение как «лежачего» предприятия, не представляющего собой «живое» предпринимательское дело, так и предприятия, являющегося «живым» бизнесом»⁵⁵. Отсюда следует, что положение ст. 132 ГК о том, что предприятием является используемый имущественный комплекс, понимать в буквальном смысле нельзя – логическое толкование позволяет распространить ст. 132 ГК и на некоторые имущественные комплексы, не используемые в работе»⁵⁶. Однако мы уже пришли к выводу о том, что предприятие – это прежде всего «дело», а не имущество, поэтому проблема нестыковки норм ГК и Закона о банкротстве по поводу понятия «предприятие» по-прежнему остается открытой.

⁴⁸ Егоров, Д. В. Указ. соч. – С. 50.

⁴⁹ Там же.

⁵⁰ Бегичев, А. В. Указ. соч. – С. 53.

⁵¹ Там же. С. 53.

⁵² Егоров, Д. В. Указ. соч. – С. 50.

⁵³ Там же.

⁵⁴ Там же.

⁵⁵ См.: Ем, В. С. Договор продажи предприятия как форма отчуждения и приобретения бизнеса / В. С. Ем // Законодательство. – 1999. – № 11. – С. 10.

⁵⁶ Романов, О. Е. Указ. соч. – С. 214.

Таким образом, в настоящее время под предприятием законодательство о банкротстве имеет в виду имущественный комплекс, предназначенный для осуществления предпринимательской деятельности. Это понятие более широкое, чем понятие предприятия, которое закреплено в ГК РФ, где под предприятием понимается имущественный комплекс, который используется в настоящее время для предпринимательской деятельности. Существует мнение, что «обязательным признаком предприятия является наличие в его составе прав и обязанностей, что связано с фактической деятельностью предприятия»⁵⁷. Поскольку у недействующего предприятия таковые могут отсутствовать, то «лежачее» предприятие предприятием в юридическом смысле не является. Однако, как отмечает Д. В. Егоров, наличие прав и обязанностей «возможно и у вновь сформированного и приостановившего свою деятельность имущественного комплекса, не вовлеченного в предпринимательскую деятельность. Это могут быть заемные и кредитные обязательства, права и обязанности из договоров поставки сырья и материалов и т. д.»⁵⁸.

Кроме того, представляется, что права и обязанности предприятия не являются его существенным признаком и представляют из себя лишь побочный продукт его деятельности. Следует согласиться с мнением Д. В. Егорова о том, что даже отсутствие прав и обязанностей «не должно принципиально влиять на квалификацию “лежачего” предприятия, ведущего свою деятельность как имущественный комплекс, если таковой отвечает основному признаку предприятия. Как только предприятие начнет функционировать, права требования и долги из предпринимательской деятельности непременно возникнут и будут относиться к составу предприятия, так как они являются факкультативными признаками последнего»⁵⁹.

Представляется, что «лежачее» предприятие и «предприятие на ходу» принципиально один и тот же объект, следовательно, их законодательное разграничение носит искусственный характер. При этом предпочтение, на наш взгляд, следует отдать формулировке, которая содержится в Законе о банкротстве, то есть предприятие следует рассматривать как имущественный комплекс, предназначенный для осуществления предпринимательской деятельности. Понятие «предприятия на ходу» более чем спорно, так как последовательное его применение означает, что любое приостановление его

деятельности превращает предприятие в иной объект, хотя по своему составу такие объекты ничем не отличаются друг от друга. При этом не следует думать, что, отказываясь от понятия «предприятие на ходу», мы вместе с тем отказываемся от понимания предприятия как «бизнеса». Такие активы, как клиента, шансы, кадры, деловая репутация, не исчезают сразу с приостановлением бизнеса. Их «амортизация» вполне сравнима с износом вещи. Например, в соответствии с вышеупомянутым Приказом Минфина РФ от 16.10.2000 № 91 н. (ред. от 27.11.2006) «Об утверждении положения по бухучету “Учет нематериальных активов”» ПБУ 14/2000 приобретенная деловая репутация организации амортизируется в течение двадцати лет (но не более срока деятельности организации).

Возвращаясь к продаже предприятия в рамках процедуры внешнего управления, следует отметить, что в некоторых случаях возникают затруднения, связанные с тем, какую часть имущества должника считать предприятием? В. В. Витрянский предлагает изменить существующее регулирование продажи предприятия, так как в настоящее время бывает сложно разграничить сделку по продаже предприятия и обычную сделку по продаже части имущества должника, при этом «в качестве одного из признаков продажи именно предприятия (бизнеса) должника можно было бы предложить наличие реальной возможности выделить из всех обязательств должника обязательства, связанные исключительно с деятельностью соответствующего комплекса имущества, используемого для предпринимательской деятельности»⁶⁰.

В этой связи заслуживает внимания точка зрения А. Д. Александрова, который отмечает, что: «...возможны случаи, когда структурные подразделения (части предприятий) (части имущественных комплексов), например цеха, участки и т. д. промышленных предприятий, практически отвечают критерию п. 1 ст. 132 ГК РФ. Такие подразделения могут быть выделены из состава предприятия на отдельный баланс и проданы в качестве самостоятельного предприятия.

Что же касается структурных подразделений (частей предприятий) (частей имущественных комплексов), осуществляющих промежуточные технологические и иные операции (т. е. не отвечающих требованию п.1 ст.132 ГК РФ), то они, естественно, могут быть проданы лишь в качестве частей предприятий в соответствии со ст.111 “Продажа части имущества должника” Закона»⁶¹.

⁵⁷ Егоров, Д. В. Указ. соч. – С. 51.

⁵⁸ Там же. С. 51.

⁵⁹ Там же.

⁶⁰ Витрянский, В. В. Пути совершенствования законодательства о банкротстве / В. В. Витрянский // Вестник ВАС РФ. Спец. прил. – 2001. – № 3. – С. 102.

⁶¹ Александров, А. Д. Продажа предприятия-должника по новому Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» / А. Д. Александров // Юридический мир. – 2003. – № 9. – С. 43–44.

По мнению М. В. Телюкиной, в рамках процедуры внешнего управления вполне допустима продажа предприятия, если оно является единственным имуществом, которое в наличии у должника. При этом, по ее мнению, «если имущественный комплекс является единственным имуществом должника, то, прежде чем перейти к его продаже, целесообразно доказать, что предполагается выручить средства, достаточные для восстановления платежеспособности»⁶².

Однако А. Д. Александров полагает, что «рассматриваемый способ восстановления платежеспособности целесообразно применять в случаях, когда у должника находится в собственности несколько предприятий. Должник, продав одно из своих предприятий, получает возможность полностью или частично удовлетворить денежные требования кредиторов и продолжать деятельность. Если же должнику принадлежит только одно предприятие, то его продажа вряд ли экономически оправдана (должник практически не в состоянии начать какую-либо иную деятельность, поскольку вся сумма вырученных денежных средств направляется на удовлетворение требований кредиторов, а возможность привлечения заемных средств в сложившейся ситуации невелика)»⁶³.

Точка зрения А. Д. Александрова представляется обоснованной, так как основная цель внешнего управления – восстановление положения должника после продажи единственного предприятия практически недостижима и в таком случае введение внешнего управления мало обосновано, скорее всего, в такой ситуации следует принимать решение о введении конкурсного производства. В этом смысле следует обратить внимание на ч. 2 п. 1 ст. 111 Закона, регулиющую продажу части имущества должника, в силу которой продажа части имущества не должна приводить к невозможности осуществления должником своей хозяйственной деятельности. Представляется, что данная норма применима и к продаже предприятия. Этот вывод вытекает из вышеприведенного соображения о том, что в противном случае цель внешнего управления является недостижимой.

В целом М. В. Телюкина в отношении ранее действующего Закона о несостоятельности (банкротстве) 1998 г. отмечала, что: «Регулируя продажу бизнеса, Закон демонстрирует весьма односторонний подход – исходя из анализа его норм, можно

сделать вывод о том, что Закон подразумевает возможность существования у должника только одного бизнеса (подобный подход, но в меньшей степени, характерен и для ГК РФ)»⁶⁴. Эту же особенность Закона отмечали и другие ученые: «Анализ п. 9–11 ст. 86 Закона показывает, что под продажей предприятия авторами Закона понималась продажа всех предприятий должника»⁶⁵. В принципе то же самое можно отметить и в отношении действующего Закона о банкротстве. «На самом же деле у должника может быть несколько бизнесов, некоторые из них более или менее хорошо функционируют и могут представлять интерес для кредиторов»⁶⁶. Продажа части предприятий (бизнесов), принадлежащих должнику, по мнению М. В. Телюкиной, особенно эффективна в начале процедуры внешнего управления. «Наиболее целесообразно предлагать к продаже имущественный комплекс (или один из них) на ранних стадиях внешнего управления, когда он еще обременен меньшим количеством долгов, а затем уже приступить к реализации другого имущества.

Таким образом, на наш взгляд, продажа бизнеса может осуществляться независимо (в том числе одновременно) от продажи других бизнесов или отдельных видов имущества»⁶⁷.

Делая вывод о том, что Закон о несостоятельности (банкротстве) 1998 г. предусматривает продажу всех предприятий должника сразу, М. В. Телюкина приводит в качестве примера формулировку ч. 2 п. 1 ст. 86 указанного Закона: «При продаже предприятия отчуждаются все виды имущества, предназначенного для осуществления предпринимательской деятельности». Аналогичная формулировка содержится и в ч. 1 п. 3 ст. 110 ныне действующего Закона о банкротстве. «Из буквального толкования данной нормы следует, что должник обязан продавать (а покупатель – покупать) только одновременно все свое имущество, даже если оно предназначено для осуществления совершенно разных видов деятельности, и для восстановления платежеспособности достаточно продать только один из бизнесов»⁶⁸.

Однако в данном случае можно истолковать данную норму и иным образом. Представляется, что законодатель, говоря об отчуждении «всех видов имущества, предназначенного для осуществления предпринимательской деятельности», в первую очередь имел цель – определить состав

⁶² Телюкина, М. В. Указ. соч. – С. 296.

⁶³ Александров, А. Д. Указ. соч. – С. 44.

⁶⁴ Телюкина, М. В. Указ. соч. – С. 295.

⁶⁵ Гуляев, Е. П. *Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и пути выхода из кризиса: Точка зрения практика / Е. П. Гуляев // Комментарий к Закону «О несостоятельности (банкротстве)»*. – СПб., 1998. – С. 83.

⁶⁶ Телюкина, М. В. Указ. соч. – С. 296.

⁶⁷ Телюкина, М. В. Указ. соч. – С. 301.

⁶⁸ Там же. С. 298.

продаваемого предприятия. В этом смысле каких-либо претензий к содержанию ч. 1 п. 3 ст. 110 Закона о несостоятельности (банкротстве) нет, однако в ст. 109 указанного Закона, в которой содержится перечень мер по восстановлению платежеспособности должника, следует внести изменения, предусмотрев, что одной из таких мер является не «продажа предприятия должника», а, к примеру, «продажа части предприятий должника». Такая формулировка, с одной стороны, предусматривает возможность продажи сразу нескольких предприятий, а с другой, не дает возможности продать все предприятия должника и тем самым сделать недостижимой цель внешнего управления – восстановление положения должника.

Обращает на себя внимание то, что в Закон о несостоятельности (банкротстве) 2002 г. «перекочевали» и другие недостатки предыдущего Закона о банкротстве. Так, М. В. Телюкина отмечала, что: «При определении состава предприятия возникает еще одна проблема, связанная с судьбой имущественных прав из договоров, содержащих условие о непередаваемости их третьим лицам. С одной стороны, ч. 2 п. 1 ст. 86 говорит о том, что в состав бизнеса не включаются «права и обязанности, которые не могут быть переданы другим лицам». С другой стороны, если относить к ним права, в собственном смысле личными не являющиеся, но о непередаваемости которых сказано в договоре, то это может открыть дорогу значительным злоупотреблениям»⁶⁹. Ч. 1 п. 3 ст. 110 Закона о несостоятельности (банкротстве) практически дословно воспроизводит формулировку ч. 2 п. 1 ст. 86 Закона о несостоятельности (банкротстве) 1998 г., следовательно, указанная проблема остается нерешенной. Следует согласиться с мнением М. В. Телюкиной о том, что: «Поскольку исключение указанных прав из состава имущественного комплекса весьма невыгодно кредиторам, представляется, что в конкурсном процессе целесообразно игнорировать волю кредиторов, выраженную в договоре, и включать в состав бизнеса указанные выше права»⁷⁰.

Поэтому представляется целесообразным изменить формулировку ч. 1 п. 3 ст. 110 Закона о несостоятельности (банкротстве) 2002 г., внося дополнение о том, что при продаже предприятия отчуждаются «принадлежащие должнику исключительные права, за исключением прав и обязан-

ностей, которые не могут быть переданы другим лицам в силу закона».

Еще одной проблемой, доставшейся также в наследство от предыдущего Закона о банкротстве, является судьба работников продаваемого предприятия. Как мы уже отмечали, согласно ст. 86 Закона о банкротстве 1998 г., «в целях удовлетворения требований кредиторов план внешнего управления может предусматривать продажу всего предприятия как имущественного комплекса. Фактически это означает, что собственником рабочих мест становится не должник, а иное лицо»⁷¹. При этом в силу ч. 2 указанной статьи «все договоры, действующие на момент продажи предприятия, сохраняют силу (в том числе и с руководителем должника, поскольку на стадии внешнего управления он только отстранен от исполнения своих обязанностей). При этом права и обязанности работодателя переходят к покупателю предприятия»⁷². Аналогичную норму содержит ч. 3 п. 3 ст. 110 действующего Закона о банкротстве. Следует полагать, что законодатель сохранил эту норму, так как это выгодно и покупателю предприятия, который может быть заинтересован в сохранении кадров и приобретении действующего предприятия, и самим работникам, которые сохраняют за собой рабочее место. Выше мы уже высказали мнение о том, что кадры предприятия – это с экономической точки зрения ценный «актив». Однако, как отмечает В. В. Жариков: «Права и обязанности из трудовых отношений с физическими лицами (трудовым коллективом) не могут приобретать качество имущества, способного переходить от одного субъекта к другому в порядке, установленном гражданским законодательством»⁷³.

Поэтому в таком случае возникает проблема увязки указанной нормы с трудовым законодательством. Как отмечала М. В. Телюкина, в статье 86 Закона о банкротстве 1998 г. «ничего не говорится о даче согласия на это самим работником, что на первый взгляд можно приравнять к появлению в законодательстве нового вида переводов без его согласия. Однако перевод работника на работу в другую организацию, согласно п. 5 ст. 29 КЗоТ, всегда является основанием для расторжения первоначального трудового договора (при этом в данной ситуации предприятие остается прежним). По этим основаниям нельзя согласиться с мнением А. Юхнина, высказанным в постатейном комментарии Закона⁷⁴, о

⁶⁹ Телюкина, М. В. Указ. соч. – С. 297.

⁷⁰ Там же. С. 297.

⁷¹ Там же. С. 301.

⁷² Там же.

⁷³ Жариков, В. В. Особенности правового режима предприятия и отдельных видов имущества, входящего в его состав / Актуальные проблемы гражданского права: сборник статей / В. В. Жариков; под ред. О. Ю. Шиловцова. – Вып. 7. – М.: изд-во НОРМА, 2003. – С. 126.

⁷⁴ Постатейный комментарий Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» / Под ред. В. В. Витрянского. – М., 2000. – С. 214.

том, что п. 2 ст. 86 полностью соответствует ст. 29 КЗоТ. Вызывает сомнение и возможность перевода долга по заработной плате с работодателя на иное лицо без согласия работника. Очевидно, указанная конструкция бесосновательно была скопирована из законодательства зарубежных стран. Так, согласно законодательству Германии, «покупатель или арендатор в этом случае принимают на себя все обязанности в отношении трудового коллектива»⁷⁵, что, как было показано выше, у нас так однозначно воспринято быть не может»⁷⁶.

По мнению М. В. Телюкиной, в данном случае «имеет место как продажа предприятия, так и перевод в иную организацию, в связи с чем она подпадает сразу под две нормы КЗоТ: в одном случае под перевод, в другом – нет. Наверно, разрешить ее без увязки понятий КЗоТ и ГК довольно проблематично, однако в любом случае очевидно, что согласие работника необходимо. На взгляд автора, если указанная ситуация хотя бы единожды в КЗоТ подпадает под понятие перевода (ст. 25), он имеет место. Здесь должен действовать п. 5 ст. 29 КЗоТ, предусматривающий безусловное прекращение трудовых отношений с должником при переводе работника в иную организацию. Необходимо исходить из того, что должник и новый работодатель – это два разных юридических лица и хозяйственные договоры (в частности, по продаже имущественного комплекса) между ними никак не могут отражаться на трудовых отношениях. Об этом же свидетельствует и параграф 8 гл. 30 ГК РФ, не предусматривающий сохранения трудовых договоров с работниками продаваемого предприятия»⁷⁷.

Если же схему, предложенную Законом, воспринимать буквально, то работники будут иметь статус лишь какого-то довеска к имуществу, не имеющего права голоса. Таким образом, в данной ситуации действует ст. 25 КЗоТ, предусматривающая возможность перевода работника в иную организацию только с его согласия, что полностью соответствует в отличие от буквального толкования п. 2 ст. 86 Закона о банкротстве.

В настоящее время в действительности ч. 2 ст. 72.1 Трудового кодекса РФ предусматривает, что перевод работника к другому работодателю возможен только с его письменного согласия. Однако, как представляется, в этом случае следует обратить внимание на ст. 75 Трудового кодекса, регулиующую трудовые отношения при смене

собственника имущества организации, изменении подведомственности организации, ее реорганизации.

Согласно этой статье, смена собственника имущества организации не является основанием для расторжения трудовых договоров с другими работниками организации, однако после государственной регистрации перехода права собственности возможно сокращение численности или штата работников. В этой связи заслуживает внимания предложение В. В. Жарикова о том, что в Трудовой кодекс следует включить норму, устанавливающую, что новый работодатель в таком случае «должен взять на себя обязательства по трудоустройству соответствующих работников либо по их переквалификации или переобучению»⁷⁸. Сами же работники, безусловно, должны быть вправе в таком случае отказаться от продолжения работы, что влечет прекращение трудового договора. Представляется, что и в случае с продажей предприятия во время внешнего управления также нет необходимости усложнять процедуру тем, что с каждого работника должно быть получено письменное согласие. Тем более что если такое согласие им не будет дано, итог будет тот же, что и при отказе работника, то есть прекращение с ним трудового договора.

В этой связи представляется необходимым внести дополнения в ч. 3 п. 3 ст. 110 действующего Закона о несостоятельности (банкротстве), предусмотрев, что работники вправе отказаться от продолжения работы, что влечет прекращение с ними трудового договора.

У этой проблемы есть и обратная сторона. Мы уже отмечали, что правило о том, что на покупателя предприятия переходят права и обязанности работодателя выгодно не только этому покупателю, но и работникам, которые сохраняют тем самым свои рабочие места. Однако проблема заключается в том, что эта норма распространяется только на случаи продажи предприятия. «Законом не урегулированы ситуации, при которых должник продает иные имущественные комплексы, содержащие рабочие места. Формально они не могут претендовать на сохранение трудовых отношений с новым собственником, что нельзя признать правильным. Их защита представляется не менее важной, в связи с чем эту норму необходимо распространить и на указанные ситуации»⁷⁹. С этим выводом следует согласиться, однако нужно избрать

⁷⁵ Потапов, А. Как ликвидируются предприятия в Германии / А. Потапов // Проблемы теории и практики управления. – 1994. – № 2. – С. 55.

⁷⁶ Телюкина, М. В. Указ. соч. – С. 301; См. также: Гершанок, Л. Увольнение и перевод работников при процедурах несостоятельности / Л. Гершанок // Законность. – 2001. – № 7. – С. 46.

⁷⁷ Там же.

⁷⁸ Жариков, В. В. Указ. соч. – С. 127.

⁷⁹ Гершанок, Л. Указ. соч. – С. 46–47.

иной путь решения данной проблемы, нежели тот, который предлагает Л. Гершанок, который считает, что «на практике в данном случае возможно расширительное толкование термина “предприятие”, приравнивая к нему любой имущественный комплекс, содержащий рабочие места. Фактически такое толкование судебная коллегия по гражданским делам Верховного суда РФ уже применила при вынесении определения от 29 мая 2000 г. Им был удовлетворен протест заместителя Председателя Верховного суда РФ об отмене решения Северского районного суда Краснодарского края от 31 августа 1998 г., которым было отказано в восстановлении на работе уволенному по п. 1 ст. 33 КЗоТ оператору факельного хозяйства ОАО “Роснефть – Краснодарнефтеоргсинтез”, находившемуся в стадии конкурсного производства»⁸⁰. Мы уже отмечали проблему, которая связана с тем, что гражданское законодательство и законодательство о банкротстве вкладывают различное содержание в понятие предприятия. Поэтому, представляется, что решение, которое предлагает Л. Гершанок, способно только усугубить проблему и внесет еще большую путаницу. Поэтому представляется более целесообразным не «приравнивать» к понятию «предприятие» «любой имущественный комплекс, содержащий рабочие места», а внести в ст. 111 Закона о несостоятельности (банкротстве), регулиющую продажу части имущества должника, норму, аналогичную той, что содержится в ч. 3 п. 3 ст. 110 указанного Закона.

Таким образом, в ходе нашего исследования нам удалось прийти к следующим выводам:

1. Следует пересмотреть представления о предприятии как имущественном комплексе, вновь вернувшись к видению предприятия как «бизнеса», «дела», то есть целостного явления, представляющего в первую очередь отношения и связи, а не только вещи.

2. Законодательство о банкротстве понимает под предприятием иной имущественный комплекс, нежели тот, который поименован в п. 1 ст. 132 ГК РФ. Оно имеет в виду имущественный комплекс, предназначенный для осуществления предпринимательской деятельности. Это понятие более широкое, чем понятие предприятия, которое закреплено в ГК РФ, где под предприятием понимается имущественный комплекс, который используется в настоящее время для предпринимательской деятельности. Следует рассматривать это явление как негативное, так как понятие предприятия в законодательстве получает еще одно толкование, что парализует его единообразное понимание и применение. Ситуация усугубляется еще и тем, что термин «предприятие» используется в отношении

не только объектов, но и субъектов права (государственных и муниципальных унитарных предприятий), что создает дополнительную путаницу. Поэтому необходимо провести ревизию законодательства и определить на законодательном уровне понятие предприятия и корректное использование этого термина в нормах права.

3. В том случае, когда структурные подразделения (части предприятий; части имущественных комплексов, промышленных предприятий) практически отвечают критерию п. 1 ст. 132 ГК РФ, такие подразделения могут быть выделены из состава предприятия на отдельный баланс и проданы в качестве самостоятельного предприятия.

Что же касается структурных подразделений (частей предприятий; частей имущественных комплексов), осуществляющих промежуточные технологические и иные операции (то есть не отвечающих требованию п. 1 ст. 132 ГК РФ), то они могут быть проданы лишь в качестве частей предприятий в соответствии со ст. 111 «Продажа части имущества должника» Закона о банкротстве.

4. Продажа предприятия как способ восстановления платежеспособности может быть применена в случаях, когда у должника находится в собственности несколько предприятий. Должник, продав одно из них, получает возможность продолжать свою деятельность. В этой связи в ст. 109 Закона о банкротстве следует внести изменения, предусмотрев, что одной из перечисленных мер по восстановлению платежеспособности должника является не «продажа предприятия должника», а «продажа части предприятий должника». Такая формулировка, с одной стороны, предусматривает возможность продажи сразу нескольких предприятий, а с другой, не дает возможности продать все предприятия должника и тем самым сделать недостижимой цель внешнего управления – восстановление его положения.

5. Следует изменить формулировку ч. 1 п. 3 ст. 110 Закона о банкротстве, внося дополнение о том, что при продаже предприятия отчуждаются «принадлежащие должнику исключительные права, за исключением прав и обязанностей, которые не могут быть переданы другим лицам в силу закона».

6. Следует внести изменения в ч. 3 п. 3 ст. 110 Закона о банкротстве, изложив ее следующим образом: «При продаже предприятия все трудовые договоры, действующие на дату продажи предприятия, с согласия работника сохраняют силу, при этом права и обязанности работодателя переходят к покупателю предприятия». Необходимо также внести аналогичную норму в ст. 111 Закона о банкротстве, регулиющую продажу части имущества должника.

⁸⁰ Бюллетень Верховного суда Российской Федерации. – 2000. – № 11. – С. 5–6.

ГАРАНТИИ И КОМПЕНСАЦИИ В ТРУДОВОМ ПРАВЕ: ПРЕЕМСТВЕННОСТЬ И НОВИЗНА

Преемственность в трудовом праве наблюдается во многих институтах Особенной части трудового права. Преемственность норм Особенной части трудового права проявляется в основном при проведении сравнительного анализа норм, глав, разделов КЗоТ 1918, 1922, 1971 годов и современного Трудового кодекса. Это подтверждает правильность суждения, высказанного В. А. Рыбаковым, о том, что преемственность характерна не только для права в целом (но и для отраслей), основным проявлением которого является кодификация¹. Кодификация трудового законодательства, с одной стороны, является показателем преемственности в регулировании трудовых отношений. С другой, «являет собой образец новых юридических решений, и по содержанию, и по форме...»². Нельзя не отметить то, что многие нормы институтов Особенной части современного трудового права имеют длительный срок действия (на протяжении почти девяти десятилетий) и сохраняют свою эффективность и жизнеспособность в современных условиях. Именно эти положения имеют существенное правовое значение в настоящее время, они образуют устойчивые преемственные связи в отрасли и оказывают влияние на формирование норм современного трудового права.

Вместе с тем нельзя отрицать и то, что некоторые нормы устарели и не соответствуют современному уровню развития отношений, сложившихся в государстве. Безусловно, некоторые нормы института гарантий и компенсаций в трудовом праве имеют преемственное значение. Преемственность в этом отношении можно отслеживать с времени действия Кодекса 1922 г., поскольку в КЗоТ 1918 г. не содержалось раздела, предусматривающего правовую регламентацию гарантий и компенсаций. Только в Кодекс 1922 г. был включен раздел IX «Гарантии и компенсации». Следовательно, как и многие другие институты трудового права, соответствующие разделам (главам кодексов), институт «Гарантии и компенсации» имеет длительную историю существования (более 85 лет). Преемственность сохраняется в названии соответствующего раздела кодексов: как раздел (глава) IX КЗОТ

1922 г. назывался «Гарантии и компенсации», так и в современном кодексе раздел VII имеет такое же название. На наш взгляд, в этом и проявляется объективное воздействие преемственности в трудовом праве. В этом видится позитивное значение преемственности. И вряд ли в этой связи стоит задаваться вопросом: почему законодатель объединил в одном разделе регулирование гарантий и компенсаций?³ Ответ может быть простой: в силу преемственности, объективно действующей в трудовом праве, в конкретном институте.

Следует отметить, что этот раздел Кодекса 1922 г. был достаточно разработанным, правда, часть его норм была посвящена регламентации отношений процессуального характера. Так, в ст. 93¹ кодекса было закреплено положение о нераспространении норм ГПК в части «общегражданской трехлетней давности» на споры, возникающие на почве применения наемного труда; в ст. 93² – о порядке подачи заявлений в расценочно-конфликтную комиссию (субъекты и сроки); в ст. 93³ – о порядке подачи заявлений в народный суд по производственным и трудовым делам; в ст. 93⁴ – о пропуске срока подачи заявления в расценочно-конфликтную комиссию и народный суд. Безусловно, с точки зрения настоящего времени целесообразно было эти нормы поместить в раздел XVI КЗоТ 1922 г. «О разрешении трудовых конфликтов и рассмотрении дел о нарушениях законов о труде», то есть правильно определить их месторасположение. Получилось, что название главы кодекса не соответствовало ее содержанию.

В первую очередь необходимо обратиться к тем нормам института, которые непосредственно регламентируют предоставление гарантий и компенсаций работникам.

В качестве нормы компенсационного характера можно рассматривать норму, закрепленную в ст. 91 КЗоТ 1922 г., о праве получения работником денежной компенсации за неиспользованный отпуск (в случае его непредоставления). В отношении норм, устанавливающих ряд гарантий и компенсаций, применительно к отдельным случаям (в области заработной платы, времени отдыха) как

¹ Рыбаков, В. А. Преемственность в праве и кодификация права / В. А. Рыбаков // Журнал российского права. – 2007. – № 7. – С. 42.

² Горшенин, К. П. Кодификация законодательства о труде и проблемы его дальнейшего совершенствования / К. П. Горшенин // Проблемы трудового права и права социального обеспечения. – М., 1975. – С. 28.

³ В частности, А. Я. Петров высказал суждение о том, что «трудно найти научное объяснение объединению в Трудовом кодексе гарантий и компенсаций в один раздел». (См.: Петров, А. Я. Гарантии и компенсации: аспекты трудового права / А. Я. Петров // Трудовое право. – 2007. – № 4. – С. 61.)

в 1922 г., так и в настоящее время сложно определить место некоторых норм, поэтому часть их, связанная с предоставлением компенсаций, была сначала отнесена к разделу «Гарантии и компенсации» (применительно к отпускам ст. 91 КЗоТ 1922 г., к увольнениям – ст. 88, 89, 90 КЗоТ 1922 г. и др.). Затем в процессе кодификации их место определялось в результате неоднократных переносов (из главы «Гарантии и компенсации» в соответствующие главы и обратно). Это вполне преемственно и проявляется в современном трудовом праве. Несмотря на то, что в ТК РФ содержится целый специальный раздел «Гарантии и компенсации» с подразделением на главы, часто можно наблюдать нахождение некоторых норм компенсационного и гарантийного характера в других главах (разделах). Представляется, что современное законодательство также не «освобождено» от неточностей такого рода. Здесь можно усматривать некоторую зависимость современных норм от ранее сформировавшихся преемственных связей в рамках рассматриваемого института. Например, если норма содержит правило по оплате труда гарантийного характера, то она включена в раздел «Гарантии и компенсации», а если содержит, например, правило по оплате в повышенном размере, то, несмотря на то, что она носит компенсационный характер, она находится в разделе «Оплата труда».

Нельзя не заметить, что раздел IX «Гарантии и компенсации» в Кодексе 1922 г. был достаточно объемным. В него были включены нормы – о сохранении заработка во время осуществления избирательного права (ст. 77), в случае избрания на выборные должности (77¹), в случае участия в суде в качестве свидетеля, эксперта или заседателей (78), работникам, участвующим в качестве представителей на съездах, конференциях, собраниях... (79). А также работникам, принимающим участие в добровольной пожарной дружине в качестве ее членов (79¹), лицам, направленным в командировки (81), лицам... при переводах (82), при увольнении (88, 89, 90), лицам, призванным в Красную Армию (80). Далее были расположены правила о возмещении имущественного ущерба и некоторые другие, к примеру, об имущественной ответственности, случаях и правилах ее возмещения (83, 83¹, 83², 83³, 83⁴), о пределах и размерах возмещения 83⁵, 83⁶, а также об ограничении при удержании заработной платы. В статьях 84, 85, 86 были предусмотрены компенсации при использовании одежды, обуви и т. п.

В этом отношении И. Я. Киселев подметил, что в числе случаев сохранения за работником среднего заработка отсутствовали мероприятия, проводимые партией и комсомолом (ст. 79). Но это

было быстро исправлено. Уже в 1923 г. НКТ издал разъяснение, согласно которому ст. 79 кодекса распространяется на съезды и конференции РКП и РКСМ⁴.

Законодатель, следуя преемственности в этом отношении, в процессе третьей кодификации не отказывается от названного структурного подразделения в едином кодифицированном нормативном акте. В КЗоТ 1971 г. также была помещена специальная глава VIII «Гарантии и компенсации». Она содержала гарантии: 1) для работников на время выполнения государственных или общественных обязанностей (ст. 111 КЗоТ); 2) для работников, избранных на выборные должности (ст. 110 КЗоТ); 3) для работников, направленных в медицинские учреждения (113), для доноров; 4) для работников, направленных на повышение квалификации (112), работников – изобретателей и рационализаторов (115); 5) гарантии и компенсации за износ оборудования (117) и при командировках и переезде (116). Также в рассматриваемой главе были помещены нормы, предусматривающие материальную ответственность и порядок ее возмещения (118–123), некоторые гарантии при установлении материальной ответственности (119) и ограничения удержаний из заработной платы (124, 125), а также запрет на удержание из некоторых сумм (126). То есть законодатель опять не может отойти от несоответствия в названии и содержании главы. В отличие от КЗоТ 1922 г. правила и размеры выходного пособия, предусмотренного при увольнении по различным основаниям, в Кодексе 1971 г. были перенесены в гл. III «Трудовой договор». То есть в общем смысле преемственность норм сохраняется в рассматриваемом институте, поскольку почти во всех перечисленных случаях в современном Трудовом кодексе предусмотрены аналогичные гарантии и компенсации.

Здесь можно одновременно отметить и позитивное, и негативное влияние преемственности на формирование содержания главы, проявляемое в ходе кодификации трудового законодательства, проводимой в начале 70-х годов прошлого века. Позитивное заключается в переносе некоторых норм из ряда глав в специальную главу «Гарантии и компенсации», что проявляется и на современном этапе: процесс совершенствования продолжается. Негативное – в том, что Кодекс 1971 г. воспринял примерную структуру, ранее отраженную в Кодексе 1922 г. Нормы о применении материальной ответственности были помещены в главу «Гарантии и компенсации». Расположение в рассматриваемой главе норм о материальной ответственности было лишним (примечательно, что в КЗоТ 1922 г. эта ответственность была названа имущественной), что

⁴ Киселев, И. Я. *Трудовое право России. Историко-правовое исследование: учеб. пособие* / И. Я. Киселев. – М.: изд-во «Норма», 2001. – С. 158.

оказывало негативное влияние на расположение норм в главе до 2002 г. – времени вступления в законную силу нового Трудового кодекса. Следует отметить и позитивное влияние, которое проявляется в КЗоТ 1971 г.: в главе «Гарантии и компенсации» уже не наблюдаем включение в нее норм «процессуального характера», так как перенесены они были в главу XIV «Трудовые споры».

Важнейшее положение, содержащееся в ст. 92 КЗоТ 1922 г., о том, что на время утраты трудоспособности сохраняется место работы на срок не менее двух месяцев при болезни и четырех месяцев при беременности и родах, которое можно рассматривать в качестве важнейшей гарантии, в КЗоТ 1971 г. в соответствующей главе не содержалось. Оно нашло закрепление косвенно в другой главе – «Государственное социальное страхование». А также положение о сохранении заработной платы за период временной нетрудоспособности (ст. 239 КЗоТ) и за период беременности и родов (ст. 240 КЗоТ). Только в ст. 183 ТК «Гарантии работнику при временной нетрудоспособности» вышеприведенное положение опять нашло закрепление в законодательстве.

Полагаем, что систематизация норм, регулирующих гарантии и компенсации в трудовых отношениях, проведенная в результате работы над созданием нового Трудового кодекса, имеет свое позитивное значение. Это отразилось на выделении специальных глав в Трудовом кодексе в соответствии с видами гарантий:

- гарантии при направлении в командировку (гл. 24 ТК РФ);
- гарантии и компенсации, связанные с обучением (гл. 26 ТК РФ);
- гарантии и компенсации при исполнении государственных и общественных обязанностей (25 ТК РФ);
- гарантии и компенсации, связанные с расторжением трудового договора (гл. 27 ТК РФ);
- другие гарантии и компенсации (28 ТК РФ).

По существу, главы 24, 25, 26 раздела VII «Гарантии и компенсации» ТК РФ носят преемственный характер: аналогичного содержания статьи содержались в соответствующей главе КЗоТ 1971 г., чего нельзя сказать о вновь сформированных главах (27 и 28) соответствующего раздела кодекса. В этом проявляется новизна исследуемого института.

Вместе с тем нельзя сказать о том, что новые положения ТК РФ безупречны. Так, представляется правильной точка зрения А. Я. Петрова по поводу того, что в названии главы 24 ТК отсутствует термин «компенсации», есть только термин «гарантии» при направлении работников в команди-

ровки... И далее, как следствие – некоторое несоответствие основополагающей ст. 165 кодекса, где обоснованно предусмотрены не только гарантии, но и компенсации в указанных случаях⁵.

На самом деле во всех (или почти во всех) главах раздела VII в кодексе гарантии и компенсации указаны вместе (однопорядково), часто и в нормах, регулирующих соответствующую группу отношений, гарантии и компенсации предусмотрены одновременно (вместе) в случае их предоставления. Так, при направлении в командировки законодатель предусмотрел гарантии (сохранение средней заработной платы, места работы, должности и т. п. [ст. 167 ТК]), а также компенсации (оплата проезда, проживание, суточные и т. п. [ст. 168 ТК]). Можно продолжить далее мысль А. Я. Петрова, так как здесь также усматривается несоответствие названия и содержания главы: в названии обозначены только гарантии (а в содержании – гарантии и компенсации). Безусловно, рассматриваемый раздел нуждается в совершенствовании с точки зрения согласования положений преемственности и новизны в правовом регулировании соответствующей группы отношений. Но, возможно, с точки зрения обоюдного (единого) представления гарантий и компенсаций и смыслового выражения этого тандема предполагается использование в нормах названных категорий – либо в единстве, либо по отдельности.

В связи с совершенствованием структуры глав раздела утратила самостоятельное структурное значение глава в КЗоТ 1971 г. XIII «Льготы для рабочих и служащих, совмещающих работу с обучением». Она перенесена в соответствующую главу 26 «Гарантии и компенсации работникам, совмещающим работу с обучением» раздела VII «Гарантии и компенсации» современного Трудового кодекса. Нецелесообразно в связи с выделением раздела VII «Гарантии и компенсации» подразделять специальный раздел, содержащий нормы, предусматривающие гарантии и компенсации отдельного вида, то есть работникам, совмещающим работу с обучением.

Далее обратимся к некоторым новым положениям рассматриваемой главы. Анализируя статьи 173 и 174 Трудового кодекса, которые воспроизводят положения ст. 200 КЗоТ об оплате проезда работников, обучающихся по заочной форме обучения, к месту нахождения учебного заведения и обратно, В. Г. Сойфер и О. Б. Желтов указывают, что «правила 70-х годов XX века ограничивают оплату проезда заочника одним разом в учебном году», и полагают, что «схема экономической поддержки» работодателем работника в этой связи должна определяться «соглашением сторон»⁶. Та-

⁵ См.: Петров, А. Я. *Гарантии и компенсации: аспекты трудового права* / А. Я. Петров. – С. 62.

⁶ См.: Сойфер, В. Г. *Правовые проблемы оплаты труда: теория и практика* / В. Г. Сойфер, О. Б. Желтов // *Трудовое право*. – 2007. – № 6. – С. 79.

кой подход вполне возможен в ситуации, обозначенной авторами, которые пользуются термином «экономическая поддержка работодателем работника». В современный период, когда работодатели зачастую, к примеру, студентам заочного отделения не предоставляют отпуск для сдачи экзаменов (и на иные предусмотренные учебным планом учебные занятия), не оплачивают проезд и т. п., реально отказываются от экономической поддержки такого рода, соглашение сторон не представляется тем удачным способом, которым может воспользоваться законодатель при регулировании данной группы отношений. В современных условиях необходимо, наоборот, «усилить» ту часть норм, где необходимо обеспечение действия их принудительной силой государства, не отдавая решение их на усмотрение сторон, поскольку в современный период все больше усиливается экономическое неравенство сторон. Представляется, что в настоящее время законодатель вполне может воспользоваться нормами, установленными в 70-х годах прошлого века, и применить их в современный период развития России, когда работодатель зачастую не заинтересован оплачивать даже те затраты работников, связанные с их обучением, повышением квалификации, предусмотренные в кодексах не одно десятилетие назад. Отказываться от них в современный период не представляется оправданным ни с экономических, ни с социальных позиций. За счет этого сохраняется баланс интересов сторон, вернее, его можно сохранить. Достаточно часто на частных предприятиях можно наблюдать заключение различного рода

договоров гражданско-правового характера, когда работодатель предоставляет средства работнику для повышения квалификации (получения высшего образования) с последующим их возвратом. Такой подход представляется нормальным, когда работодатель не желает (или не имеет средств) оплачивать затраты работника на обучение, но отчасти заинтересован в этом.

Нельзя не обратить внимание на то, что в КЗоТ 1922 г. в разделе «Оплата труда» не было статей «гарантийного характера», подобных содержащимся в КЗоТ 1971 г. А статьи 153 (перерывы, включаемые в рабочее время), 155 (перевод на более легкую работу) содержались в главе X «Охрана труда», несмотря на то, что они носили гарантийный и компенсационный характер. К иным гарантиям в настоящее время отнесены уже известные по КЗоТ 1971 г. гарантии и содержащиеся в главе «Гарантии и компенсации» (гарантии при переводах, донорам [ст. 114 КЗоТ], а также гарантии на время выполнения общественных обязанностей [111 КЗоТ]).

Достаточно подробно все гарантии и компенсации, имеющие преемственный и новый характер, вряд ли возможно рассмотреть в небольшой по объему статье, они требуют самостоятельного исследования. Представляется, что почти все рассмотренные гарантии носят преемственный характер, поэтому при совершенствовании как главы 27, так и других глав раздела «Гарантии и компенсации» ТК РФ необходимо учесть как традиции, так и новации в правовом регулировании труда.

ОБ ОСНОВАНИЯХ, ИСКЛЮЧАЮЩИХ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА СОВЕРШЕНИЕ НАЛОГОВОГО ПРАВОНАРУШЕНИЯ

Как известно, субъективная сторона является одним из важнейших элементов состава любого правонарушения и определяется теоретиками права как совокупность признаков, характеризующих психическое отношение лица к содеянному. Первостепенным фактором является именно свобода воли лица, совершившего противоправное деяние, без которой привлечение к ответственности за правонарушение становится невозможным, ввиду отсутствия самого состава такого правонарушения. В этом свете обстоятельства, исключающие вину лица в правонарушении, закрепленные нормативно, имеют большое значение в плане определенных гарантий защиты прав и законных интересов лиц.

В сфере налоговых правоотношений условия, при которых лицо, совершившее деяние, содержащее признаки налогового правонарушения, признается невиновным, закреплены в ст. 111 Налогового кодекса Российской Федерации (далее – НК РФ). До вступления в силу ФЗ от 27.07.2006 № 137-ФЗ «О внесении изменений в часть первую и часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации и в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с осуществлением мер по совершенствованию налогового администрирования» (далее – ФЗ № 137) к ним относились:

- совершение деяния вследствие стихийного бедствия или других чрезвычайных и непреодолимых обстоятельств;

- совершение деяния налогоплательщиком – физическим лицом, находившимся в момент его совершения в состоянии, при котором это лицо не могло отдавать себе отчета в своих действиях или руководить ими вследствие болезненного состояния;

- выполнение налогоплательщиком или налоговым агентом письменных разъяснений по вопросам применения законодательства о налогах и сборах, данных налоговым органом или другим уполномоченным государственным органом или их должностными лицами в пределах их компетенции.

Указанный перечень был закрытым и не подлежал расширительному толкованию. С принятием ФЗ от 27.07.2006 № 137-ФЗ перечень обстоятельств, исключающих вину лица в совершении налогового правонарушения, стал открытым. Теперь суды или налоговые органы, рассматривающие дело, могут признать обстоятельствами, исключающими вину лица в совершении налогового правонарушения, также и другие события и факты.

Кроме того, основание, исключающее вину лица в совершении правонарушения, установленное пп. 3 п. 1 ст. 111 НК РФ, было законодателем в достаточной степени переработано и дополнено. В частности, был уточнен круг лиц, как имеющих право на дачу разъяснений (в данном случае финансовый, налоговый или иной уполномоченный орган государственной власти), так и лиц, которые могут ссылаться при рассмотрении вопроса об исключении их вины в правонарушении на выполнение разъяснений уполномоченных государственных органов; также были прописаны конкретные случаи и условия применения указанного основания, исключающего вину в совершении налогового правонарушения.

Первое из рассматриваемых оснований, исключающих вину лица в правонарушении, уже достаточно известно специалистам, поскольку ему в определенной мере соответствует такая административно-правовая категория, заимствованная, к слову, из уголовного права, как «крайняя необходимость», получившая свое нормативное закрепление в ст. 2.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее КоАП РФ). В целом правонарушение, совершенное вследствие стихийного бедствия или других чрезвычайных и непреодолимых обстоятельств, можно рассматривать как совершенное в состоянии крайней необходимости. Вместе с тем понятие «крайняя необходимость» как основание, исключающее вину в правонарушении по КоАП РФ, – в известной степени оснований, закрепленных в подп. 1 п. 1 ст. 111 НК РФ, которые фактически выходят за рамки крайней необходимости, так как к ним отнесены любые непреодолимые обстоятельства.

Второе обстоятельство, исключающее вину в совершении налогового правонарушения, вне всяких сомнений, тождественно понятию невменяемости, закрепленному в ст. 21 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее – УК РФ), а в дальнейшем – и в ст. 2.8 КоАП РФ. При этом стоит отметить, что в указанных кодифицированных актах подобная ущербность физического лица определена более конкретно. Суть закрепленного в УК РФ и КоАП РФ понятия невменяемости сводится к тому, что лицо, которое во время совершения противоправных действий (бездействия) находилось в состоянии невменяемости, то есть не могло осознавать фактический характер и противоправность своих действий (бездействия) либо руководить ими вследствие хронического психического

расстройства, временного психического расстройства, слабоумия или иного болезненного состояния психики, не подлежит уголовной (либо административной) ответственности.

И. В. Орлов полагает, что невменяемость характеризуется двумя критериями: медицинским (биологическим) и юридическим (психологическим). Для признания лица невменяемым необходимо наличие как минимум одного признака медицинского критерия в сочетании хотя бы с одним признаком юридического. Наличие только лишь психического расстройства без отсутствия способности лица отдавать себе отчет в своих действиях либо руководить ими, равно как и наличие признака юридического критерия без его обусловленности болезненными расстройствами психики, не позволяет говорить о невменяемости, и такой субъект должен нести юридическую ответственность¹.

Исходя из буквального толкования нормы, содержащейся в подп. 2 п. 1 ст. 111 НК РФ, критерий невменяемости применяется исключительно к физическим лицам, являющимся налогоплательщиками, в силу чего данное положение не применимо к должностным лицам юридического лица либо его представителям и не может являться обстоятельством, освобождающим организацию от ответственности за правонарушение в налоговой сфере. Сам факт невменяемости доказывается предоставлением в налоговый орган соответствующих документов, которые по смыслу, содержанию и дате относятся к тому налоговому периоду, в котором совершено налоговое правонарушение². Такое положение представляется не совсем обоснованным с точки зрения справедливости привлечения к ответственности и равенства всех перед законом, что вступает в некоторое противоречие с одним из конституционных принципов, закрепленных в п. 1 ст. 19 Конституции РФ, согласно которому все равны перед законом и судом.

Правоприменительная практика показывает, что случаи реализации первых двух оснований, исключающих вину лица в совершении налогового правонарушения, закрепленные в пп. 1, 2 п. 1 ст. 111 НК РФ, в силу их специфичности не имеют массового характера.

В то же время основание, исключающее вину налогоплательщика или налогового агента в совершении правонарушения, установленное подп. 3 п. 1 ст. 111 НК РФ, получило более широкое распространение. Факты добросовестного заблуждения налогоплательщика (плательщика сбора, налогового агента) являются чуть ли не основными

поводами для признания их невиновными в совершении правонарушения.

Вообще, наличие подобной нормы в налоговом законодательстве и ее отсутствие в законодательстве об административных правонарушениях, на наш взгляд, вполне объяснимо. Законодательство о налогах и сборах обладает известной сложностью в применении и трудностями толкования, что вызывает у многих налогоплательщиков серьезные проблемы. Зачастую они не могут добросовестно выполнить свои налоговые обязательства из-за непонимания отдельных положений нормативно-правовых актов, и помочь им в этом деле призваны налоговые органы (иные уполномоченные государственные органы)³.

В рассматриваемом положении НК РФ идет речь о выполнении соответствующими лицами исключительно письменных разъяснений о порядке исчисления, уплаты налога (сбора) или по иным вопросам применения законодательства о налогах и сборах, данных ему либо неопределенному кругу лиц финансовым, налоговым или другим уполномоченным органом государственной власти в пределах его компетенции. Необходимо отметить, что для целей освобождения от ответственности подобные разъяснения должны относиться к налоговым периодам, в которых совершено правонарушение.

При этом важно учитывать, что в соответствии с пп. 4 п. 1 ст. 32 НК РФ налоговые органы обязаны бесплатно информировать налогоплательщиков, плательщиков сборов и налоговых агентов о действующих налогах и сборах, законодательстве о налогах и сборах и о принятых в соответствии с ним нормативно-правовых актах, порядке исчисления и уплаты налогов и сборов, правах и обязанностях налогоплательщиков, плательщиков сборов и налоговых агентов, полномочиях налоговых органов и их должностных лиц, а также представлять формы налоговых деклараций (расчетов) и разъяснять порядок их заполнения. Данное положение в полной мере сочетается с пп. 1 п. 1 ст. 21 НК РФ, устанавливающей соответствующие права налогоплательщика (плательщика сбора).

Далее, как следует из пп. 2 п. 1 той же статьи НК РФ, налогоплательщик и плательщик сборов в силу предоставленного им права в целях получения разъяснений по вопросам применения норм налогового законодательства РФ могут обратиться только в Министерство финансов РФ, а по вопросам применения соответственно законодательства о на-

¹ Орлов, И. В. *Невменяемость как освобождение от административной ответственности* / И. В. Орлов // *Юрист*. – 2003. – № 1.

² Демин, А. В. *Ответственность за вину и презумпция невиновности в сфере налоговой ответственности: актуальные вопросы теории и практики* / А. В. Демин // *Подготовлен для Системы Консультант Плюс*. – 2003.

³ Судаков, О. Ю. *Основания и общие условия привлечения к ответственности за нарушения законодательства о налогах и сборах* / О. Ю. Судаков // *Финансовое право*. – 2001. – № 1.

логах и сборах субъекта РФ – в финансовый орган субъекта РФ и муниципального образования.

Как мы видим, характер представляемых налогоплательщику (плательщику сборов) сведений различается в зависимости от субъекта, полномочного давать ту или иную информацию. В данном случае мы полагаем, налоговые органы ограничены в своей компетенции давать разъяснения по вопросам применения законодательства РФ о налогах и сборах, отличные от тех, что предусмотрены подп. 4 п. 1 ст. 32 НК РФ. По сути, из круга обязанностей налоговых органов исключили обязанность вести разъяснительную работу по применению налогового законодательства, полностью отдав эту прерогативу Министерству финансов РФ, финансовым органам субъектов РФ и муниципальных образований в пределах их компетенции. Тем самым законодатель сузил возможности заинтересованных лиц на обращение за разъяснениями по различным проблемным вопросам применения законодательства о налогах и сборах, поскольку не секрет, что переписка с федеральными органами исполнительной власти – процесс длительный, а в некоторых случаях попросту односторонний. Иными словами, налогоплательщик, ищущий ответа на проблемные вопросы, возникшие у него в процессе непосредственного применения налогового законодательства, у Министерства финансов РФ, имеет гораздо меньше шансов получить в относительно короткие сроки интересующую его информацию, чем если бы он обратился за разъяснениями в налоговый орган по месту своего учета. Как следствие, лицо не имеет возможность правильно и в срок исполнить налоговую обязанность, что в конечном итоге может привести к нарушению законодательства о налогах и сборах.

Необходимо помнить, что лицо в случае использования им дефектных разъяснений налоговых (иных уполномоченных) органов будет считаться невиновным в совершении налогового правонарушения и освобождаться от наложения на него налоговых санкций в виде штрафа и только. Будучи защищен от применения налоговых санкций, он остается совершенно беззащитным перед угрозой взыскания с него пени и недоимки⁴. Так, согласно п. 4 ст. 108 НК РФ, привлечение лица к ответственности за налоговое правонарушение не освобождает его от обязанности уплатить причитающиеся суммы налога и пени. Аналогичную позицию занимает и практика высших органов судебной власти. В п. 18 Постановления Пленума Верховного суда РФ и Высшего Арбитражного суда РФ от 11.06.99 № 41/9 «О некоторых вопросах,

связанных с введением в действие части первой Налогового кодекса РФ» указано: «...необходимо иметь в виду, что освобождение налогоплательщика и налогового агента от ответственности за совершение налогового правонарушения освобождает их только от взыскания штрафов, но не пени, поскольку последняя не является мерой налоговой ответственности»⁵.

То есть, избежав привлечения к административной ответственности, лицо все же будет должно понести какие-то материальные лишения по причине выполнения некорректных разъяснений уполномоченного государственного органа. В данном случае считаем возможным в целях восстановления нарушенных прав налогоплательщика (иных лиц) требовать возмещения понесенных лицом убытков, выраженных в уплаченной недоимке и пени по налогам (сборам).

Соответствующее право налогоплательщиков (плательщиков сборов) содержится, в частности, в пп. 14 п. 1 ст. 21 НК РФ. Положение об ответственности налоговых, таможенных органов, а также их должностных лиц закреплено в ст. 35 НК РФ. Однако по вопросам применения законодательства о налогах и сборах РФ разъяснения, как мы уже отмечали, вправе давать Министерство финансов РФ, а также финансовые органы субъектов РФ и муниципальных образований – по вопросам применения местного законодательства о налогах и сборах, входящих в их компетенцию. Вполне логично, что при получении некорректных разъяснений от указанных государственных органов, в результате которых налогоплательщик понес убытки (взысканные недоимка и пеня), последний может претендовать на их возмещение в порядке, предусмотренном ст. 16 ГК РФ, в соответствии с которой убытки, причиненные гражданину или юридическому лицу в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов или их должностных лиц, в том числе в случае издания акта государственного органа, не соответствующего закону или иному нормативному правовому акту, подлежат возмещению.

В целом обращение в соответствующие компетентные органы государственной власти за получением официальных разъяснений по применению тех или иных норм налогового законодательства можно считать достаточно эффективным средством защиты налогоплательщиком (плательщиком сборов, налоговым агентом) своих прав и законных интересов в случае возникновения спорных ситуаций, при решении вопроса о привлечении его к ответственности за совершенное правонарушение.

⁴ Колесниченко, Ю. Ю. Письменные разъяснения налоговых органов по налогам и сборам: проблемы конструктивного использования / Ю. Ю. Колесниченко // *Право и экономика*. – 2002. – № 4.

⁵ *Российская газета*. – 06.07.1999. – № 128.

Литература

1. Орлов, И. В. Невменяемость как освобождение от административной ответственности / И. В. Орлов // Юрист. – 2003. – № 1.
2. Демин, А. В. Ответственность за вину и презумпция невиновности в сфере налоговой ответственности: актуальные вопросы теории и практики / А. В. Демин // Подготовлен для Системы Консультант Плюс. – 2003.
3. Судаков, О. Ю. Основания и общие условия привлечения к ответственности за нарушения законодательства о налогах и сборах / О. Ю. Судаков // Финансовое право. – 2001. – № 1.
4. Колесниченко, Ю. Ю. Письменные разъяснения налоговых органов по налогам и сборам: проблемы конструктивного использования / Ю. Ю. Колесниченко // Право и экономика. – 2002. – № 4.
5. Российская газета. – 06.07.1999. – № 128.

РАЗДЕЛ IV

УГОЛОВНОЕ ПРАВО

ПРОБЛЕМЫ КЛАССИФИКАЦИИ МЕЖДУНАРОДНЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ НА МЕЖДУНАРОДНОМ И НАЦИОНАЛЬНОМ УРОВНЕ

Впервые перечень международных преступлений был сформулирован в Уставе Международного военного трибунала 1945 г. В ст. 6 Устава Международного военного трибунала¹ международные преступления были подразделены на три группы:

1. *Преступления против мира* – планирование, подготовка, развязывание или ведение агрессивной войны или войны в нарушение международных договоров, соглашений или заверений или участие в общем плане или заговоре, направленных к осуществлению любого из вышеперечисленных действий.

2. *Военные преступления* заключаются в нарушении следующих законов и обычаев войны: убийства, истязания или увод в рабство или для других целей гражданского населения оккупированной территории; убийства или истязание военнопленных или лиц, находящихся в море; убийства заложников, ограбление общественной или частной собственности; бессмысленное разрушение городов и деревень, разорение, не оправданное военной необходимостью, и другие преступления.

3. *Преступления против человечности* – убийства, истребление, порабощение, ссылка и другие жестокости, совершенные в отношении гражданского населения до или во время войны, или преследование по политическим, расовым или религиозным мотивам в целях осуществления или в связи с любым преступлением, подлежащим юрисдикции трибунала, независимо от того, являлись ли эти действия нарушением внутреннего права страны, где они были совершены, или нет².

4. *Преступления против человечества* наравне с военными преступлениями впервые были выделены в отдельную группу международных преступлений ст. 1 Конвенции о неприменимости сроков давности к военным преступлениям и преступлениям против человечества 1968 г.³ К их числу были отнесены изгнание в результате вооруженного нападения или оккупации, бесчеловечные действия, являющиеся следствием политики апартеида, а также геноцид. Ст. 1 Конвенции о пресечении преступлений апартеида и наказания за него 1973 г.⁴ признала преступными сходные с апартеидом ра-

совую сегрегацию и расовую дискриминацию.

Согласно проекту Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, принятому в первом чтении на 43-й сессии Комиссии международного права ООН в 1991 г.⁵, к международным преступлениям относят:

- 1) агрессия;
- 2) угроза агрессии;
- 3) вмешательство во внутренние и внешние дела другого государства;
- 4) колониальное господство и другие формы иностранного господства;
- 5) геноцид;
- 6) апартеид;
- 7) систематическое и массовое нарушение прав человека;
- 8) исключительно серьезные военные преступления;
- 9) вербовка, использование, финансирование и обучение наемников;
- 10) международный терроризм;
- 11) незаконный оборот наркотических средств;
- 12) преднамеренный и серьезный ущерб окружающей среде.

Согласно проекту Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, принятому во втором чтении на сессии Комиссии международного права ООН в 1996 г.⁶, к международным преступлениям относятся:

- 1) агрессия;
- 2) геноцид;
- 3) преступления против человечности;
- 4) преступления против персонала ООН и связанного с ней персонала;
- 5) военные преступления.

Современная уголовно-правовая наука уделяет особое внимание теоретической разработке классификации. Это обусловлено тем, что классификация служит одним из средств познания, она помогает исследовать различные явления в их взаимосвязи и развитии. Классификация обеспечивает обзорность материала, выявляет взаимосвязи и закономерности, получает, углубляет и отражает накопленные знания, систематизирует их. Классификация – это систематизированное распределе-

¹ *Международное уголовное право: практикум / А. Х. Абашидзе. – М., 2007. – С. 351.*

² *Панов, В. П. Международное уголовное право / В. П. Панов. – М., 1997. – С. 54.*

³ *Ведомости Верховного Совета СССР. – 1970. – № 2. – С. 18.*

⁴ *Действующее международное право / Сост. Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова. – Т. 2: Разделы XIV–XVI – М., 1997. – С. 84.*

⁵ *Международное уголовное право: практикум / А. Х. Абашидзе. – М., 2007. – С. 353.*

⁶ http://www.un.org/russian/law/ilc/draft_offences.pdf

ние явлений и объектов на определенные группы, разряды, классы на основании их сходства и различия⁷.

При классификации объекты всегда разделяются по единым основаниям.

Основанием классификации, как правило, служат существенные, качественные признаки, характеризующие внутреннюю общность объектов внутри классов и классов внутри множества.

В науке международного уголовного права предложено несколько классификаций преступлений.

Так, И. И. Карпец считает, что существуют следующие группы преступлений международного характера: международные преступления (к которым относятся преступления против мира и безопасности человечества) и преступления международного характера⁸. Аналогичная классификация выдвинута и В. П. Пановым⁹.

На неоднородность преступлений по международному уголовному праву и их классификацию по двум группам указывали и зарубежные авторы (К. Сальдана, Н. Политис¹⁰).

И. И. Лукашук и А. В. Наумов преступления против мира, военные преступления и преступления против человечности объединили единым определением – «преступления по общему международному праву» (сформулированные в ст. 6 Устава Нюрнбергского трибунала), а остальные преступления обозначили как «конвенционные»¹¹.

Что может находиться в основе классификации преступлений в международном уголовном праве?

В теории международного права существует несколько оснований для классификации преступлений. В частности, Д. Б. Левин предлагал считать международные преступления государств и международные преступления физических лиц разными категориями и соответственно относить их к компетенции международного и национального уголовного права¹². Против данной позиции выступили И. П. Блищенко и И. В. Фисенко, по мнению которых не может существовать двух «одноименных» определений агрессии, геноцида и прочее, применимых к различным субъектам¹³.

Представляется более приемлемым и обоснованным говорить о видовой классификации преступлений в международном праве в зависимости от понимания объекта этих преступлений.

Любое международное преступление посягает на общий объект – интересы мирового правопорядка. При этом общий мировой правопорядок состоит из различных родовых групп юридических интересов и благ.

Мы считаем, что в основу видовой классификации преступлений в международном уголовном праве должен быть положен родовый объект преступного посягательства как своего рода «интегрированный» знаменатель и степени тяжести совершенного деяния, и его отличия от других преступных посягательств. При этом не следует забывать, что многие преступления могут одновременно посягать на несколько родовых объектов уголовно-правовой охраны в международном праве, поэтому такие преступления мы будем относить к той группе, для которой родовый объект посягательства является изначальным, определяющим.

Приведем пример. Геноцид как деяние, имеющее своей целью полное либо частичное уничтожение демографической группы населения, может совершаться и в мирное, и в военное время. При этом акт геноцида может «оправдываться» требованиями военного времени. К какой группе преступлений надо отнести состав геноцида в целом? Представляется, что любой акт геноцида изначально причиняет вред интересам безопасности человечества, хотя, будучи осуществлен в военное время, он также подпадает под признаки военного преступления. Поэтому любое деяние, образующее преступление геноцида, следует определить как преступление против безопасности человечества¹⁴.

Такой подход мы будем использовать при определении видовой классификации преступлений в международном уголовном праве. В любом случае не следует забывать, что любая классификация условна и не лишена методологических недостатков¹⁵.

Анализ действующего международного уголовного права позволяет говорить о четырех видах между-

⁷ Королев, М. А. *Статистический словарь* / М. А. Королев. – М., 1989. – С. 189.

⁸ Карпец, И. И. *Преступления международного характера* / И. И. Карпец. – М., 1979. – С. 39.

⁹ Панов, В. П. *Международное уголовное право* / В. П. Панов. – М., 1997. – С. 53, 67.

¹⁰ *Международное уголовное право* / Под ред. В. Н. Кудрявцева. – М., 1999. – С. 52.

¹¹ Лукашук, И. И. *Международное уголовное право* / И. И. Лукашук, А. В. Наумов. – М., 2000. – С. 112.

¹² Левин, Д. Б. *Ответственность государств в современном международном праве* / Д. Б. Левин. – М., 1966. – С. 40.

¹³ Блищенко, И. П. *Международный уголовный суд* / И. П. Блищенко, И. В. Фисенко. – М., 1998. – С. 20–21.

¹⁴ Мошенская, Н. В. *Геноцид – историческая и правовая характеристика понятия* / Н. В. Мошенская // *Адвокатская практика*. – 2005. – № 3. – С. 43.

¹⁵ *Иные виды классификации преступлений по международному уголовному праву предлагают: Бородин, С. В. Международное сотрудничество государств в борьбе с преступностью* / С. В. Бородин, Е. Г. Ляхов. – М., 1983; Галенская, Л. Н. *Международная борьба с преступностью* / Л. Н. Галенская. – М., 1972; Карпец, И. И. *Преступления международного характера* / И. И. Карпец. – М., 1979; Панов, В. П. *Сотрудничество государств в борьбе с международными уголовными преступлениями* / В. П. Панов. – М., 1993.

народных преступлений, основанием выделения которых является *родовой объект* посягательства.

1. Преступления против мира

В эту группу входят деяния, посягающие на интересы мирного сосуществования государств и народов.

Основные источники:

- Устав Нюрнбергского трибунала (ст. 6)¹⁶;
- Римский статут Международного уголовного суда (ст. 5)¹⁷;
- Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 14.12.1974 г. «Определение агрессии»¹⁸.

К преступлениям данной категории относят:

– *Агрессия (агрессивная война)* – применение вооруженной силы государством против суверенитета, территориальной целостности или политической независимости другого государства или каким-либо иным образом, не совместимым с Уставом Организации Объединенных Наций (далее – Устав ООН)¹⁹. Ответственность установлена за следующие деяния: планирование, подготовка, развязывание, ведение агрессивной войны.

– *Угроза агрессии* (которую образуют заявления, сообщения, демонстрация силы или иные меры, дающие правительству какого-либо государства веские основания полагать, что серьезно рассматривается возможность агрессии против этого государства).

2. Преступления против безопасности человечества

Родовым объектом этой группы преступлений являются интересы защищенности физического существования населения от глобальных угроз социально-политического характера. Дополнительным объектом этих преступлений, как правило, являются жизнь и здоровье человека.

Основные источники:

- Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказания за него от 9 декабря 1948 г.²⁰;
- Устав Нюрнбергского трибунала (ст. 6)²¹;
- Римский статут Международного уголовного суда (ст. 6, 7)²²;
- Конвенция о пресечении преступления апар-

теида и наказания за него от 30 ноября 1973 г.²³.

В международном уголовном праве установлена преступность следующих деяний, посягающих на безопасность человечества:

1. *Геноцид* (любое из следующих деяний, совершаемых с намерением полностью или частично уничтожить какую-либо национальную, этническую, расовую или религиозную группу как таковую: убийство членов такой группы; причинение им серьезных телесных повреждений или умственного расстройства; умышленное создание таких жизненных условий, которые рассчитаны на достижение указанных целей; меры по предотвращению деторождения; насильственная передача детей в другую демографическую группу).

2. *Деяния, совершаемые в рамках сознательного широкомасштабного или систематического нападения на любых гражданских лиц* (в том числе: убийство, истребление, порабощение; жестокое лишение физической свободы; пытки; изнасилование или различного рода сексуальное принуждение; преследование любой идентифицируемой общности по политическим, национальным, этническим, культурным, религиозным или гендерным мотивам; насильственное исчезновение людей).

3. *Апартеид* – действия, совершаемые в контексте институционализированного режима систематического угнетения и господства одной расовой группы над другой²⁴.

3. Военные преступления

Эта группа преступлений посягает на регламентированный договорными и обычными нормами международного права порядок ведения военных действий в международных и внутрисударственных вооруженных конфликтах. Дополнительным объектом многих военных преступлений являются личные права и свободы человека (право на жизнь, физическую неприкосновенность, личную свободу и прочее).

Основными источниками международного права, устанавливающими преступность данной группы деяний, являются:

- Женевские конвенции о защите жертв войны от 12 августа 1949 г. (и Протоколы к ним): «Об

¹⁶ Международное уголовное право: практикум / А. Х. Абашидзе. – М., 2007. – С. 351.

¹⁷ Действующее международное право / Сост. Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова. – Т. 1. – М., 2007. – С. 318.

¹⁸ Действующее международное право / Сост. Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова. – Т. 2: Разделы XIV–XVI. – М., 1997. – С. 199.

¹⁹ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 14.12.1974 года «Определение агрессии» / Сост. Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова // Действующее международное право. – Т. 2: Разделы XIV–XVI. – М., 1997. – С. 199.

²⁰ Международное право в документах / Сост. Н. Т. Самарцева. – М., 1969. – С. 185–188.

²¹ Международное уголовное право: практикум / А. Х. Абашидзе. – М., 2007. – С. 351.

²² Действующее международное право / Сост. Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова. – Т. 1. – М., 2007. – С. 318.

²³ Действующее международное право / Сост. Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова. – Т. 2: Разделы XIV–XVI. – М., 1997. – С. 84.

²⁴ Блищенко, И. П. Апартеид – международное преступление / И. П. Блищенко // Советский ежегодник международного права. – 1974. – № 7. – С. 108.

улучшении участи раненых и больных в действующих армиях»²⁵; «Об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море»²⁶; «Об обращении с военнопленными»²⁷; «О защите гражданского населения во время войны»²⁸.

- Римский статут Международного уголовного суда (ст. 8)²⁹.

- Конвенция о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие, от 10 октября 1980 г.³⁰.

- Протокол о запрещении применения на войне удушливых, ядовитых или других подобных газов и бактериологических средств от 17 июня 1925 г.³¹.

- Конвенция о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) оружия и токсинного оружия и об их уничтожении от 10 апреля 1972 г.³².

- Конвенция о запрещении вербовки, использования, финансирования и обучения наемников 1989 г.³³.

В соответствии с названными источниками можно выделить следующие подгруппы военных преступлений (терминологические определения заимствованы из Римского статута):

1. «*Серьезные нарушения*» Женевских конвенций, посягающие на лиц и имущество, защищаемые этими конвенциями (умышленное убийство; пытки и бесчеловечное обращение; умышленное причинение сильных страданий или серьезных телесных повреждений; бессмысленное и крупномасштабное уничтожение и присвоение имущества, не вызванное военной необходимостью; принуждение военнопленного к службе в вооруженных силах неприятельской державы; умышленное лишение военнопленного права на справедливое и нормальное судопроизводство; незаконные депортация, перемещение или лишение свободы; взятие заложников).

2. «*Другие серьезные нарушения законов и обычаев, применимых в международных вооруженных конфликтах в установленных рамках международ-*

ного права» (умышленное нападение на гражданское население и отдельных гражданских лиц, не принимавших участие в вооруженных действиях; умышленное нападение на гражданские объекты; умышленное нанесение ударов по персоналу, транспортным средствам и иным объектам, задействованным в оказании гуманитарной помощи; умышленное совершение нападения, когда известно, что такое нападение явится причиной случайной гибели гражданских лиц, ущерба гражданским объектам или окружающей среде; убийство или ранение сдавшегося комбатанта; ненадлежащее использование флага парламентаря, национального флага или знаков различия; перемещение оккупирующей державой части ее собственного населения на оккупируемую территорию; нанесение ударов по зданиям, предназначенным для целей религии, образования, искусства, науки или благотворительности; причинение лицам, находящимся под властью противной стороны, физических увечий или совершение над ними медицинских или научных экспериментов любого рода; вероломное убийство или ранение лиц, принадлежащих к неприятельской нации или армии; заявление о том, что пощады не будет; уничтожение или захват имущества неприятеля (кроме случаев военной необходимости); объявление отменными, приостановленными или недопустимыми в суде прав и исков граждан противной стороны; принуждение граждан противной стороны к участию в военных действиях против их собственной страны; разграбление города или населенного пункта; применение яда или отравленного оружия; применение удушающих и ядовитых газов; применение легко-разворачивающихся или сплюсчивающихся пуль; применение оружия и методов ведения военных действий, которые вызывают чрезмерные повреждения или ненужные страдания; оскорбительное и унижающее обращение; изнасилование и иные принуждения сексуального характера; использование гражданского лица для защиты от военных действий определенных пунктов; умышленное нанесение ударов по объектам, использующим отличительные эмблемы, установленные Женевскими

²⁵ Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. – Вып. 16 – М., 1957. – С. 71–100.

²⁶ Там же. С. 101–124.

²⁷ Там же. С. 125–203.

²⁸ Там же. С. 204–279.

²⁹ Действующее международное право / Сост. Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова. – Т. 1. – М., 2007. – С. 318.

³⁰ Действующее международное право / Сост. Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова. – Т. 2: Разделы XIV–XVI. – М., 1997. – С. 589.

³¹ Международное право в документах / Сост. Н. Т. Самарцева. – М., 1969. – С. 482.

³² Сборник договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. – Вып. 31. – М., 1977. – С. 58.

³³ Действующее международное право / Сост. Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова. – Т. 2: Разделы XIV–XVI. – М., 1997. – С. 812.

конвенциями; умышленное совершение действий, подвергающих гражданское население голоду; набор или вербовка детей в возрасте до 15 лет в состав вооруженных сил и их использование в боевых действиях).

3. «*Серьезные нарушения законов и обычаев, применимых в вооруженных конфликтах немеждународного характера*» (перечень этих преступлений в основном соответствует таковому для «серьезных нарушений» правил и обычаев, применимых к вооруженному конфликту немеждународного характера).

4. *Наемничество* – вербовка, обучение, финансирование и использование в вооруженном конфликте наемника; участие самого наемника в вооруженном конфликте³⁴.

4. Преступления против общественной безопасности

Родовым объектом данной группы преступлений являются интересы обеспечения безопасности неопределенного круга лиц от любых угроз. Под определение такого преступления может в принципе подпасть большинство деяний, считающихся преступными в международном уголовном праве. Это и понятно – ведь самые различные деяния так или иначе нарушают общественную безопасность, но мы включим сюда наиболее опасные.

По этой причине мы попытались сгруппировать только те деяния, в которых интересы общественной безопасности являются основным непосредственным объектом.

Основные источники:

- Международная конвенция о борьбе с захватом заложников от 18 декабря 1979 г.³⁵.
- Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов от 16 декабря 1970 г.³⁶.
- Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации от 23 сентября 1971 г.³⁷.
- Конвенция о физической защите ядерного материала от 3 марта 1980 г.³⁸.
- Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом от 16 декабря 1997 г.³⁹.
- Конвенция о предотвращении и наказании

преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, от 14 декабря 1973 г.⁴⁰.

- Европейская конвенция о пресечении терроризма от 27 января 1977 г.⁴¹.

К рассматриваемой группе преступлений можно отнести следующие:

1. *Международный терроризм* – собирательное понятие, включающее в себя в частности: угон и захват с целью угона судна воздушного транспорта; совершение актов насилия в отношении лиц, находящихся на борту судна воздушного транспорта; разрушение или повреждение судов воздушного транспорта и аэровокзальных комплексов; убийства, похищения и нападения на лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, а также нападения на помещения и транспортные средства, пользующиеся международной защитой; преступления, связанные с похищением людей, захватом заложников или серьезным незаконным задержанием; преступления, связанные с использованием огнестрельного оружия, боеприпасов, взрывчатых веществ, взрывных устройств.

2. *Незаконный оборот ядерного материала* (также собирательное понятие, включающее в себя незаконные приобретение, сбыт и совершение иных действий в отношении ядерного материала, а также его хищение; некоторые деяния, составляющие объективную сторону оборота ядерного материала, могут подпадать под определение международного терроризма, например, при «распылении» радиоактивных веществ).

3. *Экологические преступления* (экоцид и биоцид – деяния, выраженные в массивном агрессивном воздействии соответственно на окружающую среду и существующие формы жизни, преследующие цель или могущие повлечь экологическую катастрофу).

Итак, в зависимости от групп родовых объектов (в общей сложности образующих мировой правопорядок) можно говорить о четырех видах преступлений в международном уголовном праве: преступления против мира, преступления против

³⁴ Алешин, В. В. *Понятие и противоправность наемничества* / В. В. Алешин // *Московский журнал международного права*. – 1998. – № 3. – С. 67.

³⁵ *Действующее международное право* / Сост. Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова. – Т. 2. – М., 2007. – С. 207.

³⁶ *Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами*. – Вып. 27. – М., 1974. – С. 292–296.

³⁷ *Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами*. – Вып. 29. – М., 1973. – С. 90–94.

³⁸ *Международное право в документах* / Сост. Н. Т. Блатова, Г. М. Мелков. – М., 1997. – С. 696.

³⁹ *Бюллетень международных договоров*. – 2001. – № 11. – С. 5.

⁴⁰ *Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами*. – Вып. 33. – М., 1979. – С. 90–94.

⁴¹ *Международные акты о правах человека: сборник документов* / Сост. В. А. Карташкин, Е. А. Лукашева. – М., 1999. – С. 602.

безопасности человечества, военные преступления, преступления против общественной безопасности.

В Особенной части УК РФ законодатель впервые предусмотрел самостоятельный раздел XII и отдельную главу о преступлениях против мира и безопасности человечества. В этой связи они отнесены законодателем к международным преступлениям, так как посягают на важнейший объект всех государств и народов – сохранение мира и обеспечение в целом безопасности человечества. Уголовно-правовая охрана мира и безопасности человечества от преступных посягательств является одним из важнейших направлений по реализации основных положений, закрепленных в международно-правовых актах и Конституции Российской Федерации.

В этой связи проблема классификации преступлений против мира и безопасности человечества в российском уголовном законодательстве также достаточно актуальна⁴². Однако до сих пор в теории уголовного права по ней среди ученых не выработано единой позиции. В зависимости от того, какой критерий был взят в качестве системообразующего, можно выделить несколько подходов к группировке рассматриваемых преступлений.

Все преступления, уголовная ответственность за которые предусмотрена в разделе XII УК РФ, посягают на мир и безопасность человечества (глава 34). Указанные интересы выступают в качестве родового (специального) объекта анализируемых преступлений. Вместе с тем то или иное преступление посягает на определенный элемент мира и безопасности человечества. В связи с этим ученые А. В. Наумов⁴³, Н. И. Ветров⁴⁴, А. А. Гравина⁴⁵ дополнительно классифицируют их в зависимости от непосредственного объекта:

- 1) преступления, посягающие на мир и мирное сосуществование государств (ст. 353, 354, 355 УК РФ);
- 2) преступления, посягающие на регламентированные международным правом средства и методы ведения войны (ст. 356, 357, 358, 359 УК РФ);
- 3) преступления, посягающие на безопасность

представителя иностранного государства или сотрудника международной организации, пользующихся международной защитой (ст. 360 УК РФ).

Положив в основу классификации аналогичный критерий – непосредственный объект, М. Г. Янгаева и М. Г. Левандовская тем не менее предлагают иные классификационные группы:

I) преступления против мира (ст. 353–355 УК РФ);

II) военные преступления (преступное нарушение правил и обычаев ведения войны – ст. 356 УК РФ);

III) преступления против человечности (ст. 357, 358 УК РФ);

IV) посягательство на принципы правового регулирования вооруженных конфликтов (ст. 359 УК РФ);

V) посягательство на неприкосновенность лиц и учреждений, пользующихся международной защитой (ст. 360 УК РФ)⁴⁶.

По мнению Л. М. Прохорова и М. Л. Прохоровой, непосредственным объектом этих преступлений выступают различные элементы мирового сосуществования всех государств планеты. С учетом особенностей непосредственных объектов преступления они подразделяют их на такие же группы, исключая военные преступления, отнеся состав данного преступления, предусмотренного ст. 356 УК РФ, к первой классификационной группе:

1) деяния, посягающие на мир (ст. 353–356 УК РФ);

2) преступления против человечности (ст. 357, 358 УК РФ);

3) деяния, посягающие на принципы правового регулирования вооруженных конфликтов (ст. 359 УК РФ);

4) посягательства на лица или учреждения, пользующиеся международной защитой (ст. 360 УК РФ)⁴⁷.

А. Б. Мельниченко, С. Н. Радачинский⁴⁸ и А. Г. Кибальник⁴⁹ предлагают преступления анализируемой группы подразделить на следующие виды:

⁴² Лукашук, И. И. *Международное уголовное право* / И. И. Лукашук, А. В. Наумов. – М., 1999. – С. 132.

⁴³ Наумов, А. В. *Российское уголовное право. Особенная часть* / А. В. Наумов. – Т. 2. – М., 2004. – С. 813.

⁴⁴ Ветров, Н. И. *Уголовное право. Особенная часть: учебник для вузов* / Н. И. Ветров. – М., 2000. – С. 501.

⁴⁵ Гравина, А. А. *Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть. Преступления против мира и безопасности человечества* / А. А. Гравина; отв. ред. В. П. Кашипов. – М., 1999. – С. 514.

⁴⁶ Янгаева, М. Г. *Преступления против мира и безопасности человечества // Уголовное право России. Особенная часть* / Под ред. проф. Б. В. Здравомыслова. – М., 1996. – С. 535; Левандовская, М. Г. *Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть. Преступления против мира и безопасности человечества* / Под ред. проф. Л. В. Иногамовой-Хегай, проф. А. И. Рарога, А. И. Чучаева. – М., 2004. – С. 709.

⁴⁷ Прохоров, Л. М. *Уголовное право: учебник* / Л. М. Прохоров, М. Л. Прохорова. – М., 1999. – С. 474–475.

⁴⁸ Мельниченко, А. Б. *Уголовное право. Особенная часть* / А. Б. Мельниченко, С. Н. Радачинский. – Ростов н/Д., 2002. – С. 434–435.

⁴⁹ Кибальник, А. Г. *Уголовное право России: практический курс. Преступления против мира и безопасности человечества* / Под общ. ред. Р. А. Адельханяна; под науч. ред. А. В. Наумова. – М., 2004. – С. 698–699.

– преступления против мира (ст. 353–355, 360 УК РФ);

– преступления против правил и обычаев ведения войны (ст. 356, 359 УК РФ);

– преступления против безопасности человечества (ст. 357, 358 УК РФ).

Профессор Э. С. Тенчов говорит о том, что основанием для выделения в УК РФ посягательств против мира и безопасности человечества явились предписания ст. 6 Устава Международного военного трибунала. В связи с этим преступления против мира и безопасности человечества он предлагает классифицировать на три группы:

I) преступления против мира (ст. 353, 354, 360 УК РФ);

II) военные преступления (ст. 355, 356, 359 УК РФ);

III) преступления против человечества (ст. 357, 358 УК РФ)⁵⁰.

Данной позиции придерживается и профессор Н. Ф. Кузнецова⁵¹.

Проанализировав предложенные учеными различные классификационные группы, в зависимости от *объекта посягательств* указанные преступления следует поделить на: преступления, направленные против мира и посягающие на мирное существование государства (ст. 353, 354 УК РФ); преступления, направленные против безопасности человечества (ст. 355–359 УК РФ); преступле-

ния, направленные против международного сотрудничества (ст. 360 УК РФ).

Предлагая указанную выше классификацию преступлений против мира и безопасности человечества, мы исходили из следующих положений:

- включение преступлений, направленных против мира и посягающих на мирное сосуществование государств, в классификационную группу обусловлено закрепленными в Уставе Нюрнбергского военного трибунала (ст. 6) и соответствующими этим положениям позициями Токийского трибунала;

- включение преступлений, направленных против безопасности человечества, во вторую классификационную группу продиктовано тем, что анализируемые преступления направлены против мира и безопасности народов и они являются межгосударственными;

- третья классификационная группа включает в себя преступления, направленные против международного сотрудничества. В соответствии с Уставом ООН (п. 3 ст. 1), Декларацией о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами, IX принципами Заключительного акта совещания по безопасности сотрудничества государств в Европе «государства-участники будут развивать свое сотрудничество друг с другом, как и со всеми государствами, во всех областях в соответствии с целями и принципами Устава ООН».

⁵⁰ Тенчов, Э. С. *Уголовное право России: Часть Особенная. Преступления против мира и безопасности человечества* / Э. С. Тенчов; отв. ред. Л. Л. Кругликов. – М., 2005. – С. 805.

⁵¹ Кузнецова, Н. Ф. *Курс уголовного права. Особенная часть. Преступления против мира и безопасности человечества* / Н. Ф. Кузнецова; под ред. проф. Г. Н. Борзенкова и проф. В. С. Комиссарова. – Т. 3. – М., 2002. – С. 353.

КЛАССИФИКАЦИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ (ВИДЫ ПРЕСТУПЛЕНИЙ) И ВИДЫ ПРЕСТУПНОГО ДЕЯНИЯ

Говоря о видах преступлений или видах деяния (как признака состава преступления), мы, конечно, имеем в виду их классификации, имеющие такие же смысловые и содержательные различия, как и те основания, на которых они строятся. В этом контексте представляется важным обратить внимание на существенные различия этих классификаций.

Вопросу о видах преступлений в юридической литературе уделяется определенное внимание. Как правило, проявляются два его аспекта.

Во-первых, рассматривается значение классификации как таковой и классификации преступлений в частности.

Н. Н. Маршакова рассматривает классификацию в уголовном законодательстве как специфический прием законодательной техники, представляющий собой нормативное деление закрепленных в уголовном законе положений на определенные категории по определенному законодателем критерию. Подобная законодательная классификация имеет нормативно-правовой характер и осуществляется в целях обеспечения единообразного понимания и применения уголовно-правовых институтов и норм¹.

Сформулированные Н. Н. Маршаковой обобщенные выводы о роли классификации в уголовном законодательстве представляются обоснованными. Так, она справедливо полагает, что классификация:

1) позволяет познать сущность включенных в уголовное законодательство институтов, установить предназначение различных классификационных групп;

2) помогает представить изучаемые явления в структурированном виде, выявлять их взаимосвязи и соподчинения, понять их как части целого и, базируясь на представлении об этой целостности, констатировать наличие недостающих звеньев;

3) дает возможность при определении критериев классификации выявлять новые черты, качественные особенности данных предметов и явлений²;

4) служит целям совершенствования и организации структуры уголовного законодательства;

5) является методологической базой для освоения, восприятия законотворческих и правоприменительных новелл;

6) позволяет познать сущность устоявшихся уголовно-правовых форм и представлений, на этой основе получить их обобщенную характеристику;

7) способствует получению новой информации о правовых явлениях.

Указанный автор выделяет также множество других пунктов в перечне функциональных достоинств рассматриваемого приема законодательной техники³.

Несомненно, указанные выше выводы применимы к любой классификации – как законодательной, так и научной, независимо от того, что служит их предметами и на основании какого критерия они осуществляются. Однако при этом основное внимание уделяется только классификации преступлений, предусмотренных в Особенной части УК на основании выделенных законодателем объектов уголовно-правовой охраны (преступления против личности, преступления в сфере экономики, преступления против общественной безопасности и общественного порядка и т. д.)⁴.

Аналогичный подход к исследованию предмета уголовно-правовой классификации характерен и для монографии А. П. Кузнецова и Н. Н. Маршаковой⁵.

Таким образом, можно заключить, что все философское, методологическое и общетеоретическое обоснование понятия и функциональных свойств классификации предпринято для рассмотрения видов преступлений, предусмотренных Особенной частью УК. Это не умаляет значимости научных выводов указанных выше авторов, но свидетельствует о том, что предметом их внимания (и предметом осуществленных ими классификаций) являлось все же *преступление как социально-правовой феномен*.

Ю. Е. Пудовочкин также рассматривает значение нормативной классификации применительно к преступлениям и приходит к выводу о том, что ее

¹ Маршакова, Н. Н. Классификация в российском уголовном законодательстве (теоретико-прикладной анализ) / Н. Н. Маршакова. – Н. Новгород, 2009. – С. 72.

² Алексеев, С. С. Правовые средства: постановка проблем, понятие, классификация / С. С. Алексеев // Советское государство и право. – 1987. – № 6. – С. 16.

³ Маршакова, Н. Н. Указ. соч. – С. 70–71.

⁴ Там же. С. 73–179.

⁵ Кузнецов, А. П. Особенная часть Уголовного кодекса Российской Федерации: система преступлений и их классификация / А. П. Кузнецов, Н. Н. Маршакова. – Н. Новгород, 2008.

назначение состоит в обеспечении надежной основы дифференциации и индивидуализации уголовной ответственности, в правильном и единообразном применении уголовно-правовых институтов к различным по тяжести преступлениям⁶.

Указанный автор справедливо отмечает, что уголовный закон классифицирует преступления как в Особенной, так и в Общей частях. В отличие от А. П. Кузнецова и Н. Н. Маршаковой он акцентирует свое внимание на классификации преступлений в Общей части УК (ст. 15 УК), полагая, что именно она имеет наибольшее теоретическое и прикладное значение.

Таким образом, обнаруживается второй аспект решения вопроса об уголовно-правовой нормативной классификации – содержательный.

Так, Ю. Е. Пудовочкин отмечает, что в Особенной части УК РФ преступления сгруппированы в главы по признакам общности родового объекта посягательства. «При всей значимости этой классификации для упорядочения и систематизации уголовно-правового материала можно предположить, что она имеет малое отношение собственно к качеству решения уголовно-правовых задач. Известно, что в американском уголовном законодательстве имеется опыт изложения преступлений в Особенной части в алфавитном порядке»⁷.

Не желая вступать в полемику по вопросу о классификациях преступлений в Общей и Особенной частях УК, мы вынуждены высказать сомнение в обоснованности категоричного вывода Ю. Е. Пудовочкина о том, что классификация преступлений по критерию объекта уголовно-правовой охраны не имеет отношения к качеству уголовного закона. Некоторые авторы придерживаются иного мнения.

Например, А. В. Иглин справедливо полагает, что система Особенной части уголовного закона есть не что иное, как уголовно-правовая форма реализации обязанности государства обеспечить защищенность субъектам уголовного права (личности, обществу и государству). «Всякий уголовный закон, являющийся текстуальной формой отражения правовых отношений между субъектами права и субъектами уголовно-правовых отношений, имеет структуру, которая подчинена этим отношениям, их адекватному отражению.

С этой точки зрения, система Особенной части уголовного закона – своего рода следствие законодательного оформления правовых отношений между личностью, обществом и государством,

благодаря чему эти отношения становятся правовой реальностью. В ней явственно обнаруживается обязанность государства перед другими субъектами уголовного права по обеспечению достаточной их защищенности.

В случае, если система Особенной части уголовного закона не имеет структуры, подчиненной критерию защищенности субъектов уголовного права, можно судить лишь о праве государства на установление уголовно-правовых запретов, ограничении свободы личности»⁸.

По мнению А. В. Иглина, в уголовных законах практически всех государств защищенность субъектов уголовного права представлена в виде замкнутых систем объектов уголовно-правовой охраны. По содержанию и расположению элементов этих систем можно судить о качестве уголовно-правовой охраны личности, общества и государства. Поэтому уголовные законы различных государств можно сравнивать не по внешним признакам законодательных текстов, не по нормативным феноменам, а по самой их правовой сути⁹.

Остается заключить, что классификация преступлений по их родовой принадлежности не менее значима, чем «важная, универсальная и концептуальная» классификация преступлений, предусмотренная ст. 15 УК¹⁰. Думается, что концептуальное значение имеет всякая классификация преступлений, закрепленная в уголовном законе.

Такими свойствами не обладают научные классификации, осуществляемые нередко по случайным (с социально-правовой точки зрения) основаниям, например, в зависимости от признаков субъекта преступления (совершенного взрослым или несовершеннолетним; мужчиной или женщиной; общим субъектом или специальным; в одиночку или в соучастии), в зависимости от содержания мотива или цели преступления и пр.¹¹.

Причина универсальных (концептуальных) свойств законодательных классификаций преступлений заключается в том, что они являются такими приемами законодательной техники, посредством которых в уголовном праве осуществляется унификация.

Л. Л. Кругликов и Л. Е. Смирнова отмечают, что унификация в уголовном праве – это процесс, обеспечивающий единообразное правовое регулирование сходных либо совпадающих общественных отношений в области преступного и наказуемого, осуществляемый законодателем в ходе создания или совершенствования уголовно-правовых норм,

⁶ Пудовочкин, Ю. Е. *Учение о преступлении: избранные лекции* / Ю. Е. Пудовочкин. – М., 2008. – С. 39.

⁷ Пудовочкин, Ю. Е. *Указ. соч.* – С. 40.

⁸ Иглин, А. В. *Личность как субъект уголовного права* / А. В. Иглин. – Ульяновск, 2008. – С. 113.

⁹ Иглин, А. В. *Указ. соч.* – С. 94–95, 85–114.

¹⁰ *См.*: Пудовочкин, Ю. Е. *Указ. соч.* – С. 40.

¹¹ *См.*: Там же.

их элементов и иных структурных составляющих отрасли уголовного права¹².

Сущность этого приема законодательной техники – установление единообразия. Субъектом установления единообразия в уголовном законе (и праве) является только законодатель. Предпосылкой унификации служит социально-правовая необходимость. Содержание этого процесса заключается в придании нормативности социально-правовой оценке уголовно-правовых норм, понятий и пр. Его результат – обеспечение единообразия в правовом регулировании уголовно-правовых отношений.

Таким образом, в результате социально-политической оценки уголовно-правовых норм, понятий и пр. законодатель может создавать особые (унифицированные) уголовно-правовые формы, посредством которых решается особая задача – единообразии правоприменения.

Единообразии применения (толкования) уголовного закона также может рассматриваться как задача унификации¹³. Однако по сравнению с задачами правоприменения она выступает как существенная, но производная. Единообразии правоприменения есть основное средство реализации принципов уголовного права (в том числе принципов уголовной ответственности) в каждом конкретном случае решения юридического дела. Эта задача отличается от тех, которые указаны в ст. 2 УК РФ.

По мнению П. С. Дагеля, в одном и том же значении должны применяться многие уголовно-правовые понятия и термины: «преступление», «состав преступления», «виновность», «ответственность», «наказание» и пр.¹⁴. Обеспечить единообразие значений указанных (и многих других) понятий может унификация.

Законодатель может использовать различные приемы унификации уголовно-правовых понятий (или норм) исходя из решаемой им задачи.

Нормативная классификация преступлений – один из этих приемов. В зависимости от конкретных задач уголовно-правового регулирования он может одинаково успешно применяться при формулировании норм как Общей, так и Особенной частей УК. В любом случае итогом его применения будет дифференциация уголовной ответственности.

По справедливому мнению Л. Л. Кругликова и Л. Е. Смирновой, унификация является парной

категорией для дифференциации. Они взаимодействуют в процессе реализации принципа справедливости (в унификации воплощается уравнивающий ее аспект, а в дифференциации – распределяющий). Результатом такого взаимодействия является обеспечение эффективности правового регулирования¹⁵.

Итак, унификация преступлений – социально-политическая суть приема законодательной техники. Дифференциация уголовной ответственности – цель его применения. Классификация преступлений – форма текстуального отображения (техничко-юридическая форма) унификации преступлений как основания дифференциации ответственности за их совершение.

Предметом подобной унификации служит преступление как социально-правовой феномен. Таким образом, и сама классификация преступлений есть не что иное, как результат оценки социально-правовой сущности преступлений в целях дифференциации их уголовно-правового значения (ответственности).

В Общей и Особенной частях УК РФ предусмотрено несколько таких классификаций. Они имеют общее основание (преступление как социально-правовой феномен), а различаются в зависимости от критерия:

- в зависимости от характера и степени общественной опасности выделяются категории преступлений (ст. 15 УК);

- в зависимости от формы вины законодатель различает умышленные и неосторожные преступления;

- по степени реализации преступного умысла преступления делятся на оконченные и неоконченные (ст. 30 УК);

- по объекту уголовно-правовой охраны классифицированы преступления в Особенной части УК;

- по характеру законодатель выделяет преступления экстремистской направленности (ч. 1 ст. 282), террористическую деятельность (ч. 1 ст. 205) и пр.

В рамках данной статьи нет необходимости подробно аргументировать дифференцирующее уголовно-правовое значение каждой из указанных нормативных классификаций преступлений.

Представляется важным отметить другое. Перечисленные нормативные классификации пре-

¹² Кругликов, Л. Л., Смирнова, Л. Е. Указ. соч. – С. 18.

¹³ Эта задача является, по сути, технико-юридической. Необходимость ее решения может быть обусловлена различными причинами: противоречивостью нормативных актов; значительным объемом нормативного материала; отсутствием единой системы структурирования нормативного материала; наличием большого числа оценочных признаков и понятий и пр. (см.: Кругликов, Л. Л. Унификация в уголовном праве / Л. Л. Кругликов, Л. Е. Смирнова. – СПб., 2008. – С. 162).

¹⁴ Дагель, П. С. Взаимодействие уголовного материального и процессуального права в регулировании общественных отношений / П. С. Дагель // Правоведение. – 1972. – № 2. – С. 94.

¹⁵ Кругликов, Л. Л., Смирнова, Л. Е. Указ. соч. – С. 94.

ступлений различаются не только по критериям, но и по объему. Достаточно сравнить объемы классификаций преступлений по объекту уголовно-правовой охраны и, например, по форме вины.

Они различаются и по логической структуре. Например, виды преступлений классифицируются в Особенной части УК по видоизменяющему признаку. Классификации преступлений по форме вины (умышленные и неосторожные), по степени реализации преступного умысла (оконченные и неоконченные) являются дихотомическими. Этой же логике подчиняется выделение разновидностей преступлений экстремистской направленности или террористической деятельности.

С точки зрения классификации, имеющей дихотомическую структуру, все преступления, предусмотренные в УК РФ, делятся на преступления экстремистской направленности и преступления, которые такой направленности не имеют. Такая классификация имеет уголовно-политический смысл и преследует специфические цели.

Можно утверждать, что каждая из закрепленных в УК нормативных классификаций преступлений имеет свои собственные уголовно-политические функции (свои социально-политические основания и уголовно-политические цели). При всех указанных различиях их нормативное закрепление является результатом законодательной оценки социально-политического и правового значения преступления как социального феномена.

В этом контексте *под видами преступлений мы понимаем элементы нормативных классификаций преступлений, выделенные законодателем на основе их социально-правовой оценки в интересах уголовно-правового регулирования (дифференциации ответственности).*

Однако дифференциация ответственности не единственная цель унификации. Она является таковой только в случаях использования приема нормативной классификации преступлений. Как уже отмечалось, посредством унификации могут решаться различные уголовно-правовые и технико-юридические задачи.

Эффективность уголовно-правового регулирования может обеспечиваться унификацией не только уголовно-правовых норм и понятий, но также текстуальных форм. Этим достигается единообразие значений законодательных текстов и, следовательно, единообразие их толкования. Таким образом, по сути, унификация текстуальных форм закона служит важным средством реализации принципа законности. Да, пожалуй, и не только этого принципа уголовного права.

С точки зрения текстуальных форм в объективной стороне конкретных составов преступлений выделяются наиболее часто встречающиеся, повторяющиеся приемы отображения признаков деяния. Точнее сказать, в статьях Особенной части УК законодатель использовал ограниченное чис-

ло терминов (или стилистических приемов) для определения признаков деяния; а именно: «причинение»; «угроза»; «отказ»; «принуждение»; «незаконное действие»; «нарушение прав»; «нарушение порядка»; «воспрепятствование»; «фальсификация»; «вовлечение (склонение)»; «легализация»; «уклонение»; «злостное уклонение»; «злоупотребление полномочиями»; «превышение полномочий»; «организация (создание)»; «угон»; «нападение»; «разглашение»; «подкуп».

Оказывается, при всем многообразии статей Особенной части УК и предусмотренных в них преступлений признаки деяния определяются всего девятнадцатью терминами (в том числе стилистическими приемами). Статистика их использования различна. На долю стилистического приема «незаконное действие» приходится самое большое число статей Особенной части УК (36). Несколько меньше (но также внушительно) представлен стилистический прием «нарушение порядка» (16). Некоторые термины законодатель использовал всего дважды – «угон»; «превышение полномочий»; «легализация».

Дальнейший анализ статистики использования законодателем тех или иных приемов описания признаков деяния обнаруживает ряд закономерностей. Например, термин «причинение» используется при описании основных признаков деяния в составах преступлений против личности (большая часть из них – преступления против жизни и здоровья). Как «незаконное действие» определяются признаки деяний, предусмотренных в главах 22, 24, 25, 26 УК. Как «нарушение порядка» – в главах 22, 25, 26, 32 УК.

Несмотря на приблизительность приведенных примеров (более точный анализ – предмет отдельного исследования), очевидно, что способы описания признаков деяний находятся в прямой зависимости от особенностей объектов уголовно-правовой охраны. Следовательно, их значение не ограничивается только «техническим» (лингвистическим) аспектом законодательного текста. В унификации приемов описания признаков деяния следует усматривать и правовые основания.

Из этого вывода вытекает другой – толкование признаков деяния при применении уголовного закона также должно быть унифицировано (но лишь в той мере, в какой унифицированы приемы его описания). Здесь открывается новое поле для научных исследований: что можно рассматривать в качестве основания для унифицированного толкования признаков преступного деяния; какими должны быть пределы этой унификации и т. п.

По разъяснениям Верховного суда РФ (и Верховного суда СССР из числа действующих) можно судить о наметившейся унификации толкования признаков деяний, описанных в законе одними и теми же способами. Однако некоторые виды деяний требуют особого внимания по ряду технико-юридических и правовых оснований.

Унификация текстуальных форм (приемов описания признаков деяния в объективной стороне состава преступления) дает нам предложение ввести в научный оборот понятие «*виды преступного деяния*», различающиеся по выделенному законодателем типичному (повторяющемуся) способу описания (определения) деяния.

В отличие от нормативной классификации преступлений (видов преступлений), имеющей исключительно правовую природу и правовые функции, виды преступного деяния представляют собой технико-юридический прием для обеспечения единообразия применения уголовного закона.

ПРИЧИНЫ И ПРОБЛЕМЫ МОЛОДЕЖНОЙ НАРКОМАНИИ САХАЛИНСКОЙ ОБЛАСТИ

Наркотизм и наркомания, отягощенные неблагополучием общества в кризисный или переходный период, в условиях материального неравенства, падения его нравственных устоев становятся частью общеуголовной преступности, выступают в качестве условий, способствующих ее росту и ужесточению. В то же время связь между преступностью и наркотиками может быть и обратной, когда наркомания становится ее следствием. В частности, достаточно широко распространен процесс приобщения к наркотикам после совершения преступления, во время нахождения в следственном изоляторе или в местах лишения свободы либо в процессе общения с преступной средой после отбытия уголовного наказания. Будучи следствием преступности, она сама начинает выступать в качестве иницилирующего фактора в совершении новых преступлений. И таким образом порочный круг (преступление – наркотики – новое преступление) оказывается замкнутым. Наркопреступность тесно связана с организованной преступностью, имеет контакты на региональном, государственном и международном уровнях, характеризуется способностью к перерождению в новые более опасные формы. Она дестабилизирует все составляющие общества, обеспечивающие его жизнедеятельность: подрывает экономику, влечет негативные последствия социального, политического, медицинского характера, оказывает прямое влияние на ухудшение социально-психологического климата, нравственной атмосферы общества.

На борьбу с наркотизмом и лечение от наркомании требуется привлечение большого количества людей и выделение денежных средств. Опасность наркомании и наркопреступности настолько велика, что они способны не только стать тормозом в социально-экономическом развитии общества, но и необратимо подорвать здоровье нации, лишит будущего население целой страны. Наркотизированные, больные физически и нравственно люди вряд ли будут способны решать общественно значимые задачи.

В каждой стране, социальной группе значительное место занимает молодежь. Обладая социальными признаками разных общностей, она различается по своим материальным возможностям, ценностным ориентациям, образу и стилю жизни, роли и месту в становлении нового общества. С целью изучения специфики наркомании среди молодежи Сахалина автором на базе научно-практической лаборатории ЮСИЭПиИ правовых проблем девиантного поведения в условиях переходного общества были проведены пилотажные социологические исследования, в ходе которых было опро-

шено более 200 респондентов. Чтобы представить более полную картину, были опрошены молодые люди различных социальных групп, среди них учащиеся средних школ, ПТУ, техникумов, студенты вузов, работающие и временно не работающие. Опрошенные респонденты были в возрасте от 11 до 29 лет; 110 женского пола, 90 – мужского.

Социологическое исследование проходило с июня 2008 по октябрь 2009 г. Перед нами стояли следующие задачи:

- 1) определить количество употребляемых наркотиков молодежью и их ассортимент;
- 2) определить причины и проблемы (по мнению самой молодежи) наркомании;
- 3) способы приема наркотических средств;
- 4) отношение к факту наличия наркомании в нашей стране и Сахалинской области.

При изучении молодежной наркомании автор привлек различные материалы, статистические данные. Результаты опроса, проведенного автором, помогли более точно обозначить тенденции, определить направления развития процессов, связанных с наркоманией в Сахалинской молодежной среде.

Изучая проблему наркомании на Сахалине и Курилах, мы выяснили, что часть молодых людей негативно относится к самому факту наркомании в нашей стране и области. То же отмечают исследователи Б. А. Ручкин и Е. А. Гришина [5], ссылаясь на данные всероссийского опроса, согласно которому большинство молодых людей негативно относится к потреблению наркотиков. Но при этом даже на уровне ответов респондентов прослеживается, что наркотики частью молодежи воспринимаются как нечто допустимое, вполне приемлемое. Такая же тенденция прослеживается и среди молодежи Сахалинской области. Так, на вопрос, как вы относитесь к факту наличия наркомании в нашей стране и на Сахалине, отрицательно ответили 73 %; положительно 15 %; безразлично 12 %.

По образованию респонденты распределились следующим образом:

- высшее и неполное высшее образование – 20,5 %;
- среднее специальное – 23 %;
- среднее общее – 27 %;
- неполное среднее и начальное профессиональное – 29,5 %.

Корреляция между образовательным уровнем и началом потребления наркотиков позволила сделать следующий вывод: образование не препятствует наркотизации, и независимо от него приобщение к наркотикам зачастую происходит в подростковом возрасте. Исключение составляют лишь малограмотные наркоманы. Как показали

дальнейшие исследования, абсолютное большинство людей этой категории начало потреблять наркотики будучи взрослыми.

Проведенный опрос показал, что процесс приобщения молодежи, подростков, детей к потреблению наркотических средств начинается с *информированности* молодежи об их существовании и действии. Надо признать, что этот механизм превратился в элемент молодежной коммуникации, а сама тема наркотиков – в элемент массовой молодежной субкультуры со своими стойкими мифами. Для молодого человека, и особенно для подростка, употребление наркотиков может означать «вхождение в мир взрослых» либо «протест против общества, которое мне не нравится». Как правило, информирование происходит через межличностную коммуникацию в местах совместного общения и времяпровождения молодежи. Сегодня на Сахалине более 65 % детей, подростков и молодежи (11–29 лет) информированы об основных видах наркотических и психотропных веществ. При этом большая часть молодежи толерантна в отношении эпизодического потребления наркотиков. На Сахалине наиболее известны и часто употребляют продукты индийской конопли – 70 %, которые получают при специальной подготовке:

- семечки – 5 %;
- солома – 5 %;
- героин – 5 %;
- таблетки – 10 %;
- другие – 54 %.

В ходе исследования было установлено, что 36 % опрошенных молодых людей пробовали и употребляют наркотики, большинство из них, то есть 55 %, это девушки, 45 % – мужчины, возраст этих респондентов приходится на 15–20 лет.

Другую причину роста наркомании, особенно женской, мы выводим из *напряженности* мировоззренческих вопросов человеческого сознания, исходящих из центральной для современности антропологической проблематики. Современная девиация вызвана проблемой сохранения целостности мировоззрения человека, его связи с миром, возвращения человека к подлинности своего существования. Данная проблема обусловлена широким диапазоном причин – от мировоззренческого «бегства человека от себя» [9] до идеологического разрушения единства человека и мира. Современные тенденции рыночной экономики, доминирующие в обществе, утверждают исследователей, как российских, так и зарубежных, в том, что «человек сам стал для себя проблемой» [7]. Человек эпохи компьютеров, видеоигр, потребительского изобилия и интернетовской «мировой деревни» живет как бы в транс виртуального мира, как бы под своеобразным гипнозом. Он не является уже прежним человеком, который мог рассчитывать на самостоятельную свободу воли и на нахождение какой-то истины о реальном мире – будь она

религиозной, научной или просто обывательской, с помощью размышлений. Философы, занимающиеся антропологической тематикой, заговорили о «хаотическом сознании», об утрате смыслового центра и фундамента мышления и сознания, об исчезновении с горизонтов современной культуры самой проблемы ценности и истины [1; 2].

Наибольший процент молодых людей, употребляющих наркотики, приходится на:

- студентов вузов и техникумов (45,5 %);
- учащихся ПТУ (20,5 %);
- учащихся средних школ (17 %);
- военнослужащих срочной службы (9,5 %).

Это дает возможность сделать предположение о частичной маргинализации учащейся молодежи.

Материальные условия проживания на Сахалине у подавляющего большинства опрошенных подростков и молодежи, согласно их самооценкам, являются «бедные» – 80,5 %. Только 19,5 % респондентов отнесли себя к средним и богатым, хотя эти оценки носят субъективный характер. Но вместе с тем очевидна связь между характером социальной среды и отношением подрастающего поколения к наркотикам. Самая высокая доля употребляющих наркотики – в бедных семьях, там она в четыре раза выше, чем в семьях с материальным достатком, в группах «средние» и «богатые».

Все большая дифференциация жизненного уровня разных слоев общества и возрастающая криминогенная обстановка, отсутствие уверенности в личных возможностях молодого поколения – главные причины кризисных явлений во многих российских семьях, утративших социализирующий потенциал воспрепятствовать приобщению своих детей к потреблению наркотических веществ. Так, по опросам 55 % респондентов живут в общежитии, 17 % снимают квартиры, служат в армии 11,5 %.

Большинство учащейся и неработающей молодежи свое свободное время проводят бесцельно, неорганизованно, собираясь в компании своих друзей. Исследование показало, что именно в компании друзей на квартирах, в местах тусовок часть молодежи, в основном школьники и молодые люди, обучающиеся в ПТУ, принимают или пробуют в первый раз наркотики.

На вопрос, как вы оцениваете систему досуга в вашем городе, на «неудовлетворительно» оценили 17 %; «удовлетворительно» – 53; «хорошо» – 30 %; в сельских местностях на «неудовлетворительно» оценили более 70 % респондентов.

На вопрос, употребляют ли ваши знакомые наркотические вещества, положительный ответ дали 35,5 %; отрицательный – 52; затрудняются ответить 12,5 % опрошенных.

Следует также отметить тревожную тенденцию, которая проявляется в том, что молодежь практически не читает художественную литературу, мало читает газеты и журналы. Четко прослеживается

взаимозависимость между немедицинским приемом наркотиков и низким культурным уровнем молодежи. Среди респондентов, употребляющих наркотики, 31 % указали на отсутствие интересов к чтению книг, журналов.

Автором исследовались ценностные ориентации молодежи. В связи с этим респондентам был задан вопрос: «Что вы больше всего цените в жизни?». Ответы респондентов показывают, что современная молодежь на первое место ставит деньги, то есть материальное благополучие, на втором месте здоровье. Основная часть молодежи считает, что здоровье и деньги неразрывно связаны в рыночной экономике. На третьем месте – уважение друзей. Однако уважение друзей очень часто связывает опять-таки с материальным благополучием, то есть чем больше денег, тем больше уважение друзей.

В то же время в целом следует отметить сравнительно высокий рейтинг ценности семьи и дружеских привязанностей среди всех групп опрошенных, что коррелирует с приоритетами досугового поведения молодежи, где доминируют встречи с друзьями и общение с родными. В результате социологического опроса выявлена настораживающая тенденция современности – падение авторитета родителей у подрастающего поколения. Такая тенденция фиксировалась В. Райх [4] в Германии периода экономического кризиса, который связывал этот процесс с разорением среднего класса. В результате чего молодежь не могла рассчитывать на своих родителей, которые в результате разорения не могли оплатить их образование и оставить им свой бизнес, то есть не могли обеспечить их будущее, и молодым приходилось рассчитывать только на себя. Кроме разорения, причины падения авторитета родителей В. Райх выводил из авторитарности отношений в семье. Эти тенденции мы наблюдаем в современной российской семье – авторитарность родителей периода тоталитарных отношений в государстве, которая до сих пор не изжита на бытовом уровне. Отмечая это, М. Бакунин говорил, что Россию погубит патриархальность. Отсутствие собственности у большинства семей, что означает, что подросток не получит готового бизнеса от родителей и ему надо надеяться только на себя. Большинство родителей в новой рыночной ситуации оказались несостоятельны, так как очень часто уважение родителей молодые люди связывают с их материальным благополучием.

Исследование, проведенное авторами, показало, что:

- 4 % молодых людей занимаются в кружках по интересам;
- спортом занимаются 19,5 %;
- собираются с друзьями в любимом месте (на квартире, сквере, подъезде) 45 %.

Исследование также показало, что самих родителей отличает пассивный образ жизни и способ проведения досуга. В редких случаях родители занима-

ются спортом и художественным творчеством.

На этом фоне низкий уровень активности молодежи в сфере социального досуга находит объяснение в слабой выраженности у нее социально-ориентированных ценностей, таких, как творческая и коллективная деятельность и т. п.

Изучая причины, препятствующие качественной организации досуга, мы установили, что для многих респондентов препятствием к организованному проведению свободного времени являются домашние дела (учащиеся), дополнительная работа и усталость. При этом значительная часть молодежи считает, что им ничего не мешает проводить свободное время так как хочется. Наиболее высок процент таких респондентов среди работающих, то есть той группы молодежи, которая меньше вовлечена в различные формы досуговой деятельности. Это говорит о том, что нежелание самостоятельно организовать досуг является во многом добровольным выбором значительной части молодежи от 14 до 29 лет.

По различным причинам, связанным с употреблением наркотических средств, в России ежегодно умирает до 70 тысяч человек [3]. В лечебных учреждениях Сахалинской области в течение 2005 года было зарегистрировано 74 случая отравления наркотическими веществами и психотропными средствами. Из них – 13 со смертельным исходом. В 2006 году выявлено 93 случая отравлений, со смертельным исходом – 45. В 2007 году зарегистрировано 28 случаев отравлений, три со смертельным исходом [6].

По мнению медиков, средняя продолжительность жизни наркоманов, употребляющих наркотики непрерывно и внутривенно, составляет семь-десять лет. Основными причинами остаются передозировка и отравление наркотиками, токсическое повреждение внутренних органов и систем организма человека [3].

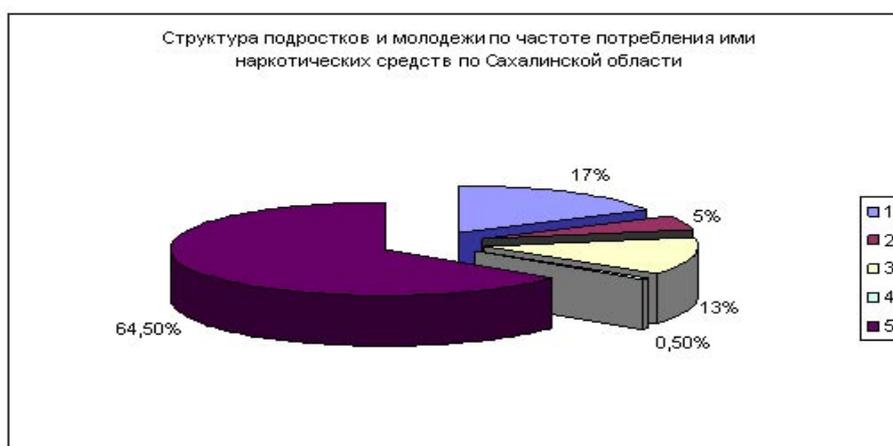
На Сахалине по итогам опроса авторы выделили четыре типологических группы лиц, употребляющих наркотические вещества:

- 1) ежедневно употребляют 17 % респондентов;
- 2) еженедельно и один раз в две недели – 5 %;
- 3) пробовал несколько раз – 13 %;
- 4) пробовал один раз – 0,5 %;
- 5) не пробовал – 64,5 %.

Наркозависимыми в обследуемой группе правомерно считать те 17 % подростков и молодежи, кто потребляет ежедневно. Это показатель потенциальных больных наркоманией. Мы выделяем особую группу – «группу риска», это 13 % (молодежь, пробовавшая несколько раз наркотические вещества).

Подводя итоги исследования специфики проявления наркомании среди молодежи Сахалина и Курилы, мы можем сделать следующие выводы:

1. Стремительно растет опиумная наркомания. Опиаты, употребляемые наркоманами, на Сахалине почти на 100 % изготовлены с применением различных суррогатов, приводящих к ускорению



- 1) Ежедневно употребляют; 2) еженедельно и один раз в две недели;
3) пробовал несколько раз; 4) пробовал один раз; 5) не пробовал.

наркозависимости и разрушению личности.

2. Средняя продолжительность жизни наркоманов, употребляющих наркотики непрерывно и внутривенно, на Сахалине составляет пять-семь лет, то есть на два-три года меньше, чем по России, в связи с низким качеством наркотиков. Из-за определенной изолированности региона, сложностей доставки наркотических средств с материковой части, в связи с тем, что растения, содержащие наркотические вещества (конопля), не вызревают, на Сахалине распространяются наркотики низкого качества, что приводит к высокой смертности наркоманов.

3. Прогрессирует женская наркомания, что, на наш взгляд, вызвано социальными факторами (трудности с устройством на интересную престижную работу, решение жилищных проблем); психологическими (слабая стрессоустойчивость и повышенная эмоциональная восприимчивость); человеческими (круг общения, уровень саморазвития личности). Соответственно остро встает проблема потомства наркоманов, что представляет реальную угрозу будущим поколениям.

4. Основной причиной и главным мотивом употребления наркотиков является любопытство подростков, желание получить ощущение удовольствия. Такой фактор, как тяжелое экономическое положение семей, играет роль «пускового механизма» в приобщении подростков к наркотикам, хотя и не является определяющим фактором.

5. Плохо организованная система досуга, особенно в сельских районах, дополнительно способствует распространению наркомании среди молодежи.

6. Резкое снижение авторитета родителей у молодежи, особенно с невысоким уровнем доходов, приводит к тому, что подростки родительские советы воспринимают иронично. Социальные ценности, которыми жили «отцы», в рыночной ситуации в подавляющем большинстве утратили практическое значение и не наследуются молодыми людьми, поскольку, как они считают, непригодны ни для их настоящей, ни для будущей жизни.

7. На Сахалине мы наблюдаем, как и по всей России, кризис идентичности, возникновение которого в первую очередь связано с подменой в сознании молодого поколения нравственных ценностей индивидуалистически-эгоистическими и корпоративными, формирующими в сознании антисоциальные ориентации и модели поведения, направленными на достижение собственных корыстных целей в ущерб общественным, культивируемым в советский период.

Библиографический список

1. Бодрийар, Ж. В тени молчаливого большинства, или Конец социального / Ж. Бодрийар. – Екатеринбург: изд-во Уральского университета, 2000. – С. 102.
2. Лиотар, Ж-Ф. Состояние постмодерна. «Институт экспериментальной социологии» / Ж-Ф. Лиотар. – М.: изд-во «АЛЕТЕЙЯ», 1998. – С. 160.
3. Парламентские слушания Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации от 25 ноября 2004 г. – С. 3–4.
4. Райх, В. Психология масс и фашизм / В. Райх. – СПб., М.: «Университетская книга» АСТ, 1997. – С. 380.
5. Ручкин, Б. А. Российская молодежь сегодня: десять основных проблем / Б. А. Ручкин, Е. А. Гришина // Молодежная политика. Информационный бюллетень Государственного комитета Российской Федерации по молодежной политике и института молодежи. – М., 1999. – № 196–197. – С. 29.
6. Харрисон, Л. Главная истина либерализма. Как политика может изменить культуру и спасти ее от себя самой / Л. Харрисон. – М.: Новое издательство, 2008. – С. 282.
7. Шелер, М. Ресентимент в структуре моралей / М. Шелер. – М.: Наука, 1999. – С. 231.
8. Фромм, Э. Догмат о Христе / Э. Фромм. – М.: Олимп, ООО «Издательство АСТ–ЛТД», 1998. – С. 416.

РАЗДЕЛ V

ГРАЖДАНСКИЙ И УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

ВЗАИМНОСТЬ КАК НЕОБХОДИМОЕ УСЛОВИЕ ДЛЯ ПРИЗНАНИЯ И ПРИВЕДЕНИЯ В ИСПОЛНЕНИЕ РЕШЕНИЙ ИНОСТРАННЫХ СУДОВ В ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Одной из форм защиты прав иностранных лиц на территории Российской Федерации является ее согласие на признание и приведение в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений, которое может быть выражено как в положениях заключенных ею международных договоров, так и нормах национального законодательства.

Внутригосударственную нормативную базу в сфере признания и приведения в исполнение решений иностранных судов в Российской Федерации составляют: Федеральный конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации»¹ (далее – ФКЗ «О судебной системе»), Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации² (далее – ГПК РФ), Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации³ (далее – АПК РФ), Указ Президиума Верховного Совета СССР «О признании и исполнении в СССР решений иностранных судов и арбитражей»⁴ (далее – Указ).

Согласно ч. 3 ст. 6 ФКЗ «О судебной системе»: «Обязательность на территории Российской Федерации постановлений судов иностранных государств, международных судов и арбитражей определяется международными договорами Российской Федерации».

Данная формулировка позволяет некоторым авторам утверждать, что в законодательстве России, как и прежде в советском законодательстве, закреплено положение о допущении исполнения иностранных судебных решений лишь при наличии с государством, суд которого вынес решение, международного договора, предусматривающего

такое исполнение⁵. Очевидно, что подобные представления и привели к отсутствию согласованности между ГПК РФ, который в п. 1 ст. 409 в качестве основания признания и приведения в исполнение иностранного судебного решения указывает лишь на наличие международного договора, и АПК РФ, который в п. 1 ст. 241 предусматривает, что помимо международного договора решение данного вопроса может определяться и федеральным законом. Это, в свою очередь, приводит к тому, что некоторые ученые, например, С. С. Сорокина, считают, что положения ст. 1 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», предусматривающие возможность признания иностранных судебных решений на условиях взаимности, не могут быть применены⁶.

На наш взгляд, ч. 3 ст. 6 ФКЗ «О судебной системе» определяет лишь обязательность постановлений судов иностранных государств, с которыми у Российской Федерации имеются международные договоры, что соответствует ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации, следовательно, возможность признания и приведения в исполнение решений иностранных судов в отсутствие такого договора данным законом не исключается и может быть предусмотрена в иных федеральных законах.

Следует отметить, что анализ российского законодательства не позволяет выделить конкретную доктрину, лежащую в основе признания решений иностранных судов в России, неоспоримым является лишь наличие такого основания, как организованная позитивная взаимность. Организованная позитивная взаимность – это взаимность

¹ Федеральный конституционный закон от 31.12.1996 № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» в ред. от 05.04.2005 // Компьютерная справочная правовая система Консультант Плюс. Версия Проф. – Режим доступа: www.consultant.ru.

² Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ в ред. от 25.11.2008 // Компьютерная справочная правовая система Консультант Плюс. Версия Проф. – Режим доступа: www.consultant.ru.

³ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ в ред. от 03.12.2008 // Компьютерная справочная правовая система Консультант Плюс. Версия Проф. – Режим доступа: www.consultant.ru.

⁴ Указ Президиума Верховного Совета СССР от 21.06.1988 № 9131-XI «О признании и исполнении в СССР решений иностранных судов и арбитражей» с изм. от 24.07.2002 // Компьютерная справочная правовая система Консультант Плюс. Версия Проф. – Режим доступа: www.consultant.ru.

⁵ См.: Хабриева, Т. Я. Международное сотрудничество в области признания и исполнения иностранных судебных решений / Т. Я. Хабриева // Журнал российского права. – 2006. – № 8 (Компьютерная справочная правовая система Консультант Плюс. Версия Проф. – Режим доступа: www.consultant.ru); Конев, Д. В. Отдельные вопросы признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений / Д. В. Конев // Арбитражный и гражданский процесс. – 2007. – № 1, 2.

⁶ См.: Сорокина, С. С. Правовая сущность и предпосылки признания и исполнения иностранного судебного решения: заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве / С. С. Сорокина. – М., 2004. – С. 214.

в отношениях между государствами, обеспечиваемая посредством заключения международного договора⁷.

На наш взгляд, данный подход не соответствует современной действительности и, более того, препятствует защите интересов российских лиц как за рубежом, так и на родине.

Так, например, ст. 118 (4) ГПК Японии для признания и приведения в исполнение решений иностранных судов необходимым условием предусматривает наличие «гарантии взаимности» в стране суда, вынесшего решение. В своем постановлении от 5 декабря 1933 г. Высокий кассационный суд Японии дал следующие разъяснения данному условию: «...достаточно того, чтобы в иностранном государстве решения Японских судов признавались на таких же или более мягких условиях, чем в Японии, при этом решения Японских судов не должны пересматриваться по существу»⁸.

В постановлении Суда Токийского района от 20 июля 1960 г. данное требование ГПК Японии трактуется уже более либерально: «...гарантия взаимности не обязательно должна быть четко предусмотрена двусторонним либо многосторонним договором, участниками которого являются государства, достаточно того, чтобы такая гарантия имела в законодательстве либо прецедентном праве иностранного государства, либо была обнаружена в его судебной практике»⁹.

Таким образом, в признании и приведении в исполнение решения российского суда в Японии, с которой у Сахалинской области имеются тесные экономические связи, будет отказано, так как в российском законодательстве практически не предусмотрена возможность признания иностранного судебного решения в отсутствие международного договора. Что и было сделано в деле о признании и приведении в исполнение решения бельгийского Хозяйственного суда, вынесенного против японской компании, при этом суд Японии обосновал свой отказ тем, что, «согласно ст. 10 Гражданского процессуального кодекса Бельгии, бельгийские суды могут привести в исполнение решение суда

иностранного государства, с которым у Бельгии имеется соответствующий договор»¹⁰.

Очевидно, что аналогичная ситуация сложится и в отношении решения российского суда, которое необходимо исполнить в Японии. Таким образом, представляется целесообразным закрепить в законодательстве Российской Федерации возможность признания и приведения в исполнение решений иностранных судов и в отсутствие международного договора.

В связи с чем считаем необходимым дополнить имеющееся основание взаимностью факультативной, сформулированной с использованием способа прямого закрепления. Факультативная взаимность – это дополнительное по отношению к другим видам взаимности основание для совершения процессуальных действий государством при отсутствии международного договора¹¹. Например, Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь предусматривает признание и приведение в исполнение иностранных решений хозяйственными судами как при наличии международного договора, так на основании принципа взаимности в случае отсутствия договора¹².

Таким образом, предлагаем изложить ч. 1 ст. 409 ГПК РФ следующим образом:

«Решения иностранных судов, в том числе решения об утверждении мировых соглашений, признаются и исполняются в Российской Федерации, если это предусмотрено международным договором Российской Федерации, а при отсутствии такового на основании принципа взаимности.

Наличие взаимности предполагает, что в законодательстве государства, суд которого вынес судебное решение, дело о признании и приведении в исполнение которого рассматривает российский суд, предусмотрена возможность признания и приведения в исполнение решений российского суда на таких же или более льготных, чем предусмотренных настоящим Кодексом, условиях либо в судебной практике такого государства имеются случаи признания и приведения в исполнение решений российских судов.

⁷ См.: Брановицкий, К. Л. Принцип взаимности в международном гражданском процессе / К. Л. Брановицкий // Компьютерная справочная правовая система Консультант Плюс. Версия Проф. – Режим доступа: www.consultant.ru.

⁸ Nagoya University. Dispute Resolution in Japan PART II: Recognition and Enforcement of Foreign Judgments / <http://www.gsid.nagoya-u.ac.jp/project/apec/lawdb/japan/dispute/disp2-en.html#2.2.6>.

⁹ Nagoya University. Dispute Resolution in Japan PART II: Recognition and Enforcement of Foreign Judgments / <http://www.gsid.nagoya-u.ac.jp/project/apec/lawdb/japan/dispute/disp2-en.html#2.2.6>.

¹⁰ Nagoya University. Dispute Resolution in Japan PART II: Recognition and Enforcement of Foreign Judgments / <http://www.gsid.nagoya-u.ac.jp/project/apec/lawdb/japan/dispute/disp2-en.html#2.2.6>.

¹¹ См.: Брановицкий, К. Л. Указ. соч.

¹² См.: Каменков, В. С. Опыт хозяйственных судов Республики Беларусь по признанию и приведению в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений / В. С. Каменков // Арбитражный и гражданский процесс. – 2007. – № 2 (Компьютерная справочная правовая система Консультант Плюс. Версия Проф. – Режим доступа: www.consultant.ru).

Если не доказано обратное, наличие взаимности предполагается».

При этом доказывание отсутствия взаимности фактически возложено на ответчика (должника), который так же, как если бы было необходимо доказывать наличие взаимности истцу (взыскателю), обращается в органы юстиции с запросом о наличии взаимности в соответствующем государстве и при получении отрицательного ответа предоставляет его рассматривающему дело суду в качестве доказательства ее отсутствия.

В АПК РФ, на наш взгляд, также необходимо предусмотреть возможность признания и приведения в исполнение постановлений иностранных судов на основе взаимности, которая, как и в случае с ГПК РФ, должна иметь факультативный характер и быть прямо закреплена в правовой норме.

Кроме того, согласно абз. 2 ст. 3 Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 96-ФЗ «О введении в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации», «впредь до приведения в соответствие с Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации связанные с Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации федеральные законы и иные нормативные правовые акты, а также Указ Президента Верховного Совета СССР от 21 июня 1988 г. № 9131-ХІ “О признании и исполнении в СССР решений иностранных судов и арбитражей” с момента введения в действие настоящим Федераль-

ным законом Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации применяются в части, не противоречащей Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации».

Таким образом, помимо процессуальных кодексов вопросы признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений до настоящего времени регулирует и названный Указ.

Представляется, что единственными сохраняющими действие положениями Указа являются правила его ст. 10, касающиеся признания не подлежащих принудительному исполнению решений иностранных судов, так как анализ норм действующего АПК РФ показывает, что в нем отсутствует специальное регулирование признания иностранных судебных решений, не требующих принудительного исполнения.

Так, согласно ч. 1 ст. 10 Указа: «Решения иностранных судов, которые не подлежат принудительному исполнению, признаются без какого-либо дальнейшего производства, если со стороны заинтересованного лица не поступят возражения против этого». Последующие части данной статьи устанавливают порядок рассмотрения судом заявлений заинтересованных лиц против признания иностранных решений.

На наш взгляд, вместо сохранения действия акта советского периода было бы более целесообразным внедрить соответствующие нормы непосредственно в АПК РФ.

К ВОПРОСУ О БЕЗОПАСНОСТИ ОБЖАЛОВАНИЯ В РОССИЙСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

Общим принципом всей правовой системы РФ, как и любого правового государства, является признание права на жалобу, заключающегося в том, что каждый, кто считает, что то или иное решение, действие, бездействие публичных властей нарушает его права, свободы или интересы, вправе обратиться в компетентные инстанции с соответствующей жалобой, удовлетворение которой устраняет нарушение. Жалоба может быть признана такими инстанциями обоснованной или необоснованной, но она должна быть принята и рассмотрена в установленном порядке.

Однако право на жалобу всегда будет оставаться ущербным, если не иметь в виду еще один его аспект: отсутствие элемента риска при использовании этого права. То есть жалующийся должен иметь предусмотренные законом гарантии того, что использование права на жалобу не повлечет для него самого негативного результата. Под негативным результатом понимается не отказ в удовлетворении жалобы (вполне естественный, если она неосновательна), а ухудшение положения жалующегося по сравнению с тем, которое имело место до подачи жалобы.

Применительно к актам судебной власти право на жалобу означает, что каждый, кто не согласен с имеющим к нему отношение судебным актом, должен иметь:

- во-первых, право обжаловать этот акт в вышестоящую судебную инстанцию;
- во-вторых, легальную гарантию того, что использование права на жалобу во всяком случае не навредит ему, то есть не повлечет принятия вышестоящей судебной инстанцией такого судебного акта, который ухудшит положение жалующегося по сравнению с его же положением, вытекающим из обжалуемого акта. Более коротко это можно назвать **«безопасностью обжалования»**.

Первое из этих условий в российском гражданском судопроизводстве выполняется, поскольку обжалованы в том или ином порядке (апелляционном, кассационном, надзорном) могут быть все решения и большинство определений судов.

В то же время ответ на вопрос о том, соблюдается ли второе условие (безопасность обжалования), отнюдь не столь бесспорен и ясен.

Для лучшего уяснения сути вопроса целесообразно привести сравнение со «смежной» отраслью права.

В уголовно-процессуальном праве данный аспект «права на жалобу» более или менее учтен путем установления принципа «недопустимости поворота к худшему», изложенного в ч. 2 ст. 369, ч. 1 ст. 370 УПК РФ – для апелляционного производства и ч. 2 ст. 383, 385 УПК РФ – для кассационного производства. Смысл этих норм вкратце состоит в том, что отмена оправдательного пригово-

ра или отмена обвинительного приговора в связи с его необоснованной мягкостью возможна только по содержащей данные кассационные основания жалобе (представлению) стороны обвинения, но никак не в результате рассмотрения кассационной жалобы осужденного (оправданного) или его защитника. Говоря проще, осужденный, обжалующий приговор по мотивам суровости наказания, может ожидать либо оставления приговора без изменения, либо его изменения в сторону смягчения наказания. Но он имеет **гарантии от законодателя**, что наказание не ужесточат непосредственно в суде второй инстанции (такое по УПК РФ вообще невозможно) и не отменят приговор с тем, чтобы такое ужесточение осуществил суд первой инстанции. То есть положение осужденного в уголовном деле в результате подачи им апелляционной (кассационной) жалобы может улучшиться или остаться неизменным, но не ухудшиться [1; 701–702].

В гражданском процессе тот же принцип **вытекал бы** из положения ч. 1 ст. 347 ГПК РФ, согласно которому: *«Суд кассационной инстанции проверяет законность и обоснованность решения суда первой инстанции исходя из доводов, изложенных в кассационной жалобе, представлении и возражениях относительно жалобы, представления»*. При отсутствии положения части второй той же статьи процитированная норма гарантировала бы «недопустимость поворота к худшему» для кассатора, поскольку включать в кассационную жалобу доводы против собственных интересов кассатор не станет, а возражения (в отличие от жалобы) поводом к отмене или изменению решения не являются; в возражениях приводятся доводы в пользу оставления решения без изменения, а не в пользу его отмены. Однако приходится употреблять сослагательное наклонение (**«вытекал бы»**), поскольку ч. 2 ст. 347 ГПК РФ, по сути дела, сводит на нет положение части первой той же статьи как «гарантию безопасности» кассатора.

Согласно тексту ч. 2 ст. 347 ГПК РФ, *«суд кассационной инстанции в интересах законности вправе проверить решение суда первой инстанции в полном объеме»*. Эта норма не может не вызывать ряд вопросов у правоприменителей (судей судов кассационной инстанции) и у лиц, профессионально занимающихся гражданско-процессуальной деятельностью (главным образом – адвокатов и иных представителей, участвующих в гражданских делах лиц). Вопросы возникают в связи с тем, что именно данная норма идет вразрез с безусловным, «естественным» правом каждого на безопасность обжалования.

Потенциальная направленность ч. 2 ст. 347 ГПК РФ против кассатора состоит в том, что эта норма,

позволяя суду второй инстанции «в интересах законности» пересматривать решение безотносимо к доводам жалобы, не содержит запрета осуществлять подобный пересмотр с результатом, который ухудшает положение cassатора по сравнению с тем, в каком он находится в соответствии с решением суда первой инстанции [2; 411].

В качестве весьма наглядного примера приведем реальное гражданское дело. (Автор данной статьи представлял лицо, далее обозначенное инициалом «Р.».)

В сентябре 2007 г. Р. и К. заключили предварительный договор на предмет будущей купли-продажи принадлежавшей Р. квартиры. К. внесла аванс и вселилась в квартиру, однако в указанный в предварительном договоре срок договор купли-продажи заключен не был. В январе 2008 г. Р. потребовала от К. освободить квартиру, но К. это сделать отказалась. После этого Р. предъявила к К. иск о выселении. Рассмотрение дела по вине К. затянулось; в мае суд вынес решение об удовлетворении иска Р., в законную силу оно вступило в июле 2008 г., но еще несколько месяцев не исполнялось.

Осенью 2008 г. К. предъявила к Р. иск о взыскании с нее двойной суммы «задатка» (фактически являвшегося авансом) и надуманных расходов по ремонту квартиры. Р. предъявила к К. встречный иск о взыскании по правилам ч. 2 ст. 1105 ГК РФ суммы, соответствующей сложившимся на рынке аренды жилья ценам, в качестве оплаты за проживание в квартире, которой К. неосновательно пользовалась с января 2008 г. (Началом неосновательного пользования Р. определила месяц, когда она потребовала от К. освободить квартиру.)

Суд первой инстанции частично удовлетворил оба иска. В пользу К. с Р. была взыскана одинарная сумма аванса, в возмещении расходов по ремонту отказано; в пользу Р. с К. была взыскана сумма, соответствовавшая рыночной стоимости коммерческого найма двухкомнатной квартиры «брежневка» в центре города (именно такая квартира была у Р.), но не за период с января 2008 г., а лишь за период с конца июля того же года, то есть со дня вступления в законную силу решения суда о выселении К.

В кассационной жалобе Р. содержалась просьба изменить решение суда в части разрешения встречного иска и удовлетворить его в полном объеме.

Суд кассационной инстанции оставил жалобу без удовлетворения, однако, руководствуясь ч. 2 ст. 347 ГПК РФ, отменил решение в части, касающейся встречного иска Р. к К., и вынес новое решение об отказе Р. во встречном иске в полном объеме.

Нетрудно увидеть, что прямого процессуального повода к отмене решения по встречному иску и отказу в нем не было, поскольку Р. просила как раз о противоположном – удовлетворить его полностью, а не частично, как это сделал суд первой инстанции. То есть об отмене решения в части встречного иска и полном отказе в нем никто не

просил. Сделано это было исключительно в ключе реализации положения ч. 2 ст. 347 ГПК РФ.

Что же получается?

Если бы Р. не обжаловала решение суда первой инстанции, ей осталась бы присуждена хотя бы та сумма, на которую эта инстанция удовлетворила ее требование. В результате подачи *ею же* кассационной жалобы, в которой она просила о полном присуждении требуемого, вынесено кассационное определение, по которому она не получает вообще ничего. И такие примеры далеко не единичны.

Можно спорить о том, правильно ли суд второй инстанции применил в приведенном примере материальный закон (личное мнение автора – это было сделано неправильно), но сейчас речь идет не об этом, а о проявившейся в данном деле процессуальной ущемности положения cassатора, рискующего в результате реализации права на жалобу получить в конечном счете результат в виде ухудшения ситуации в сравнении с той, которую создавало для него обжалуемое решение.

Автору могут возразить в том плане, что норма, содержащаяся в ч. 2 ст. 347 ГПК РФ, позволяет суду второй инстанции прореагировать на незаконность решения в части, которая не обжалована или (как в приведенном примере) обжалована не по тем мотивам, какие считает надлежащими для ревизии решения суд кассационной инстанции. Но тут уж приходится выбирать меньшее из двух зол. Видимо, если мы желаем жить в правовом государстве, то должны согласиться с таким доводом: оставить без изменения какое-то незначительное количество решений, пусть неправильных, но никем по мотивам этой неправильности не обжалованных, все-таки явно меньшее зло, нежели сохранение существующего положения, когда практически любой cassатор находится под дамокловым мечом нормы, позволяющей обратить поданную им жалобу ему же во вред. Ведь тем самым, в сущности, реализация священного для цивилизованного общества права на жалобу превращается для жалующегося в источник риска, что совершенно недопустимо.

Разумеется, совсем иная картина складывается, если решение обжаловано не одним, а несколькими лицами, участвующими в деле. Проиллюстрируем примером исхода дела, в котором автор публикации представлял ответчика «Г.».

...Ж. обратилась в суд с иском к К. и Г. о признании недействительным договора купли-продажи квартиры и возвращении квартиры в порядке реституции в наследственную массу Ш. Суть дела состояла в том, что К. имел доверенность от Ш. (отца Ж.) на продажу принадлежавшей Ш. квартиры и в момент, когда Ш. уже умер, продал по этой доверенности квартиру Г. Суд первой инстанции удовлетворил иск в части признания сделки недействительной, но отказал Ж. в иске в части применения реституции, поскольку признал Г. добросовестным приобретателем. Решение было обжаловано как истицей Ж., просившей удовлетворить

иск в полном объеме, так и ответчиком Г., просившим об отмене решения в удовлетворяющей части. Кассационная инстанция жалобу Ж. оставила без удовлетворения, а жалобу Г. удовлетворила, отменив решение в части признания договора недействительным и отказав в этой части в иске.

В данном случае, несомненно, кассационное определение ухудшило положение Ж. по сравнению с решением суда первой инстанции, поскольку признание сделки отчуждения квартиры от имени наследодателя недействительной (пусть и с отказом в требовании о реституции) давало ей возможность в будущем предъявить к Г. виндикационный иск в порядке ст. 301 ГК РФ; кассационное определение этот вариант развития событий исключило. Однако здесь не приходится говорить о применении ч. 2 ст. 347 ГПК РФ, поскольку решение в удовлетворяющей части отменено не в ревизионном порядке при рассмотрении жалобы Ж., а по жалобе Г., в которой содержалась просьба именно об этом. Следовательно, принцип безопасности обжалования в этом примере не нарушен.

Оба рассмотренных примера связаны с вынесением судом второй инстанции нового решения при отмене полностью или в части решения суда первой инстанции.

Однако интересен также вопрос о соблюдении принципа безопасности обжалования в том случае, когда кассационная инстанция отменяет решение суда первой инстанции с прекращением производства по делу либо с оставлением иска без рассмотрения (абз. 5 ст. 361, ст. 365 ГПК РФ).

...Между продавцом Б. и покупателем У. был заключен договор купли-продажи жилого дома в рассрочку, по которому 1/3 часть цены дома У. выплатил Б. в момент подписания договора, а остальные 2/3 части должен был в два приема выплатить позднее. Поскольку в установленный договором срок У. выплат не произвел, Б. обратился с иском к нему о расторжении договора купли-продажи, возврате дома и возмещении убытков.

Суд первой инстанции удовлетворил требования Б. в части расторжения договора купли-продажи и возврата дома, в иске же о взыскании убытков отказал, придя к выводу, что убытков Б. не понес.

Ответчик У. решение не обжаловал, а истец Б. подал кассационную жалобу, в которой просил отменить решение в отказывающей части и взыскать по сделанному им расчету с У. убытки, причиненные нарушением договорных обязательств.

Оставив без удовлетворения жалобу Б., суд кассационной инстанции отменил решение в полном объеме и оставил исковое заявление Б. без рассмотрения в соответствии с абз. 2 ст. 222 ГПК РФ, поскольку истцом не был соблюден досудебный порядок урегулирования спора, обязательный, согласно ч. 2 ст. 452 ГК РФ, по спорам о расторжении договоров.

В данном случае положение кассатора Б. в результате рассмотрения жалобы, несомненно, ухудшилось, поскольку суд первой инстанции удовлет-

ворил его требования в основной их части, кассационная же инстанция попросту привела ситуацию в положение, существовавшее до предъявления иска.

Однако здесь надо учитывать, что в отличие от диспозитивного характера ч. 2 ст. 347 ГПК РФ, устанавливающей, что суд второй инстанции *вправе* проверить решение в полном объеме, нормы ст. 220 и 222 ГПК РФ носят характер императивный. При наличии указанных в них оснований суд второй инстанции в соответствии со ст. 365 ГПК РФ не *вправе*, а *обязан* отменить решение (соответственно с прекращением производства по делу или с оставлением иска без рассмотрения) [3; 676]. Изъятия из установленных этими нормами правил означали бы допущение рассмотрения по существу исков, которые вообще не должны рассматриваться, и привели бы к очевидным правовым нонсенсам (например, к разрешению судами общей юрисдикции неподведомственных им споров, исков недееспособных или не уполномоченных на предъявление иска лиц и т. п.).

Учитывая сказанное, автор полагает, что обязанность суда кассационной инстанции независимо от доводов кассационной жалобы прекращать производство по делу и оставлять иск без рассмотрения (при наличии к тому оснований) должна быть сохранена без каких-либо исключений, хотя бы и связанных с принципом безопасности обжалования. Это же относится и к обязанности суда той же инстанции отменять решение в случаях, перечисленных в ч. 2 ст. 364 ГПК РФ.

Однако применительно к отменам в кассационном порядке решений судов первой инстанции с вынесением новых решений и изменениям решений в том же порядке необходимо дополнение процессуального закона, обеспечивающее безопасность обжалования.

По мнению автора, часть 2 ст. 347 ГПК РФ следует дополнить после слов «...в полном объеме» фразой (абзацем) такого содержания:

«При этом решение суда первой инстанции не может быть отменено с вынесением нового решения или изменено так, чтобы положение лица, подавшего кассационную жалобу, ухудшилось по сравнению с тем, которое следует из обжалуемого решения, если одновременно не рассматривается кассационная жалоба другого лица или кассационное представление прокурора, в которых содержится просьба об отмене или изменении решения с таким ухудшением».

Использованная литература

1. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный). – М.: Проспект, 2009. – С. 701, 702.
2. Гражданское процессуальное право / Под ред. М. С. Шакарян. – М.: Велби: Проспект, 2004. – С. 411.
3. Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный). – М.: Проспект, 2009. – С. 676.

РАЗДЕЛ VI

НОВОЕ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

СОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ ОПЕКЕ И ПОПЕЧИТЕЛЬСТВЕ

Проблемы защиты интересов детей, оставшихся без попечения родителей, и лиц, признанных судом недееспособными и ограниченно дееспособными, не являются новыми в науке семейного и гражданского права. Законодатель также стремится все детальнее урегулировать отношения, складывающиеся при организации и осуществлении помощи лицам, не способным самостоятельно представлять и защищать свои интересы.

Развивая правовое регулирование отношений по представительству и защите интересов наиболее нуждающихся лиц, п. 4 ст. 31 ГК РФ фактически предусматривает существование особого института законодательства – законодательства об опеке и попечительстве. Учитывая важность и динамику развития данных отношений, впервые на федеральном уровне был принят закон, регулирующий комплексно отношения по опеке и попечительству. Это Закон об опеке и попечительстве от 24 апреля 2008 г. № 48-ФЗ (далее – Закон об опеке). К числу отношений, входящих в предмет законодательства об опеке и попечительстве, Законом об опеке отнесены следующие:

- отношения по установлению опеки и попечительства;
- отношения по осуществлению опеки и попечительства;
- отношения, связанные с прекращением опеки и попечительства.

Опека и попечительство являются наиболее традиционной для отечественного права формой защиты и представительства интересов несовершеннолетних и недееспособных (также ограниченно дееспособных) граждан. На Руси первое летописное упоминание об опеке относится к 879 г. Законодательная же база формирования органов опеки и попечительства была заложена в период реформ Петра I. В это время появляются первые воспитательные учреждения для незаконнорожденных. При Екатерине II в 1775 г. в каждой губернии были учреждены особые ведомства для исполнения обязанностей помощи несчастным всякого пола, возраста и состояния – приказы общественного призрения, которые и стали прообразами современных органов опеки и попечительства.

Институт опеки и попечительства над несовершеннолетними детьми, оставшимися без родительского попечения, существовал в различных формах как в дореволюционной России, так и в СССР. Дошедший до настоящего времени институт опеки и попечительства объединяет нормы семейного и гражданского законодательства. Хотя до 1918 г. все нормы об опеке и попечительстве располагались в гражданском законодательстве.

Но с принятием в 1918 г. Кодекса законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве нормы об опеке и попечительстве заняли достойное место в законодательстве о браке и семье, где и просуществовали до принятия части первой ГК РФ в 1994 г.

Представляется, что отечественный институт опеки и попечительства следует рассматривать как комплексный. С одной стороны, отношения по опеке и попечительству пересекаются (при определении под опеку/попечительство несовершеннолетних), но не совпадают с предметом семейного законодательства. С другой стороны, институт опеки и попечительства невозможно определить только как гражданско-правовой, поскольку значительную часть его норм составляют (и должны составлять) положения о выявлении лиц, нуждающихся в попечении, установлении опеки и попечительства, контроле за деятельностью опекунов и попечителей. Кроме того, наличие норм административно-правового характера, обеспечивающих эти организаторские функции посредством действий органов опеки и попечительства, не позволяет считать весь институт опеки и попечительства исключительно гражданско-правовым.

В настоящее время в ГК РФ закреплено десять статей, посвященных установлению, осуществлению и прекращению опеки и попечительства, а гл. 20 (шесть статей) СК РФ, которая носит название «Опека и попечительство над детьми», определяет в соответствии с п. 1 ст. 31 ГК РФ исключительно особенности прав и обязанностей опекунов и попечителей несовершеннолетних подопечных. КоАП РФ устанавливает (ст. 5.36 и 5.37) ответственность за нарушение порядка или сроков предоставления сведений о несовершеннолетних, нуждающихся в передаче на воспитание, и за незаконные действия по усыновлению или передаче под опеку (попечительство) приемную семью ребенка.

Также в соответствии с Конституцией РФ общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры РФ являются частью правовой системы России. В силу этого отношения по опеке и попечительству наряду с нормами российского законодательства, учитывая современные тенденции семейного и гражданского права, регулируются также рядом международно-правовых актов:

- Декларация ООН о правах умственно отсталых лиц;
- Декларация ООН о правах инвалидов;
- Европейская конвенция о признании и исполнении решений относительно опеки над детьми и

восстановления опеки;

– Декларация о социальных и правовых принципах, касающихся защиты и благополучия детей, особенно при передаче детей на воспитание и их усыновлении на национальном и международном уровнях;

– Всемирная программа действий в отношении инвалидов;

– Всемирная декларация об обеспечении выживания, защиты и развития детей;

– Принципы защиты психически больных лиц и улучшения психиатрической помощи;

– Конвенция о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления;

– Конвенция о правах ребенка.

Но наиболее значимое место в системе правовых актов в сфере опеки и попечительства занимает указанный ранее Закон об опеке. Данный Закон, во-первых, впервые на федеральном уровне комплексно урегулировал достаточно сложные отношения по опеке и попечительству; во-вторых, унифицировал нормы об опеке и попечительстве; в-третьих, установил довольно много новых правил организации и осуществления опеки (попечительства).

В соответствии с Законом об опеке, опека – это форма устройства малолетних граждан (не достигших возраста четырнадцати лет несовершеннолетних граждан) и признанных судом недееспособными граждан, при которой назначенные органом опеки и попечительства граждане (опекуны) являются законными представителями подопечных и совершают от их имени и в их интересах все юридически значимые действия.

Попечительство – это форма устройства несовершеннолетних граждан в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет и граждан, ограниченных судом в дееспособности, при которой назначенные органом опеки и попечительства граждане (попечители) обязаны оказывать несовершеннолетним подопечным содействие в осуществлении их прав и исполнении обязанностей, охранять несовершеннолетних подопечных от злоупотреблений со стороны третьих лиц, а также давать согласие несовершеннолетним подопечным на совершение ими действий в соответствии со ст. 30 ГК РФ.

Также отмечаем и новое в законодательстве понятие – не полностью дееспособный гражданин, то есть несовершеннолетний гражданин (за исключением лиц, приобретших гражданскую дееспособность в полном объеме до достижения ими совершеннолетия в случаях, установленных ст. 21 и 27 ГК РФ), или гражданин, ограниченный судом в дееспособности по основаниям, предусмотренным ст. 30 ГК РФ.

Но Закон об опеке не избежал в своих положениях формулировок понятий довольно широкого толкования, влияющих на отдельные правовые отношения. Так, п. 2 ст. 1 Закона об опеке, определяя сферу деятельности Закона, устанавливает, что по-

ложения, относящиеся к правам, обязанностям и ответственности опекунов и попечителей, применяются к организациям, в которые помещены под надзор недееспособные или не полностью дееспособные граждане, в том числе к организациям для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, если иное не предусмотрено федеральным законом или договором. Что понимается под организациями для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, пока не вполне понятно, что позволяет трактовать данный термин расширительно. Таким образом, правила Закона об опеке следует применять и к организации, и существованию приемной семьи, детскому дому семейного типа как формам воспитания детей, оставшихся без попечения родителей, патронату. Хотя до принятия Закона об опеке указанные формы организации надзора за детьми существовали в качестве самостоятельных.

Относительно приемной семьи можно высказать некоторые замечания по поводу регулирования указанных отношений в полном объеме анализируемым Законом. В целом, не возражая против включения в рассматриваемый перечень форм организации надзора, считаем целесообразным сохранение и специального правового акта, регулирующего отношения субъектов при организации приемной семьи. Объясняется подобный подход наличием достаточного количества особенностей договорных отношений органов опеки и попечительства и приемных родителей: оказание материальной помощи приемным семьям, оплата труда приемных родителей, оформление трудовой книжки и многие другие.

Предполагается, что Закон об опеке распространяет свое действие также и на патронат и патронатные семьи. Представляется, что включение патронажа в общий перечень форм организации надзора за гражданами, нуждающимися в уходе, не вполне логично. Действующая редакция ст. 41 ГК РФ позволяет прийти к выводу о том, что патронаж над недееспособными гражданами не относится к формам опеки и попечительства. Задача патронажа – обеспечение имущественных прав дееспособного гражданина путем совершения, как правило, юридических действий на основании договора поручения или доверительного управления имуществом. Ввиду того, что на помощника при патронаже возлагается далеко не весь груз ответственности за патронируемого (в том числе и ответственности за его действия), патронаж невозможно отнести к формам устройства граждан.

Патронат как особое социальное явление советскому законодательству не был известен. Ст. 121 КоБС РСФСР 1969 г. содержала указание на то, что над недееспособными совершеннолетними лицами, если они по состоянию своего здоровья не могут самостоятельно осуществлять свои права и выполнять свои обязанности, устанавливается попечительство.

Между тем история этого явления насчитывает не одно десятилетие. Но такая форма охраны существовала в отношении детей. Защита интересов в виде «патронат над детьми» была введена Постановлением ВЦИК и СНК РСФСР от 1 апреля 1936 г. «О порядке передачи детей на воспитание (патронат) в семьи трудящихся». Затем было принято Постановление СНК СССР от 23 января 1942 г. «Об устройстве детей, оставшихся без попечения родителей».

Сегодня предполагается, что подобная форма также подпадает под действие Закона об опеке. Но следует учитывать особенности различных форм надзора за разными категориями граждан и предусмотреть возможность детального регулирования подобных форм на уровне правовых актов субъектов РФ. Тем более что основное звено органов по работе в сфере надзора за нуждающимися отныне сосредоточено на уровне субъектов РФ.

Введение регионального компонента в регулирование отношений опеки и попечительства является одним из наиболее значимых новшеств Закона об опеке. Ранее функции органов опеки и попечительства реализовывали органы местного самоуправления. С вступлением Закона об опеке в силу органами опеки и попечительства являются органы исполнительной власти именно субъектов РФ. Органы власти субъектов РФ должны осуществлять свою деятельность во взаимодействии с другими органами исполнительной власти субъекта РФ, органами местного самоуправления и территориальными органами федеральных органов исполнительной власти, образовательными, медицинскими организациями, организациями, оказывающими социальные услуги, или иными организациями, в том числе для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, и общественными организациями (п. 3 ст. 6 Закона). Подобное сотрудничество могло и должно было осуществляться и на уровне муниципального образования. Сотрудничество на местном уровне более традиционно и легче реализуемо на практике, нежели чем на уровне субъектов РФ. Объясняется это непосредственной работой с детьми и семьями, имеющими лиц, нуждающихся в надзоре, помощи, более тесном сотрудничестве с образовательными, медицинскими организациями, организациями, оказывающими социальные услуги.

В связи с передачей полномочий опеки и попечительства на региональный уровень возникает необходимость принятия нормативно-правовых актов на местном уровне, регулирующих полномочия соответствующих органов, оказывающих содействие в организации опеки (попечительства) и иных форм устройства нуждающихся граждан. Но в первую очередь требуется принятие надлежащих актов о передаче полномочий органам опеки (попечительства) на уровне субъектов РФ. Ранее функции данных органов выполняли соответствующие

отделы департаментов образований муниципальных образований.

В целях оказания методической помощи органам государственной власти субъектов РФ Министерством образования и науки РФ разработана модель Закона субъекта РФ «Об организации и осуществлении деятельности по опеке и попечительству в отношении несовершеннолетних в субъекте Российской Федерации». Модель Закона предполагает возложение работы по опеке и попечительству в отношении несовершеннолетних и работы по опеке и попечительству в отношении отдельных категорий совершеннолетних граждан на разные уполномоченные исполнительные органы государственной власти субъекта РФ (например, орган управления образованием – в отношении несовершеннолетних, орган социальной защиты населения – в отношении совершеннолетних граждан). Подобное разграничение полномочий по ведомствам оправдывается специальной компетенцией соответствующих органов в работе с различными категориями граждан. Но при этом, как представляется, необходимо детальное регулирование деятельности органов, ведающих вопросами опеки и попечительства на уровне субъектов РФ. Нормативно-правовые акты должны предусматривать не только порядок деятельности, но и способы, формы взаимодействия органов различных ведомств. Кроме того, подобный подход обеспечит не только единообразное применение правовых актов, но и единообразную практику, своевременный обмен информацией.

В соответствии со ст. 14.1, 15.1, 16.1 Федерального закона РФ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» органы местного самоуправления поселений, муниципальных районов и городских округов с 1 января 2008 г. наделяются правом на участие в осуществлении деятельности по опеке и попечительству.

Взаимодействие органов опеки и попечительства с органами местного самоуправления в указанной сфере может осуществляться на основании заключаемого между ними соглашения о сотрудничестве.

При этом следует учитывать, что ряд полномочий в соответствии с действующим законодательством сохраняется за муниципальными органами опеки (попечительства). Так, например, передача сведений о ребенке в региональный и федеральный банки данных о детях, оставшихся без попечения родителей, не освобождает соответственно территориальные органы опеки и попечительства и регионального оператора от ответственности за устройство ребенка в семью. Территориальные органы опеки и попечительства и региональный оператор в пределах своей компетенции обязаны продолжать работу по поиску возможностей для передачи детей, оставшихся без попечения родителей, на воспитание в семьи граждан.

В целях своевременного устройства ребенка на воспитание в семью необходимо обеспечить соблюдение учреждениями, в которых находятся дети, оставшиеся без попечения родителей (вне зависимости от ведомственной принадлежности этих учреждений), территориальными органами опеки и попечительства и региональным оператором установленного законодательством порядка и сроков передачи сведений о детях, оставшихся без попечения родителей, которые могут быть устроены на воспитание в семью.

Глава 2 Закона об опеке устанавливает задачи и полномочия органов опеки и попечительства. Положения данной главы соответствуют ст. 34 ГК РФ, ст. 121, 122 СК РФ, но вместе с тем устанавливают и некоторые новшества в сфере регулирования организации опеки и попечительства. Так, на правительство РФ Законом об опеке (п. 5 ст. 6) возлагается обязанность назначения уполномоченного, осуществляющего контроль за деятельностью органов опеки и попечительства, а также разработки методических рекомендаций для органов опеки и попечительства. К сожалению, за истекший год правительство так и не решило вопрос назначения уполномоченного, и органы опеки осуществляют свою деятельность руководствуясь старыми инструкциями и рекомендациями. Кроме того, конкретные правила проведения систематических проверок в соответствии с законодательством, а также их периодичность должно определить правительство РФ.

Также заслуживает внимания и следующее новшество главы 2 Закона об опеке – это отнесение к полномочиям органов опеки и попечительства учета и подготовки граждан, желающих стать опекунами (попечителями), приемными родителями, а также оказание им содействия в ходе осуществления деятельности (ч. 10 и 11 п. 1 ст. 8). До принятия Закона об опеке нормативно-правовые акты не предусматривали обязательного прохождения кандидатами в усыновители, опекуны (попечители) и приемные родители специальной подготовки для приема ребенка на воспитание. При наличии в субъекте РФ иных форм семейного устройства детей, оставшихся без попечения родителей, законодательством субъекта РФ могло быть установлено требование о прохождении гражданами, желающими принять ребенка (детей) на указанную форму устройства, программы подготовки к приему в семью ребенка (детей). Но акты, регулирующие подготовку кандидатов, существовали лишь в отдельных субъектах РФ, без контроля их надлежащего исполнения.

На самом деле проблема подготовки кандидатов и последующего консультирования, контроля в процессе осуществления полномочий опекунами (попечителями) и особенно приемными родителями давно обсуждалась в литературе. И данное правило появилось в законодательном акте федераль-

ного уровня. Но и здесь сталкиваемся с проблемой отсутствия механизма реализации полномочий органов опеки и попечительства. Представляется логичным не просто указание на данное полномочие, но и установление сроков внедрения и реализации программы, ответственных лиц за реализацию рассматриваемых полномочий. Поскольку здесь важны именно разработанные методики, порядок реализации программ обучения кандидатов, а на основании этих программ и возможность осуществления полноценного контроля за деятельностью опекунов (попечителей), приемных родителей. Только в условиях четкого законодательного определения полномочий каждого звена органов государственной власти и наличия реальной ответственности за своевременное исполнение положений Закона можно говорить об эффективности и рациональности вводимых новшеств.

Требования, предъявляемые к кандидатам в опекуны (попечители), сохранились в Законе об опеке практически в неизменном виде. Правило, действовавшее на практике, о том, что преимущественное право быть опекунами (попечителями) принадлежит близким родственникам (бабушки и дедушки, братья и сестры, дети, внуки, супруг, родители), теперь нашло и законодательное закрепление (п. 5 ст. 10 Закона об опеке). В развитии преимущественного права назначения опекунов (попечителей) законодатель пошел еще дальше и предусмотрел в ст. 13 Закона возможность назначения опекунов (попечителей) по заявлению родителей или несовершеннолетних. Современное законодательство до 1 сентября 2008 г. не предусматривало положения о праве родителя при жизни определить будущего опекуна (попечителя) ребенка на случай своей смерти. Хотя российскому праву знакомо это положение, поскольку до 1917 г. существовало два способа назначения опекунов и попечителей – по завещанию и по назначению. Возможность в завещании определить опекуна своим детям советским же законодательством уже не предоставлялась.

Зарубежная практика подтверждает рациональность нововведения ст. 13 Закона об опеке, например, Германское гражданское уложение (§ 1776) закрепляет право родителей «назвать опекуна» в завещании. При этом волеизъявление родителей имеет преимущество перед решением опекунского суда. Последний вправе отказать в назначении опекуном выбранного родителями лица лишь при условии, что это лицо не отвечает требованиям закона или его назначение будет противоречить интересам подопечного. Сходное правило действует в Венгрии, Италии, Польше, Чехии, Франции.

Используя положительный опыт как дореволюционного российского права, так и зарубежных правовых порядков, законодатель ввел правило, в соответствии с которым единственный родитель несовершеннолетнего ребенка вправе определить на

случай своей смерти опекуна или попечителя ребенка. Соответствующее распоряжение родитель может сделать в заявлении, поданном в орган опеки и попечительства по месту жительства ребенка.

Заявление родителей (родителя), подаваемое в орган опеки и попечительства, может содержать указание назначения опекуна на определенный период, когда они не смогут исполнять свои родительские обязанности или единственный родитель назначает опекуна (попечителя) на случай своей смерти до совершеннолетия ребенка. Подпись родителей (родителя) удостоверяется руководителем органа опеки или нотариально, в отдельных случаях руководителем организации, где находится (работает, учится) заявитель-родитель. Сам несовершеннолетний вправе подать подобное заявление достигнув возраста четырнадцати лет.

В условиях изъятия ребенка из семьи при наличии угрозы опасности здоровью (жизни) ребенка или установления надзора за недееспособным (ограниченно дееспособным), или представительства его интересов требуется скорейшее решение вопроса представительства интересов нуждающихся лиц. Часто бывает нецелесообразным помещение указанных лиц в медицинские или воспитательные учреждения, а существовавший порядок назначения опекуна (попечителя) не предусматривал возможности немедленного назначения представителя-опекуна (попечителя). Закон об опеке (ст. 12) разрешил и эту практическую проблему, введя предварительную опеку (попечительство) в чрезвычайных ситуациях. Временная опека (попечительство) назначается сроком на один месяц, в исключительных случаях на два месяца. Перечень исключительных обстоятельств законом не устанавливается, но предполагаем, что это ситуации: ограничения родительских прав, смерть родителей (или единственного родителя), признание недееспособным без необходимости помещения в медицинское учреждение и иные. Временно назначенные опекуны (попечители) обладают всеми правами и обязанностями опекунов (попечителей), за исключением распоряжения имуществом подопечного.

Временно назначенный опекун (попечитель) может быть назначен постоянным, поскольку он отвечает всем требованиям опекуна (попечителя) как до, так и после истечения месячного срока.

По общему правилу опекун (попечитель) назначается органом опеки и попечительства по месту жительства нуждающегося лица на период, пока не отпадут основания назначения опеки (попечительства). Но п. 6 ст. 11 Закона об опеке, учитывая многогранность отношений, совершенствует закон, предусматривая возможность указания в акте органа опеки и попечительства срока полномочий опекуна (попечителя), определяемого периодом или наступлением определенного события.

Традиционно деятельность опекуна (попечителя) считалась безвозмездной. А содержание подо-

печных осуществлялось за счет средств государства, выплачиваемых на содержание подопечных в наличной форме, и предоставлением льгот, субсидий в безналичной форме. Но проблема возмездности деятельности не только для приемных родителей, но и для опекунов (попечителей) периодически возникала на практике, обсуждалась в литературе. По-разному вопрос о возмездном исполнении обязанностей опекунов и попечителей решался в истории института опеки и попечительства, нет одинакового подхода к его решению и в современных правовых системах. Прусское и австрийское законодательство напрямую предусматривало установление платы опекуну, но лишь в исключительных случаях. Ст. 284 ч. 1 т. X Свода законов гражданских Российской империи закрепляла правило, что опекуны получают оплату из доходов подопечного. Более того, в Черниговской и Полтавской губерниях такое вознаграждение выплачивалось даже родителям ребенка, исполняющим функции опекунов. Гражданский кодекс Квебека в настоящее время также закрепляет право родителей ребенка на получение вознаграждения за управление его имуществом в случае, «если это является для них основным занятием».

Сегодня Закон об опеке в ст. 16 предусматривает как возмездное, так и безвозмездное осуществление полномочий опекуна (попечителя). При этом данная статья вызывает больше вопросов, нежели ответов. Так, вознаграждение опекуну (попечителю) устанавливается исходя из интересов подопечного за счет доходов от имущества подопечного, средств бюджета субъекта РФ, средств третьих лиц. Предельный размер должен быть установлен правительством РФ. Возникает вопрос, какие интересы должны присутствовать, чтобы опекун (попечитель) получил право на вознаграждение? Если имеются в виду случаи управления имуществом подопечного, то в таких ситуациях заключается договор управления имуществом, что предусмотрено ст. 23 Закона об опеке, и вознаграждение устанавливается исходя из объема содержания договора. Если же Закон подразумевает приемных родителей, то в таком случае было бы целесообразным прямо об этом сказать в отдельной статье, дабы не смешивать различные формы надзора за нуждающимися гражданами и предупредить разночтения и вопросы при применении ст. 16 Закона об опеке.

Вместо выплаты вознаграждения по просьбе опекуна (попечителя), добросовестно исполняющего обязанности, орган опеки и попечительства вправе разрешить безвозмездно пользоваться имуществом подопечного в своих интересах (п. 3 ст. 16). Этот пункт статьи Закона об опеке также вызывает сомнения по той причине, что опекун (попечитель), исходя из самого смысла назначения его опекуном (попечителем), обязуется добросовестно реализовывать права и исполнять обязан-

ности. А при ненадлежащем исполнении (неисполнении) обязательств орган опеки и попечительства вынужден будет освободить опекуна (попечителя) от деятельности со всеми вытекающими по Закону последствиями. Поэтому поощрение за надлежащее исполнение обязанностей вызывает серьезные нарекания.

Возможно, законодатель хотел поощрить деятельность опекунов (попечителей), но тогда, как представляется, было бы не лишним, с одной стороны, установить возмездность для всех, а с другой стороны, усилить контроль и увеличить меры ответственности для опекуна (попечителя) на случай неисполнения (ненадлежащего исполнения) обязательств.

Кроме того, к вышеуказанной мысли нас подводит и ст. 14 Закона об опеке, предусматривающая заключение договора об осуществлении опеки и попечительства, что также является новым правилом в институте опеки и попечительства. Тем более что п. 2 ст. 14 Закона прямо предусматривает заключение договора именно при возмездном осуществлении полномочий опекуна (попечителя).

Указанный договор следует считать гражданско-правовым, поскольку все существенные элементы этого договора урегулированы нормами гражданского законодательства. Но данное правило ни в коем случае не исключает его применения к семейно-правовым отношениям. Тем более что ст. 4 СК РФ прямо отсылает к гражданскому законодательству. В частности, к сегодняшнему дню уже сложилась практика договорных отношений при создании приемной семьи, детского дома семейного типа и некоторых иных форм устройства детей в семью, сложившихся в субъектах РФ.

Договор следует считать фидуциарным, поскольку при его заключении немаловажную роль играют именно личные качества кандидата в опекуна, попечителя, приемные родители. Договор может быть как возмездным, так и безвозмездным, взаимным (что выражается в необходимости отчитываться о выполнении обязательств опекуном [попечителем], в том числе при расходовании средств, выплачиваемых подопечным, оказании содействия органами опеки и попечительства при осуществлении полномочий опекунами [попечителями] и многих других прав и обязанностей сторон договора), чаще договор срочный, хотя возможна и его бессрочность (например, опека над недееспособными может устанавливаться до момента признания дееспособным подопечного или пожизненно).

Следующим достоинством Закона об опеке является комплексная, достаточно детальная урегулированность нормами Закона (глава 4) отношений по поводу имущества подопечных граждан. Ранее многие правила пользования имуществом, заключения сделок по поводу имущества регулировались различными правовыми актами, что

усложняло правоприменение. Сегодня отдельные нормы закона дублируют нормы ГК РФ, ЖК РФ, СК РФ и, дополняя их, унифицируют правила и дают возможность однообразного толкования и применения на практике на уровне Федерации.

Закон об опеке, как и прежде, разделяет имущество опекунов (попечителей) и подопечных. Все, что принадлежит на праве собственности подопечному или выплачивается для его содержания, не может произвольно использоваться или расходоваться опекуном (попечителем). Но пользование имуществом друг друга по его назначению возможно (ст. 17 Закона об опеке).

Имущество подопечного передается опекуну (попечителю) по описи, которая составляется сотрудниками органов опеки и попечительства в присутствии представителей компетентных органов, отвечающих за оборот или управление соответствующего вида имущества (товарищества собственников жилья, ОВД и другие). Имущество, переданное в соответствии со ст. 38 ГК РФ в доверительное управление, опекуну (попечителю) не передается.

Поскольку все сделки с недвижимым имуществом и имуществом, представляющим особую ценность, должны заключаться с предварительного разрешения органов опеки и попечительства, то ст. 21 Закона об опеке, предусматривающая предварительное согласие органов опеки и попечительства, заслуживает особого внимания. Предварительное разрешение должно быть получено в письменной форме не позднее чем через 15 дней с момента подачи заявления о предоставлении такого разрешения. Закон об опеке предусматривает, что ответ органа опеки и попечительства, содержащий отказ, должен быть мотивирован. Мы же полагаем, что заявление опекуна (попечителя) о получении согласия должно быть также мотивированным (то есть содержать не только вид имущества и вид предполагаемой сделки, но и причины, поясняющие необходимость, перспективность для подопечного такой сделки), хотя это прямо Законом об опеке не предусмотрено.

При исследовании проблем получения согласия на совершение сделки возникает вопрос, может ли быть дано согласие на сделку с установлением каких-либо условий? Полагаем, что вполне вероятно и подобная ситуация. Выдвижение условий в целом не противоречит гражданскому, семейному законодательству. При этом условия могут быть направлены на удовлетворение потребностей подопечного, установление дополнительных гарантий защиты интересов подопечного (перечисление части средств на счет в банковском учреждении, приобретение недвижимости, ценных бумаг и другое).

Любые правовые нормы становятся наиболее эффективными регуляторами общественных отношений при наличии мер ответственности за неисполнение установленных этими нормами

правил поведения. И здесь Закон об опеке содержит новшество – это глава 5, определяющая ответственность не только опекуна (попечителя), но и органов опеки и попечительства.

Так, надзор органа опеки и попечительства, осуществляемый по месту жительства подопечных либо опекунов (попечителей), если последние назначены по месту их жительства, должен состоять в:

- регулярной проверке условий жизни подопечных, соблюдения опекунами и попечителями прав и законных интересов подопечных, обеспечения сохранности их имущества, а также выполнения опекунами и попечителями требований к осуществлению своих прав и исполнению своих обязанностей (индивидуальных требований);
- проверке информации о нарушении прав и охраняемых законом интересов подопечных, поступающей от различных лиц и организаций (в том числе образовательных, лечебных, социальных);
- проведении встреч с подопечным;
- рассмотрении жалоб подопечных на действия или бездействия опекунов или попечителей и принятии мер защиты их интересов, предусмотренных законодательством, и иные.

К числу положительных моментов, кроме прочего, можно отнести также установление порядка отчета опекуна (попечителя) в главе 5 ст. 25 Закона об опеке. Опекун (попечитель) ежегодно не позднее 1 февраля текущего года, если иной срок не установлен договором об осуществлении опеки или попечительства, представляет в орган опеки и попечительства отчет в письменной форме за предыдущий год о хранении, об использовании имущества подопечного и об управлении имуществом подопечного с приложением документов (копий товарных чеков, квитанций об уплате налогов, страховых сумм и других платежных документов). Думается, что реализовать на практике это правило (п. 1 ст. 25 Закона об опеке) в полном объеме будет несколько затруднительно. Для того чтобы предоставить чеки и другие платежные поручения, необходимо, во-первых, хранить данные документы в течение года; во-вторых, сложно представить, как можно отделить суммы, затраченные на необходимые для ежедневного использования товары, предположим продукты питания, бытовую химию и тому подобные вещи. Часто товары каждодневного использования приобретаются совместно для подопечного и семьи опекуна (попечителя) и выделить в чеке или определить по сроку использования крайне затруднительно на практике. Хотя известную разумность данного нововведения отрицать не следует, поскольку если следовать буквальному толкованию п. 1 ст. 25 Закона об опеке, то в первую очередь проверке будут подлежать документы, подтверждающие сделки с имуществом подопечного, сделки по управлению его имуществом, а бытовые сделки только круп-

ных размеров можно будет подтверждать.

Также отчет опекуна или попечителя должен содержать сведения о состоянии имущества и месте его хранения, приобретении и отчуждении имущества, доходах, полученных от управления имуществом подопечного, и расходах, произведенных за счет имущества подопечного, с указанием дат получения сумм со счета подопечного, произведенных за счет этих сумм затрат. Отчет утверждается руководителем органа опеки и попечительства и при необходимости исключает из описи имущества подопечного пришедшие в негодность вещи.

Отчет опекуна (попечителя) хранится в личном деле подопечного. Правила ведения личных дел подопечных, форма отчета опекуна или попечителя устанавливаются правительством Российской Федерации. Несмотря на то, что Закон действует больше года, бланки отчетности не установлены, что препятствует реализации Закона об опеке, установлению порядка и ответственности.

Опекуны несут ответственность по сделкам, совершенным от имени подопечных, за вред, причиненный по их вине личности или имуществу подопечного, в порядке, установленном гражданским законодательством.

При обнаружении ненадлежащего исполнения опекуном или попечителем обязанностей по охране имущества подопечного и управлению имуществом подопечного (порча, ненадлежащее хранение имущества, расходование имущества не по назначению, совершение действий, повлекших за собой уменьшение стоимости имущества подопечного и другое) орган опеки и попечительства обязан составить об этом акт и предъявить требование к опекуну или попечителю о возмещении убытков, причиненных подопечному.

Опекуны и попечители несут уголовную, административную ответственность за свои действия или бездействия в порядке, установленном соответствующим законодательством РФ, законодательством субъектов РФ.

Контроль за деятельностью органов опеки и попечительства осуществляют уполномоченные законодательством РФ и законами субъектов РФ органы и должностные лица (ст. 27 Закона).

Вред, причиненный подопечному в результате незаконных действий или бездействия органов опеки и попечительства либо должностных лиц этих органов, в том числе в результате издания не соответствующего законодательству акта органа опеки и попечительства, подлежит возмещению в порядке, предусмотренном гражданским законодательством (ст. 28 Закона).

Раздел о прекращении опеки и попечительства практически не претерпел каких-либо изменений в сравнении с ГК РФ и СК РФ, ранее регулировавшими эти вопросы в полном объеме. В соответствии со ст. 29 Закона об опеке устанавливается, что опека или попечительство прекращаются:

1) в случае смерти опекуна или попечителя либо подопечного;

2) по истечении срока действия акта о назначении опекуна или попечителя;

3) при освобождении либо отстранении опекуна или попечителя от исполнения своих обязанностей;

4) в случаях, предусмотренных ст. 40 ГК РФ.

Опека над детьми несовершеннолетних родителей прекращается по основаниям, предусмотренным ч. 1 ст. 29 Закона, а также по достижении такими родителями возраста восемнадцати лет и в других случаях приобретения ими гражданской дееспособности в полном объеме до достижения совершеннолетия.

Кроме того, опекун (попечитель) может быть освобожден от исполнения своих обязанностей и по их просьбе. Орган опеки и попечительства может освободить опекуна или попечителя от исполнения своих обязанностей, в том числе временно, в случае возникновения противоречий между интересами подопечного и интересами опекуна или попечителя.

Орган опеки и попечительства вправе отстранить опекуна или попечителя от исполнения возложенных на них обязанностей. Отстранение опекуна или попечителя от исполнения возложенных на них обязанностей допускается в случаях:

1) ненадлежащего исполнения возложенных на них обязанностей;

2) нарушения прав и законных интересов подопечного, в том числе при осуществлении опеки или попечительства в корыстных целях либо при оставлении подопечного без надзора и необходимой помощи;

3) выявления органом опеки и попечительства фактов существенного нарушения опекуном или попечителем установленных федеральным зако-

ном или договором правил охраны имущества подопечного и (или) распоряжения его имуществом.

Права и обязанности опекуна или попечителя прекращаются с момента принятия органом опеки и попечительства акта об освобождении опекуна (попечителя) от исполнения возложенных на них обязанностей либо об их отстранении от исполнения возложенных на них обязанностей. Акт органа опеки и попечительства об освобождении опекуна или попечителя от исполнения возложенных на них обязанностей либо об их отстранении от исполнения возложенных на них обязанностей может быть оспорен лицом, в отношении которого он принят, в судебном порядке.

По прекращении деятельности опекун (попечитель) также представляет отчет о своей деятельности. В том случае, если орган опеки и попечительства обнаруживает обстоятельства, по которым возможно привлечение опекуна (попечителя) к ответственности, он обязан принять меры не позднее чем через семь дней с момента получения отчета и не позднее четырнадцати дней с момента обнаружения оснований для привлечения к ответственности.

Литература

1. Кодекс РФ об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (с изм. и доп. 22.08.2009 г., № 309-ФЗ).

2. Гражданский кодекс РФ от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ (с изм. и доп. 09.02.2009 г., № 7-ФЗ).

3. Семейный кодекс РФ от 29.12.1995 г. № 223-ФЗ (с изм. и доп. 30.06.2008 г., № 106-ФЗ).

4. ФЗ РФ «Об опеке и попечительстве» от 24 апреля 2008 г. № 48-ФЗ.

5. ФЗ РФ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации».

РАЗДЕЛ VII

ИНФОРМАЦИЯ ВУЗОВ

МАТЕРИАЛЫ КОНФЕРЕНЦИИ «ФОРМИРОВАНИЕ ТОЛЕРАНТНОСТИ В МОЛОДЕЖНОЙ СРЕДЕ: ПРОБЛЕМЫ И ПРАКТИКА»



В Южно-Сахалинском институте экономики, права и информатики 5 ноября 2009 г. состоялся круглый стол по теме «Проблемы адаптации мигрантов из стран СНГ в русскоязычной культурной среде», проведенный на базе лаборатории социально-правовых проблем девиантного поведения личности в переходный период российского общества. Круглый стол проводился в рамках конференции «Формирование толерантности в молодежной среде: проблемы и практика».

Конференция приурочена к Всемирному дню толерантности и проводилась с целью гармонизации межэтнических и межкультурных отношений, этнокультурного развития и профилактики религиозного экстремизма в молодежной среде с учетом того, что 2009 год провозглашен в России Годом молодежи.

В работе круглого стола приняли участие: В. В. Щеглов – проректор ЮСИЭПИ, канд. ист. наук, доцент; О. А. Оганесян – представитель армянской диаспоры; Т. С. Омурзаков – заместитель председателя киргизской диаспоры; А. К. Маматов – юрисконсульт киргизской диаспоры; С. Г. Хелик – заведующий Центром социального проектирования СОПКиПКК; А. А. Ипатьева – заместитель директора педагогического колледжа ЮСПК СахГУ; Кан Эль Эн – представитель «Чехов-центра»; К. М. Товбин – канд. филос. наук, доцент кафедры общих и гуманитарных дисциплин ТГЭУ, член Российской ассоциации политической науки, член Российского философского общества, доцент филиала Тихоокеанского государственного экономического университета в г. Южно-Сахалинске; А. А. Ипатьева, канд. ист. наук, доцент кафе-

дры российской истории СахГУ; А. Зябин, А. Медведева, И. Короленок, С. Толстоновский, С. Николаев, Т. Хаяси, А. Микрякова, О. Власова, М. Карманова, Р. Емельянченко, М. Шукин – студенты ЮСИЭПИ; А. Милов – студент ТГЭУ, М. В. Лазовский, Ю. Гридчина – работники представительства Министерства иностранных дел; И. В. Коржова – консультант управления внутренней политики аппарата управления Сахалинской области; Оно Шинсо – корреспондент «Хоккайдо шимбун»; Тен Олег – помощник корреспондента «Хоккайдо шимбун»; Е. Шарахова – журналист «Губернских ведомостей». А также члены лаборатории социально-правовых проблем девиантного поведения личности в переходный период российского общества: Ю. А. Никитин – заведующий лабораторией социально-правовых проблем девиантного поведения личности в переходный период российского общества, канд. соц. наук, заведующий кафедрой административного, финансового и международного права; А. Ю. Амяльева – руководитель секций лаборатории; Н. Б. Бурыкина – канд. филос. наук, декан юридического факультета, руководитель секций лаборатории; студенты юридического факультета ЮСИЭПИ: Н. Кондратьюкова, А. Дыдина, К. Тришина, Н. Курганова, В. Чеботарева, К. Немкова, Н. Харламов, Ш. Расковалова, М. Гутарова, Д. Новикова, А. Полонская, Л. Нурписова, А. Кочкадаева, А. Лукина, М. Швецова, Ю. Ким.

Заседание открыл проректор ЮСИЭПИ, канд. ист. наук В. В. Щеглов. В своем вступительном слове он сказал о важности проблемы адаптации мигрантов из стран СНГ в русскоязычной культурной среде, подробно оста-

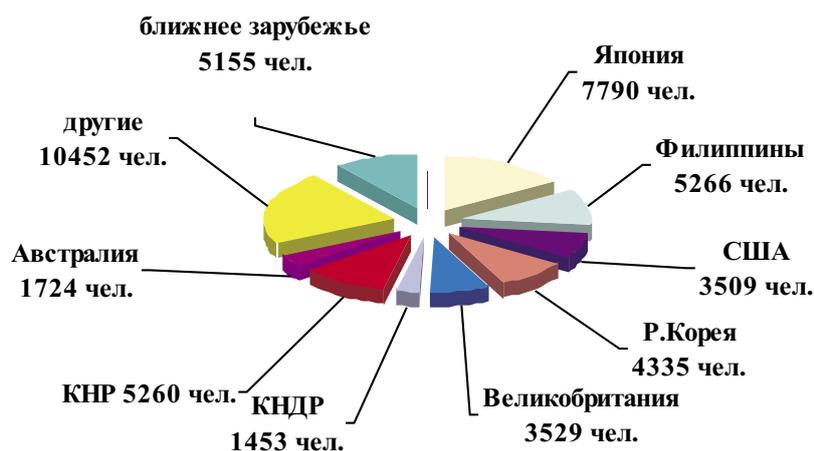


Рис. 1. Количество иностранных граждан и ЛБГ, прошедших иммиграционный контроль (въезд-выезд).

новился на проблеме миграции в Сахалинской области, а также на понятии толерантности. Общественное обсуждение данной проблемы помогает выявлять не только болевые точки, но и формирует некие общественные идеи, ведущие к гармонизации общественных отношений. В этом смысле задача круглого стола благородная – обсуждение этой проблемы, учитывая ее значимость не только для России в целом, но и для Сахалина в частности, и, может быть, родятся предложения, с которыми можно будет обратиться в администрацию области,

общественные организации и решать одно общее дело.

Сахалинская область – единственная в России островная область, территория которой занимает 87,1 тыс. км², что составляет 0,5 % территории Российской Федерации. Область включает в себя остров Сахалин, два небольших острова – Монерон и Тюлений, а также 56 островов Курильского архипелага. Расстояние от областного центра до г. Москва – 10417 км. Численность населения области составляет 514,8 тыс. человек. Ситуацию в демографическом развитии области можно обозначить как неблагоприятную. За 2008 год численность населения сократилась на 6 тыс. человек (за счет естественной убыли и миграционного оттока населения). Смертность превысила рождаемость на 21 %, АППГ (аналогичный период прошлого года) – 22 %. Растет социальная и демографическая нагрузка на работающее население. Наблюдается **дефицит не только качественных, но и низкоквалифицированных трудовых ресурсов. В связи с этим активная демографическая и социальная политика**, регулирование миграционных процессов приобретают значение решающих факторов развития Сахалинской области.

Выступающий отметил, что на 2008 год через пункты пропуска государственной границы Российской Федерации на территорию области въехал **33131 ИГ¹ и ЛБГ²**, что на 14,2 % меньше, чем в прошлом году (АППГ – 38605). Статистика свидетельствует о том, что за год в Сахалинскую область с различными целями совершают поездки иностранные граждане более чем из 100 стран, в основном из государств дальнего зарубежья. Миграция на территорию Сахалинской области, как правило, связана с осуществлением трудовой (42 %) и коммерческой (20 %) деятельности. Все это тесно связано с масштабным развитием нефтегазового сектора. По служебной цели въезда прибыло 5,8 % иностранцев, с туристической целью – 15,0 %, с частной – 5,5 %.

Структура мигрантов из стран-республик бывшего СССР, въезжающих на территорию области через пункты пропуска государственной границы РФ, такова: подавляющее число **50,7 % – это граждане Киргизии**



Рис. 2.

¹ Иностранные граждане.

² Лица без гражданства.

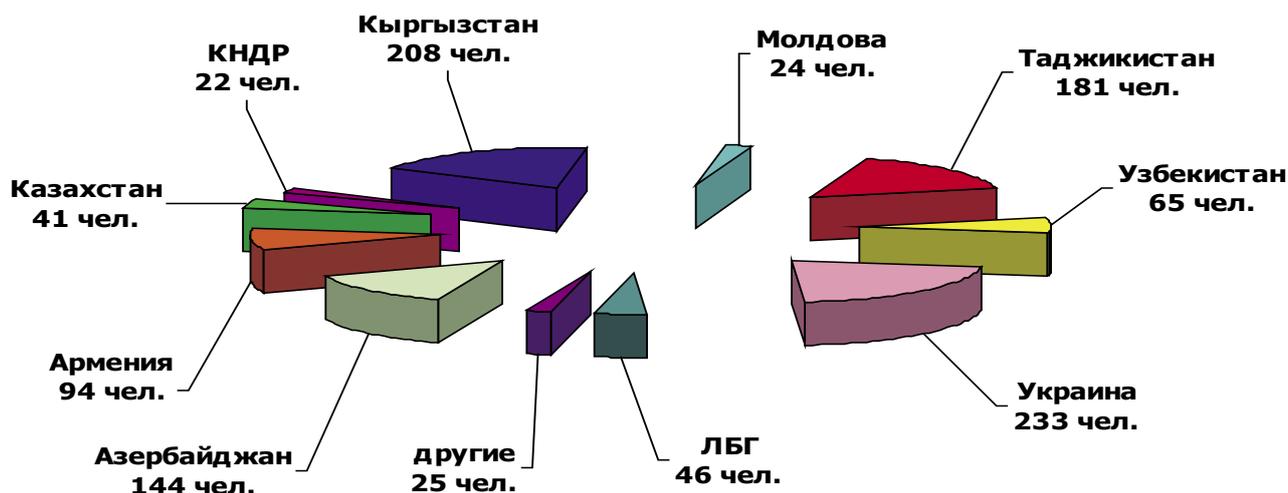


Рис. 3. Всего в 2009 году приобрели гражданство Российской Федерации 1083 чел. (+ 14,6 % к АППГ). Наибольшее количество принявших гражданство РФ принадлежит гр. Украины – 233, Кыргызстана – 208, Таджикистана – 181, Азербайджана – 144.

(2616 человек) и 15,2 % – Узбекистана (786 человек). Количество граждан Украины, Азербайджана, Таджикистана и других стран незначительно.

Сотрудниками УФМС в отчетном периоде получено 59139 заполненных бланков миграционных карт от пограничных органов, что на 6,3 % меньше, чем в прошлом году, обработано 58990 миграционных карт (8,7 % к АППГ).

Необходимо отметить, что 95 % ИГ, получивших разрешение на временное проживание, прибывают на территорию Сахалинской области из стран бывшего СССР (в основном выходцы из Среднеазиатского региона, слабовладеющие русским языком). Всего 3 % временно проживающих лиц имеют высшее образование, остальные 97 % граждан данной категории являются низкоквалифицированными специалистами, имеющими полное либо неполное среднее образование. Многих из них можно отнести к группе «повышенного риска», создающей угрозу общественным отношениям принимающего государства в плане совершения правонарушений и преступлений. В дальнейшем, приобретая гражданство РФ в упрощенном порядке, они остаются в области, пополняя ряды безработных и повышая криминогенную обстановку.

После Великой Отечественной войны население Сахалинской области было представлено в подавляющем большинстве славянской компонентой, около 5 % составляли корейцы, весьма незначительную группу – татары, евреи. В течение последующих 20 лет и до наших дней национальная структура начинает видоизменяться, в первую очередь за счет уменьшения славянской компоненты и за счет нетрадиционных мест выхода для Сахалинской области – Средней Азии и Закавказья. Сегодня в Сахалинской области выходцы из стран Средней Азии составляют большинство. Меняется конфессиональная картина, на Сахалине проявляются новые типы этнокультурного поведения. Возникают вопросы: насколько мы знакомы друг с другом; насколько знаем традиции друг друга; насколько готовы мигранты принять ту этнокультурную среду, в которую они внедряются, будучи меньшинством; готовы ли они играть

по правилам большинства; готовы ли представители большинства, живущего на Сахалине, толерантно относиться к прибывающим мигрантам и другие.

Также В. В. Щеглов отметил, что киргизская диаспора – самая молодая, но быстро растущая в регионе. Зарегистрировавшись весной 2009 года, они составляют, как можно видеть из рис. 4, 8 093 человек.

По данным миграционной службы, ежегодно пересекают границу и прибывают на территорию Сахалинской области 50 % выходцев из Кыргызстана (от общего числа мигрантов). Это новая, быстро формирующаяся диаспора, что сопровождается большими проблемами.

В выступлении О. А. Оганесяна подняты проблемы миграции и адаптации армянской диаспоры. Он отметил общие закономерности этого процесса, а так как мы знаем историю миграции в разных странах, а также то, что этот процесс имеет глубокие исторические корни, проблемы миграции всегда сопровождаются правовыми конфликтами.

Далее он обратил внимание на две проблемы. Первая состоит в том, что мигранты вносят свои обычаи и культуру, они более активны, чем местное население. Важно, чтобы эта активность была на уровне культуры и цивилизации, а не на уровне насилия. Местная власть часто бывает не готова к решению таких проблем. Это происходит и в связи с тем, что не учитываются исторически сложившиеся проблемы переселения. Миграция началась еще в 1985 году, прежде чем распался Советский Союз. Вторая проблема: мигранты в основном выбирают ту страну, которую считают своей. После распада СССР Россия заявила, что является правопреемником Советского Союза, поэтому есть правовая основа для миграции из стран СНГ в Россию. Мы все были одинаковыми, мы были едины, у нас была единая культура, поэтому мигранты выбирают Россию, считая ее своей страной. В завершение он поднял вопрос о правовой базе миграционной политики.

В выступлении Т. С. Омурзакова говорилось о том, что киргизская диаспора «Согласие» была создана в январе 2009 года. Данная организация действует в рамках Конституции Российской Федерации, в соответствии

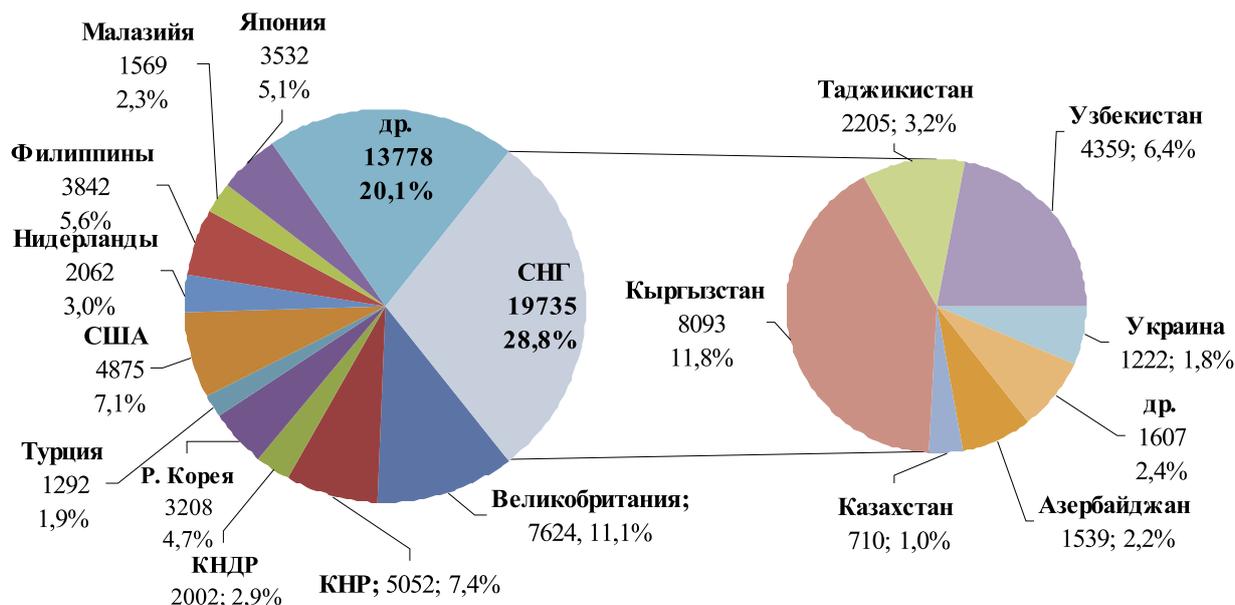


Рис. 4. Зарегистрировано ИГ и ЛБГ по месту пребывания на территории Сахалинской области.

с федеральным законом, руководствуется в своей деятельности международными нормами. Главное назначение киргизской диаспоры «Согласие» – содействие мигрантам в решении вопросов бытового уровня, организации медицинской помощи, оказание материальной и другой помощи проживающим на территории области, создание учебных центров по изучению русского языка, проведение культурных мероприятий, организация отдыха, проведение спортивных мероприятий, осуществление взаимодействия различных органов разной направленности, распространение опыта.

Далее выступил К. М. Товбин. Он сказал о том, что глобализация – не просто стирание мировых границ (мировоззренческих, экономических, политических и прочих). Глобализация – это в первую очередь повсеместное распространение упрощенно-западнического образа мышления; это тиражирование основного привкуса современной западной цивилизации – тотальной секулярности. *Тотальная секулярность* – это особенность общества, при которой на всех социальных уровнях правят интересы исключительно посторонние, мирские (среди которых наибольшими ценностями являются экономические).

Самая главная беда глобализации не уничтожение самих традиционных ценностей, а транслирование повсюду основополагающего принципа глобализации-западнизации – принципа *функциональной пустоты*.

Традиционное духовное ядро у наций отнимается, чтобы заменить его *ничем* – только построить данную нацию в *функционирование* планетарного американоцентричного механизма. Глобализация *безбожна по своей сути* и транслирует лишь пустоту. Любая подвергающаяся глобализации нация затирает религиозные основы своей ментальности и всецело устремляется на путь экономического функционирования, и процесс этот очень быстро охватывает все социальные страны.

Ценностным ядром российской цивилизации является *православное христианство*. В процесс миро-

вой секуляризации (десакрализации) Россия активно встроилась в XVII веке, в момент церковного раскола. Однако до XX века в России находились силы, существенно тормозившие десакрализацию, и она продвигалась неравномерно. Особенностью большевистской секуляризации было то, что она уничтожала религию активно, прямо и бескомпромиссно – методами социальными (уничтожение верующих) и идеологическими (объявление религиозности не «личным делом каждого», как на Западе, а нездоровой «контрреволюционной ненормальностью», подлежащей «лечению»).

После 1991 года Россия стала на путь либерально-демократической глобализации-западнизации и сразу же начала двигаться по этому пути более успешно и быстро, чем сами государства Западной Европы и Северной Америки. Поразительных успехов секуляризация добилась на *уровне повседневно-бытовом* (иллюстрирующем мировоззрение индивидуальное).

Нынешние отличия русского человека от среднего американца имеют характер стилистический, поверхностный. Если считать ядром глобализации «одержимость экономикой» (Ю. Эвола) или «повседневное безбожие», то по обоим этим показателям можно вполне уверенно утверждать победу в России глобализации, секуляризации. Далее выступающий в рамках темы доклада отметил некоторые тенденции развития России, их положительные и отрицательные стороны. Завершил он свое выступление, сформулировав следующий вывод: исходя из специфики России, немудрено факт – по мере уничтожения традиционных православных ценностей все больше уничтожается не только возможность устойчивого встраивания России в современную мировую систему, но под большим вопросом само существование российской нации, русского народа (как его ядра), российской культуры (как фактора, скрепляющего разные народы в единую нацию). Возможность восстановления нации, представляющей собой «систему одиноких толп»^[3], лишенную

ощущения духовного единства, почти равна нулю.

Ю. А. Никитин коснулся мировых проблем глобализации и толерантности. В частности, он отметил, что на протяжении последних десятилетий проблема глобализации и ее последствий остается одной из самых дискуссионных. Казалось бы, формирование международных рынков, «свободное движение» капитала из страны в страну, увеличение потоков мигрантов и туристов, образование транс-, интер- и наднациональных финансовых, экономических и политических институтов должны были бы сплотить народы и страны в некую глобальную целостность («планетарную» цивилизацию). Но глобализация хотя и не разрушает планетарную целостность народов, но уже выделяет различные народы и нации. Ситуация складывается таким образом, что набирающий силу процесс глобализации, с одной стороны, требует решения дальнейшего существования национальных государств как наиболее распространенной институциональной формы общежития, а с другой, стимулирует рост их активности, вызывая защитную реакцию противодействия.

В этой связи формирование толерантности среди культур, народов и наций приобретает особую актуальность, так как нетерпимость к цивилизациям способна блокировать жизнедеятельность общественных систем как на национальном, так и на мировом уровнях.

Следствием этой глобализации стали многие негативные явления, которые могут полностью уничтожить ее преимущество: 1) изменение климата; 2) истощение природных ресурсов; 3) резкое обострение социальной напряженности, включая развитые страны. В настоящее время перед российским обществом встают две существенные проблемы, масштабы которых трудно переоценить. Первая состоит в отсутствии адекватного понимания происходящих процессов и реальных исторических перспектив, а также в глубинной психологической и культурной неготовности если не всего, то значительной части общества к происходящему. Вторая заключается в том, что процессы замещения исторического субъекта всегда сопряжены с дестабилизацией общества и самыми различными социальными издержками.

Один из главных каналов воздействия глобализации на толерантность пролегает через социальную среду обитания людей. В связи с этим мы можем сказать, что толерантность – это явление социально-психологическое. Для формирования условий распространения принципа толерантности остро необходим такой фактор, как социальная удовлетворенность общества. Ее высокий уровень существенно способствует ускорению толерантности, когда как низкий – оттесняет толерантность на периферийные позиции общественной жизни.

В 2006 году Швейцарская академия развития (SAD) совместно с Московской школой социальных и экономических наук (МШСЭН) провела общероссийский опрос молодых россиян в возрасте от 15–29 лет, чтобы выяснить их условия жизни, нормы и ценности, образцы жизненных ориентаций и планы на будущее и получить тем самым целостное представление о состоянии современной российской молодежи.

Быстрые изменения, происходящие в России в течение последних 17 лет, имели драматичные социальные и экономические последствия. Нормы и ценности кардинально изменились после распада Советского Союза, и люди *были вынуждены быстро адаптироваться к новым условиям*. Из системы, прославляющей социальное равенство, Россия превратилась в капиталистическую систему, основанную на экономической и социальной дифференциации. Это сильно повлияло на молодое поколение, которое выросло в обстановке общественной нестабильности и серьезных политических изменений. Поэтому ощущение неуверенности и замешательства, а также утраты ориентации (аномия) стало присуще молодым россиянам. Разочарование по отношению к внешнему миру (государственным институтам, политике, обществу в целом) распространено повсюду. Коррупция является общепринятой практикой, против которой ничего нельзя сделать. Такова неизбежная действительность собственных проблем, и это бесспорно. Почти 50 % респондентов согласны с тем, что *цель оправдывает средства*, 58 % говорят, что они готовы дать взятку, если *это даст им какие-то преимущества*. Недоверие и разочарование присутствует не только в отношении общественных институтов. Это касается социальной жизни в целом: 51 % молодых россиян считают, что большинству людей сегодня нельзя доверять. Еще более показательный факт: 72 % полагают, что люди глухи к проблемам других. Поэтому у российской молодежи (39 %) складывается такое впечатление, что они живут в несправедливом обществе, в стране, где становится все труднее отличить правду от лжи (57 %). 73 % утверждают, что разрыв между богатыми и бедными увеличился. Это создает картину не уверенного в будущем поколения, испытывающего недостаток руководящих норм и ценностей. Ситуация выглядит еще жестче на Северном Кавказе, где взятки являются более распространенными, а разрыв между бедными и богатыми более резким, чем по стране в целом. Отсюда атмосфера социальной напряженности в данном регионе. Это ведет к тому, что деньги становятся основной ценностью для 67 % молодежи. 39 % считают ложь и мошенничество лучшим способом достижения успеха. Большинство юношей и девушек признаются, что чувствуют себя потерянными и не знают, что хотят от жизни. Большая часть (52 %) свидетельствуют также, что у людей нет уверенности в будущем, большинство не имеет амбиций и довольствуется малым. Эти ощущения *характерны в равной степени для женщин и мужчин*.

Как отметил выступающий, ссылаясь на результаты опросов, потеря норм и ориентаций имеет прямое влияние на психологическое состояние молодежи. Соответственно меняется и восприятие того, как молодежь должна взаимодействовать с обществом. 33 % молодежи отмечают, что им не нравится жить следуя установленным в обществе правилам, 22 % утверждают, что они не удовлетворены своей жизнью. Только 56 % гордятся тем, как сумели реализовать свои жизненные планы. Нет ощутимой разницы и на Северном Кавказе, различия в группах по полу и возрасту также отсутствуют. Единственное отличие в подобных оценках заметно среди лю-

³ Понятие, введенное Ги Дебором.

дей с разным социально-экономическим статусом: чем он ниже, тем слабее ощущение благополучия.

Потеря руководящих норм, ощущение небезопасности и растерянности также имеют отношение к чувству общей социальной нестабильности. 53 % молодых россиян считают насилие приемлемым. Подавляющее большинство полагает, что в российском обществе повсеместно распространены феномены, отраженные в таблице 1.

Приведенная таблица показывает, насколько в российском обществе распространено ощущение незащищенности.

Как показывают исследования, в общественном сознании уровень толерантности весьма низок. Это связано с тем, что поколение «постсоветских» детей – наши сегодняшние студенты или молодые специалисты выросли в условиях тяжелого морального кризиса, самое яркое проявление которого – отсутствие позитивного общественного мнения и общественной морали.

В то же время общество демонстрирует нежелание осмысливать эту проблему. В завершение выступления Ю. А. Никитин отметил, что практическая реализация постулатов империализма оказывается неэффективной, так как культурно-идеологические конфликты расширяются и обостряются практически во всех странах.

Поэтому к термину «толерантность» нужно относиться более критично и осторожно.

Н. Б. Бурькина в своем выступлении связала вопросы толерантности с проблемами организации диалога религий, рассматривая вопрос взаимодействия культур, цивилизаций, стран. Этот вопрос назрел давно, он актуален, но его или не замечают, или избегают. Когда говорят о контактах людей, диаспор с разной культурой, таких, как Россия, Армения, Киргизия, необходимо говорить и о разных традициях, которые связаны с религией того или иного народа. Диалог культур происходит как диалог религий, при передаче личного опыта по типу «антропологической трансляции» и обмене подобным опытом могут происходить явления контакта, встречи разных духовных традиций. Здесь может осуществляться подлинный диалог духовных традиций – а далее через них и еще более широкое явление диалога религий, к которым принадлежат соответствующие традиции. Но каждая духовная традиция есть сообщество, осуществляющее воспроизводство и передачу опыта определенной метаантропологической стратегии (духовной практики); и одно из главных отличий таких стратегий – требование совершенной строгости и точности в следовании им, нельзя их подвергать

Таблица 1

Ответы на вопрос, насколько распространены в нашем обществе следующие феномены (в % от числа опрошенных, можно было указать несколько позиций)

Варианты ответов	Очень распространено	Довольно распространено	Мало распространено	Практически отсутствует
Бытовое насилие	27	48	21	4
Физическое наказание детей, подростков в семье	18	49	29	4
Физическое наказание детей, подростков в детских домах, интернатах	26	48	21	5
Подавление со стороны государства свободы высказывания, собраний, свободы объединений	12	30	41	17
Контроль государства над средствами массовой информации, цензура	14	35	37	14
Грубость, хамство, драки на массовых мероприятиях	34	50	13	3
Коррупция среди высокопоставленных чиновников	42	46	11	1
Сексуальное насилие	29	50	18	3
Политическая манипуляция общественным мнением	27	50	19	4
Готовность людей решать проблемы кулаками	24	54	18	4
Произвол милиции, силовых структур	27	52	18	3
Убийства, кражи, разбойные нападения	38	50	10	2
Произвол и наглость официальных лиц (администрации учебного заведения, государственных структур и пр.)	24	48	24	4
Социальная незащищенность, нарушение основных прав социально-слабых групп – пенсионеров, инвалидов, детей и т. п.	28	52	16	4

трансформации. *Нельзя комбинировать традиции.* Диалог духовных традиций, диалог религий сталкивается с трудностями в самом своем принципе; проблематична уже идея такого диалога. Мы знаем, как богата история межрелигиозной вражды, антагонизмом и нетерпимостью в этом вопросе. Но в наше время становится очень важным попытаться отыскать или выстроить некоторую стратегию или модель гармоничных отношений между духовными традициями и религиями.

Духовные традиции являются личностным и антропологическим феноменом. Адекватную базу для такого диалога, очевидно, представляет собой парадигма личного общения. В сфере личного общения присутствие тех или иных внутренних затруднений, препятствий скорее правило, чем исключение; такое общение – тонкий и неформализуемый процесс, успех которого невозможно гарантировать.

Другая не менее важная особенность личного диалогического общения и диалога духовных традиций связана со свойствами *пространства общения*. Это пространство должно быть таково, чтобы личность, входя в общение, имела бы в нем возможность раскрыть, реализовать свою идентичность. Идентичность личности конституируют ее уникальные, неповторимо-личные черты и особенности. Вывод, который следует отсюда, принципиален: *пространство личного диалога должно обладать предельною полнотой и широтой.* Оно должно выстраиваться не по принципу последовательного сужения, отбирающего лишь одни совпадающие элементы, а по принципу расширения, включающего все уникальные отличительные особенности.

А. А. Ипатьева говорила о профилактике экстремизма и о формировании культуры этнотолерантности в высшей школе. Сахалинская область в отличие от многих регионов бывшего Советского Союза не пережила обострения межнациональных противоречий и всплеска этнических конфликтов в конце XX века. До недавнего времени проблема молодежного экстремизма и межнациональной интолерантности не стояла в числе актуальных проблем нашей области. Однако социально-экономические и социокультурные изменения, происходящие в нашем обществе в последние десятилетия, вносят изменения и в систему межнациональных отношений на Сахалине. В обществе появилась тенденция к межэтническому расслоению, обособлению, зачастую переходящая в национальную нетерпимость.

Данные социологических исследований межнациональных и межрелигиозных отношений в молодежной среде, проведенных в 2009 г. в г. Южно-Сахалинске ООО «Мониторинг и Риск» и социологической лабораторией СахГУ, заставляют серьезно задуматься о необходимости целенаправленного формирования культуры этнотолерантности среди молодежи. Так, в своем докладе «Проблемы этнической толерантности молодежи Южно-Сахалинска» на областной практической конференции «Формирование толерантности в молодежной среде: проблемы и практика» Г. В. Боровской отмечал, что 80 % респондентов не готовы толерантно относиться к представителям других национальностей, около 20 % опрошенных считают, что в Сахалинской области су-

ществуют проблемы в межнациональных отношениях, которые могут привести к массовым кровопролитным столкновениям на национальной почве.

В силу чего представляется целесообразным и необходимо начать реализацию целевой федеральной программы «Формирование установок толерантного сознания и профилактика экстремизма в российском обществе (2001–2005 годы)».

А. А. Ипатьева отметила такой факт: старожилы Южно-Сахалинска помнят, как в пятидесятые годы прошлого столетия остро стояла проблема межнациональных отношений между русской и корейской молодежью. Однако сегодня такой проблемы нет.

В 50-е годы XX века новомодное слово «толерантность» не было в ходу, зато все хорошо знали слово «интернационализм». Проблеме интернационального воспитания посвящены сотни монографий советских педагогов, студентов педагогических вузов целенаправленно учили воспитывать в школьниках интернационализм. Интересен опыт сахалинских школ 70-х – начала 80-х годов прошлого века по воспитанию интернационализма у молодежи, сейчас мы бы назвали это проектной деятельностью. Ежегодно в декабре в школах проводился фестиваль, посвященный образованию СССР. Каждый класс представлял на фестивале союзную республику, ее символику, ставил спектакль по произведениям национальных писателей или по народным сказкам, показывал народные костюмы и танцы, разучивал песни, готовил национальные блюда. С каким энтузиазмом дети изучали культуру народов СССР, принимали культурные различия и находили то, что нас объединяло. После падения коммунистического режима и развала Советского Союза понятие «интернационализм» стало как-то не принято использовать, а уж о воспитании этого самого интернационализма забыли вовсе.

Формирование толерантности и профилактика экстремизма должны стать одной из ведущих образовательных задач наступившего века. В решении этой задачи немалое место отводится высшей школе, так как толерантность мы рассматриваем как необходимое качество будущего специалиста, одно из условий эффективной профессиональной деятельности. Особое внимание необходимо обратить на студентов педагогических специальностей. Ведь именно им предстоит формировать толерантное сознание у подрастающего поколения.

В завершение А. А. Ипатьева отметила: реализация задачи формирования толерантного сознания молодежи в вузе может осуществляться по нескольким направлениям:

- усиление патриотической и интернациональной направленности в курсах социально-гуманитарных дисциплин;
- активизация воспитательной работы вуза, направленной на развитие диалога культур, формирование культуры мира;
- развитие просветительской и проектной деятельности органов студенческого самоуправления.

По итогам обсуждения участники конференции приняли резолюцию «Проблемы адаптации мигрантов из стран СНГ в русскоязычной культурной среде».

СПРАВКА ОБ АВТОРАХ

Андреева Анастасия Евгеньевна – старший преподаватель кафедры теории права и государственно-правовых дисциплин ЮИ СахГУ.

Андреановская Ирина Ивановна – кандидат юридических наук, доцент, заведующая кафедрой гражданского и трудового права ЮИ СахГУ.

Афанасьева Елена Владимировна – старший преподаватель кафедры гражданского и трудового права ЮИ СахГУ.

Бакунов Алексей Викторович – старший преподаватель кафедры гражданского и трудового права ЮИ СахГУ.

Бреднева Валентина Сергеевна – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории права и государственно-правовых дисциплин ЮИ СахГУ.

Зеленина Марина Викторовна – ассистент кафедры уголовного права и процесса ЮИ СахГУ.

Зыкина Татьяна Алексеевна – кандидат юридических наук, доцент, старший научный сотрудник Архангельского государственного технического университета (АГТУ).

Исаева Татьяна Самуиловна – кандидат исторических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права Юридического института ДВГУ, заслуженный работник высшей школы, почетный работник высшего профессионального образования.

Каратеев Павел Юрьевич – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории права и государственно-правовых дисциплин ЮИ СахГУ. Эксперт совета по проведению обязательной публичной независимой экспертизы законопроектов в области бюджетного и налогового законодательства при администрации Сахалинской области.

Карташова Галина Николаевна – старший преподаватель кафедры гражданского и трудового права ЮИ СахГУ.

Морозов Евгений Викторович – доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин РГТУ.

Нагаева Татьяна Ивановна – кандидат юридических наук, доцент, декан ЮИ СахГУ.

Никитин Юрий Алексеевич – кандидат социологических наук, заведующий кафедрой административного, международного права и уголовно-правовых дисциплин, заведующий лабораторией социально-правовых проблем девиантного поведения в условиях переходного общества (ЮСИЭПиИ).

Павлова Анастасия Александровна – ведущий специалист, ЗАО «Роснефть–Шельф–Дальний Восток», аспирантка МГЮА.

Сазанова Ирина Владимировна – доцент кафедры гражданского и трудового права ЮИ СахГУ.

Товбин Михаил Андреевич – член Сахалинской адвокатской палаты, старший преподаватель кафедры гражданского и трудового права ЮИ СахГУ.

ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Межвузовский сборник научных статей

ВЫПУСК 7

Корректор Яковлева В. А.

Верстка Надточий О. А.



Подписано в печать 04.10.2010. Бумага «SvetoCору».

Гарнитура «Minion Pro». Формат 60x84 ¹/₈.

Тираж 500 экз. Объем 13 усл. п. л. Заказ № 885-10.

Издательство Сахалинского государственного университета

693008, г. Южно-Сахалинск, ул. Ленина, 290, каб. 32.

Тел. (4242) 45-23-16. Тел./факс (4242) 45-23-17.

E-mail: polygraph@sakhgu.sakhalin.ru